

*Sygn. akt II AKa 205/12*

## WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

*Dnia 28 września 2012 r.*

*Sąd Apelacyjny w. W. II Wydział Karny w składzie:*

*Przewodniczący: SSA – Rafał Kaniok*

*Sędziowie: SA – Anna Zdziarska (spr.)*

*SO (del) – Dorota Tyrła*

*Protokolant: sekr. sąd. – Kazimiera Zbysińska*

*przy udziale prokuratora Jerzego Mierzeńskiego*

*po rozpoznaniu w dniu 28 września 2012 r.*

*sprawy: 1) J. K., 2) A. M., 3) M. J., 4) M. W., 5) I. B., 6) Z. P., 7) Todor G. P., 8) R. Y., 9) G. B., 10) N. I. P., 11) G. I., 12) V. P., 13) K. D. D., 14) N. B., 15) P. N., 16) P. B., 17) Y. L., 18) G. P., 19) K. R., 20) N. G.*

*oskarżonych o czyny z art. 258 § 1 k.k., z art. 12 a ust. 2 w zw. z art. 14 Ustawy z dnia 02.03.2001 r o wyrobie alkoholu etylowego oraz wytwarzaniu wyrobów tytoniowych, art. 305 ust. 3 Ustawy Prawo własności przemysłowej, art. 65 § 1 k.k.s. w zw. z art. 37 § 1 pkt 2 i 5 k.k.s.*

*na skutek apelacji wniesionej przez pełnomocnika oskarżyciela posiłkowego*

*od wyroku Sądu Okręgowego w. W.*

*z dnia 17 lutego 2012 r., sygn. akt XVIII K 385/11*

*uchyla zaskarżony wobec wszystkich oskarżonych wyrok i sprawę przekazuje Sądowi Okręgowemu w. W. do ponownego rozpoznania.*

## UZASADNIENIE

*J. K., A. M., M. J., M. W., I. B., Z. P., Todor G. P., R. Y., Georgij I. B., N. I. P., Georgij I. I., V. P., K. D. D., N. B., P. N., P. B., Y. L., G. P., K. R., N. G. zostali oskarżeni o to, że:*

1. w okresie od co najmniej 18 do 25 lutego 2011 r. wspólnie i w porozumieniu brali udział w zorganizowanej grupie mającej na celu popełnianie przestępstw skarbowych i innych, w ten sposób, że na terenie miejscowości B. przechowywali, ukrywali przygotowywali do zbycia, konfekcjonowali i wyrabiali wyroby tytoniowe, bez polskich znaków akcyzy,

*tj. o czyn z art. 258 § 1 k.k.;*

2. w okresie od co najmniej 18 do 25 lutego 2011 r. w B. wspólnie i w porozumieniu wytwarzali bez wymaganego wpisu do rejestrów wyroby tytoniowe o znacznej wartości tj. 867.105,42 zł, przy czym z działalności tej uczynili sobie stałe źródło dochodów

*tj. o czyn z art. 12a ust. 2 w zw. z art. 14 Ustawy z dnia 02 marca 2001r. o wyrobie alkoholu etylowego oraz wytwarzaniu wyrobów tytoniowych;*

3. w nieustalonym czasie do 25 lutego 2011 r. w B. wspólnie i w porozumieniu działając w zorganizowanej grupie mającej na celu popełnianie przestępstw, w celu wprowadzenia do obrotu wyrobów tytoniowych oznaczyli podrobionym znakiem towarowym P. M. (...) paczek papierosów marki (...), którego to znaku nie mieli prawa używać, przy czym dopuścili się przestępstwa tego w stosunku do towaru znacznej wartości 867.105,42 zł,

