

Sygn. akt II AKa 155/17

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 24 sierpnia 2017 r.

Sąd Apelacyjny w Gdańsku II Wydział Karny

w składzie:

Przewodniczący: SSA Andrzej Rydzewski

Sędziowie: SSA Krzysztof Ciemnoczołowski

SSO del. Rafał Ryś (spr.)

Protokolant: referent-stażysta Dorota Fiertek

przy udziale Prokuratora Prokuratury Regionalnej w Gdańsku Andrzeja Błazejaka

po rozpoznaniu w dniu 24 sierpnia 2017 r.

sprawy

K. L. s. H., ur. (...) w G.

oskarżonego z art. 296 § 1 i 3 k.k.

D. L. c. J., ur. (...) w W.

oskarżonej z art. 296 § 1 i 3 k.k.

na skutek apelacji wniesionej przez Prokuratora Okręgowego w Koszalinie

od wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku

z dnia 8 lipca 2016 r., sygn. akt **IV K 228/14**

uchyla zaskarżony wyrok i przekazuje sprawę Sądowi Okręgowemu w Gdańsku do ponownego rozpoznania.

UZASADNIENIE

Sąd Okręgowy w Gdańsku ponownie (po raz drugi) rozpoznał sprawę:

1. **K. L.**, oskarżonego o to, że:

w okresie co najmniej od 31 października 2002 roku do 31 października 2006 roku w G., pełniąc funkcję prezesa Zarządu (...) Stowarzyszenia (...) w G. (dalej: (...)) i z tego tytułu będąc na podstawie statutu ww. stowarzyszenia zobowiązany do sprawowania zarządu majątkiem (...), nie dopełnił ciężącego na nim obowiązku w ten sposób, że wiedząc, że (...) Sp. z o.o. z siedzibą w I. nie przekazuje na rzecz (...) pobranych od członków Stowarzyszenia na podstawie łączącej oba podmioty umowy o świadczenie usług pośrednictwa z dnia 21 lutego 2002 roku, składek członkowskich, które winny być przekazywane Stowarzyszeniu nie później niż do 10 dnia każdego miesiąca kalendarzowego, zaniechał podjęcia działań egzekwujących realizację postanowień opisanej wyżej umowy, czym wyrządził (...) szkodę majątkową w wielkich rozmiarach, tj. w kwocie 2.233.935,06 złotych,

tj. o czyn z art. 296 § 1 i 3 kk;

2. **D. L.**, oskarżonej o to, że:

w okresie co najmniej od 31 października 2002 roku do 31 października 2006 roku w G., pełniąc funkcję członka Zarządu (...) Stowarzyszenia (...) w G. (dalej: (...)) i z tego tytułu będąc na podstawie statutu ww. stowarzyszenia zobowiązaną do sprawowania zarządu majątkiem (...), nie dopełniła ciążącego na niej obowiązku w ten sposób, że wiedząc, że (...) Sp. z o.o. z siedzibą w I. nie przekazuje na rzecz (...) pobranych od członków Stowarzyszenia na podstawie łączącej oba podmioty umowy o świadczenie usług pośrednictwa z dnia 21 lutego 2002 roku, składek członkowskich, które winny być przekazywane Stowarzyszeniu nie później niż do 10 dnia każdego miesiąca kalendarzowego, zaniechała podjęcia działań egzekwujących realizację postanowień opisanej wyżej umowy, czym wyrządziła (...) szkodę majątkową w wielkich rozmiarach, tj. w kwocie 2.233.935,06 złotych,

tj. o czyn z art. 296 § 1 i 3 kk.

Wyrokiem z dnia 8 lipca 2016 roku, wydanym w sprawie o sygnaturze akt IV K 228/14, Sąd Okręgowy w Gdańsku uniewinnił oskarżonych K. L. i D. L. od popełnienia zarzucanych im czynów, a nadto kosztami procesu obciążył Skarb Państwa.

Uzasadniając swoje rozstrzygnięcie Sąd I instancji podkreślił duże zaangażowanie obojga oskarżonych w projekt wdrożenia w Polsce członkowskich kart młodzieżowych, co ustalono na podstawie analizy zeznań niemal wszystkich przesłuchanych w sprawie świadków. Dalej Sąd Okręgowy akcentował treść uchwały nr 2, podjętej w dniu 28.06.2003 roku przez Walne Zebranie Członków (...) (po zapoznaniu się członków z sytuacją finansową stowarzyszenia), mocą której Zarząd (...) otrzymał konkretne zalecenia w zakresie układania dalszych relacji ze spółką (...), z którymi to zaleceniami sprzeczne byłoby zachowanie opisane w treści zarzutu, tj. egzekwowanie należnych długów wynikających z nieodprowadzania środków ze składek członkowskich. Na tej podstawie Sąd Okręgowy doszedł do przekonania, że zachowanie oskarżonych nie było bezprawne, gdyż ową bezprawność wyłączyła wola pokrzywdzonego (uchwała najwyższego organu stowarzyszenia). W uzasadnieniu wyroku Sąd meriti wskazał także na brak wystąpienia znamienia z art. 296 §1 i 3 kk, tzn. powstania w mieniu pokrzywdzonego szkody majątkowej w wielkich rozmiarach, albowiem w wyniku konwersji wierzytelności na udziały spółki (...) (z dnia 6.10.2006 roku) wysokość zadłużenia spadła poniżej kwoty 200.000 złotych. Czyniąc swoje ustalenia faktyczne Sąd Okręgowy oparł się na dowodzie w postaci opinii biegłego P. W., który ocenił jako w pełni wiarygodny.

Apelację od powyższego wyroku złożył wyłącznie Prokurator Okręgowy w Koszalinie, zaskarżając ten wyrok w całości, na niekorzyść obojga oskarżonych.

Wyrokowi zarzucił:

I. obrazę przepisów prawa materialnego - art. 296 §1 i §3 kk, polegającą na uznaniu, że:

- zaniechanie przez oskarżonych K. L. i D. L. egzekwowania składek członkowskich od spółki (...) nie miało charakteru bezprawnego, gdyż zostało wyłączone wolą pokrzywdzonego, tj. (...), ponieważ oskarżeni wykonywali decyzję najwyższego organu stowarzyszenia wyrażoną w podjętej w dniu 28.06.2003 roku przez Walne Zebranie Członków (...) uchwale, zobowiązującej Zarząd (...) do wpływania na sprawy spółki (...) w sposób służący jej rozwojowi, zaś fakt nieegzekwowania od spółki (...) kwot z tytułu składek członkowskich trwał kilka lat, znany był członkom stowarzyszenia i przez nich akceptowany,

- zaniechanie przez oskarżonych dotyczące nieegzekwowania od spółki (...) na rzecz (...) składek członkowskich było zachowaniem racjonalnym, ekonomicznie uzasadnionym i mieszczącym się w granicach dopuszczalnego ryzyka gospodarczego,

a w konsekwencji - uniewinnienie oskarżonych od popełnienia zarzuconego im czynu, podczas, gdy właściwa ocena prawna zachowania oskarżonych, dokonana w oparciu o wnikliwą i logiczną analizę zebranego materiału dowodowego, w szczególności zaś złej i systematycznie pogarszającej się sytuacji finansowej spółki (...) na przestrzeni lat 2002-2006 oraz narastającego w okresie od 31 października 2002 roku do 31 sierpnia 2006 roku długu tej spółki wobec (...) z tytułu niezwróconych składek członkowskich i posiadania przez oskarżonych wiedzy w tym zakresie, w połączeniu z obowiązkiem zajmowania się przez oskarżonych sprawami majątkowymi (...) i wynikającą z tego koniecznością dbałości o sprawy majątkowe stowarzyszenia, prowadzi do wniosku, że zachowanie oskarżonych polegające na zaniechaniu podjęcia działań egzekwujących od spółki (...) należności z tytułu składek członkowskich, wykraczało poza granice dopuszczalnego ryzyka gospodarczego, a tym samym wypełniło znamiona czynu z art. 296 §1 i §3 kk;

II. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia mający wpływ na treść wyroku, polegający na uznaniu, iż wierzytelność (...) wobec spółki (...) w kwocie 2.200.000 złotych nie stanowi szkody w majątku stowarzyszenia i nie została przez stowarzyszenie utracona, gdyż wskutek zawartej w dniu 6.10.2006 roku umowy potrącenia należność (...) w wysokości 2.233.935,06 zł uległa zmniejszeniu o kwotę 2.200.000 zł, stanowiącą równowartość objętych w spółce (...) udziałów i z tą chwilą wierzytelność (...) wobec spółki (...) z tytułu składek członkowskich wynosiła 33.935,06 zł, a zatem nie spełniała kryterium znacznej, a tym bardziej wielkiej szkody stanowiącej znamię czynu z art. 296 kk, podczas, gdy właściwa analiza zebranego materiału dowodowego, w szczególności zaś ustalenie, że wskutek przeprowadzonej w dniu 6.10.2006 roku konwersji nie doszło do realnego naprawienia szkody, prowadzi do wniosku przeciwnego, a mianowicie do stwierdzenia, że wierzytelność stowarzyszenia w wyniku przestępczych działań oskarżonych na dzień 31.08.2006 roku wynosiła 2.233.935,06 zł i stanowiła szkodę w wielkich rozmiarach w majątku (...);

III. obrazę przepisów postępowania - art. 201 kpk, mającą wpływ na treść orzeczenia, a polegającą na oddaleniu wniosku dowodowego oskarżyciela publicznego o powołanie nowego biegłego z zakresu ekonomii i finansów i oparcie orzeczenia Sądu na opinii biegłego sądowego P. W., podczas, gdy opinia ta jest wewnętrznie sprzeczna oraz nie spełnia postulatu pełności i rzetelności, gdyż biegły nie przeprowadził własnej analizy materiałów źródłowych, a oparł się - przy opracowaniu swojej opinii - jedynie na ustaleniach dokonanych przez poprzednich biegłych, zawartych w dwóch innych opiniach wydanych w tej sprawie, podczas, gdy osobista analiza całości dowodów zebranych w sprawie (w tym materiałów źródłowych) przez biegłego niezbędna jest do wszechstronnej oceny zdarzeń gospodarczych będących przedmiotem postępowania, analizy ich przebiegu, zapoznania się z sytuacją finansową spółki (...), zmieniających się na przestrzeni lat realiów gospodarczych i finansowych obu podmiotów, w jakich doszło do zaniechania przez oskarżonych egzekwowania należnych (...) składek członkowskich i dopiero wówczas pozwoli na wydanie kompleksowej, a przez to pełnej i jasnej opinii.

W konkluzji skarżący wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania.

Odpowiedź na apelację oskarżyciela publicznego wniósł zarówno obrońca oskarżonej D. L., jak i jeden z obrońców oskarżonego K. L. (adw. L. S.). Obrońcy uznali za słuszne stanowisko Sądu Okręgowego i argumenty zawarte w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, a tym samym zgodnie wnieśli o nieuwzględnienie apelacji prokuratora i utrzymanie omawianego wyroku w mocy.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelację wniesioną przez oskarżyciela publicznego uznać należy generalnie za zasadną, a w szczególności podniesione w niej zarzuty błędów w ustaleniach faktycznych dotyczących określenia i ewentualnej wysokości szkody majątkowej w mieniu pokrzywdzonego oraz naruszenia przepisów postępowania (tj. art. 201 kpk), musiały, w realiach niniejszej sprawy, wobec uniewinnienia obojga oskarżonych oraz ówczesnego brzmienia art. 452 §1 kpk, doprowadzić do uchylenia zaskarżonego wyroku i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji. Sąd odwoławczy

nie podzielił jednak niektórych poglądów i argumentów skarżącego, co zostanie bardziej szczegółowo omówione w dalszej części niniejszego uzasadnienia.

Sąd Apelacyjny uznał, że oceniany obecnie wyrok Sądu Okręgowego, pomimo - co należy podkreślić - niewątpliwie znacznego nakładu pracy włożonej w rozpoznanie tej sprawy w I instancji, jest rozstrzygnięciem zdecydowanie przedwczesnym - i bynajmniej nie chodzi tu o łączny okres prowadzonego w niniejszej sprawie postępowania karnego (ten jest stosunkowo długi - wszak sprawa była już dwukrotnie rozpoznawana przez Sąd I instancji), lecz o przesądzenie kwestii odpowiedzialności karnej oskarżonych za zarzucane im przestępstwa z art. 296 §1 i 3 kk bez należytego i wnikliwego przeanalizowania tematu powstania ewentualnej szkody w mieniu (...), wraz z zagadnieniem związku przyczynowo - skutkowego pomiędzy szkodą a zachowaniem (zaniechaniem) oskarżonych, a także bez uzyskania kompleksowej, pełnej i wyczerpującej opinii biegłego, posiadającego wymaganą (na miarę stopnia złożoności omawianych tu problemów), czyli szeroką wiedzę specjalistyczną, nie tylko w zakresie finansowo - rachunkowym, lecz w przedmiocie wielopłaszczyznowej analizy procesów gospodarczych i zarządzania. Uwagi te mają szczególnie istotne, a wręcz kluczowe znaczenie w przypadku rozważanego obecnie stanu faktycznego, który jest niewątpliwie nietypowy, skomplikowany w sferze oceny prawnej i prawno-gospodarczej ustalonych faktów, na co zwracał uwagę Sąd Apelacyjny w Gdańsku w uzasadnieniu swojego wyroku z dnia 23.10.2014 roku, w sprawie o sygnaturze akt II AKa 251/14, kiedy to doszło do uchylecia rozstrzygnięcia Sądu I instancji co do omawianych obecnie czynów obojga oskarżonych L., kwalifikowanych w treści oskarżenia z art. 296 §1 i 3 kk i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania w postępowaniu przed Sądem I instancji.

W celu uporządkowania dalszych wywodów należy w tym miejscu wskazać, że akt oskarżenia w niniejszej sprawie został wniesiony przez oskarżyciela publicznego przed dniem 1.07.2015 roku, a zatem - zgodnie z dyspozycją art. 36 pkt 2 Ustawy z dnia 27.09.2013 r. o zmianie ustawy Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. 2013 poz. 1247) - w toku obecnie prowadzonego postępowania odwoławczego znalazł zastosowanie m.in. art. 434 kpk w brzmieniu dotychczasowym, tj. obowiązującym przed wskazaną wyżej datą. Tym samym oceniając zaskarżony wyrok przez pryzmat zarzutów apelacji wniesionej przez prokuratora, Sąd Apelacyjny miał na uwadze, że zgodnie z ówczesnym brzmieniem art. 434 §1 kpk - jeżeli środek odwoławczy pochodzi od oskarżyciela publicznego, sąd odwoławczy może orzec na niekorzyść oskarżonego tylko w razie stwierdzenia uchybień podniesionych w środku odwoławczym lub podlegających uwzględnieniu z urzędu. W tym stanie rzeczy dalsze uwagi odnosić się będą zasadniczo do konkretnych zarzutów apelacyjnych, których trafność przesądziła o wydaniu (ponownie) orzeczenia o charakterze kasatoryjnym.

