

BUSINESS CASE REVIEW

White-collar
crime.

Odpowiedzialność
managerska.



**Brysiewicz
Bokina
Sakłowski**

KANCELARIA PRAWNA

20
21





Spis treści

Wstęp	str. 04
Autorzy	str. 06-07
Business case	str. 09-64
1. Pospieszny urząd i nieprecyzyjny bank: o pozornym wyłudzeniu środków unijnych.....	str. 09-11
2. Kto pilnować będzie strażników – czyli o oszustwach dotacyjnych słów parę.....	str. 12-15
3. Najpopularniejsze przestępstwo giełdowe, czyli o wykorzystaniu informacji poufnej.....	str. 16-18
4. Odpowiedzialność absolutna - art. 116 § 1 Ordynacji podatkowej.....	str. 19-20
5. Postępowanie przygotowawcze pełne pułapek, czyli kilka słów o sposobie prowadzenia śledztwa.....	str. 21-24
6. Przełamanie monopolu w postępowaniu przetargowym, a odpowiedzialność karna.....	str. 25-28
7. Czy zarządca odpowiada za zaciągnięte zobowiązania spółki w sanacji?.....	str. 29-30
8. Na styku prawa karnego, cywilnego i administracyjnego: kilka słów o obowiązku naprawienia szkody przy tzw. wyłudzeniu dotacyjnym	str. 31-34
9. Brak spłaty pożyczki = problem karny?.....	str. 35-36
10. Zarządzający przedsiębiorstwem odpowie za złamanie prawa antymonopolowego	str. 37-39
11. Albo rybki albo akwarium, czyli albo niegospodarność albo oszustwo	str. 40-42
12. Rodzaje odpowiedzialności za niezłożenie wniosku o ogłoszenie upadłości w terminie.....	str. 43-44
13. O karalnych nadużyciach kadry managerskiej	str. 45-47
14. Ryzykowne „zawieszenie” terminu do złożenia wniosku upadłościowego.....	str. 48-49
15. 72h sprawiedliwości.....	str. 50-52
16. Minimalizacja strat, czyli o możliwościach zastosowania nadzwyczajnego złagodzenia kary.....	str. 53-55
17. O przestępnym wykorzystaniu danych osobowych.....	str. 56-59
18. Czy manager (przedsiębiorca) może ogłosić upadłość konsumencką?.....	str. 60-61
19. Nie taki as w rękawie, czyli blankiet wekslowy jako instrument nacisku.....	str. 62-64



Wstęp





Szanowni Państwo,

Podejmowanie decyzji związanych z prowadzeniem działalności gospodarczej i kierowanie przedsiębiorstwem niejednokrotnie wymaga oceny ryzyka gospodarczego. Jest to wpisane w istotę działalności biznesowej, a uzyskanie korzyści często wiąże się z podejmowaniem takiego ryzyka, co może rodzić odpowiedzialność po stronie zarządzającego firmą.

Rolą prawnika z pewnością jest rozwiązywanie problemów swoich klientów, ale także zapewnianie im niezbędnego bezpieczeństwa prawnego. Funkcjonowanie w zgodzie z przepisami prawa jest jednym z podstawowych warunków bezpiecznego prowadzenia działalności biznesowej. Jest to tym bardziej istotne na gruncie prawa karnego.

Sprawy karne, zwłaszcza o charakterze gospodarczym, w których uczestniczyłem, udowodniły jak ważne jest nadzorowanie i dostosowywanie działania organizacji do stale zmieniających się regulacji prawnych. W sytuacji kryzysowej, w której zostało już uruchomione postępowanie karne „w sprawie”, a tym bardziej „przeciwko osobie”, poprowadzenie skutecznej obrony wymaga nie tylko znajomości prawa i praktyki prokuratorskiej, ale także pozostawanie blisko klienta, rozumienie jego biznesu i przyczyn zaistniałych problemów. Te bowiem niejednokrotnie pozostają trudne do uchwycenia, a następnie udowodnienia w procesie karnym.

Trzeba też powiedzieć jasno: konstrukcja tak zwanych przestępstw gospodarczych nie należy do najprostszych i często związana jest z innymi gałęziami prawa (wyłudzenia unijne, przekupstwa menedżerskie, działania na szkodę spółki, działania przeciwko wierzycielom, pranie pieniędzy, oszustwa podatkowe). Jak pokazuje praktyka, standard działania organów ścigania także bywa różny. Lata obserwacji postępowań karnych pozwalają na stwierdzenie, że tak sposób prowadzenia, jak i zakończenia danej sprawy jest ściśle skorelowany z rodzajem organu go prowadzącego i rolą prawnika w tym postępowaniu. Wbrew pozorom także i w proce-



sie karnym istotna jest umiejętność skutecznego poszukiwania porozumienia, choćby po to, aby argumenty jednej strony nie były postrzegane tylko jako przyjęta linia obrony, lecz aby były wysłuchane, prowadząc do odnalezienia skutecznego rozwiązania problemu.

Mieliśmy okazję uczestniczyć w wielu najróżniejszych sprawach karnych jako pełnomocnicy i obrońcy, a na łamach niniejszego opracowania dzielimy się z Państwem naszymi doświadczeniami. Przygotowane opracowanie jest adresowane zarówno do praktyków, jak również do przedstawicieli biznesu, którzy poszukując tak rozwiązań swoich problemów, jak i bezpieczeństwa prawnego, mogą w omówionych przez nas sprawach znaleźć pewne analogie.

