

*Sygn. akt II A Ka 125/18*

## WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

*Dnia 02 sierpnia 2018 r.*

*Sąd Apelacyjny w Warszawie w II Wydziale Karnym w składzie:*

*Przewodniczący SSA Ewa Leszczyńska-Furtak (spr.)*

*Sędziowie SSA Zbigniew Kapiński*

*SSO (del.) Dorota Radlińska*

*Protokolant sekr. sąd. Ofaf Artymiuk*

*przy udziale oskarżyciela posiłkowego substydarnego M. J.*

*po rozpoznaniu w dniu 02 sierpnia 2018 r.*

*sprawy:*

*G. Z. urodz. (...) w W., syna Z. i S. z domu R.*

*oskarżonego o czyn z art. 284 § 2 kk w zw. z art. 294 § 1 kk w zw. z art. 13 kk*

*na skutek apelacji wniesionej przez pełnomocnika oskarżyciela posiłkowego substydarnego*

*od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 18 grudnia 2017 r., sygn. akt XVIII K 182/15*

*I. zaskarżony wyrok utrzymuje w mocy ;*

*II. zasądza od oskarżyciela posiłkowego substydarnego M. J. na rzecz oskarżonego G. Z. kwotę 600 (sześciuset) złotych tytułem zwrotu wydatków za obronę z urzędu w instancji odwoławczej;*

*III. zasądza od oskarżyciela posiłkowego substydarnego M. J. na rzecz Skarbu Państwa opłatę za drugą instancję w kwocie 100 (stu) złotych.*

## UZASADNIENIE

*G. Z. został oskarżony o to, że:*

*- począwszy od lutego 2006 r. do 8 grudnia 2008 r. w W. z góry powziętym zamiarem, wykorzystując fakt, że był współnikiem i jednocześnie członkiem zarządu (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, doprowadził do niekorzystnego rozporządzenia i przywłaszczył na szkodę M. J., który 25 listopada 2005 r. objął 40 udziałów i został członkiem zarządu tejże spółki (...), powierzone jemu jako członkowi zarządu (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością pieniądze w łącznej wartości 400.000 zł,*

*tj. o czyn z art. 284 § 2 k.k. w związku z art. 294 § 1 k.k. w związku z art. 12 k.k.*

*Sąd Okręgowy w Warszawie wyrokiem w dniu 18 grudnia 2017 r. sygn. akt XVIII K 182/15 orzekł:*

*1. Na podstawie art. 17 § 1 pkt 9 k.p.k. postępowanie karne wobec oskarżonego G. Z. umorzył;*

2. Na podstawie art. 632 pkt 1 k.p.k. w związku z art. 640 § 1 i 2 k.p.k. kosztami procesu w wysokości 300 (trzystu) złotych obciążył oskarżyciela substydiarnego M. J. i uznał je za uiszczone w całości;

3. Na podstawie art. 640 § 1 k.p.k. w związku z art. 632 pkt 1 k.p.k. w związku z art. 621 § 1 k.p.k. zasądził od M. J. na rzecz G. Z. kwotę 1320 (tysiąc trzysta dwadzieścia) złotych tytułem wydatków na ustanowienie obrońcy.

Apelację od tego wyroku wniósł pełnomocnik oskarżyciela substydiarnego M. J..

Na podstawie art. 444 i 446 k.p.k. zaskarżył wyżej wymieniony wyrok w całości.