Już na wstępie przypomnieć wypada, że podczas poprzedniego rozpoznawania tejże sprawy Sąd Apelacyjny zwrócił uwagę Sądowi I instancji na szczególny i pierwszoplanowy, a w pewnych okolicznościach nawet rozstrzygający, charakter ustaleń dotyczących tego, czy w majątku pokrzywdzonego doszło do powstania szkody, rozumianej jako uszczerbek w stanie majątkowym stowarzyszenia. Wówczas także podkreślano, że co do czynów z art. 296 kk przeważa w orzecznictwie cywilistyczne ujęcie i rozumienie pojęcia „szkody”, polegającej na nieuzasadnionym uszczupleniu stanu majątkowego pokrzywdzonego (por. np. wyrok Sądu Apelacyjnego w Rzeszowie z dnia 17.09.2013r., II AKa 72/13, LEX nr 1375850 oraz wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 28.03.2014r., II AKa 16/14, LEX nr 1487123). Owo uszczuplenie należy natomiast interpretować jako rzeczywistą stratę (*damnum emergens*), polegającą na zmniejszeniu się aktywów majątku przez ubytek, utratę lub zniszczenie jego poszczególnych składników, albo na zwiększeniu się pasywów, jak i utracony zysk (*lucrum cessans*), wyrażający się w udaremnieniu powiększenia się majątku (por. postanowienie Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 12.10.2012r., II AKz 383/12, OSAW 2014/1/308 oraz uchwałę SN z 21.06.1995r., IKZP 22/95, OSNKW 1995, nr 9-10, poz. 58). Aktualne pozostają również uwagi podniesione ówczesnie przez Sąd odwoławczy, że na gruncie rozpoznawanej obecnie sprawy zobowiązanie umowne spółki (...) (do odprowadzania składek) przekształciło się - w toku realizacji łączącej strony umowy o współpracy - w wierzytelność, odpowiadającą długowi po drugiej stronie stosunku zobowiązaniowego. Wierzytelność jest natomiast obligacyjnym prawem majątkowym, występującym w bilansie podmiotu gospodarczego po stronie jego aktywów. Jest zatem konkretną wartością majątkową - do czasu jej wygaśnięcia. Sąd I instancji miał zatem za zadanie przeanalizować, na podstawie porównania stanów majątkowych w określonym przedziale czasu, czy rzeczywiście

majątek pokrzywdzonego doznał realnego uszczerbku, na czym miał on ewentualnie polegać i jaką kwotą się ostatecznie zamknął, przy czym zagadnienie to miało być analizowane nie wyrywkowo (fragmentarycznie), lecz z szerszej perspektywy całego procesu gospodarczego związanego z omawianymi środkami finansowymi należnymi (...), w powiązaniu przyczynowo – skutkowym, albowiem zbytnie zawężenie stosowanej optyki może prowadzić do niepożądanych uproszczeń w ocenie zachowań oskarżonych, a w szczególności skutków owych zachowań.

W tym kontekście należy ocenić, że Sąd meriti, uwzględniając w pewnym, ograniczonym jednak zakresie opisane wyżej uwagi Sądu Apelacyjnego, spojrział wprawdzie na konwersję z dnia 6.10.2006 roku jako na fragment dłuższego procesu gospodarczego, w którym konkretne wartości majątkowe przechodzą określone przeobrażenia prawne, jednakże wyciągnięte przez ten Sąd w dalszym etapie wnioski nie mogą zostać zaakceptowane, gdyż są one zdecydowanie przedwczesne i nie dotyczą w zasadzie istoty omawianego problemu. Trudno bowiem na tym etapie rozważań, na którym zatrzymał się Sąd meriti, zgodzić się z tezą, że skoro doszło do skutecznego przekształcenia wierzytelności (...) w udziały w spółce (...) (na skutek konwersji), to szkoda w majątku pokrzywdzonego stowarzyszenia z pewnością nie mogła powstać. Czym innym jest oczywiście ustalenie obiektywnego faktu, czy doszło do powstania szkody w mieniu pokrzywdzonego (uszczerbku majątkowego), a czym innym zarzucanie oskarżonym, że swoim zachowaniem doprowadzili do konwersji z 2006 roku, a co słusznie wyeliminował Sąd Okręgowy w swych wywodach, powołując się na ustalenia Sądu I instancji poprzednio rozpoznającego tę sprawę i zasadę reformationis in peius. Rozważania w tym zakresie - sygnalizowane przez Sąd Apelacyjny podczas wcześniejszego rozpoznania tej sprawy - miały za zadanie wykazanie błędu w rozumowaniu Sądu I instancji po raz pierwszy rozpoznającego przedmiotową sprawę, polegającego na pominięciu tego etapu konwersji długu i nieprawidłowym uznaniu, że sam stan zadłużenia wskazany w treści zarzutu stawianego oskarżonym stanowi w istocie szkodę majątkową. Zanegowano tezę: dług = szkoda. Optykę tę należało poszerzyć, spoglądając na proces gospodarczy jako pewną całość i częściowo trafnie uczynił to Sąd Okręgowy ponownie rozpoznający sprawę, jednak powinien on pójść dalej w swych analizach - tak, aby w sposób jednoznaczny przesądzić, kiedy dokładnie doszło do utraty przez (...) środków finansowych pochodzących ze składek członkowskich, których odprowadzenia zaniechała spółka (...). Podejście to jest dość zaskakujące, skoro już na wstępie swoich rozważań Sąd I instancji poczynił trafne założenie, że „poszczególnych zdarzeń gospodarczych nie sposób rozpatrywać w oderwaniu od pozostałych, jak też od uwarunkowań, w jakich zaistniały i konsekwencji, jakie zrodziły dla danego podmiotu funkcjonującego w obrocie gospodarczym” (str. 42-43 uzasadnienia zaskarżonego wyroku). Na gruncie bezspornych ustaleń faktycznych czynionych konsekwentnie w toku niniejszego procesu nie może przecież budzić wątpliwości fakt, że wierzytelność stowarzyszenia z tytułu nieprzekazanych składek systematycznie rosła, po czym w dniu 6.10.2006 roku uległa częściowej konwersji (do kwoty 2.200.000 zł), zamieniając się w sensie ekonomicznym w udziały spółki (...) (22.000 udziałów), zaś udziały te utraciły swą wartość najpóźniej w momencie ogłoszenia upadłości (...) sp. z o.o., co miało miejsce w dniu 10.05.2007 roku. Środki te w żadnej formie nie powróciły do (...), na co słusznie zwraca uwagę autor apelacji. Dopiero tak szerokie spojrzenie na poszczególne etapy opisywanego procesu gospodarczego pozwala na ustalenie, że ostatecznie - wbrew stanowisku Sądu Okręgowego - jednak (...) definitywnie utraciło środki finansowe opisane w treści zarzutu (nieodprowadzone składki członkowskie), a zatem - jak się wydaje - poniosło szkodę rozumianą jako realny uszczerbek majątkowy w swoim mieniu. Data ogłoszenia upadłości jest z opisanego tu punktu widzenia datą pewną, aczkolwiek nie można wykluczyć, że omawiany uszczerbek nastąpił już w dniu 6.10.2006 roku. Stałoby się tak w przypadku ustalenia, że objęte przez (...) w drodze konwersji udziały były bezwartościowe, tzn. ich wycena rynkowa (a nie księgową) dokonana na ten dzień wynosiła np. 0,00 złotych. Sąd meriti tego rodzaju rozważań w ogóle nie prowadził, nie zastanawiał się nad realną wyceną udziałów nabywanych przez (...) w drodze konwersji z 2006 roku, pomimo, że biegły P. W. sugerował w treści pisemnej opinii, że wartość księgową przedmiotowych udziałów podczas ich nabycia mogła być zerowa.