Niniejsza publikacja obrazuje sposób funkcjonowania prawa w praktyce, co w przypadku prawa karnego jest szczególnie ważne, gdyż dotyczy to także trudnych sytuacji związanych z przeszukaniem czy zatrzymaniami. Staramy się przy tym odpowiedzieć na pytania, na które próżno szukać odpowiedzi w komentarzach, skupiając się na podejściu praktycznym.

Życzymy Państwu przyjemnej lektury!

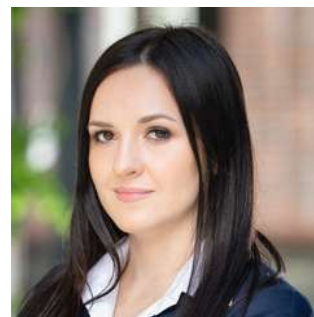
Bartłomiej Pietruszka

Adwokat, partner w kancelarii
Brysiewicz, Bokina, Sakławski i Wspólnicy





Autorzy





Bartłomiej Pietruszka

partner, adwokat



Partner w Kancelarii Brysiewicz, Bokina, Sakławski i Wspólnicy. Zajmuje się sporami sądowymi oraz prawem karnym, w szczególności tzw. white-collar-crime. Jego doświadczenie pozwala na pełną analizę zagadnień związanych z przestępczością gospodarczą i zapobieganiem ryzyka ponoszenia odpowiedzialności karnej. Doradza również w sytuacjach kryzysowych (przeszukania, zatrzymania, czynności dochodzeniowo – śledcze). Ponadto udziela wsparcia przedsiębiorcom w przygotowaniu regulaminów wewnętrznych oraz prowadzeniu procesu zabezpieczania i odzyskiwania mienia. Autor bloga prawokarnewbiznesie.com

Krzysztof Brysiewicz

partner zarządzający, radca prawny



Partner zarządzający w Kancelarii Brysiewicz, Bokina, Sakławski i Wspólnicy. Radca prawny z 14-letnim doświadczeniem zawodowym. Specjalizuje się w zagadnieniach związanych z pomocą publiczną i środkami unijnymi. Doradza w najbardziej zawiłych kwestiach dotyczących pomocy publicznej i funduszy unijnych, takich jak status przedsiębiorstw, tworzenie konsorcjów, zamówienia w projektach czy transfer praw autorskich. Kilkaset prowadzonych przez niego postępowań zakończyło się sukcesami. Autor wielu publikacji na temat pomocy publicznej i środków unijnych oraz autor bloga „Fundusze unijne okiem prawnika”

Wojciech Bokina

partner, radca prawny, doradca restrukturyzacyjny



Partner w Kancelarii Brysiewicz, Bokina, Sakławski i Wspólnicy. Prowadzi projekty z obszaru prawa upadłościowego i restrukturyzacyjnego oraz sporów gospodarczych. Prowadzi również sprawy dotyczące upadłości konsumenckiej, zakazu prowadzenia działalności gospodarczej oraz odpowiedzialności członków zarządu za zobowiązania spółki. Istotną częścią jego praktyki są spory korporacyjne, także te dotyczące spółek publicznych. Autor licznych publikacji z zakresu prawa upadłościowego i restrukturyzacyjnego, prawa handlowego i procedury cywilnej. Twórca bloga www.niewyplacalnosc.com.

Maciej Wisławski

adwokat



Specjalizuje się w obsłudze korporacyjnej, sporach sądowych i korporacyjnych oraz negocjacjach handlowych. Posiada doświadczenie w prowadzeniu sporów korporacyjnych oraz sporów sądowych, włączając w to specyfikę procesów karnych – przestępczość zorganizowaną oraz white-collar crime. Doradza także klientom indywidualnym w sprawach karnych i rodzinnych. Przeprowadzał liczne badania prawne, w szczególności dotyczące kwestii korporacyjnych i compliance.



Aleksandra Bobińska

adwokat

Doświadczenie zawodowe zdobywała m.in. jako asystent w wydziale gospodarczym Sądu Okręgowego w Warszawie. Od trzech lat współpracuje z Klientami w zakresie bieżącej obsługi spółek, w sprawach z zakresu odpowiedzialności majątkowej i karnej członków zarządu i sporów korporacyjnych.



Paulina Sułkowska

adwokat

Specjalizuje się w sporach sądowych, w szczególności z zakresu prawa cywilnego, jak i prawa karnego. Obsługuje Klientów polskich, jak i zagranicznych w sprawach związanych z ich bieżącą działalnością biznesową, w tym dotyczących odzyskiwania należności na drodze postępowań sądowych oraz prawa umów. Świadczy usługi doradztwa procesowego na rzecz podmiotów gospodarczych związane z przestępczością gospodarczą (white-collar crime).



Magdalena Sienkiewicz

aplikant adwokacki

Posiada bogate doświadczenie w reprezentowaniu Klientów w postępowaniach karnych, ze szczególnym uwzględnieniem prawa karnego gospodarczego. Prowadziła sprawy w przedmiocie niegospodarności zarządu, przekupstw menedżerskich, przestępstw przeciwko wierzycielom, oszustw bankowych, utrudniania dochodzenia roszczeń, nierzetelnego prowadzenia dokumentacji, nadużyć, wykorzystywania informacji poufnych.