Na podstawie 427 § 2 k.p.k. i art. 438 k.p.k. wyrokowi temu zarzucił:

1. naruszenie przepisu prawa materialnego mające istotny wpływ na treść wyroku (art. 438 pkt. 1 k.p.k.); a w szczególności art. 284 k.k. poprzez niewłaściwą wykładnię tego przepisu poprzez przyjęcie, że dla bytu przestępstwa przywłaszczenia oskarżony w chwili otrzymania pieniędzy od oskarżyciela musi mieć zamiar ich przywłaszczenia;

2. obrazę prawa procesowego, która miała wpływ na rozstrzygnięcie sprawy (art.438 pkt. 2 k.p.k.), a w szczególności:

a) art. art. 7, 193 § 1, 198, 410, 424 § 1 pkt. 1 k.p.k. poprzez ustalenie bez jakiegokolwiek podstawy i z pominięciem opinii biegłych, że o ile wpłata dokonana do Spółki (...) sp. z o.o. przez oskarżyciela miała być dokonana na pokrycie udziałów jej zaksięgowanie na kapitał zapasowy nie mogło nastąpić w formie gotówkowej bez wpłaty na rachunek bankowy i bez aktu notarialnego przystąpienia do Spółki, a przy sporządzaniu opinii biegli nie znali ustaleń między stronami, mimo, że ustaleń dokonywali na podstawie akt sprawy obejmujących także zeznania świadków,

b) art. art.7, 410, 424 § 1 pkt. 1 k.p.k. poprzez przyjęcie bez żadnego dowodu w tym zakresie, że w części (nie wiadomo jakiej) środki przekazane oskarżonemu miały być darowizną na jego rzecz;

c) art. art. 17 § 1 pkt. 9 k.p.k. w zw. z art. 49 § 1, 55 § 1 k.p.k. i art. 330 § 2 k.p.k. poprzez przyjęcie, że akt oskarżenia został wniesiony przez pełnomocnika osoby niebędącej pokrzywdzonym w sprawie, mimo, że na osobę M. J., jako pokrzywdzonego wskazuje zarówno postanowienie Prokuratury będące następstwem postanowienia Sądu uchylającego pierwotne umorzenie postępowania, jak i stan faktyczny sprawy nawet ten ustalony przez Sąd;

3. błąd w ustaleniach faktycznych będących podstawą orzeczenia, który miał wpływ na jego treść (art. 438 pkt. 3 k.p.k.) poprzez przyjęcie, że:

a) w chwili składania zawiadomienia o popełnieniu przestępstwa, a także w toku dalszych czynności M. J. nie był uprawniony do reprezentowania interesów spółki (...) sp. z o.o., a jedynie występował w swoim imieniu, mimo, że był członkiem Zarządu tej Spółki, co najmniej do 28 sierpnia 2009 r., a Sąd Okręgowy w postanowieniu z dnia 2 listopada 2010 r. nakazał Prokuraturze wyjaśnienie czy oskarżyciel substydiarny nie jest pokrzywdzonym w sprawie, co znalazło także odzwierciedlenie w postanowieniu Prokuratury Rejonowej z dnia 29 kwietnia 2015 r.;

b) oskarżyciel dopiero, gdy doszło do konfliktu z oskarżonym zaczął kwestionować zasadności przekazania oskarżonemu pieniędzy, mimo, że w dacie wystawienia pokwitowania przez oskarżonego w czerwcu 2006 r. oskarżyciel nie miał wiedzy, że pieniądze poza pożyczką 200.000 PLN zł nie trafiły do Spółki, podobnie jak później nieotrzymane przez niego raty pożyczki, a dostęp do dokumentów księgowych spółki (...) sp. z o.o. miał dopiero uzyskać na podstawie postanowienia Sądu KRS z dnia 1 marca 2010 r., kiedy został wykluczony już ze Spółki;

c) ze względu na ustalenia z 2006 r. pomiędzy oskarżycielem, a oskarżonym, że przekazane oskarżonemu pieniądze miały być przeznaczone na cele spółki (...) sp. z o.o., to tylko spółka może być pokrzywdzonym w sprawie, mimo, że jak ustalili biegli kwota 200.000 PLN ( 85.000 PLN i 115.000 PLN) nigdy do Spółki nie wpłynęła, a kwota zwrotu pożyczki 200.000 PLN ze spółki została faktycznie wypłacona, a nie otrzymał jej oskarżyciel, co wyklucza, aby spółka była właścicielem tych środków;

d) mimo, że wniesienie wkładu do spółki przez oskarżyciela powyżej wartości nominalnej nie nastąpiło, co wymagało wykazania w bilansie poprzez zwiększenie kapitału zapasowego, a raty pożyczki zostały ze spółki wypłacone i nieprzekazane oskarżycielowi mimo wystawienia na te okoliczności dokumentów także podatkowych przez Spółkę, spółka (...) sp. z o.o. może być pokrzywdzonym w sprawie przywłaszczenia przedmiotowych środków;

Mając na uwadze powyższe wniósł o:

- uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania.