Czynione wyżej rozważania - co Sąd Apelacyjny pragnie wyraźnie podkreślić, w obliczu konieczności ponownego rozpoznania tejże sprawy - w żadnym stopniu nie odnoszą się do ewentualnej odpowiedzialności karnej oskarżonej D. L. i oskarżonego K. L. za zarzucone im czyny, w szczególności całkowicie abstrahując od takich przesłanek tej odpowiedzialności, jak np. istnienie związku przyczynowo - skutkowego pomiędzy zaniechaniem oskarżonych a szkodą (z okolicznościami mogącymi ów związek skutecznie przerwać), czy też od kwestii bezprawności zarzucanego im czynu (i występujących na tym polu kontratypów, w szczególności kontratypu dozwolonego ryzyka gospodarczego).

Mają za zadanie jedynie wykazać, że błędne jest ustalenie poczynione przez Sąd I instancji, że w opisywanym stanie faktycznym w ogóle nie doszło do powstania szkody w mieniu pokrzywdzonego, gdyż jego stan majątkowy nie doznał uszczerbku. Geneza tego błędu tkwi z jednej strony w przedwczesnym założeniu, że w wyniku konwersji (...) otrzymało ekwiwalent posiadanej wierzytelności (2.200.000 zł) w postaci udziałów przedstawiających tę samą wartość ekonomiczną, z drugiej zaś - na braku dostrzeżenia faktu, że udziały te wkrótce po konwersji uszczupliły majątek stowarzyszenia, co wiązało się z ogłoszeniem upadłości spółki (...).

Podobnie Sąd Apelacyjny nie podziela zapatrywania Sądu Okręgowego (str. 49 i 51 uzasadnienia wyroku), zgodnie z którym w przypadku czynów zarzuconych oskarżonemu doszło do zdekompletowania znamion typu czynu zabronionego z art. 296 §1 kk z tego powodu, iż w wyniku konwersji z dnia 6.10.2006 roku wierzytelność (...) wobec spółki (...) spadła poniżej kwoty 200.000 złotych (tj. do kwoty 33.935,06 zł). Jak już wspomniano, Sąd Apelacyjny w toku poprzedniego rozpoznania niniejszej sprawy wyraźnie wskazał, że sam stan zadłużenia nie może być utożsamiany z powstaniem szkody w rozumieniu art. 296 §1 kk, albowiem wierzyciel nabywa w ten sposób prawo majątkowe, które stanowi składnik jego majątku (np. może być przedmiotem zbycia - cesji, może być dochodzone w postępowaniu sądowym). Wówczas także - próbując wykazać błędy w rozumowaniu Sądu I instancji po raz pierwszy rozpoznającego tę sprawę - wskazano na brak logiki w zaprezentowanej tam argumentacji, gdzie z jednej strony stan zadłużenia uznano za wartość szkody, z drugiej zaś pominięto okoliczność, że w wyniku konwersji z dnia 6.10.2006 roku wartość ta spadła poniżej kwoty wymaganej dla szkody z art. 296 §1 kk. Tylko taki mógł być sens owego odwołania się do zarzutów skarżących, którzy trafnie wykazywali niekonsekwencję w stanowisku prezentowanym wówczas przez Sąd Okręgowy. Obecnie Sąd I instancji, prezentując przedstawiony na wstępie pogląd, niejako powraca to tego - skrytykowanego już przez Sąd Apelacyjny - stanowiska i sposobu pojmowania szkody. Należy zatem ponownie podkreślić, że w dniu 6.10.2006 roku eksponowana przez Sąd I instancji kwota 33.935,06 złotych, nie objęta konwersją na udziały spółki, nie uległa żadnym istotnym przekształceniom (ani ekonomicznym, ani prawnym), nadal stanowiąc obligacyjne prawo majątkowe po stronie (...); prawo istniejące do czasu upadłości spółki (...), a nawet dłużej, gdyż (...) zgłosiło w toku postępowania upadłościowego tej spółki swoją wierzytelność w łącznej kwocie 90.100,11 zł, co wynika wprost z ustaleń poczynionych przez Sąd meriti (str. 16 uzasadnienia wyroku). Kwota ta - na omawianym etapie - nie może być więc postrzegana w kategoriach szkody majątkowej. Jak już opisywano wyżej, przekształceniom uległa natomiast druga część tej wierzytelności (2.200.000 zł.), której nie można tracić z pola widzenia w kontekście tematu szkody w mieniu (...), a która - z uwagi na swą wysokość - bezspornie spełnia kryteria wartościowe z art. 296 §1 i 3 kk. Sama więc transakcja konwersji nie mogła pociągnąć za sobą skutków przyjmowanych obecnie przez Sąd Okręgowy i generujących - zdaniem tego Sądu - poważne konsekwencje prawnomaterialne.

Mając na uwadze powyższe okoliczności i rozważania Sąd Apelacyjny stwierdził, że nie pozbawiony racji jest zarzut zawarty w punkcie II apelacji autorstwa oskarżyciela publicznego, w którym wskazano na błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, polegający na uznaniu, że stanowiąca przedmiot konwersji kwota wierzytelności nie została przez (...) utracona i dlatego nie może być pojmowana - w ustalonym stanie faktycznym - w kategoriach szkody w majątku stowarzyszenia. Dalsze wywody skarżącego są już jednak całkowicie chybione i świadczą o braku zrozumienia stanowiska prezentowanego konsekwentnie przez Sąd Apelacyjny - także w uzasadnieniu wyroku wydanego w sprawie o sygnaturze II AKa 251/14. Błędnie i nielogicznie autor apelacji twierdzi bowiem w treści zarzutu opisanego w punkcie II, że „wskutek przeprowadzonej w dniu 6.10.2006 roku konwersji nie doszło do realnego naprawienia szkody”, zaś „wierzytelność Stowarzyszenia w wyniku przestępczych działań oskarżonych na dzień 21.08.2006 roku wynosiła 2.233.935,06 zł. i stanowiła szkodę w wielkich rozmiarach w majątku (...). Pomijając omawianą już wyżej różnicę pomiędzy pojęciem zadłużenia a szkody w majątku wierzyciela, należy wyraźnie podkreślić, że na skutek konwersji nie mogło w ogóle dojść do naprawienia szkody, gdyż przed tą transakcją szkoda taka nie występowała (istniało zadłużenie spółki (...), odpowiadające wierzytelności po stronie stowarzyszenia); jak wynika z wcześniejszych rozważań, w dniu przeprowadzenia konwersji mogło ewentualnie dojść do powstania takiej szkody (a nie jej naprawienia), lecz kwestia ta nie została dotąd gruntownie zbadana w toku prowadzonego już dwukrotnie postępowania dowodowego. Podobnie nietrafny jest pogląd zaprezentowany w uzasadnieniu apelacji, zgodnie z którym „zawarcie umowy potrącenia nastąpiło dopiero w dniu 6 października 2006 roku, a więc po upływie okresu przyjętego w zarzucie; wobec powyższego fakt nieodprowadzania i nieegzekwowania

składek w okresie wskazanym w treści zarzutu nie miał żadnego związku z objęciem udziałów”. Otóż miał - konwersja z dnia 6.10.2006 roku, jak już wyżej wyjaśniono, stanowiła kolejny etap przekształcenia wartości majątkowych pochodzących z nieodprowadzonych do (...) składek członkowskich i winna być obecnie analizowana - po prawomocnym wyeliminowaniu tego elementu z opisu czynów zarzucanych oskarżonym - jako obiektywny (niezależny od oskarżonych) fakt występujący na linii czasu łączącej okres zaniechania egzekwowania składek i dzień definitywnej utraty tych wartości materialnych przez (...). Zadanie to stanie ponownie przed Sądem Okręgowym.