Tomasz Kiernożycki

prawnik

Zajmuje się bieżącą obsługą prawną spółek, sporami korporacyjnymi, oraz egzekucją wierzytelności. W obszarze jego zainteresowań znajdują się/leżą także procesy sądowe. Swoje doświadczenie zawodowe zbierał w pracy w warszawskich kancelariach prawnych.



Business case





01

Pospieszny urząd i nieprecyzyjny bank: o pozornym wyłudzeniu środków unijnych



Bartłomiej Pietruszka
partner, adwokat



Nie od dziś wiadomo, że ubieganie się o unijne dofinansowanie nie jest rzeczą prostą, stąd przedsiębiorcy niejednokrotnie przy sporządzaniu wniosków o dofinansowanie korzystają z profesjonalnej pomocy. Jest to o tyle istotne, że realizacja unijnych projektów wymaga nie tylko dopełnienia szeregu formalności, ale także między innymi zapewnienia finansowania realizacji projektu, a w związku z tym w ramach kompletowania dokumentacji konieczne jest także porozumienie się z instytucjami finansowymi: bankami i innymi podmiotami udzielającymi pożyczek.

W omawianym przypadku beneficjenci środków unijnych skorzystali z pomocy „Konsultanta”, który podjął się nie tylko wsparcia przy sformułowaniu samych wniosków o dofinansowanie, ale także zapewnił daleko idącą pomoc w organizowaniu finansowania. Konsultant wskazywał bowiem beneficjentom konkretne podmioty (banki), które skłonne były udzielić tzw. promesy udzielenia pożyczki, a nawet składał w ich imieniu wnioski o udzielenie takowej promesy i dostarczał finalny dokument, załączając go do wniosku o dofinansowanie.



Zasada ograniczonego zaufania

Działanie konsultanta miało charakter masowy i wkrótce spowodowało, że instytucja dysponująca środkami unijnymi („Organ”) podjęła decyzję o weryfikacji, czy aby na pewno tak wiele promes zostało wystawionych przez banki. Po zwróceniu się przez Organ ze stosownym zapytaniem okazało się, że instytucje finansowe zanegowały wystawienie przez siebie znakomitej większości promes. Dla Organu sprawa stała się jasna: doszło do „wyłudzeń dotacyjnych” na masową skalę, czyli przestępstw określonych w art. 297 kk.

Czy jednak błyskawiczna reakcja Organu była właściwa? Czy aby na pewno należało pokładać tak duże zaufanie w stanowisku banków? Być może, wszak mowa tu o instytucji zaufania publicznego. Być może jednak zawsze należy dochować minimum staranności, a nie opierać się na intuicjach związanych z zaufaniem do określonego podmiotu.

Wątpliwe promesy?

Artykuł 297 k.k. to skomplikowany przepis ustawy karnej, który mówi o wyłudzeniu środków publicznych. W dużym uproszczeniu można stwierdzić, że penalizuje zachowanie polegające na posłużeniu się dokumentem lub oświadczeniem w postępowaniu o uzyskanie m.in. środków unijnych, które jest sfałszowane (podrobione) lub choćby nierzetelne. Niewątpliwie zatem zanegowanie wystawienia promesy udzielenia pożyczki mogło wzbudzić wątpliwości po stronie Organu, który w takiej sytuacji pośpiesznie wypowiedział wszystkie umowy o dofinansowanie, w których wykorzystano „niepotwierdzoną” przez bank promesę, a następnie zażądał zwrotu środków i zawiadomił organy ścigania o podejrzeniu popełnienia przestępstw: podrobienia dokumentu oraz wyłudzenia dotacji. Zaznaczyć należy, że odpowiedzialność z tego tytułu ponoszą zazwyczaj członkowie zarządu podmiotu ubiegającego się o dofinansowanie, więc wielu członków zarządów zwróciło się do prawników o ocenę zaistniałej sytuacji.

W opisywanym, w rzeczywistości wielowątkowym postępowaniu, doszło do ścierania się argumentacji

przedstawianej przez szereg instytucji publicznych, które zawarły umowy o dofinansowanie, instytucji finansowych, którym przypisywano wystawienie promes udzielenia pożyczek, beneficjentów, którzy z jednej strony dążyli do obrony przed zarzutami wyłudzenia dotacji, z drugiej zaś strony zmierzali do zakończenia realizacji projektów, które niejednokrotnie były już na ukończeniu.

Na tropie rzekomych wyłudzeń

W efekcie wszczęto szereg postępowań administracyjnych i cywilnych, a także karnych, zaś globalna wartość realizowanych projektów, które były przedmiotem sporu, sięgała kilkuset milionów złotych. Niełatwe zadanie stało także przed prokuraturą, która musiała wyjaśnić całą sprawę, przesłuchać dziesiątki świadków rozsianych po całej Polsce: członków zarządów, dyrektorów departamentów banków, urzędników czy doradców, a wreszcie także ocenić dokumentację finansową i zweryfikować czy rzeczywiście pochodzi z banku.

Jak się wkrótce okazało, jedną z przyczyn całego zamieszania okazał się fakt, że banki, w imieniu których wystawiono dokumenty promes, nie potrafiły tych dokumentów zidentyfikować, gdyż nie figurowały w ich wewnętrznych systemach. Nie musiało to jednak automatycznie oznaczać, że są to dokumenty, których nie wystawił bank, a tym bardziej, że są podrobione. W toku przesłuchań kilkudziesięciu świadków okazało się, że pracownicy zatrudnieni przez Konsultanta odbierali gotowe dokumenty promes w siedzibie placówek banków, które były wystawiane i podpisywane przez jednego z jego dyrektorów regionalnych.