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

Apelacja pełnomocnika oskarżyciela posiłkowego subsydiarnego jest niezasadna, podnosząc nietrafne zarzuty, które nie mogą skutecznie wzruszyć zaskarżonego orzeczenia.

Jakkolwiek rację ma skarżący kontestując błędny pogląd wyrażony w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia, jakoby był przestępstwa z art. 284 § 2 kk warunkowany miał być istnieniem zamiaru przywłaszczenia cudzej rzeczy już w chwili wejścia w jej posiadanie, to okoliczność ta dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy pozostaje bez żadnego znaczenia, skoro Sąd I instancji nie rozstrzygnął w wyroku o braku znamion czynu zabronionego w czynie zarzucanym oskarżonemu, ale stwierdził przeszkodę formalną do merytorycznego zbadania sprawy w postaci braku skargi uprawnionego oskarżyciela, co stanowi negatywną przesłankę procesową.

Innymi słowy, rozpoznając sprawę w granicach skargi Sąd Okręgowy stwierdził, że podmiotem uprawnionym jako pokrzywdzony do wniesienia w niej subsydiarnego aktu oskarżenia nie jest M. J., a jedynie spółka (...) sp. z o.o. - organ uprawniony do działania w jej imieniu, którym wyżej wymieniony nie jest.

Tymczasem skarżący nie podnosi takich zarzutów, które mogłyby skutecznie podważyć trafność tego stanowiska.

Zupełnie chybione są zarzuty odnoszące się wprost do treści postanowienia prokuratora Prokuratury Rejonowej Warszawa Mokotów umarzającego postępowanie przygotowawcze w niniejszej sprawie, wszak to nie jest i być nie może poddane ocenie Sądu odwoławczego. Wyłączny przedmiot kontroli instancyjnej na obecnym etapie procesu stanowi wszak zaskarżony wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie, a zawarte w nim rozstrzygnięcie nie jawi się wadliwym. Aktualnie nie ma też znaczenia, czy w postępowaniu przygotowawczym M. J. nadawano status strony pokrzywdzonej, czy też nie, skoro w efekcie doszło do wniesienia przez niego skargi subsydiarnej, a Sąd orzekający ocenił kwestię uprawnień oskarżyciela. Zatem istotne jest obecnie jedynie to, czy ocena w tym zakresie wyrażona w zaskarżonym wyroku jest zasadna.

Przede wszystkim nie sposób czynić Sądowi I instancji zarzut, jakoby ustalając stan faktyczny sprawy nie uwzględnił całokształtu okoliczności w niej ujawnionych, zwłaszcza, gdy skarżący nie wskazuje żadnej konkretnej okoliczności, która miałaby istotne znaczenie i zostałyby pominięta, w sposób wpływający na treść orzeczenia.

Sąd Okręgowy jednoznacznie i zgodnie z twierdzeniem skarżącego ustalił, że M. J. przekazał dwóm pozostałym (...) sp. z o.o. łącznie kwotę 400.000 złotych. J. P. i oskarżony G. Z., będąc osobami uprawnionymi do reprezentacji spółki, w dniu 28 czerwca 2018 r. pisemnie pokwitowali jej przyjęcie na rzecz spółki (oświadczenie na k. 781 akt postępowania przygotowawczego).