Omawiany wyżej błąd w ustaleniach faktycznych, wynikający z bepodstawnego (przedwczesnego) odrzucenia możliwości powstania w majątku (...) realnego uszczerbku majątkowego, miał bezpośrednie przełożenie na dalsze stanowisko Sądu meriti, tj. na uznanie, że brak jest w czynach oskarżonych jednego ze znamion typu czynu zabronionego z art. 296 §1 kk (szkoda), co w sposób oczywisty uzasadnia twierdzenie, że uchybienie to mogło mieć wpływ na treść zaskarżonego wyroku (art. 438 pkt 3 kpk).

Na zakończenie tej części rozważań wypada jeszcze dodać, że jeżeli w toku dalszego postępowania doszłoby jednak do ustalenia, że omawiane środki finansowe zostały ostatecznie przez (...) utracone i powstała w ten sposób szkoda w majątku tego podmiotu, to takie ustalenie ani nie wykraczałoby poza ramy oskarżenia, ani nie naruszałoby zakazu z art. 443 kpk. Należy bowiem przypomnieć, że w treści zarzutu zawartego w akcie oskarżenia opisano jedynie okres zaniechania przez oskarżonych egzekwowania zaległych składek członkowskich od spółki (...), tj. okres, w którym sprawca zaniechał działania, do którego był obowiązany (w rozumieniu art. 6 §1 kk). Jest to tzw. przestępstwo materialne, charakteryzujące się wystąpieniem określonego skutku, który może wystąpić w pewnym odstępie czasowym od ustalonego zachowania sprawcy. Z sytuacją taką spotykamy się przykładowo dość często przy zbrodniach zabójstwa. Pojawienie się owego skutku odrywa się przy tym od pojęcia „czasu popełnienia czynu” - w przeciwieństwie do pojęcia „miejsca popełnienia czynu”, gdzie ustawodawca wprost do owego skutku się odwołuje (art. 6 §2 kk). Na gruncie rozpoznawanej ocenie sprawy oskarżyciel publiczny wskazał w treści zarzutu na skutek w postaci wyrządzenia przez oskarżonych L. pokrzywdzonemu szkody majątkowej w wielkich rozmiarach, nie umiejscawiając jednak tego skutku w konkretnym czasie. Podobnie Sąd Okręgowy - podczas pierwszego rozpoznania sprawy - w treści wydanego wówczas wyroku przyjął, że poprzez swoje zaniechanie oskarżeni spowodowali skutek w postaci wyrządzenia (...) szkody majątkowej, także nie wskazując na datę wystąpienia owego skutku, przyznając jednak w swych ustaleniach faktycznych (zawartych w pisemnym uzasadnieniu wyroku), że w dniu 10.05.2007 roku doszło do ogłoszenia upadłości spółki (...).

Sąd Apelacyjny podzielił także - co do zasady - zarzut zawarty w punkcie III apelacji wniesionej przez oskarżyciela publicznego.

Już podczas poprzedniego rozpoznania tejże sprawy, z uwagi na występowanie konkurencji niekorzystnych skutków zarówno podejmowania działań zgodnych z umową wiążącą (...) ze spółką (...), jak i zaniechania dochodzenia tych wierzytelności, wskazywano na bezwzględną konieczność oceny zachowania obojga oskarżonych w kontekście zasad prawidłowego gospodarowania, co musi obejmować ściśle ekonomiczną analizę ujawnionej w sprawie sytuacji faktycznej - z uwzględnieniem specyfiki funkcjonowania tzw. podmiotów powiązanych (zależnych), zewnętrznych warunków makroekonomicznych (wejście na rynek tanich linii lotniczych), a także perspektyw zbycia udziałów spółki (...) zewnętrznemu inwestorowi za cenę przewyższającą wysokość przedmiotowego zadłużenia. Zwracano też uwagę na to, że opinia biegłego powinna dostarczyć Sądowi niezbędnych danych, pozwalających następnie na poczynienie ustaleń co do ewentualnego wystąpienia w sprawie kontratypu tzw. dozwolonego ryzyka gospodarczego, wyłączającego bezprawność zachowania oskarżonych. Temat ten, poza kwestią ustalenia szkody, wydaje się kluczowy dla określenia prawnych konsekwencji opisanych w zarzutach zachowań obojga oskarżonych polegających na zaniechaniu.

Realizując formalnie owe zalecenia Sąd I instancji dopuścił w toku prowadzonego postępowania dowód z opinii biegłego sądowego z zakresu rachunkowości, finansów, wyceny udziałów i akcji oraz analiz ekonomicznych P. W., po czym dowód ten ocenił jako wiarygodny, pełny, rzetelny, jasny i profesjonalny (str. 48 uzasadnienia), a następnie - w konsekwencji - na jego podstawie poczynił istotne w sprawie ustalenia, że zachowanie oskarżonych opisane

w treści zarzutów było racjonalne i ekonomicznie uzasadnione, co prowadziło wprost do przyjęcia, że zachowanie to nie nosiło cech bezprawności, gdyż mieściło się w granicach kontratypu dozwolonego ryzyka gospodarczego. Nie podważając bynajmniej - na obecnym etapie postępowania - trafności owego końcowego wniosku (który w zmienionym stanie procesowym może okazać się trafny), należy wyraźnie podkreślić, że został on wyprowadzony zdecydowanie przedwcześnie, na skutek błędnego przyjęcia i zaakceptowania opinii biegłego P. W., która - jak słusznie wskazuje skarżący - nie może być oceniana jako rzetelna, a zatem jasna, pełna i pozbawiona sprzeczności. Zarówno tryb jej sporządzania, jak i merytoryczna zawartość powodują, że dowód ten winien zostać - w takiej formie - zdyskwalifikowany, co powodowało następczą konieczność skorzystania przez Sąd meriti z dyspozycji przewidzianej w art. 201 kpk.

Wbrew stanowisku Sądu Okręgowego, nie do przyjęcia - w ocenie Sądu Apelacyjnego - jest sytuacja, w której biegły P. W. sporządził swoją opinię bez zapoznania się ze źródłowym materiałem dowodowym zgromadzonym w toku prowadzonego postępowania karnego (dokumentacja (...) oraz spółki (...)), opierając się w tym zakresie wyłącznie na obliczeniach rachunkowych dokonanych przez innych biegłych. I nie jest tu szczególnie istotne to, że owych wyliczeń matematycznych nie kwestionował w toku ponownego rozpoznania sprawy oskarżyciel publiczny, lecz kluczowe jest pozbawienie się przez biegłego materiału, z którego winien czerpać wyselekcjonowane informacje, przydatne mu do wydania opinii o znacząco innym charakterze, niż miało to miejsce w przypadku dwóch poprzednich opinii, mających charakter głównie rachunkowy. Ten sam materiał źródłowy może służyć biegłym różnych specjalności w ten sposób, że każdy z biegłych pozyskuje te dane, które właśnie jemu są potrzebne do jego własnych analiz. Biegli rewidenci prowadzili swoje badania na innych płaszczyznach, zaś biegły P. W. miał za zadanie analizować określone procesy gospodarcze, które w zebranej dokumentacji źródłowej znajdują niewątpliwie swoje odbicie (ślady), gdyż przedstawiają przebieg i dynamikę określonych poczynań gospodarczych, ich uwarunkowania i skutki. Właśnie z uwagi na odmiennosc przedmiotu opiniowania, jak trafnie zauważa skarżący w uzasadnieniu wniesionego środka odwoławczego, biegły P. W. winien wnikliwie z załącznikami do akt sprawy się zapoznać, zaś tłumaczenie przez Sąd tego zaniechania ze strony biegłego nie może opierać się na argumentacji dotyczącej obszerności materiału źródłowego (74 segregatory, 2 księgi, 6 teczek). Brak analizy tego materiału skutkowałam szczerą, aczkolwiek dyskwalifikującą tego biegłego - w kontekście powierzonego mu zadania - wypowiedzią, w której biegły przyznał, że nie weryfikował przebiegu poszczególnych zdarzeń, a jedynie odpowiadał wprost na zadane pytania (k.5017-5022). Tym samym należało w pełni zgodzić się z poglądem skarżącego, powołującego się przy tym na zalecenia Sądu Apelacyjnego formułowane uprzednio, że samodzielna analiza przez biegłego całości dowodów zebranych w sprawie, w tym materiałów źródłowych, jest konieczna, by ocena zdarzeń gospodarczych dotyczących obu badanych podmiotów była wszechstronna, odnosiła się do realiów, w jakich działali oskarżeni, w tym zmieniającej się na przestrzeni kolejnych lat sytuacji finansowej spółki (...). Biegły natomiast pozostał na płaszczyźnie analizy czysto matematycznej, próbując przy tym odpowiadać na pytania Sądu odnoszące się do oceny funkcjonalnej konkretnych zdarzeń gospodarczych. Eksperyment tego rodzaju już z założenia nie mógł przynieść pozytywnych rezultatów.