***tj. o czyn z art. 305 ust. 3 Ustawy Prawo własności przemysłowej;***

4. w okresie od co najmniej 18 do 25 lutego 2011r. w B., wspólnie i w porozumieniu przechowywali, ukrywali i przygotowywali do zbycia, konfekcjonowali, wyroby tytoniowe w postaci krajanki tytoniowej w ilości 10600 kg szacunkowej wartości 1.007.000,00 zł, co najmniej 1914140 sztuk papierosów (95707 paczek) o wartości 867.105,42 zł, przy czym kwota narażonego na uszczuplenie podatku wyniosła co najmniej 285.494,00 zł (VAT), 1.120.611,00 zł (akcyza), 44.100,00 zł (cło) - w odniesieniu do gotowych paczek papierosów oznaczonych marką M., bez polskich znaków akcyzy, przy czym uczynili sobie z tego przestępstwa stałe źródło dochodów,

***tj. o czyn z art. 65 § 1 k.k.s. w zw. z art. 37 § 1 pkt 2 i 5 k.k.s.***

Wyrokiem z dnia 17 lutego 2012 r. Sąd Okręgowy Warszawa – Praga w. W. uznał:

I. oskarżonych za winnych popełnienia zarzucanych im czynów i za czyn z pkt I a/o na podstawie art. 258 § 1 k.k. i wymierzył im kary po 1 (jednym) roku pozbawienia wolności, za czyn z pkt II a/o na podstawie art. 12a ust. 2 w zw. z art. 14 Ustawy z dnia 02 marca 2001r. o wyrobie alkoholu etylowego oraz wytwarzaniu wyrobów tytoniowych wymierzył im kary po 1 (jednym) roku pozbawienia wolności, za czyn z pkt III a/o na podstawie art. 305 ust. 3 Ustawy Prawo własności przemysłowej wymierzył im kary po 1 (jednym) roku pozbawienia wolności, za czyn z pkt IV a/o na podstawie art.

65 § 1 k.k.s. w zw. z art. 37 § 1 pkt 2 i 5 k.k.s. wymierzył im kary po 1 (jednym) roku pozbawienia wolności i grzywny w wymiarze 100 (stu) stawek dziennych każda po 20 (dwadzieścia) zł jedna stawka;

II. Na podstawie art.39 § 2 k.k.s. orzekł wobec oskarżonych N. P., G. P., P. I. B., N. B.,V. P., K. D., G. B., N. G., I. B., P. N., Georgij I. I., Todora G. P., Z. P., Y. L., R. Y., K. R. kary łączne po 3 (trzy) lata pozbawienia wolności;

III. Na podstawie art. 343 § 2 pkt 2 k.p.k. wykonanie łącznych kar pozbawienia wolności wobec oskarżonych N. P., G. P., P. I. B., N. B., V. P., K. D., G. B., N. G., I. B., P. N., Georgij I. I., Todora G. P., Z. P., Y. L., R. Y., K. R. warunkowo zawiesił na okresy próby po 6 (sześć) lat;

IV. Oskarżonych M. J., A. M., M. W., J. K. uznał za winnych popełnienia czynów im zarzucanych i za czyn z pkt I a/o na podstawie art. 258 § 1 k.k. wymierzył M. J., A. M., M. W., J. K. kary po 8 (osiem) miesięcy pozbawienia wolności, za czyn z pkt II a/o na podstawie art. 12a ust. 2 w zw. z art. 14 Ustawy z dnia 02 marca 2001r. o wyrobie alkoholu etylowego oraz wytwarzaniu wyrobów tytoniowych wymierzył M. J., A. M., M. W., J. K. kary po 8 (osiem) miesięcy pozbawienia wolności, za czyn z pkt III a/o na podstawie art. 305

ust. 3 Ustawy Prawo własności przemysłowej wymierzył M. J., A. M., M. W., J. K. kary po 8 (osiem) miesięcy pozbawienia wolności, za czyn z pkt IV a/o na podstawie art. 65 § 1 k.k.s. w zw. z art. 37 § 1 pkt 2 i 5 k.k.s. wymierzył M. J., A. M. kary po 8 (osiem) miesięcy pozbawienia wolności i grzywny w wysokości 250 (dwustu pięćdziesięciu) stawek dziennych po 100

(sto) zł, M. W. karę 8 (ośmiu) miesięcy pozbawienia wolności i grzywny w wysokości 500 (pięset) stawek dziennych po 100 (sto) zł, J. K. karę 8 (ośmiu) miesięcy pozbawienia wolności i grzywny w wysokości 300 (trzystu) stawek dziennych po 100 (sto) zł;

