



Sygn. akt III KK 238/16

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 16 lutego 2017 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Tomasz Artymiuk (przewodniczący)

SSN Henryk Gradzik

SSN Zbigniew Puskarski (sprawozdawca)

Protokolant Jolanta Włostowska

przy udziale prokuratora Prokuratury Krajowej Barbary Nowińskiej
w sprawie F.M., J.K., J.J., G.A. i M. G. uniewinnionych od zarzutu popełnienia
przestępstwa z art. 284 § 2 k.k. i in.
po rozpoznaniu w Izbie Karnej na rozprawie
w dniu 8 lutego 2017 r.,
kasacji, wniesionej w stosunku do oskarżonych przez Prokuratora Apelacyjnego
w G.
od wyroku Sądu Okręgowego w G.
z dnia 10 listopada 2015 r., sygn. akt V Ka .../15,
utrzymującego w mocy wyrok Sądu Rejonowego w G.
z dnia 30 grudnia 2013 r., sygn. akt II K .../11

**1. uchyla zaskarżony wyrok w części dotyczącej F.M., J.K.,
J.J. oraz G.A. i sprawę tych oskarżonych przekazuje do
ponownego rozpoznania w postępowaniu odwoławczym Sądowi
Okręgowemu w G.;**

2. uchyla zaskarżony wyrok oraz poprzedzający go wyrok Sądu I instancji w odniesieniu do M.G. i sprawę tego oskarżonego przekazuje do ponownego rozpoznania Sądowi Rejonowemu w G..

UZASADNIENIE

Sąd Rejonowy w G. wyrokiem z dnia 30 grudnia 2013 r., sygn. II K .../11, rozstrzygnął o odpowiedzialności 7 oskarżonych osób, przy czym:

G.W. skazał za czyn z art. 271 § 1 i 3 k.k. w zw. z art. 21 § 2 k.k. w zw. z art. 12 k.k.,

natomiast uniewinnił:

S.M. i F.M. od zarzutu popełnienia przestępstwa skarbowego z art. 56 § 1 k.k.s. w zb. z art. 76 § 1 k.k.s. w zw. z art. 37 § 1 pkt 1 k.k.s. w zw. z art. 7 § 1 k.k.s. w zw. z art. 6 § 2 k.k.s., przestępstwa z art. 284 § 2 k.k. w zw. z art. 294 § 1 k.k. w zb. z art. 585 § 1 ustawy z dnia 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych w zw. z art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 12 k.k. oraz przestępstwa z art. 299 § 1 i 5 k.k.;

J.K. od zarzutu popełnienia przestępstwa z art. 284 § 2 k.k. w zw. z art. 294 § 1 k.k. w zb. z art. 300 § 1 rozporządzenia Prezydenta RP z dnia 27 czerwca 1934 r. – Kodeks handlowy w zw. z art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 12 k.k.;

J.J. od zarzutu popełnienia przestępstwa z art. 284 § 2 k.k. w zw. z art. 294 § 1 k.k. w zb. z art. 300 § 1 rozporządzenia Prezydenta RP z dnia 27 czerwca 1934 r. – Kodeks handlowy w zw. z art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 12 k.k. oraz przestępstwa skarbowego z art. 56 § 1 k.k.s. w zb. z art. 76 § 1 k.k.s. w zw. z art. 6 § 2 k.k.s.;

G.A. od zarzutu popełnienia przestępstwa z art. 284 § 2 k.k. w zb. z art. 300 § 1 rozporządzenia Prezydenta RP z dnia 27 czerwca 1934 r. – Kodeks handlowy w zw. z art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 12 k.k.;

M.G. od zarzutu popełnienia przestępstwa z art. 284 § 2 k.k. w zw. z art. 294 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k., przestępstwa z art. 284 § 2 k.k. w zb. z art. 300 § 1 rozporządzenia Prezydenta RP z dnia 27 czerwca 1934 r. – Kodeks handlowy w zw. z art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 12 k.k. oraz przestępstwa skarbowego z art. 56 § 2 k.k.s.

Apelacje od powyższego wyroku wnieśli obrońca G.W. oraz prokurator, który zaskarżył wyrok w całości na niekorzyść wszystkich oskarżonych, zarzucając:

1. obrazę przepisów postępowania, która miała wpływ na treść orzeczenia, wyrażającą się w:

a) sporządzeniu uzasadnienia wyroku w sposób naruszający dyspozycję art. 424 § 1 k.p.k. poprzez globalne wyliczenie dowodów oraz brak skutecznego wykazania, dlaczego Sąd nie oparł się na dowodach oskarżyciela publicznego, co skutkuje znacznym ograniczeniem prawidłowej kontroli odwoławczej,

b) oparciu się – wbrew art. 410 k.p.k. w zw. z art. 4 k.p.k. – przez Sąd wyłącznie na części ujawnionego materiału dowodowego oraz wyeksponowaniu okoliczności korzystnych dla oskarżonych, z jednoczesnym pominięciem przy ferowaniu wyroku okoliczności dla nich niekorzystnych;

2. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, mający wpływ na treść zaskarżonego wyroku, polegający na niesłusznym uznaniu, iż zgromadzony w sprawie materiał dowodowy nie dał podstaw do uznania S.M., F.M., G.W., J.K., J.J., G.A. i M.G. za winnych popełnienia przestępstw zarzucanych im w akcie oskarżenia, poprzez nieuzasadnione oparcie orzeczenia na wyjaśnieniach oskarżonych, a zmarginalizowaniu innych dowodów, w szczególności zeznań świadków: [...], zwłaszcza z postępowania przygotowawczego, jak również zeznań przedstawicieli kontrahentów spółek – [...] oraz dokumentów bankowych wraz z ich analizą, podczas gdy prawidłowa ocena materiału dowodowego oraz wynikające z niej prawidłowe ustalenia faktyczne wskazują, iż oskarżeni dopuścili się zarzucanych im przestępstw, co powinno skutkować wydaniem wyroku skazującego, zgodnie z dyrektywą wyrażoną w art. 2 § 2 k.p.k.

Podnosząc powyższe zarzuty (jest widoczne, że drugi z nich wskazywał w istocie na obrazę art. 7 k.p.k.), w uzasadnieniu apelacji rozwinięte, prokurator wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku w zaskarżonej części (odbiegało to od wcześniejszej deklaracji oskarżyciela publicznego, iż skarży wyrok w całości) i przekazanie sprawy w tym zakresie do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji. Dla jasności należy odnotować, że wobec G.W., co wcześniej odnotowano, wydano wyrok skazujący, tyle że jego zachowanie zakwalifikowano inaczej, niż domagał się prokurator. Sąd Rejonowy temu oskarżonemu przypisał, „w granicach zarzutu punktu IV aktu oskarżenia”, wymienione na wstępie przestępstwo, natomiast „w

granicach zarzutu punktu V aktu oskarżenia” wyeliminował z opisu czynu określone zachowania i umorzył postępowanie z uwagi na przedawnienie karalności.

Orzekający w instancji odwoławczej Sąd Okręgowy w G. wyrokiem z dnia 10 listopada 2015 r., sygn. V Ka .../15, uchylił zaskarżony wyrok w odniesieniu do S.M. i w tej części sprawę przekazał do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu w G., natomiast w odniesieniu do pozostałych oskarżonych wyrok utrzymał w mocy.

