

Sygn. akt I ACa 738/13

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 31 lipca 2013 r.

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu – Wydział I Cywilny w składzie:

Przewodniczący:	SSA Elżbieta Lipińska
Sędziowie:	SSA Walter Komorek SSA Ewa Głowacka (spr.)
Protokolant:	Katarzyna Stalewska

po rozpoznaniu w dniu 25 lipca 2013 r. we Wrocławiu na rozprawie

sprawy z powództwa (...) **Spółki z o.o. w W.**

przeciwko **Skarbowi Państwa - Naczelnikowi Urzędu Celnego w O.**

o zapłatę

na skutek apelacji strony powodowej

od wyroku Sądu Okręgowego w Opolu

z dnia 27 marca 2013 r. sygn. akt I C 604/12

1. **zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że zasądza od Skarbu Państwa – Urzędu Celnego w O. na rzecz strony powodowej (...) Spółki z o.o. w W. kwotę 17.536 zł (siedemnaście tysięcy pięćset trzydzieści sześć złotych) wraz z odsetkami ustawowymi od dnia 2 października 2012 r. do dnia zapłaty, oddalając powództwo w pozostałym zakresie oraz zasądza od strony powodowej na rzecz strony pozwanej 5.133 zł tytułem zwrotu kosztów procesu;**
2. **oddala dalej idącą apelację;**
3. **zasądza od strony powodowej na rzecz strony pozwanej 757 zł tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.**

UZASADNIENIE

Zaskarżonym wyrokiem Sąd Okręgowy w Opolu oddalił powództwo (...) spółki z o.o. w W. przeciwko Skarbowi Państwa – Urzędowi Celnemu w O. o zasądzenie kwoty 228.382 zł wraz z odsetkami ustawowymi od dnia 29 września 2012 r. do dnia zapłaty.

Strona powodowa dochodziła swojego roszczenia z tytułu naprawienia szkody powstałej na skutek bezprawnego pozbawienia możliwości wykorzystania automatu do gier o niskich wygranych (...) nr fabryczny (...), nr (...), przez

funkcjonariuszy celnych. Wysokość szkody obejmuje utracone dochody za okres od dnia zatrzymania urządzenia – 21 grudnia 2009 r. do chwili jego zwrotu w dniu 27 września 2010 r. (280 dni).

W odpowiedzi na pozew strona pozwana wniosła o oddalenie powództwa podnosząc, że czynności funkcjonariuszy nie były bezprawne, a nadto szkoda została wyliczona nieprawidłowo, bez uwzględnienia zobowiązań z tytułu czynszu dzierżawnego.

Sąd Okręgowy ustalił, że na podstawie decyzji Dyrektora Izby Skarbowej w O. z dnia 24 czerwca 2004 r., zmienionej decyzją tego organu z dnia 13 kwietnia 2005 r., powódka uzyskała zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie gier na automatach o niskich wygranych na terenie województwa (...). Decyzja wygasła po 6 latach.

W punkcie gier w kawiarni (...) w N., powódka eksploatowała i użytkowała m.in. automat do gier o niskich wygranych (...) nr fabryczny (...), nr (...), który wcześniej został poddany badaniom przez Instytut (...) w W.. Wynik badania potwierdził, że urządzenie spełnia warunki określone w rozporządzeniu Ministra Finansów z dnia 3 czerwca 2003 r. w sprawie warunków urządzania gier i zakładów wzajemnych, wynik gry zależy wyłącznie od przypadku, a teoretyczna wypłacalność automatu ustawiona jest programowo na poziomie 94% oraz urządzenie po zaplombowaniu jest zabezpieczone przed ingerencją z zewnątrz w oprogramowanie i zmianę stanu liczników.

Minister Finansów decyzją z dnia 22 sierpnia 2008 r. poświadczył rejestrację automatu.

W dniu 7 września 2004 r. powódka podpisała z właścicielem kawiarni (...) umowę dzierżawy powierzchni pod instalację automatów o niskich wygranych, zgodnie z którą wysokość czynszu ustalona została na 40% sumy przychodów. W dniu 3 września 2008 r. pracownik Urzędu Celnego w O. nadzorował włączenie automatu do eksploatacji.

Przychód z użytkowania automatu w okresie od stycznia 2009 roku do 21 grudnia 2009 r. (355 dni), wyniósł 312.474,50 zł.

W dniu 24.08.2009 r. powódka wniosła o przedłużenie zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie gier na automatach o niskich wygranych na terenie województwa (...) na okres kolejnych 6 lat.

W dniu 21 grudnia 2009 r. funkcjonariusze Urzędu Celnego w O., w ramach czynności kontrolnych, przeprowadzili eksperyment w celu ustalenia przebiegu gry na automacie (...), nr fabryczny (...). Po stwierdzeniu, że wartość maksymalnej stawki za udział w jednej grze jest wyższa niż określona w art. 2 ust. 2b ustawy o grach i zakładach wzajemnych (0,07 euro) i wynosi 100 pkt, co stanowi równowartość 10 zł, automat został zatrzymany.