V. Na podstawie art.39 § 2 k.k.s. orzekł kary łączne pozbawienia wolności wobec M. J. 1 (jednego) roku 2 (dwóch) miesięcy pozbawienia wolności, A. M. 1 (jednego) roku 3 (trzech) miesięcy pozbawienia wolności, M. W. 1 (jednego) roku pozbawienia wolności, J. K. 1 (jednego) roku 4 (czterech) miesięcy pozbawienia wolności;

VI. Na podstawie art.63 § 1 k.k. na poczet łącznych kar pozbawienia wolności zaliczył okresy tymczasowego aresztowania J. K. od dnia 25 lutego 2011 r. do dnia 3 sierpnia 2011 r., A. M. od dnia 25 lutego 2011 r. do dnia 1 lipca 2011 r., M. J. od dnia 25 lutego 2011 r. do dnia 1 lipca 2011 r., M. W. od dnia 25 lutego 2011 r. do dnia 20 czerwca 2011 r.

VII. Na podstawie art.63 § 1 k.k. na poczet kar grzywny orzeczonych zaliczył okresy tymczasowego aresztowania oskarżonych:

- N. P., w dniach 25 lutego 2011 r. - 29 marca 2011 r., uznając grzywnę za wykonaną w wysokości 66 (sześćdziesięciu sześciu) stawek dziennych,
- G. P. w dniach 25 lutego 2011 r. - 29 marca 2011 r., uznając grzywnę za wykonaną w wysokości 66 (sześćdziesięciu sześciu) stawek dziennych,
- P. I. B., w dniach 25 lutego 2011 r. - 29 marca 2011 r., uznając grzywnę za wykonaną w wysokości 66 (sześćdziesięciu sześciu) stawek dziennych,
- N. B. w dniach 25 lutego 2011 r. - 29 marca 2011 r., uznając grzywnę za wykonaną w wysokości 66 (sześćdziesięciu sześciu) stawek dziennych,
- V. P. w dniach 25 lutego 2011 r. - 30 marca 2011 r., uznając grzywnę za wykonaną w wysokości 68 (sześćdziesięciu ośmiu) stawek dziennych
- K. D. w dniach 25 lutego 2011 r. - 30 marca 2011 r., uznając grzywnę za wykonaną w wysokości 68 (sześćdziesięciu ośmiu) stawek dziennych,
- N. G. w dniach 25 lutego 2011 r. - 31 marca 2011 r., uznając grzywnę za wykonaną w wysokości 70 (siedemdziesięciu) stawek dziennych,
- I. B. w dniach 25 lutego 2011 r. - 31 marca 2011 r., uznając grzywnę za wykonaną w wysokości 70 (siedemdziesięciu) stawek dziennych,
- P. N. w dniach 25 lutego 2011 r. - 31 marca 2011 r., uznając grzywnę za wykonaną w wysokości 70 (siedemdziesięciu) stawek dziennych,
- G. I. w dniach 25 lutego 2011 r. - 31 marca 2011 r., uznając grzywnę za wykonaną w wysokości 70 (siedemdziesięciu) stawek dziennych,
- Todor G. P. w dniach 25 lutego 2011 r. - 31 marca 2011 r., uznając grzywnę za wykonaną w wysokości 70 (siedemdziesięciu) stawek dziennych,
- Z. P. w dniach 25 lutego 2011 r. - 13 kwietnia 2011 r., uznając grzywnę za wykonaną w wysokości 96 (dziewięćdziesięciu sześciu) stawek dziennych,
- Y. L. w dniach 25 lutego 2011 r. - 13 kwietnia 2011 r., uznając grzywnę za wykonaną w wysokości 96 (dziewięćdziesięciu sześciu) stawek dziennych,
- R. Y. w dniach 25 lutego 2011 r. - 13 kwietnia 2011 r., uznając grzywnę za wykonaną w wysokości 96 (dziewięćdziesięciu sześciu) stawek dziennych
- K. L. R. w dniach 25 lutego 2011 r. - 14 kwietnia 2011 r., uznając grzywnę za wykonaną w wysokości 98 (dziewięćdziesięciu ośmiu) stawek dziennych,
- G. I. B. okresu zatrzymania w dniach 25-27 lutego 2011 r., uznając grzywnę za wykonaną w wysokości 6 (sześciu) stawek dziennych,