Fakt, że z całej tej sumy w księgach rachunkowych spółki odnotowano jedynie kwotę 200.000 zł, ewidencjonując ją jako pożyczkę, choć w zamierzeniu żadnej ze stron czynność jej przekazania nie miała takiego charakteru, jak i to, że w księgowości spółki nie odzwierciedlano rzeczywistych operacji finansowych (wynikający z opinii specjalistycznej brak ewidencjonowania na rachunkach i w raportach kasowych niektórych przepływów finansowych), nie wyklucza bynajmniej rzeczywistego przeznaczenia pieniędzy wpłaconych przez M. J. w całości na funkcjonowanie spółki, choć ta okoliczność dla rozstrzygnięcia uprawnień do wniesienia przez niego skargi, nie ma istotnego znaczenia.

Ewidentne braki dokumentacji księgowej, jak i jej nieprawidłowości, których dowodzi już sam bezsporny fakt zawarcia, za obopólną akceptacją, pozornej umowy pożyczki, nie pozwalają zrekonstruować finansowej działalności spółki w oparciu o urzędzenia księgowe ze względu na ich nierzetelność.

Biegli z zakresu księgowości, którzy opiniowali zarówno w postępowaniu przygotowawczym, jak i przed Sądem, klarownie wskazali w swojej opinii na niekompletność dokumentacji finansowej oraz nieprawidłowe ujęcie w raportach kasowych operacji gospodarczych, co ograniczało możliwość miarodajnego zrekonstruowania przepływów finansowych.

Z tej też przyczyny wywoływanie dalszych opinii biegłych z zakresu księgowości, ekonomii czy rachunkowości nie mogłoby przynieść żadnych oczekiwanych efektów w zakresie ustalenia przeznaczenia kwot przekazanych współnikom przez M. J., stanowiąc jedynie zbędne mnożenie dowodów i niezasadne podwyższanie kosztów postępowania.

Przy takim stanie urzędzeń księgowych i wobec czynionych z ich pominięciem rozliczeń, o których zeznawał sam świadek M. J., słusznie Sąd I instancji czyniąc w tym zakresie ustalenia odwołał się do dowodów osobowych, przy czym charakter wpłaty spornej sumy ocenił w oparciu o zeznania M. J. oraz T. J., klarownie dając temu wyraz w pisemnych motywach zaskarżonego wyroku. Tym samym bezpodstawny jest podniesiony w apelacji zarzut obrazy art. 7 kpk, art. 410 kpk, jak i art. 424 § 1 pkt 1 kpk.

Należy w tym kontekście przypomnieć, że to właśnie z zeznań M. J. (potwierdzonych depozycjami jego żony T. J.), jednoznacznie wynika, iż zarówno pierwotną kwotę 40.000 zł, jak i następną w wysokości łącznej 400.000 zł złotych (w trzech ratach: 85.000 zł, 200.000 zł i 115.000 zł), wpłacił on z tytułu przystąpienia do spółki, przy czym o ile ta pierwsza miała zostać odzwierciedlona w nabytych udziałach (przekazana w formie aktu notarialnego), o tyle ta druga miała stanowić rekompensatę wkładu dwóch pozostałych współników w kilkunastoletnią działalność (...) sp. z o.o. i była przeznaczona na bieżące zobowiązania spółki, a jej przekazanie nastąpiło w sposób niesformalizowany.

Świadek M. J., nie pozostawiając żadnego marginesu na interpretację zeznał: „Panowie współnicy zażyczyli sobie 400 tys. zł i będą wtedy takie same udziały, miałem wpłacić 440 tys., z czego 400 tys. miało być wprowadzone do firmy na zaległości, 40 tys. należało wpłacić u notariusza. Potem należało wpłacić 400 tys., te 400 miało wyrównać te lata pracy szwagrów, abym mógł działać na tych samych prawach w firmie. Te 400 miały wejść do firmy i być przeznaczone na zaległości. Te pieniądze miały zostać w firmie, nie miały mi być nigdy zwrócone” (k. 297) i dalej: „Panowie P. i Z. ustalili, że kwota 400 tys. zł będzie rekompensatą, że wcześniej nie uczestniczyłem w rozwoju firmy, która działała od 1992 r., warunki zwrotu w ogóle nie były omawiane” (k. 300).