Postanowieniem z dnia 28 grudnia 2009 r. Prokurator Prokuratury Rejonowej w K. zatwierdził zatrzymanie.

Sąd Rejonowy w K., po rozpoznaniu zażalenia strony powodowej, uchylił zaskarżone postanowienie, uznając, że należący do spółki (...) automat do gier o niskich wygranych, został zatrzymany niezgodnie z art. 217 § 1 k.p.k., bowiem nie została spełniona ustawowa przesłanka „przypadku niecierpiącego zwłoki”. Czynność zatrzymania automatu została przeprowadzona również z naruszeniem art. 227 k.p.k., nakazującego dokonanie zatrzymania rzeczy zgodnie z celem tej czynności, z zachowaniem umiaru oraz bez wyrządzania niepotrzebnych szkód i dolegliwości. Sąd Rejonowy stwierdził, że (...) sp. z o.o. posiadała zezwolenie oraz decyzję poświadczającą rejestrację automatu, który został dopuszczony do eksploatacji przez Ministra Finansów. Funkcjonariusze Urzędu Celnego nie posiadają natomiast stosownych wiadomości specjalnych aby mogli rozstrzygnąć czy działanie automatu jest zgodne z przepisami ustawy o grach i zakładach wzajemnych, przy czym dokonane przez nich ustalenia są sprzeczne z opinią techniczną, wydaną przez pracowników naukowych jednostek badających upoważnionych przez Ministra Finansów, którzy posiadają niezbędną w tym zakresie wiedzę. Sąd Rejonowy nakazał Urzędowi Celnemu zwrot zatrzymanej rzeczy.

Urząd Celny, w ramach prowadzonego postępowania przygotowawczego w sprawie urządzania gier na automatach o niskich wygranych sprzecznych z przepisami ustawy o grach i zakładach wzajemnych, tj. o czyn z art. 107 § 1 k.k.s.

(RKS 24/10), wydał w dniu 26 stycznia 2010 r. postanowienie o uznaniu automatu (...), Nr fabryczny (...), za dowód rzeczowy. Po doręczeniu postanowienia w dniu 9 lutego 2010 r., powódka nie wniosła zażalenia.

W toku postępowania przeprowadzono dowód z opinii biegłego – R. R., który stwierdził, że automat nie jest zgodny z przepisami ustawy o grach i zakładach wzajemnych przewidzianych dla automatów o niskich wygranych.

Wydział V do Spraw Przeszłości Zorganizowanej i Korupcji Prokuratury Apelacyjnej w B. nadzoruje prowadzone przez Centralne Biuro Śledcze Komendy Głównej Policji śledztwo w sprawie zorganizowanej grupy przestępczej zajmującej się, wbrew przepisom ustawy, urządzeniem i prowadzeniem gier na automatach o niskich wygranych. W toku śledztwa postawiono zarzuty popełnienia przestępstwa z art. 271 § 1 k.k. 8 osobom, które w imieniu jednostek badawczych upoważnionych przez Ministerstwo Finansów, przeprowadzały badania automatów do gier i poświadczali nieprawdę w opiniach, stwierdzając, że automaty spełniają wymogi techniczne dla automatów o niskich wygranych. Postanowieniem z dnia 11 lutego 2010 r. Prokuratury Apelacyjnej w B., sprawa RKS 24/10 połączona została do wspólnego rozpoznania i prowadzenia pod sygn. akt Ap. V Ds. 28/09.

Postanowieniem z dnia 12 lipca 2010 r. Naczelnik Urzędu Celnego w O. zmienił postanowienie o uznaniu za dowód rzeczowy automatu (...) nr fabryczny (...) o tyle, że ustalił, iż będzie on przechowywany w siedzibie spółki do czasu uzyskania rozstrzygnięcia wydanego przez właściwy sąd. Jednocześnie Urząd poinformował powódkę, że automat jest w dalszym ciągu przedmiotem przestępstwa skarbowego i winien pozostać w niezmienionym stanie do czasu zakończenia postępowania.

Powódka kilkakrotnie była wzywana do odbioru automatu i dopiero w dniu 27 września 2010 r. odpowiedziała na wezwanie.

Strona powodowa pismem z dnia 21 września 2012 r. wezwała Naczelnika Urzędu Celnego w O. do zapłaty kwoty 246.382 zł tytułem odszkodowania za niezgodne z prawem działanie polegające na zatrzymaniu w dniu 21 grudnia 2009 r. automatu do gier o niskich wygranych. W odpowiedzi Urząd uznał żądanie za bezpodstawne.

W ocenie Sądu Okręgowego powództwo nie zasługiwało na uwzględnienie.

Przesłanką odpowiedzialności Skarbu Państwa, na podstawie art. 417 § 1 k.c., jest bezprawność czyli zachowanie niezgodne z konstytucyjnie rozumianymi źródłami prawa.

