

*Sygn. akt II AKa 339/16*

## WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

*Dnia 25 października 2016r.*

*Sąd Apelacyjny w Warszawie II Wydział Karny w składzie:*

*Przewodniczący: SSA – Paweł Rysiński*

*Sędziowie: SA – Marzanna A. Piekarska-Drażek*

*SA – Józef Czurko (spr.)*

*Protokolant: – sekr. sąd. Piotr Grodecki*

*przy udziale oskarżyciela posiłkowego R. (...) Sp. z o.o.  
sp. k. w W.*

*po rozpoznaniu w dniu 25 października 2016 r.*

*sprawy J. P. s. P. i A. z d. P. urodz.  
(...) w S.*

*oskarżonego z art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 294 § 1 k.k.*

*na skutek apelacji, wniesionych przez pełnomocników oskarżyciela posiłkowego*

*od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie*

*z dnia 4 maja 2016 r. sygn. akt XII K 46/15*

*zaskarżony wyrok utrzymuje w mocy;*

*zasądza od oskarżyciela posiłkowego R. (...) sp. z o.o. sp. k. w W. na rzecz Skarbu Państwa kwotę  
240 zł tytułem opłaty za postępowanie odwoławcze.*

## UZASADNIENIE

Prokurator oskarżył **J. P.** o to, że:

- w dniu 16 maja 2012 r. działając w imieniu i na rzecz spółki (...) Ltd. sp. z o.o. - w celu osiągnięcia korzyści majątkowej poprzez wprowadzenie pokrzywdzonej w błąd co do opodatkowania transakcji podatkiem od towarów i usług, a tym samym rzeczywistej wysokości ceny - z zamiarem doprowadzenia R. (...) sp. z o.o. sp. k. do niekorzystnego rozporządzenia mieniem w wysokości 1 380 000 zł, przystąpił oraz dokonał transakcji objętej treścią Aktu Notarialnego Rep. (...) i udokumentowanej fakturą VAT numer (...) z dnia 16 maja 2012 roku na kwotę netto 6 000 000,00 zł (słownie netto sześć milionów złotych) z zastosowaną stawką VAT w wysokości 23% i kwotą tego podatku w wysokości 1 380 000,00 zł (słownie jeden milion trzysta osiemdziesiąt złotych), dotyczącą nabycia nieruchomości położonej w R. przy ul. (...), składającej się z prawa użytkowania wieczystego działek gruntu nr (...) o pow. 5321 m<sup>(2)</sup> działek gruntu nr (...) o pow. 361 m<sup>(2)</sup>, własności nieruchomości gruntowej oznaczonej nr ewidencyjnym (...) o pow. 250 m<sup>(2)</sup> oraz posadowionego na w/w gruntach budynku handlowo - usługowego o pow. użytkowej 4.675,20 m<sup>(2)</sup>, składając w trakcie tejże czynności notarialnej wyraźne i jednoznacznie oświadczenie, iż zawierana umowa sprzedaży będzie opodatkowana podatkiem od towarów i usług na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 marca 2004