Na marginesie wypada jeszcze dodać, że biegły P. W., przygotowując się do wydania zleconej mu opinii, nie tylko pominął wspomniane wyżej załączniki do akt sprawy, ale również nie zapoznał się z istotnym materiałem dowodowym znajdującym się w niejawnej części akt sprawy (w kancelarii tajnej).

Przechodząc do samej treści pisemnej opinii biegłego P. W. należy stwierdzić, że jest ona niezwykle lakoniczna, pozbawiona opisu przeprowadzonych badań, a tym samym szerszego uzasadnienia wyprowadzonych wniosków końcowych. Biegły skupia się zdecydowanie na zagadnieniach teoretycznych, w tym niezwiązanych z przedmiotem opiniowania (np. wpływ konwersji na podatki), po czym wyprowadza wniosek, który swoje uzasadnienie znajduje praktycznie dopiero podczas przesłuchania biegłego na rozprawie - na skutek pytań zadawanych przez Sąd oraz strony postępowania. Praktyka taka nie wydaje się prawidłowa, ponieważ już w treści pisemnej opinii biegły powinien zawrzeć rozważania, które pozwoliłyby na procesową kontrolę jakości i wiarygodności tego dowodu. Praktyka ta doprowadziła też na gruncie niniejszej sprawy do wyciągania przez biegłego podczas przesłuchania wniosków, które nie były poprzedzone przeprowadzeniem koniecznych badań i analiz. Przykładowo - w toku rozprawy biegły początkowo przyznał, że nie badał problemu wejścia na polski rynek tzw. tanich linii lotniczych, po

czym - na skutek kolejnych pytań - prowadził jednak rozważania w tym przedmiocie, nie wskazując na podstawy wyciąganych w ten sposób wniosków (k.5020-5022). W ocenie Sądu Apelacyjnego biegły winien jednak temat ten gruntownie przeanalizować, gdyż argumentacja związana z załamaniem rynku lotniczego była szczególnie eksponowana w wyjaśnieniach oskarżonych w celu wykazania, że był to czynnik zewnętrzny, mający decydujący wpływ na niespodziewane niepowodzenie podejmowanych przez nich - w dobrej wierze i z pełnym zaangażowaniem - działań gospodarczych.

Podobnie biegły winien podjąć choćby próbę dokonania wyceny rynkowej udziałów nabytych w drodze konwersji przez (...), skoro podczas rozprawy wyraża stanowisko, że udziały te mogły być bezwartościowe. O znaczeniu tego ustalenia dla tematu powstania szkody w mieniu pokrzywdzonego była już mowa wyżej.

Równie niezrozumiałe wydaje się stanowisko biegłego, kiedy to podczas rozprawy wyraźnie przyznał, że nie badał całego okresu objętego zarzutem, a jedynie stan końcowy z 2006 roku, powstały po kilku latach braku egzekwowania składek przez oskarżonych (k.5017-5022). Nasuwa się w tym miejscu uzasadniona wątpliwość, w jaki sposób biegły wyprowadził wniosek, że zachowanie oskarżonych, polegające na wieloletnim nieegzekwowaniu składek, było ekonomicznie uzasadnione, nie badając tego, jak sytuacja ta wyglądałaby w alternatywnym przypadku, gdyby od początku rygorystycznie przestrzegano zapisów umowy, nie doprowadzając tym samym do powstania tak znacznego zadłużenia. Uwagi te znajdują punkt zaczepienia w postawie samego biegłego, który w toku rozprawy przyznał jednak, że takie zachowanie władz (...) mogłoby doprowadzić do weryfikacji wadliwej polityki cenowej funkcjonującej pomiędzy (...) a spółką (...) w ramach umowy o współpracy, w czym notabene biegły upatrywał istoty problemu prowadzącego w konsekwencji do ogłoszenia upadłości wymienionej spółki. Nie można zaakceptować stanowiska biegłego, odmawiającego odniesienia się do pytań dotyczących alternatywnego zachowania się oskarżonych i określającego te zagadnienia jako „inny stan faktyczny”, skoro rolą biegłego była właśnie ocena, czy oskarżeni dokonali prawidłowych i optymalnych w danych warunkach wyborów gospodarczych.

Kolejnym mankamentem omawianej opinii biegłego P. W. jest - wskazana przez skarżącego - jej wyraźna sprzeczność wewnętrzna, dotycząca tak istotnej kwestii merytorycznej, jak ocena ekonomicznego uzasadnienia zachowania oskarżonych. Przypomnieć bowiem należy, że na zasadnicze pytanie zadane biegłemu przez Sąd w postanowieniu o dopuszczeniu dowodu z opinii pisemnej, biegły stwierdził, że zaniechanie egzekwowania składek było postępowaniem ekonomicznie uzasadnionym i racjonalnym. W tej samej opinii (str. 18) biegły jednak uznał, że kolejno badane przez niego czynności Zarządu (...) nie były - praktycznie nigdy - poprzedzane dokonaniem wymaganej analizy podejmowanych działań pod kątem występujących zagrożeń, co biegły wyraźnie zakwalifikował, jako zachowanie „wykraczające poza racjonalność podejmowanych decyzji gospodarczych”. Tak ważne zagadnienie nie zostało przy tym jednoznacznie wyjaśnione podczas rozprawy, co musi wpływać negatywnie na ocenę wiarygodności omawianego dowodu.

Reasumując należy stwierdzić, że opisana opinia biegłego P. W., uzupełniona wywodami zaprezentowanymi podczas rozprawy, nie jest tego rodzaju dowodem, o którym wspominał Sąd Apelacyjny w uzasadnieniu wyroku wydanego uprzednio w sprawie o sygnaturze II AKa 251/14. Już na etapie zapoznawania się przez biegłego z materiałami niniejszej sprawy popełnione zostały tak poważne błędy, że wydana następnie opinia z założenia nie mogła być uznana za pełną i kompleksową. Dalsze uchybienia, występujące w samej opinii oraz w jej uzupełnianiu przez biegłego w toku rozprawy, definitywnie wykluczają, aby dowód ten mógł stanowić podstawę czynienia przez Sąd ustaleń faktycznych w sprawie, a w szczególności dotyczących okoliczności mających pierwszoplanowe znaczenie dla istoty lub zakresu ewentualnej odpowiedzialności karnej oskarżonych za zarzucane im przestępstwa. Nie dostrzegając owych mankamentów i pomijając tryb procedowania opisany w art. 201 kpk, a także oddalając wniosek dowodowy prokuratora zmierzający w tym kierunku, Sąd Okręgowy dopuścił się uchybienia procesowego, które w sposób oczywisty mogło mieć wpływ na treść wydanego wyroku, co obszernie zostało wykazane w toku powyższych rozważań.