Czynność zatrzymania automatu została zatwierdzona postanowieniem Prokuratora Rejonowego, które zostało uchylone postanowieniem Sądu Rejonowego.

Sąd zważył, że brak jest podstaw do przyjęcia, że każde nieprawomocne orzeczenie, nawet wadliwe, które następnie zostało skorygowane przez instancję odwoławczą stanowi bezprawne rozstrzygnięcie mogące uzasadniać odpowiedzialność odszkodowawczą.

W przypadku nieprawomocnego orzeczenia, a z takim mamy do czynienia w niniejszej sprawie, odpowiedzialność odszkodowawcza Skarbu Państwa może powstać wyjątkowo, gdy narusza ono prawo w sposób rażący i tylko w wypadku jego wykonania i ogranicza się do skutków wykonania takiego orzeczenia.

Sąd Okręgowy podzielił pogląd Sądu Rejonowego w B., że czynność zatrzymania automatu została przeprowadzona z naruszeniem art. 227 k.p.k., jednakże, w świetle okoliczności sprawy, nie można mówić o rażącym naruszeniu prawa.

Za bezzasadnością powództwa przemawiają także inne aspekty.

W dniu 26.01.2010 r. wydane zostało postanowienie o uznaniu automatu za dowód rzeczowy, co oznacza, że bez względu na miejsce jego przechowywania powinien on pozostać w niezmienionym stanie do czasu prawomocnego zakończenia postępowania i być udostępniony organom prowadzącym postępowanie karne na każde wezwanie. Ta okoliczność wykluczała użytkowanie przedmiotowego urządzenia.

Biegły R. R. w wydanej opinii stwierdził, że automat nie jest zgodny z przepisami ustawy o grach i zakładach wzajemnych przewidzianych dla automatów o niskich wygranych.

Sąd Okręgowy uznał także, że strona powodowa nie wykazała związku przyczynowego między zatrzymaniem urządzenia, a wysokością utraconych korzyści. W szczególności nie zaskarżyła postanowienia o uznaniu rzeczy za dowód rzeczowy i nie wykazała, że po jego wydaniu nadal użytkowałyby urządzenie. Nie wykazała też, że automat był zgodny przepisami, a skoro złożone do akt opinie prywatne są sprzeczne z opinią R. R., na powódce ciążył obowiązek złożenia wniosku o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego, czego nie uczyniła.

Wreszcie decyzja Dyrektora Izby Skarbowej z dnia 24.06.2004 r., zezwalająca powódce na prowadzenie działalności w zakresie gier na automatach o niskich wygranych na terenie województwa (...), wygasła w czerwcu 2010 roku.

Strona powodowa nie wykazała również wysokości szkody.

Przy wyliczeniu wysokości utraconych korzyści uwzględniła wyłącznie przychody jakie uzyskała w punkcie gry w N., pomijając zobowiązania cywilnoprawne z tytułu czynszu, przez co sposób wyliczenia szkody jest nieprawidłowy. Automat odebrała po kilkakrotnych monitach, co powoduje, że liczenie utraconego dochodu za okres jej bezczynności (od 12.07.2010 r. do 27.09.2010 r.), jest zupełnie bezpodstawne.

Apelację od wyroku wniosła strona powodowa i domagając się jego zmiany poprzez uwzględnienie powództwa co do kwoty 86.208 zł wraz z odsetkami ustawowymi jak w pozwie, ewentualnie uchylenia orzeczenia w zaskarżonej części i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania przez Sąd I instancji, zarzuciła:

1. sprzeczność istotnych ustaleń Sądu z treścią zebranego materiału wskutek naruszenia przepisów postępowania, które miało istotny wpływ na wynik sprawy, a mianowicie art. 233 k.p.c. przez dokonanie oceny dowodów w sposób nasuwający zastrzeżenia z punktu widzenia zasad logicznego rozumowania, polegającej na przyjęciu, że:

- niemożność eksploatacji automatu do gry o niskich wygranych i uzyskania z tego tytułu dochodu nie stanowi normalnego następstwa (skutku) bezprawnego zatrzymania przez funkcjonariuszy Urzędu Celnego w O. i oddania go na przechowanie do magazynu depozytowego Izby Celnej w O.;

- pomimo istniejącej w obrocie prawnym ostatecznej decyzji administracyjnej stwierdzającej uprawnienie powódki do wprowadzenia do eksploatacji i użytkowania automatu, nie mógł być on eksploatowany. Zgodnie z art. 177 w zw. z art. 182 Konstytucji RP kontrola prawidłowości działania administracji publicznej, w tym wydanych decyzji administracyjnych została zastrzeżona dla sądów administracyjnych. Sąd powszechny nie może zatem dokonać oceny, czy przyjęty w postępowaniu administracyjnym, w którym wydano poświadczenie rejestracji, sposób działania automatu, jest zgodny z prawem. W aktach sprawy brak przy tym jakiegokolwiek dowodu świadczącego, jakoby zatrzymany automat działał w sposób odmienny niż w chwili uzyskania poświadczenia rejestracji. Na ważność poświadczenia rejestracji nie wpływają również ewentualne będące w toku postępowania karne;