Kasację od prawomocnego wyroku Sądu odwoławczego wniósł Prokurator Apelacyjny w G., który zaskarżył wyrok w odniesieniu do F.M., J.K., J.J., G.A. i M.G., w zakresie utrzymania w mocy uniewinniającego tych oskarżonych wyroku Sądu I instancji. Zarzucił:

1. rażąco obrazę przepisów postępowania, która miała istotny wpływ na treść orzeczenia, a mianowicie art. 457 § 3 k.p.k. w zw. z art. 433 § 2 k.p.k. poprzez nierozważenie wszystkich zarzutów odwoławczych sformułowanych w apelacji oskarżyciela publicznego i uzasadnienie wyroku w sposób wewnętrznie sprzeczny, zawierający niekonsekwencje i dwuznaczności w przedstawieniu toku rozumowania, co uniemożliwia kontrolę jego prawidłowości,

2. rażąco obrazę prawa materialnego, to jest art. 284 § 2 k.k., która miała istotny wpływ na treść orzeczenia, poprzez błędną wykładnię jego znamion i stwierdzenie, że odpowiedzialność karna członków zarządów spółek kapitałowych jako osób wyrażających szkodę przedsiębiorstwu poprzez dokonywanie dyspozycji przelewów środków pieniężnych na rachunek innego podmiotu, w oparciu o fikcyjne tytuły, skąd środki te były wypłacane w formie gotówkowej i zwracane tym członkom zarządu jako osobom fizycznym, stanowi czyn ściśle związany z uprawnieniami lub obowiązkami członków zarządu spółek kapitałowych i może być rozpatrywana jedynie w świetle art. 296 § 1 k.k., a nie art. 284 § 2 k.k.

Prokurator wniósł o uchylenie wyroku Sądu Okręgowego w G. w zaskarżonej części i przekazanie sprawy temu Sądowi do ponownego rozpoznania.

Odpowiedź na kasację złożył obrońca J.J., który wniósł o jej oddalenie jako oczywiście bezzasadnej.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Kasacja jest zasadna. Wobec tego, że w tzw. części historycznej niniejszego uzasadnienia pominięto opisy czynów zarzuconych oskarżonym celowe będzie

wspomnieć, że rozpatrywana sprawa jest jednym z wątków sprawy, określanej w publikacjach środków masowej informacji jako „afera S.”. Według oskarżenia mechanizm przestępstwa polegał na zawieraniu z tym podmiotem (pełna nazwa: Wydawnictwo [...].) umów o współpracy przez osoby reprezentujące różne podmioty gospodarcze (spółki prawa handlowego wymienione wcześniej w pkt 2 apelacji), a następnie wystawianiu przez S. faktur za różnego rodzaju usługi, zasadniczo o charakterze niematerialnym, (doradztwo, pośrednictwo, wyszukiwanie klientów), w rzeczywistości nie świadczonych, które to faktury wspomniane podmioty regulowały przelewem środków pieniężnych na rachunek wystawcy. Po wypłaceniu pieniędzy z rachunku przez osobę występującą w imieniu S. i potrąceniu uzgodnionej prowizji w wysokości 5-10%, były one przekazywane z powrotem przedstawicielowi spółki. W wyniku tych działań, wykorzystujących uprzywilejowaną pozycję podatkową podmiotu kościelnego, wspomniane spółki prawa handlowego wykazywały poniesienie określonych kosztów swojej działalności, zaniżając należne do zapłacenia podatki. Powodem uniewinnienia oskarżonych przez Sąd I instancji było przyjęcie, że w toku rozprawy nie potwierdziła się teza prokuratora, iż opisane w akcie oskarżenia faktury, którymi operowali oskarżeni, były tzw. fakturami kosztowymi, tj. fakturami fikcyjnymi, które nie odzwierciedlały rzeczywistych zdarzeń gospodarczych.

Sąd odwoławczy zaprezentował inne spojrzenie na to zagadnienie. W przypadku oskarżonych F.M., J.K., J.J. i G.A. stwierdził, że ich uniewinnienie było zasadne, jednak powinno nastąpić na innej podstawie. Mianowicie, jeżeli nawet założyć, że zatwierdzone przez oskarżonych do wypłaty faktury były fikcyjne, to brak jest dowodów, które jednoznacznie świadczyłyby, że oskarżeni mieli tego świadomość. W przypadku oskarżonego M.G. Sąd *ad quem* uznał, że kwestia jego odpowiedzialności, w aspekcie rzetelności faktur, które zatwierdzał do wypłaty na rzecz S., nie została należycie zbadana przez Sąd Rejonowy i zgodził się z prokuratorem, iż organ orzekający „nie dokonał kompleksowej oceny dowodów, a poprzestał na dywagacjach, które by potwierdziły z góry założoną tezę o niewinności oskarżonego M. G., opartą głównie na jego wyjaśnieniach”. Uwagę tę wypada uznać za wysoce krytyczną wobec postępowania Sądu I instancji, jako że pogląd, iż kierował się z góry założoną tezą o braku zawinienia oskarżonego, a

więc, że przeprowadzony proces nie był obiektywny, jest bodaj najpoważniejszym zarzutem, który można skierować pod adresem sądu. Uwaga ta otwiera zresztą pole do dalszych rozważań: skoro stwierdzono, że Sąd Rejonowy rozpoznał sprawę przy z góry założonej tezie o niewinności jednego z oskarżonych, to trudno wykluczyć, iż takie nastawienie Sądu nie zachodziło także wobec innych uniewinnionych oskarżonych.

Podtrzymując uniewinnienie M.G., Sąd odwoławczy uznał, że pomimo stwierdzonych uchybień nie uchyli zaskarżonego orzeczenia, z uwagi na brak możliwości przypisania oskarżonemu winy przy ponownym rozpoznaniu sprawy, a to wobec braku znamion przestępstwa w zakresie dwóch zarzucanych mu czynów z art. 284 § 2 k.k. i in. oraz przedawnienie karalności w zakresie trzeciego czynu – z art. 56 § 2 k.k.s. (można zauważyć, że perspektywa umorzenia postępowania jednak nie przemawiała przeciwko uchyleniu wyroku uniewinniającego, skoro charakter i prawna wymowa tych rozstrzygnięć są różne). Stwierdził Sąd *ad quem*, że „w pełni podziela zaprezentowany przez Sąd I instancji pogląd uzasadniający błędną kwalifikację prawną zaproponowaną przez Prokuratora w zakresie czynu zarzucanego oskarżonemu M. G. w pkt. I i II”, tj. o niemożności skazania go za czyn z art. 284 § 2 k.k. oraz że jego odpowiedzialność może być rozpatrywana jedynie w świetle art. 296 k.k. Jednak w sytuacji, gdy warunkiem odpowiedzialności za przestępstwo niegospodarności jest wyrządzenie znacznej szkody majątkowej, odpowiadającej wartości 200.000 zł, M. G., który według oskarżenia wyrządził szkody niższej wartości (32.000 zł oraz 100.000 zł), nie można przypisać przestępstwa. Zaprezentowanie takiego poglądu przez Sąd Okręgowy otworzyło prokuratorowi drogę do podniesienia w kasacji zarzutu obrazy prawa materialnego, który nie mógł zostać podniesiony w apelacji, skoro autor tej skargi kwestionował poczynione przez Sąd *meriti* ustalenia faktyczne.