W tożsamy sposób cel przekazania spornej kwoty określała świadek T. J., zeznając: „zapłaciliśmy te pieniądze za to, żeby mąż wszedł do spółki. Nie było mowy o ich oddawaniu” (k. 335).

Świadkowie ci wprost też podnosili w swoich zeznaniach fikcyjność rzekomej pożyczki 200.000 zł, a świadek J. wskazała na przeznaczenie tej sumy twierdząc, że spółka w czasie, gdy jej mąż do niej przystępował, miała równą tej kwocie zaległość w Urzędzie Skarbowym (k. 331). Świadek wskazała również: „wiem, że te 85.000 zł zostało przeznaczone w spółce na wypłaty, ponieważ nie mieli wtedy pieniędzy” (k. 332), uściślając, że chodziło o wypłaty pracownikom, bo w przeciwnym razie firma przestałaby istnieć.

Na taki sam tytuł wpłacenia tych kwot wskazywał w swojej relacji świadek M. J. (k. 44 akt postępowania przygotowawczego). Jednocześnie to właśnie z depozycji tego ostatniego świadka wynika, że wypłaty wynagrodzeń miały nieformalny charakter, nie odbywając się w formie przelewów, czy też za pośrednictwem kasy. M. J. przyznał również w swoich zeznaniach, że miał świadomość, iż pieniądze nie są przekazywane „oficjalnie przelewem na konto spółki”, co tłumaczył tym, że „panowie też chcieli jakieś pieniądze zarobić” (k. 300).

W świetle zatem treści samych tylko dowodów oskarżenia uprawnione jest stanowisko Sądu I instancji, że sporne pieniądze zostały przez M. J. przekazane częściowo przelewem na konto spółki, a częściowo bezpośrednio do rąk

pozostałych wspólników i miały zostać spożytkowane na bieżące zobowiązania spółki, mając umownie nadany im charakter bezzwrotnego „wkupnego”, uwzględniającego dotychczasowy wkład i nakłady szwagrów w wieloletnią działalność (...) sp. z o.o. oraz przy obustronnej akceptacji, podyktowanego chęcią zysku, zafalszowania obrotu nimi. Natomiast to, że obrót tymi środkami nastąpił w sposób zakamuflowany, w tym w połowie pod pozorem pożyczki, nie oznacza bynajmniej, że pieniądze nie zostały przeznaczone na cele związane z funkcjonowaniem spółki.

W takiej sytuacji nie sposób uznać, że M. J., który stał się faktycznym wspólnikiem, posiadając udziały równe udziałom pozostałych wspólników, a nawet członkiem zarządu spółki uprawnionym do jej jednoosobowej reprezentacji, nadal pozostawał właścicielem kwoty wpłaconej jako ekwiwalent powyższego statusu.

Jakkolwiek świadek J. utrzymywał, że został wyrzucony z firmy (k. 297), bo „Jak ja zobaczyłem, co się dzieje w spółce, zażądałem zwrotu pieniędzy”, to trafnie Sąd I instancji zauważył, iż było to dopiero kilka lat później po ich przekazaniu zarządowi spółki, kiedy to w wyniku dłuższej współpracy doszło do konfliktu pomiędzy wspólnikami.

Prawidłowe, bo wynikające z wiarygodnych dowodów jest również ustalenie Sądu Okręgowego, że M. J. w latach 2006-2009 był udziałowcem spółki (...) sp. z o.o. nie tylko formalnie, posiadając równe z pozostałymi wspólnikami udziały, ale również w ramach podziału obowiązków zajmował się sprawami zatrudnianych w spółce pracowników, jak też miał dostęp do rachunku bankowego spółki (sam przyznał, że we wrześniu 2008 r. wypłacił z niego 100.000 zł na wynagrodzenia) i dopiero pod koniec 2008 r. w związku z konfliktem ze szwagrami, zrezygnował z pełnienia funkcji członka zarządu. Według relacji T. J. w okresie tym jej mąż czerpał z działalności spółki profity, otrzymując wypłatę w wysokości 5.000 zł miesięcznie, a i opinia biegłych wskazuje na udokumentowane kwitami KW wypłaty przez spółkę ryczałtów na rzecz M. J..

