



Sygn. akt II KK 31/17

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 11 kwietnia 2017 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Kazimierz Klugiewicz (przewodniczący, sprawozdawca)

SSN Dariusz Kala

SSN Zbigniew Puskarski

Protokolant Marta Brylińska

przy udziale prokuratora Prokuratury Krajowej Barbary Nowińskiej,
w sprawie J. K.

oskarżonego z art. 228 § 1 k.k.

po rozpoznaniu w Izbie Karnej na rozprawie

w dniu 11 kwietnia 2017 r.,

kasacji, wniesionej przez prokuratora na niekorzyść

od wyroku Sądu Okręgowego w W.

z dnia 6 października 2016 r., sygn. akt X Ka (...)

utrzymującego w mocy wyrok Sądu Rejonowego w W.

z dnia 16 czerwca 2016 r., sygn. akt II K (...),

**zaskarżony wyrok uchyla i sprawę przekazuje Sądowi
Okręgowemu w W. do ponownego rozpoznania w postępowaniu
odwoławczym.**

UZASADNIENIE

J. K. został oskarżony o to, że:

w dniu 25 kwietnia 2006 r. w W., w związku z pełnieniem funkcji publicznej głównego specjalisty do spraw transportu samochodowego w „N.” sp. z o.o. (obecna nazwa O. sp. z o.o.), której całość udziałów należy do „M. Spółki Akcyjnej” – należącej w całości do Skarbu Państwa, w związku z przetargiem wyboru firmy wynajmującej samochody na potrzeby „N.” sp. z o.o., przyjął od pracownika firmy „F.” sp. z o.o. w W. korzyść majątkową w postaci pieniędzy w kwocie 30.000 złotych oraz obietnicę korzyści majątkowej w postaci 50-procentowego upustu na zakup samochodu osobowego marki Ford klasy średniej,

tj. o czyn z art. 228 § 1 k.k.

Sąd Rejonowy w W. wyrokiem z dnia 16 czerwca 2016 r., sygn. akt II K (...), uniewinnił J. K. od popełnienia zarzucanego mu czynu.

Apelację od wyroku Sądu Rejonowego w W. wniósł prokurator, zaskarżając go w całości na niekorzyść oskarżonego J. K. i zarzucając:

I. obrazę przepisów postępowania, mającą wpływ na jego treść, a mianowicie art. 7 k.p.k. i art. 410 k.p.k.,

II. obrazę przepisów postępowania, mającą wpływ na jego treść, a mianowicie art. 201 k.p.k.,

III. obrazę przepisów prawa materialnego, a mianowicie art. 228 § 1 k.k.

W konkluzji prokurator wnosił o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi Rejonowemu w W. do ponownego rozpoznania.

Sąd Okręgowy w W. wyrokiem z dnia 6 października 2016 r., sygn. akt X Ka (...), po rozpoznaniu apelacji wniesionej przez prokuratora, utrzymał w mocy zaskarżony wyrok.

Kasację od wyroku Sądu Okręgowego w W. wniósł prokurator, który zaskarżając ww. wyrok w całości na niekorzyść oskarżonego J. K. zarzucił rażące i mające istotny wpływ na treść orzeczenia naruszenie prawa karnego materialnego tj. art. 228 § 1 k.k. w zw. z art. 115 § 19 k.k. w zb. z art. 296a § 1 k.k. polegające na odmowie uznania oskarżonego J. K., zatrudnionego na podstawie umowy o pracę w „N.” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, której całość udziałów należy do M. Spółki Akcyjnej należącej w całości do Skarbu Państwa, za osobę pełniącą funkcję publiczną, a więc osobę zatrudnioną w jednostce organizacyjnej