Odnosząc się na koniec pokrótce do zarzutu opisanego w punkcie I apelacji Sąd Apelacyjny na wstępie pragnie zauważyć, że podniesienie tego zarzutu - w ramach jednego środka odwoławczego - łącznie z zarzutami z art. 438 pkt 2 i 3 kpk nie jest poprawne i wskazuje na niekonsekwencję prezentowanej przez skarżącego argumentacji skierowanej

przeciwko zaskarżonemu orzeczeniu. Jak bowiem trafnie podnosi się w utrwalonym już orzecznictwie, obraza prawa materialnego ma miejsce wtedy, gdy stan faktyczny został w orzeczeniu prawidłowo ustalony, a nie zastosowano do niego właściwego przepisu (por. postanowienie SN z 2.12.2008 r., III KK 230/08, OSNwSK 2008/2501, LEX nr 491425). Na gruncie tej sprawy oskarżyciel kwestionował niewątpliwie poczynione przez Sąd I instancji ustalenia faktyczne, albowiem w punkcie II apelacji podniósł zarzut popełnienia błędu w tych ustaleniach.

Pomijając opisane wyżej mankamenty należy jednak uznać, że częściowo argumenty skarżącego nie są pozbawione słuszności. W szczególności Sąd Apelacyjny ocenił, że w rozważaniach Sądu Okręgowego zabrakło odniesienia się do całokształtu uwarunkowań, w ramach których przyszło oskarżonym podejmować decyzję o zaniechaniu egzekwowania zaległych środków pieniężnych od spółki (...). Trafnie Sąd Okręgowy wskazał na treść uchwały zebrania członków stowarzyszenia z dnia 28.06.2003 roku i dekodował zalecenia płynące zeń dla Zarządu (...). Prawidłowo też uznał, że natychmiastowe i bezwzględne egzekwowanie wierzytelności mogłoby kolidować w praktyce z tymi zaleceniami. Niemniej jednak dla jednoznacznego ustalenia, że bezprawność czynu oskarżonych została wyłączona wolą pokrzywdzonego (str. 47 uzasadnienia), konieczne byłoby dokładne odniesienie się do innych jeszcze, pomijanych dotąd okoliczności. Bezspornym pozostaje fakt, że przywołana wyżej uchwała najwyższego organu (...) nie odnosiła się wprost do tematu zadłużenia powstałego w wyniku realizacji umowy o współpracy z dnia 21.02.2002 roku, a zatem nie zezwalała bezpośrednio Zarządowi (...) na tolerowanie rosnącego systematycznie zadłużenia spółki (...). Przewidywała inne, konkretnie wymienione formy dozwolonego wsparcia (objęcie udziałów, udzielanie pożyczek). Miała ona charakter ogólny, kierunkowy, nakreślając pewne ramy działania Zarządu wobec wymienionej spółki, jako podmiotu partnerskiego, zapewniającego sieć dystrybucji kart młodzieżowych „(...)”. Została podjęta w czerwcu 2003 roku, kiedy to omawiane zadłużenie nie było jeszcze szczególnie wysokie, ani uciążliwe, zaś w kolejnych miesiącach i latach doszło do pewnej, istotnej jednak zmiany uwarunkowań towarzyszących współpracy obu podmiotów. Kolejne uchwały miały miejsce dopiero w listopadzie 2005 roku (zgoda na objęcie dalszych udziałów spółki (...) oraz udzielenie jej pożyczki do kwoty 1,6 mln zł) oraz w czerwcu 2006 roku (zgoda na konwersję), kiedy to sytuacja była już zdecydowanie poważniejsza i konieczne było poszukiwanie sposobu na uniknięcie znaczących strat finansowych. Należało zatem wnikliwie rozważyć, czy wola członków stowarzyszenia wyrażona z omawianej uchwały z 2003 roku może być rozciągana - i w jakim ewentualnie zakresie - na kolejne lata zaniechania zarzucanego obecnie oskarżonym. Samo odwoływanie się do udzielanego corocznie Zarządowi (...) absolutorium nie wydaje się być tu wystarczające, skoro inny jest przedmiot takich uchwał. Dopiero całościowe rozważenie tych wszystkich, skomplikowanych niewątpliwie uwarunkowań, także przemawiających na niekorzyść oskarżonych, pozwoli na dokonanie prawidłowych ustaleń w zakresie oceny bezprawności czynu zarzucanego im w treści oskarżenia - w kontekście omawianego tu kontraktotypu. Pamiętać przy tym należy, że - jak trafnie wypunktowano to w piśmiennictwie - zgoda pokrzywdzonego, jako kontraktyp pozaustawowy, wyłącza bezprawność zachowania się sprawcy czynu zabronionego tylko wtedy, gdy:

- zostaje wyrażona najpóźniej w chwili popełnienia czynu zabronionego w obrocie gospodarczym, czyli karalnego naruszenia określonej normy gospodarczej na szkodę osoby pokrzywdzonej (wyrażającej zgodę),
- jest wyrażona w sposób jednoznaczny, a nie dorozumiany (w dowolnej formie),
- pokrzywdzony ma świadomość naruszenia na jego szkodę określonej normy i w pełni aprobuje ten fakt (R. Zawłocki, „Prawo karne gospodarcze”, C.H. BECK, W-wa 2007, str. 374-376).

Opisane wyżej uchybienia doprowadziły Sąd Apelacyjny do jednoznacznego przekonania, że w zaistniałym obecnie stanie procesowym zaskarżony wyrok ostać się nie może. Procedując - jak już wyżej sygnalizowano - zgodnie z regulacjami obowiązującymi także przed dniem 1.07.20015 roku Sąd odwoławczy musiał respektować ówczesną dyspozycję art. 452 §1 kpk, która zasadniczo uniemożliwia prowadzenie w instancji odwoławczej postępowania dowodowego dotyczącego istoty sprawy. Stwierdzone w toku kontroli odwoławczej uchybienia nie dotyczą wyłącznie błędnej oceny wartości dowodowej opinii biegłego P. W., lecz dotyczą nadto podstawowych przesłanek odpowiedzialności karnej oskarżonych za zarzucane im przestępstwa, w tym oceny bezprawności ich działania oraz istnienia znamienia czynu zabronionego z art. 296 §1 i 3 kk w postaci szkody w mieniu pokrzywdzonego. W tym stanie

rzeczy ponowne rozważania w sygnalizowanym wyżej zakresie musi poczynić Sąd I instancji, aby zachowane zostały w pełni gwarancje procesowe osób oskarżonych.

* * *

Rozpoznając po raz kolejny niniejszą sprawę Sąd I instancji przeprowadzi ponownie postępowanie dowodowe, dbając przy tym, by wyjaśnić wszystkie istotne elementy wpływające na istotę i zakres ewentualnej odpowiedzialności karnej wymienionych oskarżonych, mając jednocześnie na uwadze możliwie szerokie zastosowanie dyspozycji art. 442 §2 kpk. W praktyce możliwe wydaje się pominięcie bezpośredniego przesłuchania wszystkich świadków słuchanych dotąd w procesie.

