

Sygnatura akt II AKa 64/16

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 23 marca 2016 r.

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu II Wydział Karny w składzie:

Przewodniczący: SSA Andrzej Kot

Sędziowie: SA Wiesław Pędziwiatr

SO del. do SA Piotr Kaczmarek (spr.)

Protokolant: Aldona Zięta

po rozpoznaniu w dniu 23 marca 2016 roku

sprawy **K. K. (1)**

oskarżonej o czyn z art. 296 § 2 kk i art. 296 § 3 kk

na skutek apelacji wniesionej przez oskarżyciela posiłkowego

od wyroku Sądu Okręgowego w Świdnicy

z dnia 18 grudnia 2015 roku, sygn. akt III K 31/15

**I. utrzymuje zaskarżony wyrok w mocy;**

**II. wymierza oskarżycielowi posiłkowemu – (...) Sp. z o.o. 240 złotych tytułem opłaty za postępowanie odwoławcze.**

## UZASADNIENIE

K. K. (1) została oskarżona o to, że:

w okresie od sierpnia 2010 r. do 5 kwietnia 2011 roku w B. i Ż., zajmując się sprawami majątkowymi spółki (...) sp. z o.o. jako Przewodnicząca jej Rady Nadzorczej, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej przez spółkę (...) S.A. nadużyła udzielonych jej uprawnień w zakresie negocjacji transakcji zakupu koncentratu magnetytowego od firmy (...) S.A. z siedzibą w L. i jego dalszej sprzedaży spółce (...) S.A. w ten sposób, że wyeliminowała udzieloną pokrzywdzonej spółce w Memorandum z dnia 11 sierpnia 2010 r. wyłączność na sprzedaż koncentratu magnetytowego na rzecz spółki (...) poprzez wprowadzenie spółki (...) S.A. jako strony w tym celu zmienionego Memorandum i Umowy z marca 2011 r. czym spowodowała szkodę majątkową spółki (...) Sp. z o.o. poprzez obniżenie należnej tej spółce prowizji i kwotę nie niższą jak 4.817.283 zł.

**tj. o czyn z art. 296 § 2 i 3 k.k.**

Sąd Okręgowy w Świdnicy wyrokiem z dnia 18 grudnia 2015 r. (sygn. akt III K 31/15) uniewinnił oskarżoną K. K. (1) od popełnienia czynu opisanego w części wstępnej wyroku, tj. czynu z art. 296 § 2 i 3 k.k. i zwolnił ją od ponoszenia kosztów sądowych w sprawie.

Apelację od tego wyroku wniósł pełnomocnik oskarżyciela substydiarnego spółki (...) Sp. z o.o. z/s w Z.. Zaskarżonemu wyrokowi zarzucił:

I. obrazę prawa procesowego, która miała wpływ na treść orzeczenia, a polegający na naruszeniu:

1) art. 7 k.p.k. poprzez wybiórczą i jednostronną ocenę dowodów, co przekracza ramy swobodnej oceny dowodów, w tym:

a) dokonaniu dowolnej a nie swobodnej oceny zeznań świadków:

- A. M. (1), K. M. (1) i P. H. polegającej na bezpodstawnym przyjęciu, że K. K. (1) nie wykonywała wobec A. M. (1), jako Prezesa Zarządu „czynności władczych” oraz nie wywierała na niego, jakiegokolwiek wpływu czy presji”,

b) S. K. i A. P. (1) polegającej na bezpodstawnym przyjęciu, że wprowadzenie przez K. K. (1) spółki (...) to związane było wyłącznie tym, jak nakazała to K. K. (1) ująć w Memorandum czterostronnym datowanym na 11 sierpnia 2010 r., że (...) posiada know-how związany z dostawami i zastosowaniami przedmiotowej substancji u końcowego odbiorcy (...) S.A. (...) gwarantuje sfinansowanie zakupu poszczególnych dostaw koncentratu (...) na rzecz końcowego odbiorcy”,

c) polegającej na odmowie przyznania waloru wiarygodności zeznaniom świadka A. M. (1) w zakresie określenia przez niego roli K. K. (1) w co do faktycznego prowadzenia spraw pokrzywdzonej spółki w tym działania na jej niekorzyść oraz zmuszenia go przez nią do uznania spółki (...) S.A. jako strony porozumień gospodarczych,