dysponującej środkami publicznymi, podczas gdy zyski z działalności jednoosobowej spółki Skarbu Państwa zgodnie z ustawą z dnia 30 czerwca 2005 roku o finansach publicznych są środkami publicznymi i mieszczą się w zakresie innych dochodów publicznych należnych budżetowi państwa na podstawie innych ustaw, a w tym wypadku ustawy z dnia 1 grudnia 1995 roku o wypłatach z zysku przez jednoosobowe spółki Skarbu Państwa, a zakup usług na rzecz spółki stanowiący czyn nieuczciwej konkurencji, za który oskarżony uzyskał korzyść majątkową, należy zaliczyć do kosztów uzyskania przychodu stanowiącego o dochodzie spółki, a tym samym zysku należnym Skarbowi Państwa, a ponadto przyjęcie korzyści majątkowej przez osobę pozostającą w stosunku pracy na stanowisku kierowniczym w jednostce organizacyjnej wykonującej działalność gospodarczą, w zamian za nadużycie udzielonych uprawnień, mogące wyrządzić szkodę majątkową, stanowiące czyn nieuczciwej konkurencji rodzi konieczność kumulatywnej kwalifikacji takiego czynu z art. 296a § 1 k.k. i art. 228 § 1 k.k., ewentualnie, zgodnie z art. 455 k.p.k., poprawy błędnej kwalifikacji prawnej z art. 228 § 1 k.k. na art. 296a § 1 k.k., niezależnie od granic zaskarżenia i podniesionych zarzutów.

W konkluzji prokurator wniósł o uchylenie wyroku Sądu Okręgowego w W. w całości i przekazanie sprawy temu Sądowi do ponownego rozpoznania.

W załączonej do akt sprawy odpowiedzi na kasację obrońca oskarżonego J. K. wniósł o oddalenie kasacji, jako oczywiście bezzasadnej.

Sąd Najwyższy rozważył, co następuje.

Kasacja prokuratora okazała się zasadna o tyle, że spowodowała uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu w W. do ponownego rozpoznania w postępowaniu odwoławczym.

Na wstępie wskazać jednak należy na nieprawidłowość podniesionego w kasacji zarzutu, który czytany literalnie nie mógłby zostać uwzględniony. Prokurator postawił bowiem zarzut obrazy prawa materialnego tj. art. 228 § 1 k.k. w zw. z art. 115 § 19 k.k. w zb. z art. 296a § 1 k.k., nie dostrzegając jednocześnie, że w orzecznictwie Sądu Najwyższego wielokrotnie już wyrażano pogląd, iż obraza prawa materialnego ma miejsce wtedy, gdy stan faktyczny został w orzeczeniu prawidłowo ustalony, a nie zastosowano do niego właściwego przepisu prawa

materialnego, a także w sytuacji niezastosowania określonego przepisu, gdy jego zastosowanie było obowiązkowe. Natomiast nie zachodzi taka obrazy, kiedy wadliwość zaskarżonego orzeczenia jest wynikiem błędnych ustaleń przyjętych za jego podstawę lub naruszenia przepisów prawa procesowego (*por. np. wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 23 lipca 1974 r., V KR 212/74, OSNKW 1974/12, poz. 233; z dnia 9 października 1980 r., Rw 342/80, OSNPG 1981/8–9, poz. 103; z dnia 12 października 1983 r., V KKN 213/83, OSNPG 1984/4, poz. 43; postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 8 stycznia 2002 r., V KKN 214/01, LEX nr 53005*). Niezależnie jednak od mankamentów postawionego w *petitum* kasacji zarzutu, część motywacyjna wniesionej w sprawie skargi kasacyjnej wskazywała na tego rodzaju uchybienia, zaistniałe w fazie postępowania przed Sądem odwoławczym, które czyniły koniecznym wydanie orzeczenia o charakterze kasatoryjnym. Niewątpliwie bowiem, chociaż jest pożądane, aby środek odwoławczy był konstruowany w sposób przejrzysty, a więc grupował w tzw. *petitum* wszystkie zarzuty stawiane skarżonemu orzeczeniu, to granice rozpoznania sprawy w postępowaniu odwoławczym i kasacyjnym wyznacza treść całego środka zaskarżenia.