Fokus na uprawnienia

Jak bronił się bank? Wskazywał, że co prawda promesy wystawiał jeden z wysoko postawionych pracowników banku, ale przekraczał swoje uprawnienia przy wystawianiu wzmiankowanych dokumentów.

Znając takie stanowisko banku warto pamiętać, żeby przy następnej wizycie w banku dokładnie



zweryfikować zakres uprawnień pracownika, z którym rozmawiamy, gdyż jak widać bank może próbować podważać skuteczność działań takiej osoby, np. udzielającej nam kredyt, otwierającej rachunek czy lokatę.

Odstawiając jednak złośliwości na bok: na tym etapie postępowania nie ulegało już wątpliwości, że promesy były ważne: były wystawione przez pracownika banku, w jego placówce, a o ich wystawianiu wiedzę posiadali przełożeni. W żadnym razie promesy te nie zostały przez nikogo podrobione.

Jak to wpłynęło na sytuację beneficjentów w postępowaniu karnym? I skąd w ogóle takie stanowisko banku? Odpowiedź jest złożona. W dużym skrócie można jednak powiedzieć, że dokumentów promes intencjonalnie nie wprowadzono do systemu banku, o czym w pełni świadomie zdecydowały osoby z zarządu banku. To z kolei spowodowało, że bank nie potrafił udzielić organowi precyzyjnej informacji w zakresie wystawionych dokumentów finansowych. Tu dochodzimy do istoty problemu. Otóż okazało się, że Organ, nie zweryfikowawszy wcześniej przyczyn takiego stanowiska banku, wypowiedział umowy o dofinansowanie opiewające na setki milionów złotych, podczas gdy przyczyną zaistniałego stanu rzeczy była – delikatnie rzecz ujmując – nieprecyzyjna informacja ze strony instytucji finansowej.

Niewątpliwie w tych warunkach nie można było mówić o realizacji znamion czynu zabronionego określonego w art. 297 k.k. przez samych beneficjentów, co zostało wykazane przed organami ścigania, zaś odpowiedzial-

nością za taki stan rzeczy należało raczej obarczać przedstawicieli instytucji finansowych lub urzędników Organu, którzy bezrefleksyjnie i przedwcześnie wypowiedzieli umowy o dofinansowanie.

Kończąc zaznaczyć jednak należy, że jest to jedynie część wielowątkowej historii, zaś reperkusje związane z całą sprawą oczywiście mają swój ciąg dalszy: tak na gruncie postępowań cywilnych, jak i karnych, jednak już nie wobec beneficjentów.





02

Kto pilnować będzie strażników – czyli o oszustwach dotacyjnych słów parę



Krzysztof Brysiewicz
partner zarządzający,
radca prawny

Ostatnie lata są okresem wzmożonej aktywności organów ścigania w zakresie tzw. przestępstw dotacyjnych. Szczególny prym wiedzie w tym Centralne Biuro Antykorupcyjne, które rocznie wszczyna kilkadziesiąt postępowań w sprawach związanych z wyłudzeniem środków unijnych, a także kontroli urzędników wydających unijne pieniądze, jak i otrzymujących je beneficjentów.

Warto postawić pytanie na ile nieprawidłowości w unijnych projektach wykrywane przez różne organy kontrolne są wynikiem oszustwa, a na ile wynikiem skomplikowania przepisów i ich niejasnej interpretacji. Wydatkowanie środków unijnych nie jest proste, a problem z realizacją projektów pogłębia fakt, że większość zasad według których te projekty mają być realizowane nie tylko ma charakter ogólny, ale jest określona nie w przepisach prawa, a w regulaminach, instrukcjach czy wytycznych. Np. proces zamówień w projektach unijnych realizowanych przez przedsiębiorców został uregulowany w wytycznych, podczas gdy wcześniej regulowały go bardzo ogólne postanowienia umowy o dofinansowanie, wymagające od przedsiębiorcy wyboru kontrahentów w przejrzystej i rzetelnej procedurze, z zachowaniem zasady bezstronności. Takie ogólne klauzule nie zawsze są wystarczające do precyzyjnego określenia obowiązków przedsiębiorców. Również sami urzędnicy czy prowadzący postępowanie mają problemy z ich interpretacją, z reguły, ze względu na dyscyplinę finansów publicznych, przyjmując tę najbardziej niekorzystną dla beneficjentów.



Klienci zgłaszający się do kancelarii dowiadują się o grożącej im odpowiedzialności finansowej niekiedy po kilku latach od zakończenia pełnienia funkcji w zarządzie. Jeden z nich zgłosił się po pomoc prawną już po wydaniu decyzji przez organ pierwszej instancji. Zobowiązanie podatkowe wynikało z korekt deklaracji VAT złożonych przez spółkę kilka miesięcy po rezygnacji z pełnienia funkcji w zarządzie spółki. Klient otrzymał zawiadomienie o wszczęciu postępowania, tydzień później wezwano do zajęcia stanowiska w sprawie w terminie 3 dni od daty otrzymania zawiadomienia, a niezwłocznie po upływie tego terminu wydano decyzję orzekającą o jego odpowiedzialności.