VIII. Na podstawie art.44 § 2 k.k. orzekł przepadek na rzecz Skarbu Państwa dowodów rzeczowych opisanych w wykazie dowodów rzeczowych nr 4/11 na k.2078-2090 pod poz.1-12, 79, 93, 104, 111-119, 124-125, 127-133;

IX. Zasądził na rzecz Skarbu Państwa od oskarżonych M. J. i A. M. kwoty po 5300 (pięć tysięcy trzysta) złotych, od oskarżonego M. W. kwotę (...) (dziesięć tysięcy sto osiemdziesiąt) złotych, od oskarżonego J. K. kwotę 6300 (sześć tysięcy trzysta) złotych, G. I. i K. D. D. kwoty po 800 (osiemset) złotych tytułem opłat, obciążając ich kosztami sądowymi w częściach nań przypadających

X. Zwolnił pozostałych oskarżonych od kosztów procesu, przejmując je na rachunek Skarbu Państwa.

Od wyroku apelację wywiódł **pełnomocnik oskarżyciela posiłkowego**.

Zaskarżonemu wyrokowi zarzucił:

I. co do całości wyroku, w stosunku do wszystkich oskarżonych:

1. obrazę przepisów postępowania mającą wpływ na treść orzeczenia, tj. art. 335 § 1 i 2 w zw. z art. 343 § 3 k.p.k. polegającą na ingerencji Sądu I instancji w treść wniosku zawartego w w/w trybie w akcie oskarżenia poprzez uzależnienie wydania wyroku skazującego od eliminacji z treści wniosku środka karnego w postaci obowiązku naprawienia szkody w sytuacji, gdy Sąd pozostaje związany treścią wniosku nie mając możliwości ingerowania w jego treść poprzez uzależnianie wydania wyroku od zmiany treści wniosku.

II. co do winy wszystkich oskarżonych, w zakresie czynów objętych czynem opisanym w pkt 3 (z art. 305 ust. 3 ustawy Prawo własności przemysłowej):

2. obrazę przepisów postępowania mającą wpływ na treść orzeczenia tj. obrazę przepisów art. 4, 7, 10 § 1, 410 w zw. z art. 170 § 1 pkt 2 k.p.k. poprzez dokonanie ustaleń faktycznych w zakresie wprowadzenia do obrotu papierosów wytworzonych przez oskarżonych, jak też szkody wywołanej w majątku pokrzywdzonego w oparciu o niepełny materiał dowodowy, z pominięciem istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy dowodów wskazanych przez pokrzywdzonego, tj. z naruszeniem zasady obiektywizmu i swobodnej oceny dowodów, a w konsekwencji,

3. błąd w ustaleniach faktycznych mający wpływ na treść wyroku poprzez niezasadne uznanie, iż papierosy wyprodukowane przez oskarżonych, objęte zarzutami, nie trafiły na rynek, w sytuacji, gdy trafiły one na rynek, na co wskazują okoliczności podniesione przez oskarżyciela posiłkowego, jak też, niezależnie od wskazanej wyżej argumentacji,