- wydane przez pozwaną postanowienia w przedmiocie dowodów rzeczowych uniemożliwiają legalną eksploatację automatu, mimo że brak jest regulacji prawnej, z której należałoby wywieść powyższy skutek;

- powódka nie udowodniła wysokości szkody, podczas gdy z akt sprawy oraz przeprowadzonych dowodów wynika zarówno przychód jaki w spornym okresie powódka uzyskałaby eksploatując zatrzymany automat, jak i koszty jego uzyskania, a wyliczenie dochodu sprowadza się do prostego (niewymagającego wiadomości specjalnych) działania matematycznego;

- z ostrożności strona powodowa podniosła zarzut naruszenia przepisów postępowania, które mogły mieć wpływ na treść zapadłego orzeczenia, a to art. 217 kpc w zw. z art. 227 k.p.c. przez ich nieprawidłowe zastosowanie polegające na oddaleniu dowodu z opinii biegłego sądowego na okoliczność wysokości szkody, mimo że dowód ten dotyczył okoliczności istotnej dla sprawy i spornej między stronami;

2. naruszenie prawa materialnego przez błędną wykładnię art. 417 § 1 k.c. polegające na przyjęciu, iż niezgodne z prawem działanie lub zaniechanie przy wykonywaniu władzy publicznej musi mieć postać rażącej wadliwości, chociaż takie sformułowanie ma charakter pozanormatywny i ocena stopnia naruszenia prawa nie jest przesłanką odpowiedzialności z art. 417 § 1 k.c.;

3. błąd w ustaleniach faktycznych polegający na dokonaniu przez Sąd Okręgowy w oparciu o materiał dowodowy zgromadzony w sprawie, ustalenia że zatrzymany w dniu 21 grudnia 2009 r. automat został zwrócony stronie powodowej w dniu 27 września 2010 r. Z treści postanowienia z dnia 12 lipca 2010 r. Urzędu Celnego w O. o zmianie postanowienia o uznaniu za dowód rzeczowy wynika tymczasem, że automat został powodce oddany wyłącznie na przechowanie. Mimo prawomocnego postanowienia z dnia 31 maja 2010 r. Sądu Rejonowego w K. (sygn. akt – II Kp 61/10) uznającego zatrzymanie za bezprawne, pozwana nigdy nie wydała spornego automatu.

W odpowiedzi na apelację strona pozwana wniosła o jej oddalenie oraz o zasądzenie na rzecz Prokuratury Generalnej Skarbu Państwa kosztów postępowania według norm przepisanych.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja jest uzasadniona jedynie w części.

Przy ustaleniach faktycznych dokonanych przez Sąd I instancji, które Sąd odwoławczy przyjmuje za własne, nie było podstaw do oddalenia powództwa w całości.

Podstawą faktyczną zgłoszonego roszczenia było bezprawne działanie funkcjonariuszy celnych, które wyrządziło stronie powodowej szkodę.

Odpowiedzialność deliktowa Skarbu Państwa, oparta na art. 417 k.c. powstaje, gdy spełnione są łącznie jej trzy ustawowe przesłanki: bezprawność działania lub zaniechania sprawcy, szkoda oraz normalny związek przyczynowy między bezprawnym zachowaniem sprawcy a szkodą.

Odpowiedzi wymagało pytanie, czy działanie funkcjonariuszy Urzędu Celnego w O., polegające na zatrzymaniu automatu w dniu 21 grudnia 2009 r., nosiło cechy bezprawności.

Zachowanie jest niezgodne z prawem gdy zachodzi sprzeczność między zakresem kompetencji organu, sposobem jego postępowania, a jego działaniem rzeczywistym. Chodzi o sprzeczność działania lub zaniechania, z porządkiem prawnym, co wyklucza możliwość różnicowania skali czy stopnia bezprawności zachowania. Niezasadne jest więc wprowadzanie warunku rażącego naruszenia prawa (por. wyrok SN oraz wyrok SN z dnia 19 kwietnia 2012 r., IV CSK 406/11, Biul. SN 2012/6/13).

Niewątpliwie strona powodowa eksploatowała automat do gier, który posiadał wszelkie zezwolenia i certyfikaty dopuszczające do jego użytkowania. Urządzenie, przed rejestracją, poddane było badaniom przez Instytut (...) w W., którego wyniki potwierdzały, że spełnia warunki rejestracji określone w rozporządzeniu Ministra Finansów z dnia 3 czerwca 2003 r. w sprawie warunków urządzania gier i zakładów wzajemnych. Minister Finansów wydał decyzję poświadczającą rejestrację automatu, a pracownik Urzędu Celnego nadzorował włączenie automatu do eksploatacji. Nie było sporne między stronami, że do dnia zatrzymania automatu, tj., do 21 grudnia 2009 r., automat był opatrzony plombami rejestracyjnymi, które były nienaruszone. Z materiału dowodowego wynika również, że do tego dnia do żadnego z organów nie wpłynęło zawiadomienie dotyczące sposobu działania urządzenia. Sama powódka legitymowała się ważnym pozwoleniem na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie urządzania gier na automatach o niskich wygranych na terenie województwa (...).