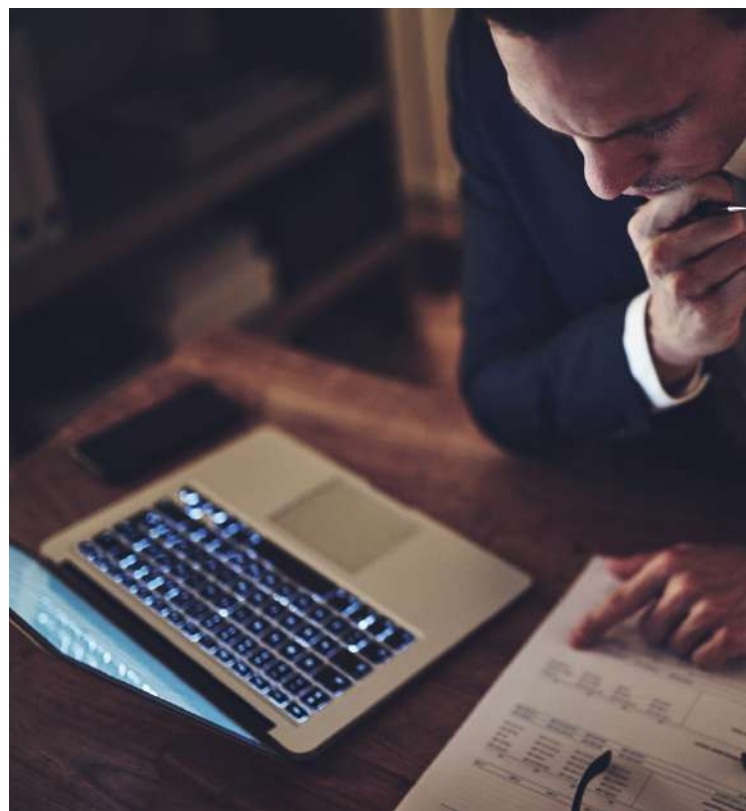
Drogą na skróty

Analiza akt postępowania prowadzonego przed naczelnikiem urzędu skarbowego wykazała, że szybkość postępowania była podyktowana zbliżającymi się terminami przedawnienia do wydania decyzji. Spółka, której zaległości podatkowych dotyczyło postępowanie, nie generowała w ogóle obrotów, więc organ ograniczył postępowanie egzekucyjne do zajęcia kont bankowych. Po otrzymaniu informacji o braku środków na rachunkach, organ stwierdził bezskuteczność egzekucji i wszczął postępowanie przeciwko byłym i obecnym członkom zarządu. Praktyka i orzecznictwo wskazują, że bezskuteczność egzekucji może być wykazana przez organ w dowolny sposób, co skłania z kolei prowadzących postępowanie do chodzenia na skróty.

Pobieżność postępowania dowodowego została dostrzeżona przez Dyrektora Izby Administracyjnej, który uchylił decyzję i przekazał ją do ponownego rozpoznania organowi pierwszej instancji, przychylając się do stanowiska strony o niewyjaśnieniu wszystkich okoliczności stanu faktycznego. Naczelnik urzędu skarbowego nie pochylił się nad istnieniem zgłaszanej przez stronę postępowania wierzytelności wobec spółki z nią powiązanej oraz nie dokonał zajęć wierzytelności wobec kontrahentów, wykazywanych w sprawozdaniu finansowym, jako należności krótkoterminowe. Organ nie prowadził również ustaleń w zakresie braku winy klienta w niezłożeniu wniosku o ogłoszenie upadłości.

Aktywność i inicjatywa dowodowa strony w trakcie postępowania o orzeczenie solidarnej odpowiedzialności za zobowiązania spółki może doprowadzić do skutecznego uchylenia się od tej odpowiedzialności na gruncie Ordynacji podatkowej. W pierwszym rzędzie istotne jest wskazanie mienia pozwalającego na zaspokojenie zaległości podatkowych przynajmniej w znacznej części, a w przypadku braku wiedzy w tym zakresie, sformułowanie odpowiednich wniosków dowodowych. Organ, który stwierdza w wydanej przez siebie decyzji brak istnienia przesłanki wyłączającej odpowiedzialność osoby trzeciej musi bowiem wykazać, że mienie wskazywane przez członka zarządu nie pozwala na zaspokojenie wierzytelności, a nierozpoznanie wniosków dowodowych strony może stanowić naruszenie przepisów postępowania skutkujących uchyleniem decyzji.

W kontekście tej konkretnej decyzji uchylenie decyzji organu pierwszej instancji wiązało się także z częściowym przedawnieniem zaległości podatkowej.





Dlatego niewątpliwie normy regulujące wydatkowanie unijnych środków wymagają z jednej strony doprecyzowania, w szczególności w takich obszarach jak realizacja zamówień, sposób ustalania powiązań między przedsiębiorstwami, osiąganie wskaźników projektu i sposób komunikowania się z instytucjami i zatwierdzania zmian, z drugiej zaś strony zasady te powinny być określone w przepisach powszechnie obowiązujących, co pozostaje spójne ze stanowiskiem Trybunału Konstytucyjnego wyrażonym w wyroku P 1/11 z 12 grudnia 2011 r.

Z odpowiedzialnością karną włącznie

Ryzyka związane z realizacją projektów z funduszy unijnych to nie tylko utrata majątku w wyniku ewentualnych nieprawidłowości, ale też potencjalnie odpowiedzialność karna dla tych z beneficjentów lub ich reprezentantów, którzy przekroczyli cienką czerwoną linię pomiędzy niewiedzą i nieświadomością, a znajomością i świadomością popełnianych działań.