4. obrazę przepisów prawa materialnego, to jest art. 46 § 1 k.k. w zw. z art. 305 ust. 1 i 3 Prawa własności przemysłowej poprzez jego błędną wykładnię, polegającą na niezasadnym przyjęciu, iż wskazane w w/w przepisach pojęcie szkody ograniczone jest do szkody wynikającej z wprowadzenia podrobionych towarów do obrotu, zaś samo oznaczenie towaru podrobionym znakiem towarowym nie wywołuje uszczerbku w majątku właściciela znaku, w sytuacji, gdy prawidłowa wykładnia pojęcia szkody - oparta na przepisach prawa cywilnego - obejmuje wszelkie rodzaje szkody, w tym szkodę rzeczywistą obejmującą uszczerbek w wartości znaku towarowego, który nie jest zależny od wprowadzenia wyrobów do obrotu, a w konsekwencji - wobec błędnego przyjęcia, że szkoda nie została wykazana - nieorzeczenie od oskarżonych na rzecz oskarżyciela posiłkowego obowiązku naprawienia wyrządzonej przestępstwem szkody, a w konsekwencji w/w uchybień;

5. obrazę przepisów postępowania mającą wpływ na treść orzeczenia, tj. art. 335 § 1 k.p.k. poprzez wydanie wyroku skazującego w sytuacji, gdy okoliczności popełnienia zarzuconego czynu, co do powołanych w zarzucie 2 okoliczności, budzą poważne wątpliwości.

III. co do winy wszystkich oskarżonych, w zakresie czynów objętych czynem opisanym w pkt 4 (z art. 65 § 1 w zw. z art. 37 § 1 pkt 2 i 5 k.k.s.):

6. obrazę przepisów prawa materialnego tj. art. 69 § 1 i art. 69a § 1 k.k.s. poprzez ich niezastosowanie w sytuacji, gdy poczynione ustalenia faktyczne wskazują na realizację przez oskarżonych wszystkich znamion opisanych tam czynów, a w konsekwencji

7. obrazę przepisów postępowania mającą wpływ na treść orzeczenia, tj. art. 335 § 1 k.p.k. poprzez wydanie wyroku skazującego w sytuacji, gdy okoliczności popełnienia przypisanego w pkt 4 czynu budzą poważne wątpliwości.

IV. co do winy wszystkich oskarżonych, w zakresie całości wyroku :

8. obrazę przepisów postępowania mającą wpływ na treść orzeczenia, tj. art. 413 § 2 pkt 1 i 2 w zw. z art. 424 § 1 pkt 1 i 2 k.p.k. poprzez pominięcie w wyroku i uzasadnieniu dokładnego określenia przypisanych każdemu z oskarżonych czynów i ograniczenie treści wyroku do zbiorowego przypisania oskarżonym udziału w działaniach wskazanych w postawionych zarzutach, bez określenia roli i działań podejmowanych przez poszczególne osoby, a w konsekwencji, stopnia zawinienia i jego wpływu na wymiar kary.

V. co do kary, w zakresie kar wymierzonych następującym oskarżonym obywatelom (...) I. B., Z. P., Todor G. P., R. S., Georgij I. B., N. I. P., Georgij I. I., V. P., K. D., N. B., P. N., P. B., Y. L., G. P., K. R., N. G. tj. pkt I-III sentencji wyroku:

9. obrazę przepisów postępowania mającą wpływ na treść orzeczenia, tj. art. 41 a § 1 k.k.s. poprzez zastosowanie wobec oskarżonych warunkowego zawieszenia wykonania kary pozbawienia wolności w sytuacji, gdy wobec zajścia okoliczności wskazanych w art. 37 § 1 pkt 2 i 5 k.k.s. (pkt I wyroku) instytucja ta była wyłączona, chyba że miałoby to uzasadnienie w szczególnych okolicznościach, których wobec powołanych oskarżonych Sąd I instancji nie stwierdził, zaś - z ostrożności procesowej - w przypadku nie uznania powyższego zarzutu za zasadny,

10. obrazę przepisów postępowania mającą wpływ na treść orzeczenia, tj. art. 41 a § 2 k.k.s. poprzez nieorzeczenie wobec oskarżonych wskazanych w pkt I-III sentencji wyroku - wbrew obowiązкови wynikającemu z tego przepisu - obowiązkowego dozoru.