Nie ulega też wątpliwości, że funkcjonariusze celni są uprawnieni, z mocy art. 30 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 27.08.2009 r. o służbie celnej, do kontroli polegającej na sprawdzeniu prawidłowości przestrzegania przepisów prawa regulujących urządzanie i prowadzenie gier hazardowych, o których mowa w ustawie z dnia 19 listopada 2009 r.

o grach hazardowych, oraz zgodności tej działalności z udzieloną koncesją lub zezwoleniem oraz zatwierdzonym regulaminem. Katalog uprawnień kontrolnych funkcjonariuszy wymieniony w art. 32 ustawy, jest szeroki i obejmuje przeprowadzanie w uzasadnionych przypadkach, w drodze eksperymentu, doświadczenia lub odtworzenia możliwości gry na automacie, gry na automacie o niskich wygranych lub gry na innym urządzeniu. Sama czynność przeprowadzenia eksperymentu jest zatem zgodna z prawem tyle tylko, że może on być przeprowadzony w uzasadnionych wypadkach.

Strona pozwana nie wykazała jaki szczególny wypadek spowodował podjęcie tego rodzaju czynności.

Do zatrzymania automatu nie doszło w okolicznościach wskazujących, że miała miejsce nieuprawniona ingerencja w mechanizm urządzenia lub, że automat został pozbawiony cech legalizacji (np. plomb rejestracyjnych).

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. W przypadku automatów do gier sprawdza czy kontrolowany podmiot posiada odpowiednie uprawnienia, a automat rejestrację i inne wymagane certyfikaty.

Przeprowadzenie eksperymentu nie jest bezprawne skoro znajduje podstawę w przepisach, a służy uzyskaniu wiedzy o ewentualnym niespełnieniu przez urządzenie do gry wymogów ustawy. Uzyskany wynik może być podstawą wszczęcia właściwego postępowania. Konsekwencje przeprowadzonego w toku kontroli eksperymentu, nie dotyczą samej czynności kontrolnej, lecz jego wyników. W przypadku stwierdzenia nieprawidłowości, sankcje określone były w art. 52 ustawy z dnia 29 lipca 1992 r. o grach i zakładach wzajemnych, obowiązującej w dacie podjęcia czynności kontrolnych.

Tymczasem funkcjonariusze celni zatrzymali automat stwierdzając, że urządzenie nie spełnia warunków technicznych dla uznania go za automat do gier o niskich wygranych. Ta czynność dokonana została z naruszeniem art. 217 § 1 k.p.k. i 227 k.p.k., bowiem zastosowanie najdalej idącego środka zabezpieczającego w postaci zatrzymania rzeczy, nie znajdowało podstaw. Jak wynika z uzasadnienia postanowienia Sądu Rejonowego w K., przebieg eksperymentu został utrwalony za pomocą nagrania kamerą video oraz w drodze dokumentacji zdjęciowej, co oznacza, że działanie automatu zostało utrwalone dla celów procesowych.

Co jednak istotne, funkcjonariusze Urzędu Celnego w O. nie posiadali odpowiednich wiadomości specjalnych, upoważniających ich do oceny, czy automat do gry spełnia określone warunki techniczne i prawne. Konieczność posiadania takiej specjalistycznej wiedzy potwierdza choćby to, że rejestrację automatu poprzedza badanie przeprowadzane przez jednostkę upoważnioną przez Ministerstwo Finansów. Ustawodawca ustanowił bowiem szczególny tryb weryfikacji danych dotyczących urządzenia. Również w trakcie postępowania przygotowawczego, nadzorowanego przez Prokuraturę Apelacyjną w B., zasięgnięto opinii biegłego, celem ustalenia czy urządzenie spełnia warunki określone w art. 2 ust. 2b ustawy o grach i zakładach wzajemnych, co potwierdza, że stwierdzenie czy urządzenie służy grze na automatach o niskich wygranych, wymaga wiadomości specjalnych.

Samo więc przeprowadzenie eksperymentu przez funkcjonariuszy Urzędu Celnego nie było wystarczające do zastosowania środka w postaci zatrzymania automatu. Jeśli w wyniku jego przeprowadzenia powstała wątpliwość co do zgodności urządzenia z normami, winno ono być poddane badaniu przez rzeczoznawców.

Analiza uzasadniania zaskarżonego wyroku pozwala na wniosek, że również Sąd Okręgowy przyjął, iż działania funkcjonariuszy nosiło cechy bezprawności, jednak odmówił udzielenia ochrony stronie powodowej oceniając, że nie miały one charakteru rażącego, a więc kwalifikowanego, naruszenia prawa. Jak Sąd Apelacyjny podniósł we wstępnej części rozważań, art. 417 k.c. wyklucza możliwość różnicowania skali czy stopnia bezprawności.