Przede wszystkim zauważyć należy, że w apelacji od wyroku Sądu Rejonowego postawiono trzy zarzuty, przy czym Sąd Okręgowy za wystarczające uznał odniesienie się do zarzutów z pkt II (obrazy art. 201 k.p.k.) i z pkt III (obrazy art. 228 § 1 k.k.), a jednocześnie stwierdził, że należy pominąć zarzut z pkt I (art. 7 k.p.k. i art. 410 k.p.k.). Za kluczową dla rozstrzygnięcia sprawy kwestię Sąd odwoławczy uznał odpowiedź na pytanie, czy oskarżony może odpowiadać za przestępstwo z art. 228 § 1 k.k., a ściślej czy pełniona przez niego funkcja w Spółce z o.o. „N.” była funkcją publiczną. W tym zakresie Sąd *ad quem* odwołał się do treści art. 115 § 19 k.k., konstatując swój wywód stwierdzeniem, że wskazana jednostka organizacyjna w dacie zarzucanego oskarżonemu czynu nie dysponowała środkami publicznymi. Nie przesądzając oczywiście ostatecznego rozstrzygnięcia w sprawie wskazać jednak należy, że tego rodzaju stwierdzenie i szczątkowa argumentacja na jego poparcie nie pozwala zaakceptować obecnie słuszności tego twierdzenia. Przede wszystkim zauważyć należy, że Sąd odwoławczy – podobnie jak uczynił to Sąd Rejonowy – oparł się na opinii biegłej J. Ć., dyskwalifikując opinię biegłego R. G. Podstawą do takiej oceny opinii biegłego

był fakt przywołania przez tego biegłego przepisów ustawy, która nie obowiązywała w czasie popełnienia czynu zarzucanego oskarżonemu. Biegły ten jednak, przyznając się do tego błędu, wskazał jednoznacznie, że to uchybienie w niczym nie zmienia jego „zasadniczej konkluzji w opinii”. Ta zaś sprowadza się – ogólnie rzecz ujmując – do stwierdzenia, że chociaż „N.” Sp. z o.o., jako spółka prawa handlowego, nie była jednostką sektora finansów publicznych, to jednak była jednostką dysponującą środkami publicznymi. Odmienne stanowisko zajęła natomiast biegła J. Ć. W szczególności odczytując treść protokołu z rozprawy można odnieść wrażenie, że według tej biegłej jednostkami organizacyjnymi dysponującymi środkami publicznymi są wyłącznie jednostki sektora finansów publicznych – skoro natomiast z mocy ustawy spółki prawa handlowego nie tworzą sektora finansów publicznych (czego i biegły R. G. przecież nie kwestionuje, a wręcz przeciwnie, z tym się w pełni zgadza i to podkreśla), to „N.” Sp. z o.o. nie tylko nie jest jednostką sektora finansów publicznych, ale i nie dysponuje środkami publicznymi. Należało zatem, co słusznie podnosi się w kasacji, dokonać kompleksowej analizy przepisów uprzednio obowiązującej ustawy o finansach publicznych oraz ustawy aktualnie obowiązującej i dopiero na tej podstawie ocenić, czy opinia biegłego R. G. jest faktycznie błędna merytorycznie. Nie można bowiem dyskredytować opinii biegłego wyłącznie w oparciu o redakcyjną zmianę odpowiednich przepisów ustawy, a nie ich merytoryczną treść. Nie dokonano przy tym odniesienia do przepisów uprzednio obowiązujących, w kontekście obecnie obowiązujących przepisów, w tym m.in. do art. 5 ust. 1 ustawy o finansach publicznych, w którym do środków publicznych zaliczono dochody publiczne. Sięgając bowiem do art. 5 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2016 r. poz. 1870 ze zm.) zauważyć przede wszystkim należy, że dochodami publicznymi są między innymi wpłaty z zysku przedsiębiorstw państwowych i jednoosobowych spółek Skarbu Państwa. Z kolei z art. 9 ustawy o finansach publicznych wynika, że sektor finansów publicznych tworzą między innymi inne (niż wymienione w art. 9 pkt 1–11 ówczesnej obowiązującej ustawy z dnia 30 czerwca 2005 r. o finansach publicznych) państwowe lub samorządowe osoby prawne utworzone na podstawie odrębnych ustaw w celu wykonywania zadań publicznych, z wyłączeniem przedsiębiorstw,