2) art. 2 § 2 k.p.k., art. 4 k.p.k. w zw. z art. 410 k.p.k. poprzez czynienie ustaleń faktycznych na podstawie wyselekcjonowanego materiału, nie zaś wszystkich dowodów zgromadzonych w sprawie, akcentując wbrew zasadzie obiektywizmu okoliczności korzystne dla oskarżonej przy jednoczesnym pominięciu bądź bagatelizowaniu okoliczności dla niej niekorzystnych, w tym zeznań świadków:

a) P. S. (1) opisującego rolę oskarżonej w zakresie przygotowywanych umów ze stroną słowacką oraz między pokrzywdzoną spółką a (...) S.A.;

b) T. W. (1) wskazującego, iż „Ja nigdy nie mówiłem do przedstawicieli huty (...), że reprezentuję interesy spółki (...). Zawsze występowałem jako T. W. (1). ...” Firmę (...) przedstawiciele (...), według mojej wiedzy, kojarzyli od momentu, kiedy ja ją wskazałem”, oraz pominięciu dokumentów rejestrowych spółki (...) S.A. z których wynika jej przyjęcie przez oskarżoną K. K. (1) i S. K. bezpośrednio przed wprowadzeniem tej spółki do Memorandum czterostronnego ze stroną słowacką;

II. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia mający wpływ na jego treść:

- polegający na pominięciu ustaleń istotnych dla wydania prawidłowego wyroku i błędu we wnioskowaniu przy ocenie dowodów skutkującego przyjęciem, iż ... W świetle ustalonego w sprawie stanu faktycznego nie można przypisać oskarżonej sprawstwa i winy w zakresie zarzuconego jej czynu albowiem oskarżona K. K. (1) pełniąc w spółce (...) funkcję przewodniczącej rady nadzorczej nie mogła być już z formalnego punktu widzenia podmiotem przestępstwa z art. 296 k.k.

Pełnomocnik oskarżyciela posiłkowego wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania.

Sąd Apelacyjny zważył co następuje.

Apelacja pełnomocnika oskarżyciela substydniarnego nie zasługiwała na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności odnieść należało się do zarzutu z pkt II apelacji, który co prawda przez apelującego został określony jako zarzut błędu w ustaleniach faktycznych to jednak w istocie jest traktowany przez apelującego jako zarzut naruszenia prawa materialnego (którym modelowo jest) o czym przekonuje treść uzasadnienia apelacji (k. 478 in fine -479), będąc zarzutem najdalej idącym. Treść uzasadnienia zaskarżonego wyroku w zakresie zawierającym rozważania prawne Sądu meriti co do wykładni znamion przestępstwa stypizowanego w art. 296 § 1 kk (w tym co