Rozpoczynając rozważania od zarzutu rażącej obrazy art. 457 § 3 k.p.k. w zw. z art. 433 § 2 k.p.k. należy stwierdzić, że w miejsce tego zarzutu mógł być postawiony zarzut obrazy art. 7 k.p.k., skoro Sąd Okręgowy samodzielnie ocenił dowody, w wyniku tej oceny inaczej niż Sąd I instancji potraktował rzetelność faktur wystawionych przez S. oraz uznał, że zebrane w sprawie dowody nie dają podstaw do przyjęcia, iż oskarżeni (poza M. G.) mieli świadomość fikcyjności faktur, które

kierowali do realizacji. Zarzut podniesiony w kasacji jest jednak, w pewnym stopniu, zbieżny z niepodniesionym zarzutem obrazy art. 7 k.p.k., bowiem w jego ramach wskazano na pominięcie przez Sąd odwoławczy tych podniesionych w apelacji okoliczności, które zdaniem skarżącego świadczyły, iż oskarżeni byli świadomi nielegalności prowadzonego procederu. W tym zakresie rozważania Sądu rzeczywiście są skąpe i nie można odmówić prokuratorowi racji, iż istotne okoliczności pozostały poza polem postrzegania organu orzekającego oraz że widoczna jest dysproporcja w podejściu tego organu do apelacji wniesionej przez prokuratora w porównaniu do sposobu rozważenia apelacji obrońcy G. W..

Gdy chodzi o **F.M.** Sąd Rejonowy kilkakrotnie wskazał, że świadkowie Z.B. oraz T.W. zeznali, iż były sytuacje, że w przypadku spółki D. wypłacone pieniądze, wcześniej przelane przez tę spółkę na rachunek S., przekazywali nie tylko prezesowi zarządu S. M., ale też wiceprezes F. M. W apelacji prokurator do tego nawiązał, jednak Sąd Okręgowy stwierdził, iż „żaden dowód w sprawie nie potwierdza by oskarżona (...) miała świadomość nadużycia uprawnień podczas zatwierdzania przedmiotowych faktur do wypłaty, przy założeniu, że mogłyby one być fikcyjne” oraz że „podniesiony w apelacji oskarżyciela publicznego fakt incydentalnego przyjęcia przez oskarżoną kwoty pieniężnej od Z.B. czy T.W. nie jest wystarczającym dowodem na wykazanie strony podmiotowej zarzucanego jej czynu, tym bardziej, iż z zeznań ww. nie wynika, by oskarżona miała świadomość fikcyjności usług widniejących na fakturach oraz tytułu przekazywanych jej pieniędzy. (...). Ponadto, w tamtym okresie czasu w warunkach funkcjonowania Wydawnictwa S., przekazywanie pieniędzy pomiędzy kontrahentami w formie gotówkowej nie było czymś nadzwyczajnym”. To wnioskowanie nie może być uznane za zasługujące na aprobatę, bowiem w arbitralny sposób przyjmuje, w żaden sposób nie tłumacząc zajętego stanowiska, dlaczego przyjmowanie pieniędzy przez F. M. od przedstawicieli S. nie może być potraktowana jako okoliczność świadcząca, iż była świadoma rzeczywistego charakteru relacji (w istocie braku relacji gospodarczych) łączących D. ze wspomnianym Wydawnictwem. Nie zanegowany przez Sąd Okręgowy fakt przyjmowania pieniędzy przez oskarżoną od jego przedstawicieli w kasacji trafnie został potraktowany jako nader ważna okoliczność, domagająca się odpowiedzi na

pytanie, z jakiego, znanego oskarżonej legalnego tytułu ta praktyka miałaby się odbywać, w szczególności za jakie usługi D. na rzecz S. przedstawiciel tego podmiotu miałby przekazywać na jej ręce, i to w gotówce, środki pieniężne, przy czym wiadomo, że chodziło o kwoty niebagatelne. Skwitowanie przez Sąd *ad quem* faktu obrotu gotówkowego spostrzeżeniem, iż w tamtym czasie (lata 1998 - 2001) nie było to wyjątkowe pomiędzy kontrahentami, razi powierzchownością. Po pierwsze dlatego, że pomija, dlaczego, przy założeniu, iż chodzi o zgodne z prawem relacje gospodarcze między dwoma podmiotami, nie korzystają one ze znacznie wygodniejszego bezgotówkowego regulowania dużych płatności. Nie wykazuje zresztą w tym zakresie konsekwencji, skoro D. jednak przelewem na rachunek S. regulował należności wynikające z wystawianych przez ten podmiot faktur. Powierzchowność wnioskowania Sądu Okręgowego w większym jeszcze stopniu jest widoczna, gdy mówi on o przekazywaniu pieniędzy pomiędzy „kontrahentami”. Wypada przyjąć, że F. M., będąc wiceprezesem zarządu spółki D., była wprowadzona we wszystkie jej istotne sprawy i aktywnie uczestniczyła w życiu gospodarczym spółki, będąc samodzielnie uprawniona do składania oświadczeń w jej imieniu. Jeżeli traktowała S. jako kontrahenta, to nasuwa się pytanie, czy mogła bezrefleksyjnie przyjmować pieniądze od Z. B. i T.W., nie interesując się, z jakiego tytułu są one przekazywane. W kontakty ze S. F. M. była zaangażowana również przez akceptowanie faktur wystawianych przez ten podmiot za usługi mające być świadczone D., zatem przyjmując pieniądze od przedstawicieli Wydawnictwa powinna wiedzieć, jakie domagające się regulowania należności usługi na jego rzecz świadczy współzarządzana przez nią spółka i dlaczego należności są regulowane nie tylko gotówkowo, ale też (wydaje się, że tak było) przy braku faktury wystawionej przez D.. Nadto, jeżeli przyjąć, że przekazywane jej pieniądze oskarżona traktowała jako pochodzące od kontrahenta, należałoby oczekiwać, że zadba o to, by zostały włączone do zasobów finansowych D., zgodnie z zasadami obowiązującymi w księgowości, tymczasem brak jest przesłanek by twierdzić, że tak się działo. Nie jest też pozbawione zasadności oczekiwanie, że Sąd Okręgowy powinien mieć w polu widzenia postawioną w kasacji kwestię – „po co F. M. zatwierdzała do wypłaty fakturę VAT, a następnie przyjmowała środki pieniężne od Z. B. w zbliżonej wysokości jak w fakturze”. Wypada przy tym zauważyć, że w