banków i spółek prawa handlowego. Zgodnie natomiast z przepisami ustawy z dnia 1 grudnia 1995 roku o wypłatach z zysku przez jednoosobowe spółki Skarbu Państwa (tekst jedn.: Dz.U z 2016 r. poz. 286) ustawę stosuje się do jednoosobowych spółek Skarbu Państwa i spółek, w których wszystkie akcje, udziały są własnością Skarbu Państwa z wyjątkiem akcji (udziałów) nieodpłatnie udostępnionych pracownikom na zasadach określonych w odrębnych przepisach (art. 1 pkt 2 ustawy). Spółki te są obowiązane do dokonywania wpłat z zysku po opodatkowaniu podatkiem dochodowym na rzecz budżetu państwa. Wypłaty z zysku dokonywane są zaliczkowo w okresach miesięcznych lub kwartalnych, a ostateczne rozliczenie następuje po zatwierdzeniu sprawozdania finansowego. Dochodami publicznymi są więc – jak trafnie wskazano w kasacji – wypłaty z zysku przedsiębiorstw państwowych i jednoosobowych spółek Skarbu Państwa. Z kolei dysponowanie mieniem Skarbu Państwa w oparciu o przepisy k.s.h. nie pozbawia Skarbu Państwa udziałów i akcji w kapitale zakładowym spółek Skarbu Państwa oraz wypracowanego na ich podstawie zysku. Warunkiem koniecznym zakwalifikowania jakiejś działalności jako publicznej nie jest bowiem finansowanie jej ze środków publicznych, a tylko dysponowanie przez nią środkami publicznymi. Całe wyrażenie „osoba zatrudniona w jednostce organizacyjnej dysponującej środkami publicznymi” sugeruje, iż słowo „dysponującej” odnosi się do jednostki organizacyjnej jako takiej, a nie do kompetencji czy konkretnych czynności wykonywanych (O. Górniok, *Komentarz do art. 115 Kodeksu karnego*, LEX 2006). W tym zakresie należałoby wskazać, które z w/w uregulowań nie obowiązywało pod rządami ustawy z 2005 r. i na czym polega ewentualna różnica – oczywiście w odniesieniu do przedstawionego i mającego zasadnicze znaczenie do rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie zagadnienia.

Warto w tym miejscu odwołać się także do orzecznictwa Sądu Najwyższego, w którym wyrażono stanowisko, że „element dysponowania środkami publicznymi samoistnie i niejako automatycznie przesądza o publiczności funkcji” (*wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 lipca 2013 r., IV KK 92/13, LEX nr 1350323*). W uzasadnieniu cytowanego judykatu wskazano natomiast, że wyznaczanie zakresu kryminalizacji typów charakteryzujących przestępstwo sprzedajności i przekupstwa wyłącznie w oparciu o ustawową formułę definiującą pojęcie „osoba pełniąca

funkcję publiczną”, oparte na szerokim rozumieniu terminu „środki publiczne” oraz pomijające znaczenie dobra prawnego dla określenia kręgu zachowań karalnych, prowadzi do sytuacji, w której niezależnie od pełnionych przez daną jednostkę organizacyjną zadań (które mogą mieć publiczny lub niepubliczny charakter), każdy zatrudniony w takiej jednostce, o ile nie pełni wyłącznie czynności usługowych, uznawany jest za zdatny podmiot łapownictwa. Zarazem przesądzenie tej podmiotowej okoliczności oznacza w tym modelu wykładniczym stwierdzenie wszystkich ustawowych przesłanek odpowiedzialności karnej za sprzedajność lub przekupstwo.