do jego indywidualnego charakteru), które na tym poziomie Sąd Apelacyjny akceptuje, wskazuje że zdaniem Sądu meriti członek rady nadzorczej spółki kapitałowej (w tym także przewodniczący rady nadzorczej) co do zasady nie jest podmiotem zobowiązanym na podstawie przepisów ustawy do zajmowania się sprawami majątkowymi osoby prawnej w rozumieniu art. 296 § 1 kk, a w konsekwencji nie może być sprawcą przestępstwa stypizowanego w tym artykule. Jak trafnie zauważa apelujący w doktrynie znaleźć można szereg wypowiedzi co do statusu członka rady nadzorczej z perspektywy zdatości do bycia podmiotem przestępstwa z art. 296 § 1 kk, m.in. takie stanowisko zajmuje J. Giezek w komentarzu do Kodeksu Karnego- część szczególna (str. 1160, Wyd. Wolters Kluwer, Warszawa 2014 r. (który odwołuje się do stanowisko zajętych przez innych komentatorów - O. Górniok, Z problematyki odpowiedzialności karnej członków rady nadzorczej spółki akcyjnej, PUG 2001, nr 6, s. 2 i n.; taż, Z problematyki przestępstw..., s. 9 i n.; R.W. Kaszubski, A. Kawulski, Nadzór bankowy w perspektywie integracji europejskiej, cz. 2, Prz. Pod. 1998, nr 11, s. 35; P. Kardas (w:) Kodeks karny..., red. A. Zoll, t. 3, s. 497), przy czym syntetyczność tej konstatacji wymaga wskazania kontekstu normatywnego przy którym pogląd ten może się aktualizować. Sąd meriti, odwołując się do regulacji Kodeksu Spółek Handlowych (m.in. art. 219 § 2 ksh), zapisów umowy sp. z o.o. (...), trafnie wskazał na to że rada nadzorcza spółki kapitałowej jest z zasady organem nadzoru i kontroli a nie organem prowadzącym sprawy spółki, którym jest z zasady zarząd. Pamiętać przy tym należy że, na mocy umowy spółki kompetencje zarządcze mogą zyskać członkowie rady nadzorczej (art. 220 KSH). Jeżeli umowa spółki nie zawiera odpowiednich postanowień w tym przedmiocie, rada nadzorcza (a więc jej członkowie) ma jedynie kompetencje wynikające z przepisów prawa, do których można zaliczyć tylko kompetencje do kontrolowania i nadzorowania (por. m.in. art. 219 § 1, 3-4, art. 15 § 2 zd. 1 KSH). Wówczas członkowie rady nadzorczej nie będą podmiotami przestępstwa z art. 296 KK. (por. „Przestępstwo niegospodarności” z art. 296 KK dr Iwona Sepiolo, 2013). Apelujący nie przedstawił argumentów pozwalających zakwestionować ustalenia Sądu meriti (k. 470), że co do oskarżonej jako przewodniczącej rady nadzorczej nie doszło do poszerzenia, na podstawie art. 220 ksh uprawnień i obowiązków o kompetencje o charakterze zarządczym, stąd wyłącznie na płaszczyźnie art. 296 § 1 kk zasadna była ocena Sądu meriti co do tego że in concreto członkowie rady nadzorczej nie byli podmiotami spełniającymi konieczną, w/w cechę podmiotową. Konieczne jednak przy tym jest jednoczesne zauważenie, że ocena prawna tej kwestii nie powinna się