przypadku J.J. Sąd Okręgowy jako argument przemawiający za jego uniewinnieniem przytoczył okoliczność, że „z twierdzeń T.W. wynika, iż pieniądze z procederu po ich wypłacie z konta S. zawsze przekazywał W., a podczas ich przekazywania nigdy nie było innych osób”. Zdaje się to świadczyć, że Sąd odwoławczy jednak dostrzegał, iż choćby obecność przy przekazywaniu pieniędzy przez przedstawiciela S. może rzutować na ustalenia co do świadomości, a tym samym odpowiedzialność danej osoby w zakresie wspomnianego procederu. W takim razie nie jest jasne, dlaczego dalej idące zachowanie F. M. – osobiste przyjmowanie pieniędzy od przedstawiciela S., nie zostało poddane pogłębionej analizie pod kątem zasadności pociągnięcia jej do odpowiedzialności karnej. Niekonsekwencja Sądu II instancji jest też widoczna, gdy z jednej strony zauważa, że czyniąc ustalenia dotyczące spółki D. i przyjmując, że faktury wymienione w zarzucie nie były fikcyjne, a oskarżeni S. M. i F. M. nie działali ze z góry powziętym zamiarem oraz wspólnie i w porozumieniu z T. W., Z. B. i J. A., Sąd Rejonowy pominął, iż Wydawnictwo S. nie posiadało jakiegokolwiek zaplecza kadrowego, by świadczyć usługi w zakresie doradztwa prawnego, technicznego i ekonomicznego, pośrednictwa w zawieraniu umów, konsultacji, akwizycji zleceń, doprowadzenia do zawarcia kontraktów, jak też nie było przygotowane organizacyjnie i funkcjonalnie do świadczenia różnorodnych rodzajowo usług niematerialnych w tak szerokim zakresie, nadto że niesłusznie Sąd *meriti* uznał za nieistotne zeznania osób zawierających kontrakty ze spółką D., a wykluczających pośrednictwo ze strony S., z drugiej zaś strony akcentuje to tylko w aspekcie odpowiedzialności S. M., tłumacząc uchylenie co do niego wyroku uniewinniającego, natomiast pomija powyższe okoliczności przy badaniu odpowiedzialności F. M.. Uwaga Sądu *ad quem*, że oskarżona nie prowadziła rozmów i nie czyniła ustaleń z Wydawnictwem S. czy T. W. zdaje się pomijać, iż oskarżona nie była całkiem odcięta od kontaktów ze S., skoro, co zostało podniesione w kasacji, to ona podpisała aneksy do umów z Wydawnictwem, jak też zatwierdzała do wypłaty faktury wystawiane przez S.. Sąd Okręgowy powinien też zadać sobie pytanie, czy F. M. jako wiceprezes zarządu spółki, zobowiązana do dbałości o jej interesy, mogła bezrefleksyjnie, nie interesując się, czy wykazana na fakturze usługa rzeczywiście została zrealizowana i czy prawidłowo została wyceniona, zatwierdzać do wypłaty faktury na kwoty

zbliżone nawet do 2,5 mln zł. Dopiero po rozważeniu całokształtu tych okoliczności, wśród których szczególne znaczenie wydaje się mieć przyjmowanie, w istocie bez tytułu prawnego, pieniędzy od przedstawicieli S. (ewentualna incydentalność takich przypadków nie ma większego znaczenia, bo nawet jednorazowe przyjęcie pieniędzy przez oskarżoną mogłoby rzutować na ocenę jej wiedzy co do faktycznych relacji spółki D. z Wydawnictwem S.), powinna zostać przesądzona kwestia odpowiedzialności F.M..

Gdy chodzi o **J.K.**, to z poczynionych ustaleń wynika, że w spółce akcyjnej F. pełnił on funkcję prezesa zarządu oraz że reprezentując spółkę podpisał list intencyjny ze S., a następnie umowę o współpracy. Jest faktem, że w przytoczonych przez prokuratora w apelacji (uzasadnienie, pkt II.1.4) wyjaśnieniach T. W. z kwietnia 2003 r. trudno doszukać się sformułowań jednoznacznie obciążających J. K. (mowa była raczej o roli G. W.), jednak, tak jak w przypadku S. M., Sąd Okręgowy powinien rozważyć, czy rzeczywiste możliwości S. uzasadniały zawarcie takiej umowy przez F., przekonanie – jak to przyjął Sąd Rejonowy – iż propozycja złożona przez T. W. – „stwarzają możliwości zmiany pozycji firmy na rynku usług finansowych i przeniesienie jej na nowy, wyższy poziom” oraz czy aktywność G. W., przewodniczącego rady nadzorczej spółki, w kontaktach ze S. rzeczywiście daje podstawy do przyjęcia, iż prezes zarządu spółki, a więc osoba wprowadzona w sprawy tego podmiotu i na co dzień nim kierująca, w tym podpisując i realizująca wspomnianą umowę, nie ma wiedzy, jaka jest jej istota. W kontekście zarzutu kasacji większe znaczenie ma jednak fakt, iż Sąd odwoławczy nie odniósł się do argumentacji prokuratora zamierzającej do wykazania wadliwości orzeczenia Sądu Rejonowego. Wobec tego, że Sąd ten uznał, iż faktury z 1997 r., o których mowa w zarzucie, odzwierciedlają rzeczywiste zdarzenia gospodarcze, zwłaszcza związane z leasingiem maszyny drukarskiej i samochodu oraz dotyczą prowizji należnej S. z tytułu pozyskania klienta, w apelacji oskarżyciel publiczny starał się wykazać, że prawidłowa ocena dowodów powinna prowadzić do innego wniosku. W szczególności argumentował, że wspomniane przedmioty stały się przedmiotem leasingu dopiero w 1999 r., zatem dowolnie Sąd *meriti* przyjął za wiarygodne wyjaśnienia oskarżonego, iż faktury z 1997 r. dotyczyły płatności prowizji. Nie jest bowiem prawdopodobne przyznanie prowizji za doprowadzenie do

zawarcia umowy długo przed jej podpisaniem, gdy nie było wiadomo, czy zawarcie kontraktu dojdzie do skutku. Prokurator przedstawił też wyliczenie mające obrazować, że biorąc pod uwagę wartość wystawionych przez S. faktur, prowizja dla tego podmiotu („karkołomna”) wynosiłaby 50%, co w obrocie gospodarczym nie jest spotykane. Wypada zatem zgodzić się z autorem kasacji, że pominięcie tej argumentacji przez Sąd Okręgowy nie pozwala uznać kontroli odwoławczej za w pełni prawidłową, respektującą wymogi art. 433 § 2 i 457 § 3 k.p.k.

Według aktu oskarżenia J.J., członek zarządu B. z siedzibą w G., we współdziałaniu z G. W., innym członkiem zarządu tej spółki z o.o. oraz wspomnianym T. W., m.in. miał przywłaszczyć powierzone władzom spółki mienie po wystawieniu 9 faktur poświadczających nieprawdę co do wykonywania usług przez S.. Sąd Okręgowy stwierdził, że brak jest dowodu świadczącego, iż był on świadomy fikcyjności tych faktur. W spółce zajmował się bowiem kwestiami technicznymi, tj. serwisem i posprzedażową obsługą klientów, natomiast nie uczestniczył w negocjacjach i w uzgadnianiu warunków umów ze S.. W relacjach z tym Wydawnictwem jego zachowania polegały na podpisaniu, obok G. W. „porozumienia o współpracy”, zatwierdzeniu pod względem merytorycznym dwóch faktur, bez weryfikowania ich zasadności oraz podpisywaniu, również bez weryfikacji, także innych dokumentów przedkładanych przez dział księgowości. Nie pozwala to jednak dopatrzyć się umyślności w zachowaniu się oskarżonego, natomiast „działanie takie można rozpatrywać w kategoriach nieumyślności, choć stanowi ono przejaw niedbalstwa”. Sąd *ad quem* nadto podkreślił, że z twierdzeń T. W. wynika, iż pieniądze po ich wypłacie z konta S. zawsze przekazywał W. i nigdy nie było przy tym innych osób.