VI. co do kary, w zakresie kar wymierzonych wszystkim oskarżonym:

11. obrazę przepisów prawa materialnego tj. art. 306 ust. 1, 2 i 3 Prawa własności przemysłowej w zw. z art. 44 § 2 k.k. poprzez niezastosowanie przepisów Prawa własności przemysłowej przy orzekaniu o środku karnym w postaci przypadku dowodów rzeczowych, w sytuacji, gdy wobec skazania za czyn wskazany w art. 305 ust. 3 Prawa własności przemysłowej zastosowanie tego przepisu miało charakter obligatoryjny, a w konsekwencji:

12. obrazę przepisów postępowania mającą wpływ na treść orzeczenia, tj. art. 335 § 1 k.p.k. poprzez orzeczenie środka karnego w postaci przypadku dowodów rzeczowych w innej formie (na innej podstawie), niż wskazana we wniosku złożonym w trybie art. 335 § 1 k.p.k.

13. obrazę prawa materialnego tj. przepisu art. 45 § 1 kk w zw. z art. 305 ust. 3 Prawa własności przemysłowej poprzez jego niezastosowanie tj. zaniechanie orzeczenia przypadku uzyskanych z przestępstwa podrabiania znaków towarowych korzyści majątkowych w sytuacji, gdy przypadek ów był obligatoryjny.

VII. Ponadto, na podstawie art. 427 § 2 k.p.k. w zw. z art. 438 pkt 2 k.p.k. zaskarżonemu orzeczeniu zarzucił:

14. obrazę przepisów postępowania, która mogła mieć wpływ na treść orzeczenia tj. art. 627 k.p.k. poprzez niezasadzenie na rzecz oskarżyciela posiłkowego wydatków poniesionych w związku z postępowaniem, w tym z tytułu ustanowienia w sprawie jednego pełnomocnika.

Na podstawie art. 427 § 1 k.p.k. w zw. z art. 437 § 1 k.p.k. wniosł o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy Sądowi

I instancji do ponownego rozpoznania.

### ***Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:***

***Apelacja zasługiwała na uwzględnienie, co spowodowało konieczność uchylenia zaskarżonego wyroku i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania, aczkolwiek nie wszystkie argumenty w niej podniesione były trafne.***

Pełnomocnik oskarżyciela zaskarżył wyrok w całości na niekorzyść oskarżonych. W związku z powyższym pierwszoplanową koniecznością stało się ustalenie gravamen oskarżyciela – (...) SA.

Stosownie do art. 425 § 3 k.p.k. odwołujący się może skarżyć jedynie rozstrzygnięcia, które naruszają jego prawa lub szkodzą jego interesom procesowym. Ów interes prawny, jako warunek uznania danego skarżącego za uprawnionego do wniesienia środka odwoławczego, należy zaś wiązać bezpośrednio z określonym rozstrzygnięciem, a nie z innymi orzeczeniami będącymi konsekwencją procesową, jakie może lub mogło ono wywołać bądź wywołało (postanowienie SN 2010.12.15 V KZ 72/10). W realiach tej sprawy interes oskarżyciela ograniczał się zatem do rozstrzygnięcia z punktu 1 i 3 wyroku (art. 258 § 1 k.k., 305 ust. 3 Ustawy Prawo własności przemysłowej), orzeczonych kar i środków karnych. W tym, właśnie zakresie oskarżyciel posiłkowy może realizować funkcję ścigania w postępowaniu sądowym, a nie w każdym, na równi z prokuratorem.

W przywołanym przez pełnomocnika w apelacji orzecznictwie Sądu Najwyższego (wyrok z dnia 16 czerwca 1978 VII KZP 18/78, uchwała SN z dnia 23.05.1974 VI KZP 3/74 – OSNKW 1974/7-8/131) istotnie mowa jest o tym, że interesy oskarżyciela posiłkowego sprowadzają się do możliwości podejmowania czynności procesowych zmierzających do ustalenia **winy** oskarżonego, co nie zmienia jednak faktu, że dotyczy to tylko tych czynów, które naruszyły prawnie chronione dobra prawne pokrzywdzonego. Oskarżyciel prawdopodobnie nie uwzględnił również tego, że w czasie wydania cytowanych orzeczeń oskarżyciel posiłkowy miał mniejsze uprawnienia niż obecnie – wyrok mógł zaskarżyć wyłącznie co do winy.