ograniczać tylko do płaszczyzny art. 296 kk, ale brać także powinna pod uwagę ewentualne istnienie podstaw prawnych odpowiedzialności za przestępstwo indywidualne osoby, która nie spełnia koniecznych cech podmiotowych. Jak słusznie zauważył Sąd Apelacyjny we Wrocławiu w wyroku z 23.10.2006 r. (II AKA 224/06, OSAW 2008, Nr 2, poz. 85) "Członek rady nadzorczej spółki może być zaliczony do kręgu osób zajmujących się sprawami majątkowymi owej spółki przede wszystkim wówczas, gdy wynika to jednoznacznie z jej statutu. 2. Ewentualny brak odpowiednich unormowań statutowych (stwierdzony po uzyskaniu i analizie statutu) dających podstawę do zaliczenia oskarżonych do osób zajmujących się sprawami majątkowymi ..., nie oznacza jednakże, iż z tego tylko powodu mogliby oni uniknąć odpowiedzialności karnej z art. 296 KK (w przypadku ustalenia związku przyczynowego pomiędzy prowadzonymi przez nich działaniami a zaistnieniem znacznej lub w wielkich rozmiarach szkody majątkowej po stronie spółki, o czym była uprzednio mowa). W grę wchodzi tu bowiem przepis art. 21 § 2 KK". Dla porządku wskazać należy, że potencjalnie w grę wchodzić mogą tutaj wszystkie formy przestępczego współdziałania, o którym mowa w art. 18 kk, a więc zarówno sprawcze (współsprawstwo, sprawstwo polecające, sprawstwo kierownicze), jak też nie sprawcze (podżeganie, pomocnictwo). Ewentualne zastosowanie art. 21 § 2 kk, przy założeniu że spełnione są pozostałe znamiona podmiotowe i przedmiotowe przestępstwa stypizowanego w art. 296 § 2 i 3 kk (tj. kwalifikacji przyjętej przez oskarżyciela), przy założeniu że członek rady nadzorczej nie mający kompetencji zarządczych współdziała w znaczeniu wyżej wymienionym z osobą mającą takie kompetencje wymagałaby w istocie ustalenia w zakresie sprawstwa (odpowiedzialności karnej) osoby o kompetencjach zarządczych, innymi słowy przesądzenia o współdziałaniu w realizacji znamion odpowiedniego typu czynu zabronionego z art. 296 kk. In concreto nie kwestionowane jest ustalenie co do składu osobowego (jednoosobowego) zarządu spółki, osoby która wchodziła i wchodzi w skład zarządu (będącego bez wątplenia organem spółki kapitałowej spełniającym kryterium zajmowania się na podstawie przepisów ustawy – art. 201 § 1 ksh- sprawami majątkowymi spółki), jak też co do tego że poszczególne modyfikacje zapisów memorandum, umów w szczególności umowy z 5.04.2011r. określającej rolę poszczególnych stron umowy, jak też m.in. wysokość prowizji przypadającej odpowiednio spółce (...) oraz spółce (...) zostały podpisane w imieniu spółki (...) przez prezesa zarządu tej spółki. Brak przy tym jakichkolwiek podstaw dowodowych do przyjęcia że treść któregośkolwiek zapisów umownych nie była znana prezesowi zarządu spółki (...), w szczególności określających