Chociaż środki unijne są w Polsce wykorzystywane już od 15 lat to ciemną stronę dotacji nadal otacza pewien nimb tajemnicy, a te coraz liczniejsze postępowania, które się toczą, albo z uwagi na swoje skomplikowanie toczą się latami, albo dotyczą bardzo prostych i ewidentnych zagadnień.

Oszustwo dotacyjne to temat złożony warto jednak wyjść od artykułu 297 Kodeksu karnego który kryminalizuje tego typu oszustwa.

Kto, w celu uzyskania dla siebie lub kogo innego, od banku lub jednostki organizacyjnej prowadzącej podobną działalność gospodarczą na podstawie ustawy albo od organu lub instytucji dysponujących środkami publicznymi - kredytu, pożyczki pieniężnej, poręczenia, gwarancji, akredytywy, dotacji, subwencji, po-

twierdzenia przez bank zobowiązania wynikającego z poręczenia lub z gwarancji lub podobnego świadczenia pieniężnego na określony cel gospodarczy, instrumentu płatniczego lub zamówienia publicznego, przedkłada podrobiony, przerobiony, poświadczający nieprawdę albo nierzetelny dokument albo nierzetelne, pisemne oświadczenie dotyczące okoliczności o istotnym znaczeniu dla uzyskania wymienionego wsparcia finansowego, instrumentu płatniczego lub zamówienia, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5.

Z powyższego przepisu wynika, że kryminalizowane jest takie zachowanie beneficjenta lub osoby pomagającej mu, które ma charakter celowy, świadomy. Przestępstwo oszustwa dotacyjnego wskazane w tym przepisie polega także na przedłożeniu dokumentu lub oświadczenia, które zawiera takie nieprawdziwe czy też nierzetelne informacje.

System aplikowania o środki publiczne jest systemem złożonym wymagającym od beneficjenta ponadstandardowej wiedzy z wielu dziedzin prawa, a niektóre materie okazują się zbyt skomplikowane nawet dla prawników czy specjalistów z jednostek obsługujących unijne dofinansowania. Pokazuje to doskonale kwestia ustalania powiązań na potrzeby określenia statusu przedsiębiorstw. W tym kontekście np. zarzut świadomego przedłożenia dokumentów, które okazują się nieprawdziwe albo wadliwe powinien być przez prokuratorów i prowadzących postępowanie traktowany ze szczególną ostrożnością, podobnie jak zarzut powiązań z wykonawcą danej usługi czy nieprawidłowego określenia treści wniosku.

Moje szczególne wątpliwości zwłaszcza na gruncie odpowiedzialności karnej beneficjentów budzą próby obarczania beneficjentów odpowiedzialnością za nieprawidłowe określenie statusu ich przedsiębiorstwa albo brak zidentyfikowania budzących wątpliwości powiązań ich przedsiębiorstwa z przedsiębiorstwem wykonawcy danego elementu projektu wybranym w postępowaniu konkurencyjnym. Szczególnym problemem dla



beneficjentów są zakupy przeprowadzane w projektach. Instytucje bardzo często zbyt formalistycznie podchodzą do przeprowadzanych przez beneficjentów postępowań przetargowych dopatrując się błędów i nieprawidłowości tam gdzie ich nie ma. Bardzo często idą na skróty ograniczając się do twierdzeń, że „ktoś kiedyś zasiadał w organach spółek” albo że dane osoby znają się jeszcze z wcześniejszych czasów.

Skomplikowane relacje powiązania

Stawianie na tym gruncie zarzutów świadomego działania beneficjentów powinno mieć miejsce ze szczególną ostrożnością i powinno być poparte rzeczywiście kompleksowym materiałem dowodowym. Trzeba pamiętać, że możliwe powiązania pomiędzy przedsiębiorcami na gruncie przepisów dot. środków unijnych i pomocy publicznej są daleko bardziej złożone niż np. powiązania określone na gruncie innych ustaw np. Kodeksu spółek handlowych. Dość powiedzieć, że do tej pory sami urzędnicy udzielający dofinansowań mają istotne problemy z rozpoznawaniem, kiedy pomiędzy przedsiębiorcami zachodzi normalna współpraca gospodarcza, a kiedy przeradza się ona w coś co można nazwać powiązaniem. W tej sytuacji stawianie beneficjentom zarzutów świadomego działania bez rzetelnego udokumentowania tej świadomości tylko dlatego, że „ktoś o czymś słyszał” albo „czegoś się domyślał” uznać można za zbyt daleko idące.

Nie oznacza to jednak, że w praktyce obrotu nie występują przypadki patologiczne. Oszustwo dotacyjne to coraz bardziej "popularne" zjawisko, co jest bezpośrednio skorelowane z popularnością samych instrumentów dotacyjnych. Tajemnicą polszynela jest fakt, że prawie każde działanie i

program doczekały się swoich "specjalnych" beneficjentów, którzy w ramach zorganizowanego proceduru prowadzili i pozyskiwali unijne granty nie w celu realizacji projektów i przyczyniania się tym samym do realizacji celów publicznych, ale wyłącznie w zamiarze łatwego zarobku. Mechanizmy wyłudzenia dotacji są różne - przez start w wielu obszarach (w przypadku konkursów obszarowych) i eliminację konkurencji, przez taką "organizację" zamówień w projekcie, aby realizowały je podmioty związane z beneficjentem po np. oszustwa w zakresie braku pomocy publicznej czy przekłamania w zakresie statusu przedsiębiorstwa (zamiast np. mikro-przedsiębiorstwa dotację bierze podmiot, który postawił spółkę na tzw. słupą). Na porządku dziennym znajduje się również podawanie nieprawdziwych informacji w dokumentacji aplikacyjnej np. w zakresie posiadanego potencjału, czy doświadczenia, zatajanie informacji o wykluczeniu danego podmiotu z możliwości ubiegania się o dofinansowanie ze świadomością, że nikt tych informacji nie zweryfikuje.