Jednocześnie trzeba dostrzec, iż brak jest dowodów pozwalających stwierdzić, jakoby kwoty przekazane przez M. J. nie zostały przeznaczone na bieżące potrzeby spółki, choć sposób ich przekazania i rozdysponowania bezspornie naruszał wiarygodność obrotu gospodarczego, jak i mógł zagrażać interesom wierzycieli.

Sąd I instancji słusznie odwołał się do opinii sporządzonej przez biegłych z zakresu księgowości z Biura (...) w L., z której wynika, że zaksięgowana jako pożyczka kwota 200.000 zł, została z dużym prawdopodobieństwem przeznaczona na bieżącą działalność spółki. Jednocześnie biegli wskazali, iż brak jest raportów kasowych za rok 2006 (k. 1165), co nie pozwala ustalić, czy pozostałe 200.000 zł z sumy łącznej przekazanej w tymże roku przez M. J. zostało w nich ujęte, nie wykluczając przy tym, że wydatki mogły być pokrywane z wpłat oraz z przychodów ze sprzedaży usług.

Nie ma zatem podstaw dowodowych pozwalających stwierdzić na co zostały rozdysponowane przedmiotowe pieniądze, a więc i wykluczyć, że przeznaczono je na potrzeby spółki, acz z pominięciem obowiązku odzwierciedlenia takiego stanu rzeczy w dokumentacji księgowej. Powody takiego działania zdają się wyjaśniać przywołane przez Sąd I instancji zeznania M. J., z których wynika, że niewykazywanie rzeczywistych przepływów gotówkowych było sposobem wspólników na niewidencjonowane profity („panowie chcieli też jakieś pieniądze zarobić” – k. 300).

Brak jest również umocowanej treścią dowodów argumentacji podważającej trafność ustalenia Sądu I instancji, iż wszyscy wspólnicy, z M. J. łącznie, wiedzieli, że pieniądze nie zostaną formalnie ujawnione w bilansach spółki, o czym świadczy sam sposób ich przekazania, jak i wprost przywołane przez Sąd I instancji fragmenty zeznań świadka J..

Przy tej sposobności warto dostrzec, iż M. J. domagając się ochrony prawnej, wcześniej sam świadomie uczestniczył w pozornych transakcjach, zaciemniających rzeczywisty obraz finansowej działalności spółki, czyniąc go niemożliwym do odtworzenia w oparciu o wymaganą prawem dokumentację księgową.

Podzielić należy stanowisko Sądu Okręgowego, że potwierdzone przez zarząd spółki GWARANT przyjęcie przedmiotowych pieniędzy oraz ustalony pomiędzy reprezentantami spółki a M. J. tytuł ich przekazania, przy jednoczesnym baraku możliwości wykluczenia zgodnego z nim przeznaczenia pieniędzy, ale nawet niezależnie od przeznaczenia, sprawia, że nieujawnienie tych środków w księgach rachunkowych można rozpatrywać wyłącznie w kategoriach działania bezpośrednio na szkodę spółki (...), a nie na szkodę M. J., który zapłacił ustaloną sumę

za faktyczne przystąpienie do spółki w charakterze jej równo-udziałowego wspólnika, stając się członkiem zarządu uprawnionym do jej jednoosobowej reprezentacji.

W sytuacji bowiem, gdy wspólnik przekazuje na poczet działalności spółki pieniądze, a zarząd je sprzeniewierza, to działanie zarządu godzi bezpośrednio w interesy spółki, stanowiąc działanie na jej szkodę, a jedynie pośrednio na szkodę wspólnika, co wyklucza wspólnika z kręgu osób pokrzywdzonych w rozumieniu art. 49 § 1 kpk, przestępstwem przywłaszczenia cudzego mienia.