Nie można wreszcie pomijać, że w chwili dokonywania czynności kontrolnych, nie została jeszcze wydana opinia co do tego czy automat spełnia wymogi ustawowe. Opinia została wydana już po zatrzymaniu urządzenia, a zatem w dniu

dokonania czynności taki dowód, uzasadniający zatrzymanie, nie pozostawał w dyspozycji funkcjonariuszy Urzędu Celnego w O..

Nie może też ująć z pola widzenia, że na obecnym etapie sprawy istnieją co najmniej dwie opinie specjalistów – jedna wydana przed rejestracją oraz druga po zatrzymaniu automatu, z których wynikają odmienne wnioski.

Niewątpliwie wyniki eksperymentu mogły dawać asumpt do podejmowania dalszych działań wyjaśniających przez uprawnione organy, lecz nie stanowiło to podstawy do zastosowania najdalej idącego środka zabezpieczającego. Funkcjonariusze, po przeprowadzonym eksperymencie, w przypadku powzięcia wątpliwości co do jego legalności i zgodności z ustawą, mogli zażądać wydania urządzenia w celu przeprowadzenia badania maszyny przez biegłego i wówczas, czas pozostawiania urządzenia w dyspozycji organu należałoby rozważyć jako uzasadniony okolicznościami sprawy. Podmioty prowadzące działalność gospodarczą muszą bowiem, w interesie ochrony dobra wspólnego (np. bezpieczeństwa publicznego), ponosić ryzyko związane z legalnym wdrożeniem postępowania karnego. W takiej sytuacji czasowe pozostawianie urządzenia w dyspozycji organów ścigania należałoby uznać za uzasadnione koniecznością przeprowadzenia ich ustawowych obowiązków i wówczas jest działaniem zgodnym z prawem (por. wyrok SN z dnia 5 października 2012 r., IV CSK 165/12, LEX Ne 1231327).

W konsekwencji Sąd Apelacyjny przyjął, że działania funkcjonariuszy Urzędu Celnego w O. podjęte w dniu 21 grudnia 2009 r. były niezgodne z prawem, w rozumieniu art. 417 § 1 k.c., bowiem nieuzasadnione ówczesnymi okolicznościami sprawy, przeprowadzenie eksperymentu, nie dawało podstaw do zatrzymania rzeczy, a przeprowadzenie czynności kontrolnych nie pozwalało na postawienie tezy, że automat nie spełnia wymogów określonych w art. 2 ust. 2 b ustawy o grach i zakładach wzajemnych. Tym samym spełniona została przesłanka bezprawności działania przy wykonywaniu władzy publicznej.

Co do zasady, zatrzymanie automatu było zdarzeniem powodującym szkodę.

Strona powodowa została pozbawiona możliwości korzystania z urządzenia zgodnie z jego przeznaczeniem i uzyskiwania dochodu. Wskazuje to na istnienie związku przyczynowego między czynnością podjęta przez funkcjonariuszy, a szkodą w postaci utraty korzyści.

Nie ma znaczenia dla ustalenia przesłanki szkody podnoszona przez Sąd Okręgowy okoliczność, że nie jest wiadomym czy automat byłby nadal użytkowany, gdyby nie zatrzymanie. Jak wynika z materiału dowodowego strona powodowa posiadała zezwolenie na prowadzenie działalności gospodarczej na terenie województwa (...) co najmniej do dnia 24 czerwca 2010 r., a urządzenie było stale eksploatowane.

Po ustaleniu bezprawności działania, szkody i związku przyczynowego, należy przejść do omówienia jej wysokości.

W dniu 26 stycznia 2010 r. wszczęte zostało postępowanie przygotowawcze RKS 24/2010 o czyn z art. 107 § 1 k.k.s. i w jego ramach, w tym samym dniu Urząd Celny postanowieniem uznał przedmiotowy automat za dowód rzeczowy w sprawie.

Uznanie w trakcie postępowania przygotowawczego urządzenia za dowód rzeczowy implikuje wniosek, że rzecz ta stanowi środek dowodowy niezbędny do prawidłowego osądzenia sprawy, powoduje obowiązek jej zabezpieczenia przed zmianą lub deformacją. Tego rodzaju czynności organów ścigania związane są z wypełnianiem przez nie ustawowych obowiązków i nie noszą znamion niezgodności z prawem. Takiego charakteru (bezprawnego) nie można im przypisać również wówczas, gdy w wyniku zakończenia postępowania karnego dojdzie do wydania wyroku uniewinniającego (por. wyrok SN z dnia 5 października 2012 r., IV CSK 165/12, LEX nr 1231327). W interesie ochrony dobra wspólnego jakim jest bezpieczeństwo i ład publiczny wszyscy muszą ponosić ryzyko związane z legalnym wdrażaniem postępowania karnego.