wysokość prowizji przypadających tej spółce. Tym samym przy hipotetycznym założeniu zaistnienia pozostałych znamion tj. ustalenia że zaakceptowanie określonej treści zapisów umownych było niedopełnieniem prawnego obowiązku podejmowania czynności na korzyść spółki i skutkiem naruszenia tego obowiązku było wyrządzenie co najmniej znacznej szkody majątkowej (w rozumieniu art. 115 § 5,6,7 kk) przyjęcie na podstawie art. 21 § 1 kk odpowiedzialności karnej członka rady nadzorczej uczestniczącego w zaakceptowaniu takich zapisów umownych oznaczałoby konieczność rozważenia odpowiedzialności karnej na podstawie art. 296 kk członków zarządu spółki podpisujących w jej imieniu umowy zawierające takie zapisy umowne.

Trafna była ocena Sądu meriti (k. 472-473), która zakwestionowała trafność twierdzenia oskarżyciela, że spółka (...) S.A. wprowadzona została przez oskarżoną jako strona umowy jedynie w celu osiągnięcia przez tą spółkę korzyści majątkowej. Sformułowanie to jest pewnym skrótem myślowym, w istocie zagadnienie to odnosi się do ustalenia czy przypadająca na rzecz (...) S.A. prowizja (w znaczeniu ekonomicznym obniżająca potencjalnie zysk spółki (...), gdyby spółka ta była w stanie samodzielnie, przez co należy rozumieć także wykorzystanie innej firmy jako podwykonawcy lub usługodawcy, doprowadzić do zawarcia umowy z ostatecznym odbiorcą koncentratu magnetytowego) po pierwsze odzwierciedla w sposób adekwatny zakres czynności i nakładów poniesionych przez spółkę (...) S.A., po wtóre czy możliwe było ze strony spółki (...) samodzielne doprowadzenie do zawarcia umowy z ostatecznym odbiorcą magnetytu. Apelujący, odwołując się do dwóch krótkich fragmentów zeznań świadka T. W., wyprowadzając wnioski co do znaczenia tych zeznań (k. 480) czyni to zdaniem Sądu Apelującego w oderwaniu od wniosków wynikających z analizy całości zeznań tego świadka, w szczególności z postępowania sądowego (k. 165v-167) oraz związanymi z nimi dowodami z dokumentów, a to umową z 10.01.2011r. pomiędzy firmą tego świadka a (...) S.A. (k. 184-185), aneksem do tej umowy (k. 185), kopiami faktur oraz dokumentacji rozliczeniowej pomiędzy tymi podmiotami gospodarczymi (k. 189-198), z której wynika że (...) S.A. zapłaciło za usługi świadczone przez firmę świadka w zakresie doprowadzenia do zakupu, a następnie kontynuowania zakupów magnetytu przez hutę należącą do (...) (...), łącznie co najmniej 221.818,33 euro. Z zeznań tych wynika to jakich czynności (wymagających określonego czasu, nakładu środków, poniesienia określonego ryzyka), przekonania ostatecznego odbiorcy do poniesienia ryzyka z tym związanego, co dobitnie wykazują m.in. następujące zeznania świadka „Ten materiał oferowany hucie był materiałem nietypowym... dopiero w 2011r. dopuszczono stosowanie tego materiału po rocznych rozmowach, które ja prowadziłem z ludźmi na różnych stanowiskach i o różnych kwalifikacjach... problemem technologicznym bardzo poważnym i obawami jakie mieli przedstawiciele huty była wysoka zawartość chromu w tym materiale...ja w tej sprawie w hucie spędziłem rok żeby doprowadzić do takiej technologii umożliwiającej zastosowanie tego magnetytu. Niewystarczającym byłoby złożenie oferty zakupu tego materiału przez komórki handlowe. Trudności z tym materiałem były po pierwsze w regulacji, rozładunku i magazynowania. W toku stosowania tego materiału były dwie awarie pieca. Ja zajmowałem się tym tematem”. (k. 166). Z zeznań z postępowania przygotowawczego (k. 383-384, 454-456) wynika z czyjej inicjatywy tj. K. K. (1) i S. K., działających w imieniu firmy (...) S.A. doszło do podjęcia przez świadka czynności dot. wprowadzenia magnetytu do huty odbiorcy końcowego, opisujących jednocześnie następny, sporadyczny i techniczny charakter kontaktów T. W. z prezesem spółki (...). Okolicznością bezsporną (co potwierdzają m.in. zeznania A. M., k. 121v) jest to że spółka (...) nie składała żadnej oferty do A. (...) (...), nie miała także bezpośredniego doświadczenia z firmami hutniczymi, zaś w 2010 r., po rezygnacji z pierwotnych planów wdrożenia stosowania magnetytu w górnictwie podjęto dopiero pierwsze próby zastosowania go w hutnictwie. Już tylko te okoliczności (uwzględniając także nakład finansowy ze strony (...) S.A. na dostawę pierwszej partii próbnej do huty, 40312,50 euro, k. 234-235) pozwalają uznać za trafną ocenę Sądu meriti, że wprowadzenie spółki (...) S.A. (która co oczywiste dla realiów gospodarki wolnorynkowej nie musiała wykonywać wszystkich, w szczególności wymagających posiadania wiedzy specjalistycznej lub kontaktów, czynności „osobiście” lecz mogła posługiwać się podwykonawcami którzy takie cechy posiadali i którzy byli zainteresowani we współpracy z firmą (...) S.A.) nie było nakierowane, jak sugeruje to apelujący, wyłącznie w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, rozumianej nie jako podstawowy cel działalności gospodarczej jaką jest zysk, lecz pozbawienie spółki (...), bez rzeczywistej podstawy faktycznej, zysku który ta spółka mogłaby osiągnąć przy braku istnienia jako strony umowy spółki (...). Rzecz w tym, że oskarżyciel nie wykazał dowodowo aby podejmowane przez spółkę (...) czynności związane m.in. ze współpracą z firmą (...). W. miały charakter pozorny lub drugorzędny dla ostatecznego celu jakim było doprowadzenie do zawarcia umowy z ostatecznym odbiorcą, któremu ostatecznie, przez pewien czas, w istotnych ilościach dostarczano przedmiotowy