W piśmiennictwie zajęto natomiast stanowisko, że nie ma dostatecznych podstaw ku temu, by twierdzić, że jedną z postaci dysponowania środkami publicznymi w rozumieniu art. 115 § 19 k.k. jest prowadzenie działalności gospodarczej opartej na mieniu państwowym lub samorządowym w formie przedsiębiorstwa państwowego, banku państwowego albo spółki prawa handlowego z udziałem Skarbu Państwa lub jednostki samorządu terytorialnego. Nie tylko dlatego, że z mocy art. 9 pkt 14 *in fine* u.f.p. (art. 9 pkt 12 ustawy o finansach publicznych z dnia 30 czerwca 2005 r. – przyp. SN) podmioty tego rodzaju zostały wyraźnie wyłączone z sektora finansów publicznych, lecz także dlatego, że nawet gdyby hipotetycznie założyć, iż wykładając art. 115 § 19, nie jesteśmy związani definicją legalną nazwy „środki publiczne”, ustanowioną w art. 5 u.f.p., to i tak niepodobna byłoby przyjąć, że zakres terminu „środki” w owej nazwie nie ogranicza się wyłącznie do (określonych) walorów pieniężnych, ale obejmuje wszelkie w ogóle mienie. Gdyby taki miał być zamysł ustawodawcy, to redagując art. 115 § 19, użyto by nie terminu „środki (publiczne)”, lecz właśnie terminu „mienie (publiczne)”, dobrze przecież znanego językowi prawnemu kodeksu karnego (J. Majewski, w: W. Wróbel (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Tom II. Część II. Komentarz do art. 115*, LEX 2016).

W tym kontekście, przekładając powyższe wywody na realia przedmiotowej sprawy, warto przypomnieć, że do spotkania pomiędzy J. L. a J. K. doszło w marcu 2006 roku, a w późniejszym okresie mężczyźni spotykali się jeszcze kilkakrotnie. W trakcie spotkań omawiano zagadnienia związane z długoterminowym wynajmem samochodów dla „N.”, a J. L. podjął się opracowania dla J. K. Specyfikacji

Warunków Zamówienia związanej z wymianą taboru samochodowego. W tym okresie J. L. poznał również Dyrektora Biura Inwestycyjnego „N.” Sp. z o.o. P. P. W trakcie prac nad przedmiotowym dokumentem J. L. uzyskiwał od J. K. informacje i wskazówki odnośnie wymagań technicznych samochodów, jakie chciała wynająć spółka „N.”. W dniu 29 marca 2006 roku J. K. wysłał do J. L. e-mail, w którym znajdowała się korespondencja uprzednio wysłana przez A. R. do P. P. Wiadomość ta zawierała informacje dotyczące rozszerzenia Specyfikacji Warunków Zamówienia, które następnie zostały zamieszczone w tym dokumencie.

Tym samym nie można odmówić racji twierdzeniu prokuratora, że w sprawie nie rozważono ewentualnej odpowiedzialności oskarżonego za czyn z art. 296a k.k., którego przedmiotem ochrony jest prawidłowe sprawowanie funkcji kierowniczej w jednostce organizacyjnej wykonującej działalność gospodarczą. Przepis art. 296a k.k. chroni tę jednostkę przed działaniami na jej niekorzyść, takimi jak wyrządzenie jej szkody majątkowej lub popełnienie czynu nieuczciwej konkurencji bądź podjęcie niedopuszczalnej czynności preferencyjnej. Zachowanie się sprawcy tego przestępstwa polega na żądaniu lub przyjęciu korzyści majątkowej lub osobistej albo jej obietnicy w zamian za nadużycie udzielonych uprawnień lub niedopełnienie ciążącego na sprawcy obowiązku, mogących wyrządzić jednostce szkodę majątkową. Zachowanie sprawcy tego przestępstwa może również polegać na dopuszczeniu się czynu nieuczciwej konkurencji w zamian za opisane korzyści bądź na popełnieniu niedopuszczalnej czynności preferencyjnej na rzecz nabywcy albo odbiorcy towaru, usługi lub świadczenia. Takie zachowania generalnie naruszają zasady prawidłowego postępowania w działalności gospodarczej. Podejmowane decyzje nie mogą bowiem być zakłócanie w drodze oddziaływania na osoby uprawnione do ich podjęcia przez przyjęcie przez te osoby korzyści majątkowej lub osobistej albo jej obietnicy (M. Bojarski, *Komentarz do art. 296a k.k.*, LEX 2016).