Postępowanie z dowodem rzeczowym reguluje art. 228 k.p.k., który pozwala na pozostawienie rzeczy na przechowanie u osoby godnej zaufania. Osobą tą może być ta, u której rzecz dotychczas pozostawała, a zatem mogła nią być strona

powodowa (właściciel rzeczy). Gdyby nawet w dniu wydania postanowienia z 26 stycznia 2010 r. organ procesowy podjął decyzję o wydaniu na przechowanie automatu stronie powodowej (a nie o pozostawieniu jej w magazynach Izby Celnej), to i tak w okresie trwania czynności procesowych powod nie byłby uprawniony do wprowadzenia automatu do eksploatacji i czerpania z niego korzyści.

Oddanie na przechowanie w rozumieniu art. 228 k.p.k. ma na celu oddanie w posiadanie i pod pieczę określonej osoby (podmiotu), a nie w celu użytkowania rzeczy (co jest związane ze zwrotem rzeczy, a nie z oddaniem rzeczy na przechowanie). Taka czynność ma za zadanie jedynie zapewnienie przechowania rzeczy w odpowiedni sposób oraz przedstawienia go organom procesowym na każde żądanie. Wprawdzie z uzasadnienia wyroku Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2007 r. (IV CSK 159/07, LEX nr 619643) wynika, że stosunku przechowania o jakim mowa w art. 228 § 1 k.p.k. nie można utożsamiać z przechowaniem w rozumieniu art. 835 k.c. i następnych, bowiem obie instytucje posiadają wiele cech odmiennych, jednak przedmiotem rozpatrywanej wówczas sprawy nie był zakres obowiązków przechowawcy. Na kwestię obowiązków (a zatem i praw) przechowawcy wskazał Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 9 lutego 2007 r. (IIICZP 161/06, OSNC 2008/1/4) odwołując się do wcześniejszego orzecznictwa, w ramach którego przyjął, że do zakresu przechowania z art. 228 k.p.k. mają odpowiednie zastosowanie reguły obowiązujące na gruncie prawa cywilnego, tj. na podstawie art. 835 k.c. i następnych. Zatem odpowiednio zastosowanie ma art. 839 k.c. zgodnie z którym przechowawcy nie wolno używać rzeczy bez zgody składającego, chyba że jest to konieczne do jej zachowania w stanie niepogorszonym.

W dniu 26 stycznia 2010 r. nie zachodziły podstawy do zwrotu automatu stronie powodowej na podstawie art. 230 k.p.k. bowiem nie była to rzecz zbędna dla postępowania. Przeciwnie, automat został przekazany do badań przez biegłego, który w maju 2010 roku wydał opinię w sprawie. Należało uwzględnić, że również po wydaniu opinii przez biegłego, nie podjęto decyzji o zwrocie automatu stronie powodowej, lecz jedynie o oddaniu go na przechowanie spółce.

Strona powodowa zarzuca, że Sąd pierwszej instancji pominął orzeczenie Sądu Rejonowego w K. na podstawie którego nakazano zwrot zatrzymanego automatu.

Nie dostrzega jednak skarżąca, że powołane postanowienie z dnia 31 maja 2010 r. wydane zostało w następstwie zaskarżenia czynności polegającej na zatrzymaniu automatu co nastąpiło przed wszczęciem postępowania i przed uznaniem go za dowód rzeczowy.

Wszczęcie postępowania przygotowawczego, w ramach którego organ procesowy był uprawniony dokonywać czynności zapewniające prawidłowy przebieg postępowania, nie tylko, że przerywało związek przyczynowy między zdarzeniem a szkodą, ale co ważniejsze wydanie postanowienia o uznaniu automatu za dowód rzeczowy w żadnym razie nie może być uznane za bezprawne. Niewątpliwie od 26 stycznia 2010 r. Urząd Celny w O. podejmował czynności w ramach ustawowych kompetencji, które dodatkowo wówczas nie zostały zakwestionowane przez stronę powodową. Od dnia 26 stycznia 2010 r. automat znajdował się w dyspozycji Urzędu Celnego, który prowadził konkretne czynności procesowe uzasadnione etapem sprawy. Z tego typu działaniami strona powodowa musiała się liczyć i co najmniej winna znosić skutki podjętych czynności procesowych.

Należało rozważyć także wątek związany z połączeniem spraw, w tym sprawy RKS 24/10 ze sprawą Ap V Ds. 28/09 w celu ich łącznego prowadzenia pod sygn. akt Ap V Ds. 28/09, w drodze postanowienia z dnia 11 lutego 2010 r. (k. 190)

Po połączeniu spraw Prokuratura Apelacyjna w B. nadzorowała postępowanie. Wynika to choćby z podstawy prawnej powołanej w postanowieniu z dnia 11 lutego 2010 r., tj. art. 326 § 3 pkt 3 i 4 k.p.k., a więc przepisu odnoszącego się do kwestii nadzoru prokuratora nad postępowaniem, którego prokurator sam nie prowadzi.

Oznacza to, że Urząd Celny w O., po dacie wydania postanowienia o połączeniu, nadal mógł podejmować własne czynności procesowe, był dysponentem zgromadzonych dowodów.