magnetyt. Trafna była ocena Sądu meriti że oskarżyciel nie wykazał aby spółka (...) była w stanie samodzielnie doprowadzić do zawarcia umowy z ostatecznym odbiorcą, gdyby tak było to nic nie stało na przeszkodzie aby spółka ta podjęła odpowiednie czynności w tym kierunku od chwili swego powstania, co najmniej zaś od początku 2010 r. kiedy to okazało się że pierwotne plany tej spółki co do wysoce dochodowej i w dużych ilościach sprzedaży magnetytu dla górnictwa okazały się niedopełnienie, stał się zaś obiecującym rynek dostaw tego typu surowców dla hutnictwa. Z tej perspektywy uprawniona była ocena Sądu meriti że zawarcie przedmiotowej umowy w takim układzie podmiotowym, i przy takim określeniu obowiązków poszczególnych stron (w szczególności (...) S.A. i (...) Sp. z o.o.), wysokości przypadających im z tytułu realizacji tych obowiązków prowizji nie może być traktowane jako niedopomnienie ciężącego obowiązku, jak też wyrządzenie w ten sposób szkody majątkowej, skoro jak wyżej wskazano czynności podejmowane przez (...) S.A. (przy wykorzystaniu firmy (...). W.) umożliwiły zawarcie umowy z ostatecznym odbiorcą, pozwalając w efekcie osiągnąć przez obie spółki prowizję w wysokościach wynikających z umowy.

Za taką oceną przemawia także dostrzeżenie jeszcze jednej okoliczności. Zeznania A. M. i radcy prawnego P. S. (prowadzącego obsługę (...) spółki (...)) nie pozostawiają wątpliwości co do tego, że A. M. jako prezes spółki (...), niezależnie od własnej wiedzy wynikającej z profesjonalnego uczestnictwa w obrocie gospodarczym (polegającym m.in. na wykonywaniu funkcji zarządczych w spółkach kapitałowych), wiedzy posiadanej i przekazywanej mu przez jego brata K. M. (co wynika z jego zeznań oraz załączonych do nich projektów czynności prawnych sugerowanych) miał przed podpisaniem umowy zapewnioną obsługę prawną ze strony radcy prawnego P. S., który świadczył ją także po podpisaniu przedmiotowej umowy, jak też w tym samym dniu umowy o zbyciu na rzecz A. M. udziałów w spółce (...) przez K. K. i A. P.. W tej sytuacji gdyby założyć trafność tezy forsowanej przez apelującego że podpisanie tej umowy, określającej – zdaniem apelującego - wysokość prowizji dla spółki (...) w wysokości rażąco zaniżonej, miało nastąpić w sytuacji w istocie braku swobody wyrażenia woli przez A. M. w sposób zgodny z jego zamiarem (a to na skutek presji mającej być wyrażanej przez K. K., a w pewnym uproszczeniu związaną z utratą pracy przez A. M., oraz ryzykiem odstąpienia przez kontrahenta słowackiego od podpisania umowy) to nic nie stało na przeszkodzie, szczególnie kiedy w tym samym dniu co przedmiotowa umowa została także podpisana umowa czyniąca z A. M. jedynego udziałowca w spółce (...), aby podjęto czynności prawne zmierzające do uchylecia się od skutków prawnych zawartej w tych okolicznościach umowy np. poprzez odwołanie się do instytucji prawnych określonych w art. 82 kc lub art. 87 kc, czy też wypowiedzenie umowy i zawarcie jej samodzielnie z kontrahentem słowackim. Tym czasem żadne takie czynności nie zostały podjęte, umowa była wykonywana zaś spółka działania kwestionujące dalsze obowiązywanie umowy podjęła dopiero po tym jak doszło do przerwania dostaw (oświadczenie z 10.06.2013r. k. 287).

O wydatkach w postępowaniu odwoławczym orzeczono na podstawie art. 636 § 1 kpk, zaś o opłacie sądowej na podstawie art. 13 ust. 2 ustawy z 23.06.1973r. o opłatach w sprawach karnych.

SSA Wiesław Pędziwiatr SSA Andrzej Kot SSO del. do S.A. Piotr Kaczmarek