r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2011 roku, Nr 177, poz. 1054 ze zm.) i tym samym wskazując, iż dokonuje sprzedaży opisanych w Akcie Notarialnym z dnia 16 maja 2012 r. Rep. (...) prawa użytkowania wieczystego oraz działek gruntu za cenę 6.000.000 zł netto, powiększoną o podatek VAT w stawce 23% (tj. kwotę 1.380.000 zł) tj. 7.380.000 zł brutto - wystawił w tym celu na rzecz R. (...) sp. z o.o. sp. k. fakturę VAT numer (...) z dnia 16 maja 2012 roku na kwotę netto 6 000 000,00 zł (słownie netto sześć milionów złotych) z zastosowaną stawką VAT w wysokości 23% i kwotą tego podatku w wysokości 1 380 000,00 zł (słownie jeden milion trzysta osiemdziesiąt złotych) oraz pobierał od pokrzywdzonej z tego tytułu kwotę 1 380 000,00 zł celem zapłaty podatku VAT, a następnie wprowadził do obrotu prawnego równoległą fakturę VAT numer (...) z dnia 16 maja 2012 roku na kwotę netto 6 000 000,00 zł (słownie netto sześć milionów złotych) z zastosowaną stawką VAT w wysokości 0% i kwotą tego podatku w wysokości 0,00 zł - przez co, działając w zamiarze bezpośrednim, wprowadził R. (...) sp. z o.o. sp. k. w błąd i tenże błąd wyzyskał, doprowadzając w/w spółkę do niekorzystnego rozporządzenia mieniem znacznej wartości - pobierając od tejże spółki kwotę 1 380 000,00 zł i uniemożliwiając jednocześnie spółce uzyskanie zwrotu podatku VAT z tytułu transakcji objętej treścią Aktu Notarialnego Rep. (...) i udokumentowanej fakturą VAT numer (...).

**tj. o czyn z art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 294 § 1 k.k.**

Sąd Okręgowy w Warszawie wyrokiem z dnia 4 maja 2016 r. sygn. akt XII K 46/15 uniewinnił oskarżonego J. P. od popełnienia zarzucanego mu czynu, kosztami procesu obciążając oskarżyciela posiłkowego.

Apelacje do wyroku wywiedli pełnomocnicy oskarżyciela posiłkowego R. (...) sp. z o.o. sp. k. w W..

**Pełnomocnik adw. M. M.** zaskarżył wyrok w całości, zarzucając mu:

1. naruszenie przepisów postępowania mającą wpływ na treść zaskarżonego wyroku tj. art. 7 k.p.k. w zakresie w jakim Sąd Okręgowy - w oparciu o całokształt okoliczności sprawy - błędnie przyjął, że oskarżony nie dopuścił się przestępstwa oszustwa poprzez zaniechanie tj. wyzyskanie błędu oskarżycielki co do prawidłowego opodatkowania transakcji z dnia 16 maja 2012 r. podatkiem VAT w ten sposób, że bezpośrednio w celu osiągnięcia korzyści majątkowej wprowadził do obrotu prawnego równoległą fakturę VAT ze stawką podatku „zw” i świadomie nie poinformował o tym fakcie oskarżycielki - w sytuacji, gdy Sąd Okręgowy ustalił, że:

- w pełni wiarygodne są zeznania reprezentantów oskarżycielki, zwłaszcza w zakresie w jakim zeznali, że umowa sprzedaży z dnia 16 maja 2012 r. stanowiła wykonanie oraz kontynuację przedwstępnej umowy sprzedaży z dnia 16 lutego 2012 r.;

- oskarżony podpisał i wprowadził do obrotu prawnego dwie równoległe, lecz różne faktury VAT dotyczące transakcji sprzedaży z dnia 16 maja 2012 r. tj. fakturę ze stawką podatku VAT 23 % oraz fakturę ze stawką podatku VAT „zw”;

- niewiarygodny jest dowód z zeznań świadka M. Ł. (księgowej oskarżonego) - zwłaszcza w zakresie w jakim w/w świadek zeznała, jakoby w związku z umową sprzedaży z dnia 16 maja 2012 r. wystawiona została tylko jedna faktura VAT tj. faktura na kwotę 7.380.000 zł brutto ze stawką podatku VAT „zw”;

- możliwość innego zakwalifikowania nakładów na nieruchomości, (niż jako nakłady modernizacyjne) oskarżony dostrzegł po wystawieniu faktury VAT ze stawką 23 % i wówczas podłożył do dokumentacji księgowej spółki (...) Ltd. sp. z o.o. kopię faktury ze stawką podatku VAT „zw” z datą 18 maja 2012 r. unikając tym samym obowiązku opodatkowania - zwłaszcza, że Sąd Okręgowy stwierdził, iż na takie spóźnione działanie wskazuje wynik czynności kontrolnych podjętych przez Urząd Skarbowy (...);