Tym samym utracone korzyści stanowiące szkodę, naprawienia której może skutecznie domagać się strona powodowa, obejmują okres od dnia 21 grudnia 2009 r. do dnia 26 stycznia 2010 r.

Szkoda w postaci utraconych korzyści nie jest abstrakcyjna, a jedynie hipotetyczna, co oznacza, że winna być liczona przy wykorzystaniu danych co do wysokości dochodu dotychczas uzyskiwanego przez poszkodowanego. Do obliczenia dochodu zbędne było przeprowadzanie dowodu z opinii biegłego. Sposób obliczenia nie wymagał bowiem wiadomości specjalnych. Automat był wcześniej eksploatowany, a strona powodowa złożyła dokumentację finansową pozwalającą na ustalenie w jakiej wysokości przynosił przychód oraz jakie strona powodowa ponosiła koszty związane z jego eksploatacją.

Wysokość tych dochodów winna być ustalona przy uwzględnianiu jak najdłuższego okresu eksploatacji urządzenia poprzedzającego wyzucie strony powodowej z posiadania rzeczy. Stąd też, zdaniem Sądu Apelacyjnego, wymierny dla sprawy jest okres roku, a nie 9 miesięcy, jak chciała strona pozwana.

Z przedłożonych dokumentów wynika, że w okresie od stycznia do grudnia 2009 roku przychód z automatu wyniósł 312.474,50 zł, co dziennie daje 880 zł. Tę kwotę należy pomniejszyć o 40% z tytułu czynszu dzierżawnego.

Wprawdzie z protokołu przesłuchania M. P. (właściciela kawiarni (...)) sporządzonego w sprawie RKS 24/2010 wynika, że w trakcie wykonywania umowy dzierżawy strony zmieniły wysokość czynszu na 50%, lecz zeznania świadków złożone w innej sprawie nie mogą być podstawą ustaleń faktycznych przy rozstrzyganiu przedmiotowego sporu. Dla wykazania czy doszło do zmiany wysokości czynszu strona pozwana winna wnioskować o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka przed sądem orzekającym, zgodnie z zasadą bezpośredniości. Protokół z przesłuchania w innej sprawie nie ma waloru dowodu przeprowadzonego bezpośrednio przed sądem orzekającym, a zgodnie z art. 235 § 1 k.p.c. postępowanie dowodowe odbywa się przed tym właśnie sądem.

Zatem kwotę 880 zł należało pomniejszyć o 40% czynszu, tj. 352 zł, co daje 528 zł dziennie.

Okres od 21 grudnia 2009 r. do 26 stycznia 2010 r., to 37 dni, przez co iloczyn tej liczby i dziennego zysku stanowi kwotę 19.536 zł, którą należało pomniejszyć o zryczałtowany podatek za miesiąc styczeń w wysokości 2.000 zł.

Ostatecznie różnica daje kwotę 17.536 zł, która podlegała zasądzeniu.

Zgodnie z art. 455 k.c. w zw. z art. 481 § 1 i 2 k.c. odsetki ustawowe należne są od dnia 2.10.2012 r. Strona powodowa pismem z dnia 21 września 2012 r. wezwała stronę pozwaną do zapłaty odszkodowania do dnia 28 września 2012 r. (k. 55). Do wezwania do zapłaty strona powodowa dołączyła jedynie dowód nadania korespondencji (k. 56), ale brak jest dowodu potwierdzającego, że została doręczona przed terminem zapłaty. Niewątpliwie wezwanie dotarło do rąk adresata w dniu 1.10.2012 r., kiedy Naczelnik Urzędu Celnego w O. sporządził odpowiedź. Zatem najpóźniej w tym dniu zobowiązany mógł uregulować należność. Z tego względu odsetki ustawowe zasądzone zostały od dnia 2 października 2012 r.

Z tych przyczyn z mocy art. 386 § 1 kpc wyrok został zmieniony poprzez częściowe uwzględnienie powództwa jak w sentencji.

Zmianie podlega rozstrzygnięcie o kosztach procesu na które składają się wynagrodzenia dwóch pełnomocników 14.417 zł oraz opłata od pozwu 11.420 zł. Łącznie 25.837 zł, z czego powódka poniosła 18.637 zł, a strona pozwana 7.200 zł. Powództwo zostało uwzględnione w 8%, przez co powódka ponosi 92 % kosztów, czyli 23.770 zł, a to oznacza, że z mocy art. 100 zd. 1 kpc, jest zobowiązana do zwrotu stronie pozwanej 5.133 zł (23.770 - 18.637).

Koszty postępowania apelacyjnego wyniosły 9.711 zł (2.700 x 2 + 4.311) z czego powódka poniosła 7.011 zł, a strona pozwana 2.700 zł. Apelacja została uwzględniona w 20%, przez co strona powodowa pokrywa 80 % kosztów, co stanowi 7.768 zł, a to skutkuje zasądzeniem na rzecz strony pozwanej różnicy w wysokości 757 zł.

bp