Nie negując zatem, że w takiej sytuacji potencjalna szkoda mogłaby dotyczyć również wspólników spółki z ograniczoną odpowiedzialnością (przysporzenia nie ewidencjonowane w rachunkach spółki nie dają obrazu faktycznego powiększenia jej majątku, co może rzutować chociażby na podział zysków), to jedynie pośrednio, wszak jej pierwotnym źródłem musiałyby być szkoda spółki jako samodzielnego podmiotu, którego majątek jest majątkiem odrębnym od majątku jej wspólników.

Domaganie się zwrotu wpłaconej w ustalonych okolicznościach kwoty po blisko 3 latach, w czasie których M. J. był formalnym i faktycznym wspólnikiem (...) Sp. z o.o., jest niczym innym, jak próbą rozliczenia ze wspólnikami, które winno zostać przeprowadzone w ramach ewentualnego procesu cywilnego w drodze dochodzenia roszczeń od spółki, wszak postępowanie karne nie służy temu celowi.

Trzeba przy tym wskazać, że nawet w sytuacji, gdyby ów wkład M. J. nie został przeznaczony na cele spółki, jak też pomijając, że z jego własnych relacji wynika, iż miał on charakter nieformalnej, dobrowolnej, bezzwrotnej opłaty za sfinalizowane przystąpienie do spółki na prawach wspólnika z równymi udziałami, stanowiący rekompensatę wkładu pozostałych wspólników, którzy spółkę stworzyli i prowadzili na przestrzeni kilkunastu lat, to J. P. i G. Z. będąc osobami uprawnionymi do reprezentacji spółki potwierdzili przyjęcie powyższej kwoty w jej imieniu, a zatem to spółka (...) stała się podmiotem uprawnionym do dysponowania pieniędzmi.

Jeżeli zatem wyżej wymienieni ostatecznie i nieodwracalnie pozbawiliby spółkę tego mienia w okolicznościach świadczących o zamiarze definitywnego potraktowania go jako własnego, to podmiotem pokrzywdzonym ich działaniem byłaby pozbawiona należnego jej mienia spółka.

„Na marginesie” Sąd Apelacyjny zauważa natomiast, że na obecnym etapie postępowania brak jest podstaw do rozważania doprowadzenia M. J. do niekorzystnego rozporządzenia sporną kwotą w wyniku wprowadzenia go w błąd przez oskarżonego, działającego w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, a zatem na płaszczyźnie znamion przestępstwa z art. 286 § 1 kk, gdzie ewentualnym bezpośrednio pokrzywdzonym byłby rozporządzający.

Niezależnie nawet od wynikających z zeznań samego M. J. okoliczności przekazania pieniędzy, powyższemu stoi wszak na przeszkodzie określony w art. 434 § 1 pkt 3 kpk zakaz reformationis in peius, skoro w środku odwoławczym wniesionym na niekorzyść oskarżonego przez pełnomocnika oskarżyciela posiłkowego subsydiarnego nie podniesiono zarówno zarzutu, jak i uchybień w tym zakresie, a rozszerzenie w tym kierunku opisu i kwalifikacji czynu zarzuconego w subsydiarnym akcie oskarżenia w sposób zapewniający M. J. zdolność skargową, byłoby niedopuszczalne zarówno w postępowaniu odwoławczym, jak i przy ewentualnym ponownym rozpoznaniu sprawy przez Sąd I instancji (art. 443 kpk).

Konkludując, w ocenie Sądu Apelacyjnego trafne i należycie umotywowane są wywody Sądu I instancji dotyczące bezpośrednio pokrzywdzenia oraz wyprowadzony wniosek, iż wobec niespełnienia tej przesłanki M. J. nie jest osobą uprawnioną do złożenia subsydiarnego aktu oskarżenia o czyn z art. 284 § 2 kk, wszak nawet w przypadku przyjęcia, że pozostali wspólnicy nie spożytkowali na potrzeby spółki całości bądź części sumy przekazanej w zamian za jego do niej przystąpienie (ku czemu brak podstaw dowodowych), byłoby to działanie na szkodę spółki, a nie na szkodę wspólnika. Ten wszak przekazał pieniądze spółce, które zostały przyjęte przez osoby działające w jej imieniu, za co otrzymał umowny ekwiwalent, właśnie w postaci udziału w spółce na prawach wspólnika o równych udziałach oraz członka zarządu, jednoosobowo uprawnionego do reprezentacji spółki.