- zawarta na kopii faktury VAT z dnia 16 maja 2012 r. adnotacja o jej zarejestrowaniu w dniu 18 maja 2012 r. jest niezgodna z prawdą;

które to błędna ocena dowodów doprowadziła do:

2. naruszenia przepisów postępowania mającą wpływ na treść zaskarżonego wyroku tj. art. 5 § 2 k.p.k. w zakresie w jakim istniejące w sprawie wątpliwości co do faktu, iż oskarżony - w zamiarze bezpośrednim doprowadzenia oskarżycielki do niekorzystnego rozporządzenia mieniem - wyzyskał Jej błąd co do prawidłowego opodatkowania transakcji podatkiem VAT Sąd Okręgowy uznał za mające charakter „nie dających się usunąć” przez co rozstrzygnął je na korzyść oskarżonego;

3. naruszenie przepisów prawa materialnego tj. art. 286 § 1 k.k. poprzez błędną wykładnię zawartego w tym przepisie znamienia „doprowadzenie do niekorzystnego rozporządzenia mieniem”, poprzez błędne przyjęcie, że niekorzystne rozporządzenie mieniem może (i musi) nastąpić tylko po przestępnym działaniu sprawcy - podczas, gdy prawidłowa wykładnia tegoż znamienia powinna prowadzić do przyjęcia, że działanie i/lub zaniechanie sprawcy może spowodować, że uprzednie rozporządzenie mieniem stanie się w wyniku następczego działania i/lub zaniechania sprawcy rozporządzeniem niekorzystnym.

Mając na uwadze powyższe uchybienia wniósł o:

1. zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uznanie oskarżonego J. P. winnego;
2. naprawienie przez oskarżonego szkody w całości;
3. obciążenie oskarżonego kosztami procesu, w tym kosztami zastępstwa procesowego;

ewentualnie wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania.

**Pełnomocnik radca prawny P. K.** zaskarżył wyrok w całości, zarzucając mu:

- na podstawie art. 438 pkt 3 k.p.k. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę wyroku, polegający na błędnym przyjęciu, że oskarżony nie działał z zamiarem bezpośrednim popełnienia przestępstwa z art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 294 § 1 k.k.

- na podstawie art. 438 pkt 2 k.p.k. obrazę przepisów postępowania, tj. art. 4 k.p.k., art. 7 k.p.k. oraz art. 410 k.p.k. poprzez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów i dokonanie jej w sposób sprzeczny z zasadami prawidłowego rozumienia, logicznego myślenia i doświadczenia życiowego, dokonując jej w sposób dowolny a nie swobodny, co doprowadziło do błędów w ustaleniach faktycznych w zakresie przestępczego zamiaru oskarżonego;

- na podstawie art. 438 pkt 2 k.p.k. obrazę przepisu postępowania, która miała istotny wpływ na treść zaskarżonego orzeczenie, tj. art. 7 k.p.k. poprzez ustalenie faktu głównego, jakim był brak popełnienia przez oskarżonego przestępstwa oszustwa, podczas gdy możliwa jest inna interpretacja przyjętych faktów ubocznych,

dlatego wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania.

**Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:**

***W ocenie Sądu Apelacyjnego wniesione apelacje nie mogły być poddane ocenie merytorycznej wobec stwierdzenia negatywnej przesłanki procesowej w postaci braku skargi uprawnionego oskarżyciela.***

W sprawie oskarżonego takim oskarżycielem byłaby R. (...) Sp. z o.o. Sp. k. w W.. Powyższa spółka nie spełniła wymogu określonego w art. 55 § 1 k.p.k. a konkretnie nie został zachowany termin do wniesienia subsydiarnego aktu oskarżenia od doręczenia pokrzywdzonemu zawiadomienia o postanowieniu o powtórny umorzeniu śledztwa.