Zawsze jednak, w każdym z tych przypadków kierujący postępowaniem ustalając stopień świadomości sprawców powinni kierować się starą zasadą *cui bono*, czyli badać przede wszystkim kto skorzystał na oszustwie. Trop pieniędzy bowiem może w najprostszy sposób odpowiedzieć kto skorzystał, albo wykluczyć, że mamy do czynienia z przestępstwem.



03

Najpopularniejsze przestępstwo giełdowe, czyli o wykorzystaniu informacji poufnej



Bartłomiej Pietruszka
partner, adwokat



Jednym z najczęściej popełnianych przestępstw związanych z obrotem giełdowym jest nieuprawnione wykorzystanie informacji poufnej (ang. „insider trading”). Informacja poufna, mówiąc krótko, to informacja dotycząca samego emitenta (spółki) lub instrumentów finansowych (np. akcji), która nie została podana do publicznej wiadomości, zaś po opublikowaniu prawdopodobnie miałaby znaczący wpływ na cenę tych instrumentów finansowych (byłaby cenotwórcza). Ze względu zatem na tę cechę takiej informacji, jej wykorzystanie wyłącznie do „własnych interesów” i nieujawnienie jej, pomimo istnienia takiego obowiązku wynikającego z przepisów prawa, pozostaje penalizowane w drodze m.in. art. 181 ust. 1 Ustawy o obrocie instrumentami finansowymi, gdyż w nieuzasadniony sposób uprzywilejowuje pozycję osób posiadających o niej wiedzę.

W praktyce wyróżnia się cztery główne cechy klasyfikujące określoną informację jako poufną, a mianowicie informacja ta (1) musi być konkretna, precyzyjna (2) nie została dotychczas upubliczniona (3) jest cenotwórcza i (4) dotyczy emitenta. Przykładami okoliczności, które mogą generować informację poufną są najczęściej wyniki działalności operacyjnej, spory prawne, zmiany wartości aktywów, niewypłacalność istotnych dłużników spółki, zmiany w przewidywanych dochodach lub stratach.



Jak sklasyfikować czy informacja jest poufna?

Regulacje związane z informacją poufną i obowiązkiem jej ujawnienia powodują, że każdorazowo zarząd spółki powinien rozważyć czy określona sytuacja, która zaistniała w spółce stanowi informację poufną, która podlega ujawnieniu. Ocena ta niejednokrotnie nie jest prosta, wszak definicja informacji poufnej bazuje na pojęciach takich jak „precyzja” informacji, jej „bezpośredniość” czy „cenotwórczość”.

Zagadnienie z jakim zgłosił się Klient polegało na ustaleniu czy doszło do wykorzystania informacji poufnej przez członków zarządu spółki giełdowej, którzy zbyli posiadane przez nich akcje tego podmiotu. Informacją, która mogła nosić charakter informacji poufnej, było rozpoczęcie prac nad wnioskiem o otwarcie postępowania restrukturyzacyjnego. Od razu wskazać należy, że zarząd spółki bronił się podnosząc, że prace nad tym wnioskiem rozpoczęły się dokładnie wówczas, to jest tego samego dnia, w którym doszło do podania tej informacji do publicznej wiadomości i przy okazji zbycia akcji przez członka zarządu.

Krytyczny moment upublicznienia informacji

W związku z powyższym w pierwszej kolejności oceniono, że informacja ta spełnia wszelkie kryteria, aby przypisać jej charakter informacji poufnej, co wkrótce potwierdził w swoich analizach także Urząd Komisji Nadzoru Finansowego. Po drugie podjęto próbę weryfikacji czy doszło do jej wykorzystania w transakcjach, których przedmiotem były akcje spółki. Innymi słowy należało ustalić czy rzeczywiście doszło do wykorzystania informacji poufnej do korzystniejszego zbycia akcji i w sposób nieuprawniony opóźniono podanie jej do publicznej wiadomości, czy zbycie akcji faktycznie nastąpiło już po rozpoczęciu prac nad wnioskiem o otwarcie postępowania restrukturyzacyjnego i, co istotne, po upublicznieniu tej krytycznej informacji.

O całej sprawie, poza Urzędem Komisji Nadzoru Finansowego, zawiadomiona została także Prokuratura Okręgowa, która wszczęła śledztwo w sprawie popełnienia czynu zabronionego określonego w art. 181

ust. 1 Ustawy o obrocie instrumentami finansowymi, ale także w przedmiocie innych czynów zabronionych. Zasygnalizować bowiem należy, że jak się szybko okazało, nie tylko kwestia wykorzystania informacji poufnej była wątpliwym działaniem zarządu, która stanowiła przedmiot zainteresowania organów ścigania, ale także inne zagadnienia, jak działanie na szkodę spółki czy przestępstwa przeciwko wierzycielom. Teraz rolą organów ścigania, ale także pełnomocników Klienta, było zweryfikowanie kiedy powstała informacja poufna.