W apelacji prokurator nie rozwinął argumentacji odnośnie do świadomości J. J. fikcyjności faktur, co o tyle jest zrozumiałe, że na ówczesnym etapie postępowania nie ta kwestia była zasadniczym przedmiotem sporu. Jeżeli jednak Sąd Okręgowy ją wyeksponował, jako tłumaczącą wydane przezeń orzeczenie, to nie bez racji w kasacji wskazano, że w polu widzenia tego Sądu powinny być wszystkie okoliczności, w tym wskazujące, według prokuratora, na podejmowanie przez J. J. swego rodzaju ruchów „obronnych”, a więc i jego świadomość co do fikcyjności faktur wystawianych przez S.. Oskarżyciel wymienił nasuwające

wątpliwości zgłoszenie w 2003 r. w odstępie 4 miesięcy kradzieży komputera i dokumentów z gabinetu J. J., czy zabranie przez tego oskarżonego dokumentów, w tym faktur, dotyczących kontaktów B. ze S., niezwrócenie ich w komplecie i niereagowanie na pytania M. R. (dyrektora ekonomicznego spółki) odnośnie brakujących faktur. Podniesiono też brak oceny przez Sąd odwoławczy wyjaśnień oskarżonego w zestawieniu z zeznaniami świadka R. oraz powzięcia przez J. J. wiedzy o aresztowaniu T. W. i Z. B. W odpowiedzi na kasację obrońca oskarżonego zaznaczył, że faktury zostały jednak odnalezione i dołączone do akt sprawy, jednak rozważenia wymagały sam fakt i cel zabrania wspomnianych faktur przez oskarżonego, który, jak przyjęto, kontaktami ze S. się nie zajmował, a ich istota była mu nieznana.

Sąd Okręgowy powinien też rozważyć, w kontekście odpowiedzialności J. J., zawarty w apelacji prokuratora argument, że przedstawiciele firm, które według faktur wystawianych przez S. miały nabywać samochody w [...] B. dzięki staraniom Wydawnictwa, w rzeczywistości rozpoczęły zakupy w tej firmie długo przed wystawieniem pierwszej faktury. Sąd *ad quem*, deklarując dokonanie kompleksowej oceny dowodów, pominął również fakt, że chociaż oskarżony zajmował się w firmie głównie kwestiami technicznymi, to był w 50 % jej udziałowcem. Chodziło więc nie o zwykłego, choćby wysoko postawionego pracownika, ale o osobę niewątpliwie zainteresowaną efektywnością funkcjonowania firmy i wiedzącą, że jest ona bezpośrednio uzależniona od prawidłowego gospodarowania posiadanymi zasobami finansowymi, zapewne też czującą się, wprowadzając pośrednio, współwłaścicielem tych zasobów. Nadto, skoro relacje ze S. miały prowadzić do zmniejszenia obciążenia podatkowego B., wypadało mieć na uwadze, także uwzględniając doświadczenie życiowe (element wymieniony w art. 7 k.p.k.) i tę okoliczność przy wnioskowaniu, czy równoprawny z G. W. udziałowiec tej spółki był, czy też nie był zorientowany w charakterze tych relacji. Sąd Okręgowy przed przyjęciem tezy o „niedbalstwie” oskarżonego powinien więc rozważyć, stosując ściśle reguły ujęte w art. 7 k.p.k., czy podpisując wraz z G. W. „porozumienie o współpracy” ze S., a następnie zatwierdzając choćby pojedyncze faktury do wypłaty, każdorazowo opiewające na poważne kwoty, J. J. rzeczywiście bez należytej analizy, z niedbalstwa, wyraziłby zgodę na znaczące

uszczerpienie jej zasobów finansowych. Wskazując na wiodącą rolę G. W. w kontaktach ze S. i nieuczestniczenie J. J. w negocjacjach z tym Wydawnictwem, Sąd *ad quem* pominął także wyjaśnienia oskarżonego, w których ten wskazywał, że również uczestniczył w spotkaniach z T. W. i z których wynikało, że potrafił ocenić efektywność jego starań, skoro podjął decyzję o wypowiedzeniu umowy ze S.. Nasuwa się przy tym uwaga, i to nie tylko w odniesieniu do osób związanych z B. w G., że nie wydaje się zasadne poprzestanie przez Sąd Okręgowy jedynie w odniesieniu do spółki D. na krytycznej ocenie nader ograniczonych możliwości świadczenia przez S. różnorodnych usług na rzecz innych podmiotów.

Wcześniej wspomniano, że wiedza danej osoby o zwrotnym przekazywaniu pieniędzy przez przedstawiciela S. musi być uwzględniana przy ocenie świadomości tej osoby odnośnie do charakteru relacji łączących Wydawnictwo z podmiotem, który realizował wystawioną mu fakturę. W apelacji prokurator podniósł, że „T.W. przesłuchiwany w postępowaniu przygotowawczym oraz sądowym wyjaśnił, że gotówkę zwracał G.W. w jego gabinecie. Podczas spotkań był obecny również J.J., który według wiedzy T.W. był świadomy tego proceduru. Według oskarżyciela publicznego potwierdzają to podpisy na odwrotnej stronie faktur VAT wystawianych przez Wydawnictwo S. na rzecz B. sp. z o.o.” W tym względzie Sąd Okręgowy wskazał, iż „z twierdzeń T.W. wynika, że pieniądze z proceduru po ich wypłacie z konta S. zawsze przekazywał W., a podczas ich przekazywania nigdy nie było innych osób”. Widać, że doszło do rozbieżności w kwestii wręcz podstawowej, zatem tym bardziej byłoby słuszne, gdyby negując stanowisko prokuratora co do treści wyjaśnień T. W. Sąd jasno wskazał, z przytoczeniem odpowiednich fragmentów tych wyjaśnień, dlaczego oskarżyciel publiczny myli się, interpretując je jako wskazujące na obecność J. J. przy przekazywaniu pieniędzy G. W. oraz świadomość tego pierwszego co do prowadzonego proceduru. Dało to asumpt autorowi kasacji do twierdzenia, że „Sąd odwoławczy, wbrew argumentom podanym w apelacji oskarżyciela publicznego, nie podjął się analizy zeznań T.W. przywołanych w uzasadnieniu apelacji skarżącego, w których tenże świadek zeznał, że jak przynosił gotówkę G.W. do swojego gabinetu po wypłacie środków pieniężnych z konta S., to podczas spotkań był obecny także J.J.. Według depozycji świadka, on również miał świadomość

fikcyjności faktur VAT wystawianych przez Wydawnictwo”. W tym stanie rzeczy pogląd Sądu odwoławczego, że „żaden z dowodów, jak też ich kompleksowa ocena” nie pozwalają na skazanie J. J., trzeba uznać za sformułowany bez należytego rozważenia wszystkich okoliczności rzutujących na ocenę w tym zakresie.