W toku ponownego rozpoznania niniejszej sprawy Sąd meriti winien baczyć, aby ustrzec się opisanych wyżej uchybień, a nadto prawidłowo i w oparciu o całokształt zebranego w sprawie materiału dowodowego poczynić prawidłowe ustalenia faktyczne, oparte na dowodach posiadających cechę wiarygodności. Rozważania te winny być wnikliwe i wszechstronne, opierać się na obiektywnej i zgodnej z zasadami doświadczenia życiowego analizie przeprowadzonych dowodów. Nadto winny być wyczerpująco zaprezentowane w treści pisemnego uzasadnienia wyroku – w przypadku konieczności jego sporządzenia.

W szczególności należy:

1. rozpocząć swoje rozważania od ustalenia, jaki był dalszy los środków finansowych opisanych w treści zarzutów (nieodprowadzonych składek członkowskich należnych (...)), jakie przechodziły one przekształcenia prawne i ekonomiczne, czy finalnie zostały one przez (...) utracone, a jeżeli tak - kiedy to nastąpiło i czy w mieniu pokrzywdzonego powstała w ten sposób szkoda majątkowa;

2. w przypadku ustalenia powstania szkody - ocenić, czy pomiędzy zachowaniem oskarżonych zarzuconym im w akcie oskarżenia (zaniechaniem), a powstałą szkodą istnieje tego rodzaju związek przyczynowo - skutkowy, który pozwala na przypisanie im odpowiedzialności karnej za spowodowanie owej szkody, czy też związek ten został skutecznie przerwany przez okoliczności i zdarzenia zewnętrzne, jak np. decyzje Walnego Zebrania Członków (...) (uchwały), wejście na polski rynek tanich linii lotniczych, czy fiasko zabiegów prowadzących do sprzedaży udziałów spółki (...) przez (...) zagranicznemu inwestorowi;

3. ustalić, czy zachowanie oskarżonych było bezprawne w kontekście norm prawidłowego obrotu gospodarczego (czy naruszyli owe normy, czy brak było okoliczności wyłączających tę bezprawność, np. w formie zgody pokrzywdzonego), czy oskarżeni nie działali w ramach kontratypu dozwolonego ryzyka gospodarczego - czy ich zaniechanie było racjonalne ekonomicznie w obliczu konkurencji niekorzystnych skutków możliwych, alternatywnych decyzji; w tym zakresie - jak i w celu poczynienia przez Sąd trafnych ustaleń odnośnie problemów opisanych w punkcie 2 - konieczne będzie dopuszczenie dowodu z opinii innego (nowego) biegłego (lub zespołu biegłych) z zakresu oceny procesów gospodarczych i zarządzania, który to dowód pozwoli ustalić, czy oskarżeni rzeczywiście nie dopełnili swoich obowiązków, czy też przeciwnie – ich zachowanie było racjonalne i ekonomicznie uzasadnione w zaistniałych warunkach mikro- i makroekonomicznych; co oczywiste - biegły winien zapoznać się z całością materiału dowodowego niniejszej sprawy, w tym z załącznikami do akt oraz materiałem o charakterze niejawnym;

4. oceniając wystąpienia w sprawie kontratypu dozwolonego ryzyka gospodarczego należy pamiętać, że w doktrynie wskazuje się na konkretne czynności (podstawy) dotyczące oceny stopnia ryzyka gospodarczego podjętego przez sprawcę, spośród których najistotniejsze przedstawiają się następująco:

- sprawdzenie, czy prawdopodobieństwo wystąpienia szkody w chwili podjęcia działania (zaniechania) sprawcy było mniejsze, niż prawdopodobieństwo osiągnięcia korzyści gospodarczych (majątkowych); chodzi tutaj o kompleksową, szacunkową ocenę rachunku potencjalnych korzyści i strat, tj. ekonomiczną opłacalność podjętego przedsięwzięcia gospodarczego; podstawę oceny stopnia prawdopodobieństwa szkody powinien stanowić całokształt okoliczności

towarzyszących działaniu (zaniechaniu) sprawcy, a w szczególności stan obiektywnej wiedzy o istocie zachowania sprawcy, jak i doświadczenie i możliwości sprawcy według chwili popełnienia czynu;

- zbadanie, czy i ewentualnie jak podjęte przez sprawcę czynności odpowiadały celowi gospodarczemu w postaci osiągnięcia zysku lub uniknięcia strat oraz charakterowi określonej działalności gospodarczej; okoliczność tę należy oceniać w zależności od szczególnego rodzaju działalności prowadzonej przez sprawcę;

- wskazanie charakteru i wysokości rzeczywistych konsekwencji zachowania się sprawcy; należy rozważyć nie tylko skutki formalne (wyrażone w postaci znamion czynu zabronionego, np. szkoda majątkowa) i faktyczne, lecz także skutki negatywne oraz pozytywne; w tym zakresie (zabiegu) należy zbadać jak, na skutek popełnienia czynu zabronionego, przełożyło się prawdopodobieństwo zysków i strat na stan faktyczny;

- sprawdzenie, czy i ewentualnie jak sprawca zabezpieczył przedsiębiorstwo przed negatywnymi skutkami spełnienia się podjętego ryzyka.

Reasumując, zabieg pozwalający stwierdzić, czy sprawca działał w ramach omawianego kontratypu odbywa się w dwóch etapach. Po pierwsze – należy ustalić, w oparciu o abstrakcyjny i obiektywny model zachowania, granicę dopuszczalnego ryzyka w danych okolicznościach, a dopiero wówczas odnieść do niej stopień ryzyka stwierdzonego w danej sprawie. W praktyce może być to zadaniem dość trudnym, bowiem organ stosujący przepisy karne zmuszony jest w tym zakresie dokonać czysto ekonomicznej analizy. Z tego powodu regułą powinno być w tego typu sytuacjach powołanie biegłego, wspierającego Sąd w dalszych ocenach, o czym była już mowa wyżej (por. R. Zawłocki, op. cit., str. 381-385).

5. niezależnie od powyższego – w razie zaistnienia takiej potrzeby - szczególnie wnikliwie rozważyć stronę podmiotową czynów zarzucanych oskarżonemu – w kontekście ustalonej sytuacji motywacyjnej ich zachowania.

Sąd Okręgowy ponownie rozpoznający tę sprawę winien także wnikliwie zapoznać się z argumentacją i rozważaniami poczynionymi już uprzednio przez Sąd Apelacyjny w Gdańsku - w uzasadnieniu wyroku wydanego w sprawie II AKa 251/14, gdyż w znacznej części pozostają one aktualne.

Uwzględnienie powyższych uwag i zaleceń powinno doprowadzić do pełniejszego, niż dotąd, wyjaśnienia wszystkich istotnych okoliczności omawianej sprawy, a w szczególności – na skutek prawidłowej i wnikliwej oceny dowodów – do poczynienia bezspornych i jednoznacznych ustaleń faktycznych, niezbędnych do rozważenia zarówno strony przedmiotowej, jak i podmiotowej zarzucanych oskarżonemu czynów.

Z uwagi na bieg niniejszego postępowania, w którym podczas pierwszego rozpoznania sprawy wniesiono dwa przeciwstawne środki odwoławcze, w tym zakres ówczesnego zaskarżenia wyroku przez oskarżyciela publicznego oraz ocenę tego środka odwoławczego w toku postępowania w II instancji, przy ponownym rozpoznaniu sprawy oraz podczas wyrokowania należy szczególnie baczyć, aby nie naruszyć gwarancji procesowych oskarżonych przewidzianych w art. 443 kpk (por. D. Świecki: „Postępowanie odwoławcze w sprawach karnych – komentarz, orzecznictwo”, LexisNexis, Warszawa 2013, str. 252 in fine).