Zgodnie z przyjętą linią orzecznictwa Sądu Najwyższego m. in. wyrok z dnia 26 lutego 2014 r. III KK 6/14, miesięczny termin określony w art. 55 § 1 k.p.k. jest terminem prekluzyjnym, liczonym od doręczenia pokrzywdzonemu, a nie

jego pełnomocnikowi – zawiadomienia o wydaniu przez prokuratora powtórnie postanowienia o odmowie wszczęcia lub umorzenia postępowania (OSNKW 2014 r. nr 9 poz. 70).

W niniejszej sprawie prokurator w dniu 31 grudnia 2014 r. postanowieniem umorzył śledztwo. Jak wynika ze znajdującego się w aktach sprawy poświadczenia odbioru w imieniu pokrzywdzonego adresata R. (...) sp. z o.o. sp. k., przesyłkę zawierającą odpis postanowienia o umorzeniu śledztwa odebrała w dniu 26 stycznia 2015 r. M. B. (k 622).

Noszący datę 16 marca 2015 r. subsydiarny akt oskarżenia został nadany na poczcie w dniu 16 marca 2015 r.

W związku z powyższym doszło do uchybienia terminu do złożenia subsydiarnego aktu oskarżenia, gdyż ów termin liczony jest od daty doręczenia odpisu postanowienia pokrzywdzonemu, a nie jego pełnomocnikowi M. M., który otrzymał ten odpis 17 lutego 2015 r. (k. 623 – 625).

Nie można było podzielić stanowiska oskarżycieli posiłkowych zajętego na rozprawie, że M. B., kwitując odbiór postanowienia w imieniu pokrzywdzonej spółki, utraciła uprawnienia do działania w imieniu i na jej rzecz oraz, że odbiór przesyłki nie nastąpił w siedzibie spółki, lecz na poczcie.

Nie ulega wątpliwości, że przesyłkę w postaci odpisu postanowienia pokwitowała w imieniu pokrzywdzonej w dniu 26 stycznia 2015 r. M. B., która jak wynika z przedłożonego przez pełnomocników na rozprawie odwoławczej kserokopii aktu notarialnego protokołu nadzwyczajnego zgromadzenia wspólników z dnia 9 stycznia 2015 r. wprawdzie została odwołana z Zarządu Spółki, niemniej jednak pozostała w dalszym ciągu wspólnikiem w Spółce. Także widnieje ona w postanowieniu prokuratora o umorzeniu śledztwa, jako osoba pokrzywdzonej Spółki zawiadamiająca o przestępstwie. Nadto jako miejsce siedziby Spółki podano jej adres zamieszkania.

Z powyższych względów Sąd Apelacyjny uznał, że termin miesiąca do wniesienia subsydiarnego aktu oskarżenia należało liczyć od daty doręczenia pokrzywdzonej Spółce odpisu postanowienia w dniu 26 stycznia 2015 r. W tej sytuacji jego wniesienie w dniu 16 marca 2015 r. nastąpiło po upływie terminu miesiąca, dlatego nastąpiła negatywna przesłanka procesowa w postaci braku skargi uprawnionego oskarżyciela, określona w art. 17 § 1 pkt 9 k.p.k., uprawniająca Sąd do umorzenia postępowania karnego wobec oskarżonego.

Sąd Apelacyjny nie orzekł w trybie art. 439 § 1 pkt 9 k.p.k. w zw. z art. 17 § 1 pkt 9 k.p.k. z uwagi na to, że Sąd Okręgowy zaskarżonym wyrokiem uniewinnił oskarżonego od popełnienia zarzucanego mu czynu, a więc w sprawie zapadło korzystniejsze rozstrzygnięcie dla oskarżonego niż umorzenie postępowania.

***W tej sytuacji Sąd Apelacyjny zaskarżony wyrok utrzymał w mocy***, zasądzając od oskarżyciela posiłkowego stosowną opłatę na rzecz Skarbu Państwa, za postępowanie odwoławcze.