W przypadku oskarżonego **G.A.**, prezesa zarządu spółki B. z siedzibą w O., który z Wydawnictwem [...] S. zawarł porozumienie (umowę) o współpracy, a następnie zatwierdzał faktury wystawiane przez T. W. jako przedstawiciela S. oraz podpisywał polecenia przelewu na rachunek Wydawnictwa jako należność za wykazywane w fakturach, mające być wykonane usługi, Sąd Okręgowy, podtrzymując uniewinnienie tego oskarżonego podkreślił, że „jedynie zatwierdził do wypłaty wystawione faktury i podpisał się na połączeniach przelewu będąc przekonanym o ich słuszności, o tym, że działania W. S. są realizowane. Dlatego też, w tej sytuacji, nie sposób przyjąć, by oskarżony swoim zachowaniem wyczerpał stronę podmiotową przestępstwa”. Rzecz jednak w tym, że ta konstatacja powinna zostać poprzedzona odniesieniem się do wszystkich argumentów zawartych w apelacji prokuratora, które w intencji skarżącego miały przekonywać o winie oskarżonego. Wśród nich bodaj najbardziej istotne było wskazanie na wyniki czynności, które według prokuratora weryfikowały wyjaśnienia G. A. i G. W. oraz stojące do nich w opozycji wyjaśnienia T. W.. Chodziło o zeznania R. Z., prezesa zarządu spółki O. oraz J. S., prezesa zarządu spółki S. i księgowej tej spółki U.P. Jak to relacjonował Sąd Rejonowy, G. A. wyjaśnił, że za pośrednictwem G. W. uzyskał informacje mające pochodzić od S., w oparciu o które B. w O. pozyskał kontrahentów w postaci spółki O. oraz spółki S. oraz że prowadził negocjacje z przedstawicielami tych spółek i podpisał z nimi umowy. Tymczasem prokurator wskazał, że w tym zakresie wyjaśnienia obu oskarżonych były sprzeczne (istotnie, Sąd Rejonowy odnotował, że G. W. stwierdził, że poza przekazaniem G. A. informacji o możliwości nawiązania współpracy z T. W. w zakresie pośrednictwa w wyszukiwaniu klientów na samochody, nie miał nic wspólnego ze współpracą pomiędzy B. w O. a S., jak też że nie wie, jakie firmy polecił tej spółce T. W.) oraz że R. Z. i J. S. zaprzeczyli, by w ich kontaktach z B. w O. występował jakikolwiek pośrednik, w szczególności S., czy personalnie T. W., o którym, wydaje się, w

ogóle nie słyszeli. Jest faktem, że z przytoczonych przez Sąd Rejonowy zeznań R. Z. i J. S. wynika, że do ich firm wpłynęła oferta B. w O., co mogłoby sugerować (choć nie przesądzać, jeśli wspomnieć, że firmy rutynowo próbują zainteresować swoją ofertą potencjalnych klientów), iż wspomniany dealer pozyskał informację o planach zakupowych O. oraz S., jednak myśl prokuratora była jasna: nie mogło być tak, że G. A. przekonany, iż pozyskał klientów dzięki S., przelewa znaczną zapłatę (prowizję) z tego tytułu na rachunek Wydawnictwa, podmiotu mu nieznanego z żadnych bliższych kontaktów, bowiem jako osoba zarządzająca spółką oraz jako udziałowiec osobiście zainteresowany jej wynikami finansowymi uczyniłby to po sprawdzeniu, czy Wydawnictwu rzeczywiście należą się jakieś pieniądze. Nie było to trudne przy okazji kontaktów ze wspomnianymi klientami, których wystarczyło zapytać, czy na ich decyzje zakupowe w olsztyńskim B. miały wpływ jakiegokolwiek działania S., a konkretnie T. W., względnie czy podmioty te były w stanie pozyskać informację o planach zakupu samochodów przez O. oraz S. Inną kwestią jest, że wskazując na rozbieżność wersji prezentowanych przez G. W. i G. A., podważając uniewinnienie tego ostatniego, prokurator najwyraźniej wskazywał, że niesłuszne było stanowisko Sądu I instancji, który „nie znalazł podstaw do kwestionowania wiarygodności dowodowej wyjaśnień G. A.”.

Także i w tym wypadku pominięcie wspomnianej argumentacji prokuratora przez Sąd Okręgowy sprawia, że kontrola instancyjna zaskarżonego apelacją wyroku nie może być uznana za w pełni prawidłową.

W tym miejscu celowe będzie nadmienić, że sprawy osób związanych z nielegalnymi operacjami finansowymi prowadzonymi z ramienia Wydawnictwa S. nie były rozpoznane w jednym procesie, co przyczyniło się do rozbieżnej oceny tych samych dowodów przez sądy orzekające. Sądowi Najwyższemu z urzędu, wobec wpłynięcia kasacji sporządzonych przez obrońców niektórych skazanych (sprawa o sygn. akt III KK ../16), znany jest prawomocny wyrok Sądu Okręgowego w G. z dnia 29 września 2014 r., sygn. XIV K ../08, wydany m.in. wobec Z. B. i T.W., pełnomocników Wydawnictwa S., którzy z ramienia Wydawnictwa prowadzili operacje finansowe m.in. z osobami oskarżonymi w niniejszej sprawie. W uzasadnieniu wyroku, niekwestionowanym w tej części przez Sąd odwoławczy, Sąd *meriti* zwrócił m.in. uwagę na kluczową dla poczynienia ustaleń rolę wyjaśnień T.

W. oraz stwierdził, że przedstawił on szczerze „powody i cały przebieg przestępczego działania we współdziałaniu i w porozumieniu z: prezesem zarządu spółki D. S. M., członkami zarządu B. sp. z o.o. w G. G. W. i J. J., członkiem zarządu B. sp. z o.o. G. A. oraz G. W., członkami zarządu i rady nadzorczej F. SA w G. J. K. i G. W., prezesem zarządu H. SA M. G. , bez których aktywnego udziału (podkr. SN) nie mogłoby w ogóle dojść do realizacji zamiaru przywłaszczenia powierzonych im środków pieniężnych” (s. 743-744 maszynopisu uzasadnienia). Wcześniej Sąd Okręgowy konstatował, że:

- „nie dał wiary wyjaśnieniom G.W. oraz J.J., które stoją w opozycji do ustaleń poczynionych na podstawie tak obszernego materiału dowodowego ...” (s. 539),

- „bez świadomego w tym udziału G. A., nie doszłoby do popełnienia przestępstw zarzucanych i przypisanych T. W. w niniejszym postępowaniu.” (s. 541),

- „oceniał jako niewiarygodne wyjaśnienia i zeznania J. K. oraz wyjaśnienia G. W. w zakresie, w jakim utrzymywali oni, iż zakwestionowane faktury VAT z 1997 r. potwierdzały rzeczywiście wykonane przez W. S. na rzecz F. SA usługi pośrednictwa przy pozyskiwaniu firmy i zawieraniu umów leasingowych” (s. 542). Jedynie w zakresie oceny wyjaśnień (zeznań) F. M. Sady orzekające w obu sprawach zaprezentowały zbieżne stanowisko.

Ustawodawca przewidział, wprowadzając w art. 8 § 1 k.p.k. zasadę samodzielności jurysdykcyjnej sądu, że w praktyce wymiaru sprawiedliwości może się zdarzyć sytuacja, iż organy orzekające zaprezentują różny ogląd tych samych dowodów i wydadzą w oparciu o nie odmienne rozstrzygnięcia. Niewątpliwie jest to jednak sytuacja niekorzystna z punktu widzenia podsądnych, jak i szerzej – społecznego odbioru wymiaru sprawiedliwości, zatem należy dążyć do tego, by zdarzała się tylko wyjątkowo. Służy temu wnikliwa i staranna ocena zebranych dowodów przez sądy orzekające merytorycznie, zaś w przypadku sądów odwoławczych wnikliwa kontrola instancyjna, której, jak wyżej wykazano, zabrakło w niniejszej sprawie.