W zakresie umożliwiającym zaskarżenie wyroku apelacja okazała się zasadna w części dotyczącej obrazu prawa materialnego tj. art. 45 § 1 k.k. Oskarżeni W. (k. 1631), M. (k. 1626), J. (k. 1621), K. (k. 1899) i niektórzy z obcokrajowców przyznali, że osiągnęli konkretną i wymierną w określonych kwotach sumę pieniężną z tytułu zatrudnienia w przedsięwzięciu, które okazało się być przestępstwem. Przez korzyść majątkową rozumieć należy każde przysporzenie majątku, albo uniknięcie strat lub obciążeń majątku. Jest to więc pojęcie, które należy interpretować szeroko. Obejmuje ono mienie ruchome lub nieruchome, w tym środki płatnicze, dewizy, papiery wartościowe oraz wierzytelności i inne prawa majątkowe. Korzyść może zostać osiągnięta w wyniku popełnienia przestępstwa zarówno bezpośrednio, jak i pośrednio. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 15 października 2008 r. w sprawie II KK 226/08 zajął stanowisko, że zgodnie z art. 347 § 7 k.p.k. brak we wniosku żądania orzeczenia obligatoryjnego przepadku korzyści majątkowej z art. 45 § 1 k.k. powinien, przy dokonywaniu przez Sąd kontroli wniosku prokuratora, spowodować jego nieuwzględnienie i skierowanie sprawy na rozprawę w celu jej rozpoznania na zasadach ogólnych, ewentualnie usunięcie wad wniosku. Podobnie Sąd Najwyższy orzekł w wyroku z dnia 27 kwietnia 2011 r. (II KK 319/10, LEX 847143). Skierowanie przez prokuratora do sądu, w trybie art. 335 § 1 k.p.k. wniosku o skazanie oskarżonego bez przeprowadzenia rozprawy nie zwalnia sądu od obowiązku kontroli jego formalnej poprawności. Przedmiotem tego rodzaju kontroli powinna być nie tylko kwestia dopuszczalności postulowanych przez prokuratora rozstrzygnięć, ale również ustalenie, czy poza zakresem uzgodnień z oskarżonym nie pozostają te rozstrzygnięcia, które w związku z proponowaną karą mają charakter obligatoryjny.

Konieczność orzeczenia przepadku na podstawie art. 45 § 1 k.k. może na nowo kształtować pogląd stron, zwłaszcza oskarżonych, na adekwatność reakcji karnej w stosunku do popełnionego przez nich czynu. Skoro zaś tak, to nie można było pozbawić ich możliwości ponownego wypowiedzenia się, w zmienionych warunkach, co do możliwości konsensualnego zakończenia postępowania. Z tego właśnie powodu Sąd odwoławczy nie miał innej możliwości jak uchylene zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji. Niezależnie od tego, że oskarżyciel posiłkowy nie był podmiotem uprawnionym do zakwestionowania całego orzeczenia niezbędne

okazało się uchylenie całego wyroku, albowiem został wydany w trybie art. 335 k.p.k. jako rezultat uzgodnień stron we wszystkich jego aspektach.

Pełnomocnik oskarżyciela posiłkowego nie jest stroną porozumienia, o jakim mowa w art. 335 k.p.k., jednakże złożenie wniosku o obligatoryjne naprawienie szkody, nakłada powinność potraktowania go jako sygnału do potencjalnej modyfikacji wniosku w zgodzie z wymogami prawa, a przy braku porozumienia w tym fragmencie, wskazywać na potrzebę skierowania sprawy do rozpoznania na zasadach ogólnych. Nie ma jednak racji pełnomocnik oskarżyciela posiłkowego, że sąd nie może wykazywać inicjatywy w przedmiocie wyeliminowania z porozumienia zgody na naprawienie szkody, gdy ta nie zaistniała. Z orzecznictwa wynika tylko to, że sąd samodzielnie nie może dokonywać modyfikacji elementów uzgodnień.