Jednak w dacie składania subsydiarnego aktu oskarżenia M. J. nie był już uprawniony do reprezentowania spółki (...) Sp. z o.o., a zatem nie mógł działać w jej imieniu. Zgodnie bowiem z przepisem art. 51 § 1 kpk za pokrzywdzonego, który nie jest osobą fizyczną czynności procesowych dokonuje organ uprawniony do działania w jego imieniu. Powinien to więc być statutowy lub ustawowy organ osoby prawnej.

O ile M. J. będąc początkowo członkiem zarządu spółki miał uprawnienie do jej jednoosobowej reprezentacji, o tyle na skutek uchwały nr 5 Nadzwyczajnego Zgromadzenia Wspólników z dnia 22 czerwca 2009 r. utracił je wobec zmiany sposobu reprezentacji i przyjęcia, iż jedynie w przypadku zarządu jednoosobowego członek zarządu posiada wyłączne prawo reprezentowania spółki, zaś w przypadku zarządu wieloosobowego do reprezentacji upoważniony został prezes zarządu lub dwóch członków zarządu łącznie. Jednocześnie na mocy datowanej w tym samym dniu uchwały nr 7, prezesem zarządu został G. Z. (k. 38-40 akt postępowania przygotowawczego).

Sam M. J. już w swoich pierwszych zeznaniach złożonych 12 sierpnia 2009 r. przyznał, że został pozbawiony prawa samodzielnego reprezentowania spółki (k. 45 verte) i taki stan rzeczy wynika z odpisów KRS (k. 62, k. 809-812).

Mając na uwadze, iż w myśl art. 55 § 1 kpk subsydiarny akt oskarżenia może wnieść do sądu jedynie pokrzywdzony w razie powtórnego wydania przez prokuratora postanowienia o odmowie wszczęcia lub umorzeniu postępowania w wypadku, o którym mowa w art. 330 § 2 kpk, zaś M. J. nie ma statusu pokrzywdzonego w rozumieniu art. 49 § 1 kpk w zakresie objętym aktem oskarżenia, którego przedmiot stanowi sprzeniewierzenie pieniędzy spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, jak również nie jest on uprawniony do reprezentowania spółki (...), za trafne uznać należy umorzenie postępowania przez Sąd I instancji na podstawie art. 17 § 1 pkt 9 kpk.

Wniesiony wszak przez pełnomocnika M. J. w jego imieniu akt oskarżenia nie stanowi skargi uprawnionego oskarżyciela w rozumieniu.

Z tych przyczyn Sąd Apelacyjny zaskarżony wyrok utrzymał w mocy.

O kosztach postępowania odwoławczego Sąd Apelacyjny orzekł na podstawie art. 636 kpk w zw. z art. 640 kpk, ustalając opłatę należną Skarbowi Państwa od oskarżyciela w kwocie zbliżonej do dolnej granicy zakreślonej przez art. 13 ust. 2 ustawy z 23 czerwca 1973 r. o opłatach w sprawach karnych.

Mając zaś na uwadze, że zryczałtowana równowartość wydatków uiszczonych przez oskarżyciela przy wniesieniu aktu oskarżenia nie obejmuje przewidzianych w art. 618 § 1 pkt 11 kpk kosztów pomocy prawnej udzielonej przez adwokatów lub radców prawnych (art. 621 § 1 kpk), Sąd obciążył oskarżyciela również kosztami udziału w rozprawie odwoławczej obrońcy ustanowionego przez oskarżonego.