Przechodząc do zarzutu obrazy prawa materialnego należy powtórzyć, że chociaż w przypadku **M.G.** Sąd odwoławczy podzielił zarzuty oskarżyciela

publicznego odnośnie do naruszenia przez Sąd I instancji prawa procesowego przy ocenie dowodów, to zarazem zgodził się z tym Sądem, iż oskarżonemu nie można przypisać przestępstwa przywłaszczenia mienia. Zaakcentował przy tym (uczynił to i Sąd I instancji), że przestępstwo określone w art. 284 § 2 k.p.k. jest przestępstwem kierunkowym, a więc działanie sprawcy musi być ukierunkowane na określony cel, którym jest włączenie powierzonej rzeczy do majątku sprawcy lub postępowanie z nią jak z własną. Wyklucza to możliwość popełnienia tego przestępstwa z zamiarem wynikowym. Sąd *ad quem* nie wyjaśnił jednak, z nawiązaniem do realiów sprawy, dlaczego poczynienie tej ostatniej uwagi uznaje za potrzebne.

Jest oczywiste, że takie samo stanowisko Sąd Okręgowy zająłby w odniesieniu do odpowiedzialności innych oskarżonych, których uniewinnienie podtrzymał, gdyby, tak jak w przypadku M. G. uznał, że byli oni świadomi fikcyjności faktur wystawianych przez S.. Jeśli zaś chodzi o aprobowane przez Sąd II instancji stanowisko Sądu Rejonowego co do występujących w sprawie zagadnień prawnych, to nie było ono gołosłowne. Zostało oparte na nawiązującym do uregulowań cywilnoprawnych wywodzie, w którym za kluczowe wypada uznać następujące stwierdzenia:

- do tworzenia i urzeczywistniania woli osoby prawnej powołane są osoby fizyczne wchodzące w skład jej organów, których działanie jest uważane za działanie osoby prawnej, przy czym oświadczenie woli składane przez piastuna organu jest oświadczeniem woli samej osoby prawnej;

- czyny członków organu w granicach ich umocowania są czynami osoby prawnej, tym samym rozporządzenie mieniem osoby prawnej przez członka organu tej osoby prawnej, działającego jako organ zgodnie z obowiązującymi przepisami i statutem, stanowi *de iure* rozporządzenie mieniem przez samą osobę prawną. Wobec tego nie może zostać wypełniony warunek odpowiedzialności z art. 284 § 2 k.k., tj. przywłaszczenie cudzej rzeczy. Odpowiedzialność członków zarządu osoby prawnej (tu: spółki akcyjnej, spółki z ograniczoną odpowiedzialnością) może być w takiej sytuacji rozpatrywana jedynie przez pryzmat art. 296 k.k., poprzednio art. 300 § 1 Kodeksu handlowego lub art. 585 § 1 Kodeksu spółek handlowych, a obecnie art. 296 § 1a k.k.;

- przestępstwo przywłaszczenia mienia na szkodę osoby prawnej mogłoby nastąpić, jeżeli nie brałby w nim udziału organ uprawniony do dokonywania czynności w imieniu tej osoby prawnej (np. mienie spółki mógłby przywłaszczyć jej szeregowy pracownik), lub też brałby udział taki organ, ale jego zachowanie nie byłoby niedopełnieniem obowiązków, czy też przekroczeniem uprawnień, o czym mowa w art. 296 k.k.;

- oskarżeni w niniejszej sprawie pełnili funkcje członków zarządu spółek prawa handlowego, zatem gdyby uznać, że dopuścili się zarzucanych im czynów, tj. że działając jako organ spółki zatwierdzili do wypłaty faktury wystawione przez S., to należy uznać, że czynności tej dokonała sama spółka. W konsekwencji rozpatrywanie zdarzenia na gruncie art. 284 k.k. byłoby równoznaczne z uznaniem, że osoba prawna dokonała przywłaszczenia własnego mienia na własną szkodę;

- gdyby uznać sprawstwo oskarżonych polegające na tym, że jako osoby uprawnione do zajmowania się sprawami majątkowymi spółek zatwierdzili faktury wystawiane przez S. oraz wydali polecenie wypłaty na rzecz tego podmiotu określonych kwot, wiedząc, że spółka nie ma wobec niego zobowiązania, doszłoby do nadużycia przez oskarżonych uprawnień, skutkującego odpowiedzialnością z art. 296 § 1 k.k., gdyby wyrządzona spółce szkoda była znaczna;

- w konkretnych uwarunkowaniach niniejszej sprawy (znowu – w razie przyjęcia sprawstwa oskarżonych) pełną kryminalną zawartość czynów oddawałaby kwalifikacja z art. 296 § 1 i 2 k.k. (jeżeli zostałaby wyrządzona znaczna szkoda majątkowa), jako że oskarżeni podejmowali działania mające bezpośredni związek z zajmowaniem się sprawami określonych podmiotów (spółek prawa handlowego). Wklucza to zastosowanie wobec oskarżonych art. 284 k.k.

Odnosząc się do powyższych twierdzeń, należy wskazać, że trudno uznać je za w pełni konsekwentne, skoro, z jednej strony, sądy orzekające (Sąd Okręgowy przez całkowitą akceptację poglądów Sądu I instancji) przyjmują, że działania oskarżonych były z punktu widzenia prawa (co prawda handlowego, nie karnego) działaniami danej spółki oraz że czynność oskarżonych jako czynność organu prowadziłyby ewentualnie do przywłaszczenia mienia przez osobę prawną na własną szkodę, zaś z drugiej strony jednak nie wykluczają, przy spełnieniu

pewnych warunków, możliwości poniesienia odpowiedzialności karnej przez oskarżonych z art. 284 k.k. Trudno też zaakceptować rozumowanie, w świetle którego im wyższa pozycja sprawcy w strukturze podmiotu gospodarczego, tym bardziej jest on chroniony przed odpowiedzialnością karną w razie działania na jego szkodę, co wynika z faktu, że w przypadku umocowanego członka zarządu tylko wyjątkowo można by mu przypisać przestępstwo przywłaszczenia mienia oraz że odpowiedzialność za czyn z art. 296 § 1 k.k. poniesie dopiero za wyrządzenie znacznej szkody majątkowej. Ważniejsza jest jednak okoliczność, że sądy orzekające nie wyciągnęły stosownego wniosku z przyjętego stwierdzenia, iż czyny członków organu, tu: zarządu spółki, są czynami osoby prawnej wyłączającymi odpowiedzialność za przywłaszczenie mienia, o ile członkowie ci działają w granicach swojego umocowania oraz że odpowiedzialność sprawcy z art. 296 k.k. wchodzi w grę wtedy, gdy czyn jest związany z jego uprawnieniami lub obowiązkami. Wydaje się, że sam fakt, iż oskarżeni w ramach swoich kompetencji mogli nawiązywać relacje gospodarcze z innymi podmiotami, podpisywać z nimi umowy i porozumienia o współpracy, akceptować wpływające do firmy faktury oraz zlecać wypłatę (dokonywanie przelewów na rachunki bankowe) określonych kwot został potraktowany jako wystarczający do uznania, że ich analogiczne zachowanie w relacjach z Wydawnictwem S. było działaniem w granicach umocowania, ewentualnie z nadużyciem udzielonych (posiadanych) uprawnień. Rzecz jednak w tym, że bez rozważenia istotnych okoliczności Sąd odwoławczy uznał, iż zachowanie oskarżonego M.G. (analogicznie: F.M., J.K., J.J., G.A. w razie przyjęcia, że mieli świadomość fikcyjności faktur wystawianych przez S.) może być oceniane jedynie przez pryzmat art. 296 k.k., usytuowanego w rozdziale Kodeksu karnego grupującym przestępstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu. W piśmiennictwie prawniczym wskazuje się, że wspomniany przepis określa przestępstwo niegospodarności menedżera, ta zaś polega na podjęciu decyzji nieracjonalnej ekonomicznie, tj. nieuwzględniającej rachunku ekonomicznego, ewentualnie błędnie stosującej taki rachunek (R. Zawłocki w: System prawa karnego, t. 9 – Przestępstwa przeciwko mieniu i gospodarcze, Warszawa, 2015, s. 455, 457 - 458). Jeżeli nadto uznać że „gospodarowanie” osoby pełniącej w strukturze podmiotu (np. spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, spółki akcyjnej)