Przeciwnie niż skarżący, Sąd odwoławczy podziela argumentację Sądu Okręgowego, że na dzień wydania zaskarżonego orzeczenia i rozpoznania apelacji, oskarżyciel posiłkowy nie wykazał istnienia szkody, która obligowałaby do uwzględnienia wniosku o jej naprawienie. Pełnomocnik w apelacji przedstawił swój tok rozumowania, z którego po pierwsze wynika, że „w okresie od połowy 2010 r. do kwietnia 2011 r. papierosy pochodzące z linii zatrzymanej w B. były obecne na rynku”, po drugie że doszło do utraty zaufania do produktów koncernu P. M. Jeśli chodzi o pierwszą kwestię, to z osobowych źródeł dowodowych wyłania się dość spójny obraz dotyczący czasu działania linii produkcyjnej w B. i obecności osób ją uruchamiających oraz obsługujących. Sam skarżący dostrzega, że jego pogląd o możliwości wyprodukowania przez tych samych oskarżonych we wcześniejszym okresie czasu papierosów opatrzonych znakiem towarowym M. jest hipotezą, opartą na tym, że według opinii ekspertów tego koncernu w obrocie funkcjonowały papierosy wytworzone za pomocą maszyn zabezpieczonych w B.. Skarżący nie wskazuje natomiast narzędzi służących weryfikacji wyjaśnień oskarżonych, którzy zaprzeczyli wytworzeniu innych papierosów niż te, które zostały ujawnione, co było jednoznaczne z tym, że nie zostały wprowadzone do legalnego obrotu i nie wyparły z rynku autentycznego produktu. Z tego powodu zacytowane orzeczenie Sądu Apelacyjnego w Katowicach w sprawie II AKa 382/10 wydaje się być nieadekwatne do zaistniałej sytuacji. Z kolei jeśli chodzi o uszczerbek na wizerunku firmy, to skarżący nie wykazał, że poniósł jakieś nakłady z tytułu reklam, czy działań marketingowych związanych z przywracaniem zaufania klientów do marki podrobionych papierosów. W ogóle nie wykazał, że informacje jakie ukazały się na temat ujawnienia nielegalnej produkcji wpłynęły na spadek zainteresowania oryginalnym produktem. Dopiero wykazanie szkody w rozumieniu *damnum emergens*, czy *lucrum cesans* mogłoby prowadzić do rozważań na temat sposobu naprawienia szkody, w tym przypadku zapłaty sumy pieniężnej w wysokości odpowiadającej opłacie licencyjnej, o co wnosił autor apelacji. Art. 322 k.p.c. daje możliwość zasądzenia odpowiedniej sumy odszkodowania bez dokładnego wyliczenia wysokości szkody w sytuacjach kiedy udowodnienie wysokości szkody jest niemożliwe, lub nader utrudnione. Art. 322 nie zwalnia jednak z konieczności udowodnienia przez powoda faktu szkody i związku przyczynowego pomiędzy szkodą, a zdarzeniem, które miałyby ją wywołać (str. 1432 komentarz Prawo własności przemysłowej pod red. Ryszarda Skubisza).

Zgodnie z art. 436 k.p.k. Sąd odwoławczy ograniczył rozpoznanie środka odwoławczego tylko do poszczególnych uchybień podniesionych przez skarżącego, albowiem rozpoznanie w tym zakresie jest wystarczające do wydania orzeczenia, a rozpoznanie pozostałych uchybień takich jak wymiar kar poszczególnym oskarżonym byłoby przedwczesne. Niezależnie od powyższego Sąd I instancji ponownie rozpoznając sprawę winien rozważyć niektóre z zagadnień podniesionych w apelacji takich jak podstawa orzeczenia przepadku dowodów rzeczowych (art. 306 ust 1 Prawa własności przemysłowej, który jest przepisem szczególnym w stosunku do art. 44 § 2 k.k.) oraz z urzędu dyspozycję art.41 a § 2 k.k.

***Z tych wszystkich względów Sąd Apelacyjny, w oparciu o dyspozycję art. 437 § 2 k.p.k. orzekł jak w wyroku.***