Takie jednak rozważania są możliwe wyłącznie wówczas, gdy ustalony stan faktyczny jest bezsporny i nie jest kwestionowany. Trudno bowiem rozważać ewentualną odpowiedzialność sprawcy pod kątem przepisów prawa karnego materialnego, czy i które z ich znamion zostały zachowaniem się oskarżonego zrealizowane, skoro nawet nie wiadomo, czy i jaki czyn zaistniał. Najpierw więc

trzeba ustalić – co jest oczywiste – czy czyn w ogóle został popełniony, a dopiero w dalszej kolejności badać, czy i jakie oraz którego z przepisów prawa karnego materialnego, znamiona zostały wypełnione. W przedmiotowej zaś sprawie nie zostało ponad wszelką wątpliwość ustalone, czy i jaki czyn oskarżony J. K. popełnił. O ile bowiem Sąd pierwszej instancji w tym zakresie poczynił pewne ustalenia, to jednak równocześnie wskazał wprost, że niezależnie od „wątpliwości natury faktycznej”, uniewinnienie oskarżonego uzasadnione było brakiem możliwości realizacji przez niego znamion czynu z art. 228 § 1 k.k. Tak więc w istocie rzeczy Sąd Rejonowy nie ustalił w sposób stanowczy, czy oskarżony przyjął korzyść majątkową w postaci pieniędzy oraz obietnicę korzyści majątkowej, a jedynie uznał, że i tak nie mógłby on swoim zachowaniem zrealizować znamion zarzucanego jemu przestępstwa z uwagi na fakt, że spółka w której był on zatrudniony nie dysponowała środkami publicznymi. Zasadnicze – i pierwszorzędne – znaczenie miał zatem podniesiony w apelacji prokuratora zarzut obrazy art. 7 k.p.k. oraz art. 410 k.p.k., która skutkowałą „uniewinnieniem J. K., podczas gdy prawidłowa ocena wszystkich dowodów (...), prowadzi do wniosku, że J. K. dopuścił się zarzucanego mu czynu”. Jeżeli zatem sądy obu instancji uznałyby, że oskarżony faktycznie nie dopuścił się zarzucanego mu czynu, to zbędne byłyby oczywiście tak opinie biegłych, jak i inne rozważania w zakresie znamion tak przestępstwa z art. 228 § 1 k.k., jak i art. 296a § 1 k.k. Dopiero bowiem w sytuacji, gdyby uznano, że zachowanie opisane w akcie oskarżenia miało miejsce, należałoby się zastanowić, czy jednocześnie wyczerpało ono znamiona jakiegoś z przestępstw i ewentualnie jakiego. Postawienie natomiast zagadnienia w ten sposób, że nie ma znaczenia, czy oskarżony dopuścił się zachowania opisanego w akcie oskarżenia, czy też nie, skoro nie może on być podmiotem przestępstwa z art. 228 § 1 k.k., a *limine* wyłącza jakiegokolwiek rozważania w zakresie jego ewentualnej odpowiedzialności z innego przepisu prawa karnego materialnego. Także dla osoby oskarżonej ma znaczenie to, czy czynu w ogóle ona nie popełniła, czy też, że jej czyn nie zawiera jedynie wszystkich ustawą określonych znamion danego przestępstwa.

Powyższe prowadzi do konkluzji, że rozpoznając apelację od wyroku Sądu I instancji Sąd odwoławczy winien przede wszystkim rozpoznać zarzut naruszenia art. 7 i 410 k.p.k., który według prokuratora miał polegać na wybiórczej i dowolnej

ocenie zgromadzonego materiału dowodowego, oparciu orzeczenia wyłącznie na części okoliczności ujawnionych w toku postępowania karnego, przemawiających jedynie na korzyść oskarżonego, bezkrytycznym daniu wiary J. K., z jednoczesnym pominięciem zeznań świadka J. L.. Dopiero rozpoznanie tego zarzutu w kontekście tezy aktu oskarżenia o popełnieniu przez J. K. przestępstwa z art. 228 § 1 k.k., ale także i w odniesieniu do przestępstwa z art. 296a § 1 k.k., pozwalało czynić rozważania w kontekście ewentualnej zasadności pozostałych zarzutów apelacji. Skoro zaś Sąd Okręgowy tak nie uczynił, to konieczne stało się uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy temu Sądowi do ponownego rozpoznania w postępowaniu odwoławczym.

Z tych względów Sąd Najwyższy orzekł, jak w wyroku.

r.g.