funkcję kierowniczą (menedżerską) jest zespołem zachowań zmierzających do osiągnięcia założonego celu ekonomicznego, w szczególności jak najlepszego wyniku finansowego (zysku), to Sąd *ad quem* powinien rozważyć, czy nawet przy szerokim rozumieniu pojęcia „obróć gospodarczy”, mieszczą się w jego ramach zachowania, które obrót ten jedynie pozorują, a w istocie nim nie są, skoro S. realnych usług w zasadzie nie świadczyło, wobec czego pieniądze przelewane na jej rachunek bankowy nie były traktowane jako należne wynagrodzenie ani przez osoby, które zatwierdzały faktury i polecały ich realizację (znowu: przy założeniu, że fikcyjny charakter faktur był im znany), ani przez przedstawicieli S.. Autor kasacji nie bez racji powołał poglądy wyrażane w piśmiennictwie prawniczym, że nadużycie uprawnień lub niedopełnienie obowiązku, o czym mowa w art. 296 § 1 k.k., to zachowanie wadliwe z punktu widzenia wyboru celów, środków lub sposobów gospodarowania w realizowaniu danego rodzaju działalności gospodarczej i tym samym podjęcie nadmiernego ryzyka gospodarczego (J. Skorupka, Nadużycie zaufania – wybrane zagadnienia, Prok. i Pr. 2004, nr 1) oraz że nadmiernie ryzykować może tylko ten uczestnik obrotu gospodarczego, który prowadzi legalną działalność gospodarczą (R. Zawłocki, Prawo karne gospodarcze, Warszawa 2007). Nie sposób za taką uznać zachowanie polegające na fikcyjnym opłacaniu przez jeden podmiot usług rzekomo świadczonych przez inny podmiot. Przy rozważaniu prawnej oceny działalności oskarżonych szczególnie razi pominięcie, że przedstawiciel S. po potrąceniu uzgodnionej prowizji zwracał pieniądze osobie reprezentującą firmę, od której Wydawnictwo je otrzymało oraz że nie ustalono, iż pieniądze te, w żadnym momencie nie traktowane przez daną osobę jako majątek osobisty, z powrotem były włączane do zasobów finansowych danej firmy. W tym aspekcie należało mieć na uwadze, że mienie spółki z ograniczoną odpowiedzialnością jest dla jej wspólników mieniem cudzym (uchwała Sądu Najwyższego z dnia 20 maja 1993 r., I KZP 10/93, OSNKW 1993, z. 7-8, poz. 44). W takim razie wypada przyznać rację prokuratorowi, gdy w kasacji podnosi, że stanowisko Sądu Okręgowego w zakresie oceny prawnej zachowań oskarżonych, dokonane na gruncie odpowiedzialności M. G., „stanowi przykład rozumowania uproszczonego, nie uwzględniającego całej, złożonej problematyki omawianej sytuacji”, a tym kontekście przypomina, że „w ocenie oskarżyciela publicznego

odpowiedzialność karna z art. 284 § 2 k.k. w niniejszej sprawie uwarunkowana była mechanizmem polegającym na dokonywaniu dyspozycji przelewów środków finansowych na rachunek innego podmiotu, w oparciu o fikcyjne tytuły, skąd środki te były wypłacane w formie gotówkowej i zwracane członkom zarządów jako osobom fizycznym, a nie reprezentantom podmiotów gospodarczych”.

W praktyce orzeczniczej prawnokarna ocena zachowań podmiotu, o którym mowa w art. 296 § 1 k.k., może nastroczać trudności, także w aspekcie różnicowania tego przestępstwa od przestępstwa przywłaszczenia powierzonego mienia, określonego w art. 284 § 2 k.k. oraz dopuszczalności kumulatywnego kwalifikowania czynu z obu wymienionych przepisów, w orzecznictwie w większości odrzucanej (zob. np. P. Kardas, Zbieg przepisów art. 284 i 296 k.k. Pozorny czy rzeczywisty problem związany ze wskazaniem właściwej podstawy kwalifikacji prawnej w: Państwo prawa i prawo karne. Księga jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla, WKP 2012, t. II). Warto jednak wspomnieć, że w piśmiennictwie prawniczym za prawidłowe uznano orzeczenie skazujące za czyn z art. 284 § 2 k.k. syndyka – zarządcę upadłej firmy, który dokonywał przelewów tytułem nieistniejących należności, wiedząc o fikcyjności faktur. Zauważono przy tym, że, gdyby płatności za fikcyjne faktury wynikały z braku należytej dbałości o cudze interesy i z braku należytego nadzoru, przy jednoczesnym braku ustaleń co do chęci pozyskania przez syndyka części przelanych kwot, to taki czyn można byłoby ewentualnie oceniać tylko na podstawie odpowiedniego przepisu art. 296 k.k. (A. Marek, T. Oczkowski na kanwie wyroku Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 9 czerwca 2006 r., II AKa 143/06 - System prawa karnego ..., *op. cit.*, t. 9, s. 112).

W podsumowaniu poczynionych uwag należy stwierdzić, że rozpatrując w odniesieniu do oskarżonego M. G. kwestię możliwości przypisania mu przestępstwa z art. 284 § 2 k.k., Sąd Okręgowy pominął istotne okoliczności rzutujące na ocenę prawną jego zachowania, nadto, co wcześniej stwierdzono, nie wziął pod uwagę okoliczności rzutujących na odpowiedzialność innych oskarżonych.

Z przedstawionych wyżej powodów Sąd Najwyższy uwzględnił wniosek kasacji i po uchyleniu wyroku Sądu Okręgowego w G. co do pięciorga oskarżonych, ich sprawy przekazał do ponownego rozpoznania. W przypadku F.M., J.K., J.J. i G.A. uznano, z uwagi na charakter stwierdzonych uchybień oraz nadal

niewykluczone podtrzymanie wyroku Sądu I instancji, co jednak musiałoby nastąpić po uwzględnieniu i dokładnym rozważeniu wszystkich okoliczności sprawy, że wystarczy ponowienie postępowania odwoławczego, w trakcie którego Sąd *ad quem* uwzględni uwagi zawarte w niniejszym uzasadnieniu. W przypadku M.G. zaistniała konieczność ponowienia postępowania pierwszoinstancyjnego (z możliwością skorzystania przez Sąd *meriti* z unormowania zawartego w art. 442 § 2 k.p.k.), bowiem jest oczywiste, że przy prawidłowej interpretacji przepisów prawa Sąd odwoławczy uwzględniłby apelację prokuratora w zakresie dotyczącym tego oskarżonego i jego sprawę przekazał do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji.

kc