W odniesieniu do przestępstwa wykorzystania informacji poufnej, jak pokazuje praktyka, wyjątkowo trudne jest znalezienie dowodów bezpośrednich popełnienia przestępstwa, na przykład w postaci zeznań świadków, którzy potwierdzą przestępne jej wykorzystanie. W praktyce prokuratorskiej często panuje przeświadczenie, że zgromadzone dowody o charakterze głównie poszlakowym nie są wystarczające do postawienia definitywnych wniosków w postaci przedstawienia zarzutów, a następnie sporządzenia aktu oskarżenia. Na gruncie niniejszej sprawy – dzięki wsparciu zaoferowanemu Prokuraturze Okręgowej – uzyskano wzmiankowane dowody bezpośrednie, co nie zdarza się często.

W toku szeroko zakrojonego śledztwa ustalono wkrótce, że kwestia przygotowania wniosku o ot-



warcie postępowania restrukturyzacyjnego i przygotowania stosowanych dokumentów w tym zakresie, było obszernie omawiane na posiedzeniach rady nadzorczej. To znacznie ułatwiło ustalenie rzeczywistego stanu rzeczy, tj. faktycznego momentu rozpoczęcia prac nad komentowanym wnioskiem. Tym samym okazało się, że członek zarządu, który zbył akcje, w istocie dysponował wiedzą o powyższej okoliczności przez co najmniej 2 miesiące przed jej upublicznieniem. Zarząd spółki był zatem zobowiązany do podania do publicznej wiadomości tej niewątpliwie cenotwórczej informacji znacznie wcześniej. Tymczasem okoliczność tę w istocie ukrywano, aby następnie rozporządzić z korzyścią dla siebie akcjami spółki, których kurs, już po właściwym ujawnieniu informacji poufnej, załamał się ze stratami dla całego pozostałego akcjonariatu.

Kończąc, warto wskazać, że zarząd nie skorzystał z instytucji opóźnienia ujawnienia informacji publicznej z uwagi na możliwość naruszenia prawnie uzasadnionych interesów spółki, jego kontrahentów i akcjonariuszy (w oparciu o art. 17 ust. 4 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 596/2014).





04

Odpowiedzialność absolutna, czyli kilka słów o odpowiedzialności członków zarządu za zaległości podatkowe



Aleksandra Bobińska
adwokat



Ordynacja podatkowa w art. 116 przewiduje odpowiedzialność członków zarządu spółki kapitałowej za jej zaległości podatkowe. Odpowiedzialność ta ma charakter subsydiarny i solidarny, co oznacza, że decyzja w przedmiocie ustalenia odpowiedzialności zapada dopiero, gdy egzekucja z majątku spółki okaże się bezskuteczna w całości lub w części.

Członek zarządu może uwolnić się od odpowiedzialności, jeżeli wykaże, że we właściwym czasie złożono wniosek o ogłoszenie upadłości lub restrukturyzację, niezłożenie wniosku nastąpiło bez jego winy albo wskaże mienie spółki pozwalające na zaspokojenie zaległości podatkowych w znacznej części.

Złą wiadomością dla byłych członków zarządu jest fakt, że rezygnacja ze stanowiska nie wpływa na zakres odpowiedzialności opartej na art. 116 Ordynacji podatkowej, bowiem dotyczy ona zobowiązań podatkowych, których termin płatności upływał w okresie pełnienia funkcji oraz zobowiązań z tytułu nadpłaty podatku i wynagrodzenia płatników powstałych w okresie pełnienia funkcji, niezależnie od tego, kiedy deklaracyjna decyzja stwierdzająca obowiązek zwrotu nadpłaty została wydana.



W praktyce często można spotkać sytuację, gdy postępowanie w przedmiocie odpowiedzialności osoby trzeciej za zaległości podatkowe jest wszczynane po wielu latach od zakończenia pełnienia funkcji, a były członek zarządu nie wiedział o istnieniu zaległości podatkowej. Najczęściej do takiej sytuacji dochodzi, kiedy organ dopiero po kilku latach ustali istnienie zaległości podatkowej albo, gdy spółka dokona korekty deklaracji już po wygaśnięciu mandatu byłego członka zarządu.

Niełatwa sytuacja ex-członka Zarządu

Przepis art. 116 Ordynacji podatkowej został sformułowany w sposób narzucający istnienie domniemania istnienia odpowiedzialności, a podstawą do wydania decyzji jest już w zasadzie samo postanowienie o umorzeniu egzekucji przeciwko spółce kapitałowej z powodu jej bezskuteczności i stwierdzenie sprawowania funkcji w okresie powstania zobowiązania. To członek zarządu musi wykazać, że zachodzą okoliczności do wyłączenia jego odpowiedzialności. Sytuacja byłego członka zarządu w postępowaniu podatkowym jest znacznie mniej korzystna, bo częstokroć nie wie ani o postępowaniu przeciwko spółce, ani nie ma dostępu do dokumentacji finansowej spółki.

Przesłanką wyłączającą odpowiedzialność z art. 116 Ordynacji podatkowej jest złożenie wniosku o ogłoszenie upadłości lub restrukturyzację we właściwym czasie. Mowa tu o wniosku skutecznym, czyli nieobarczonym brakami formalnymi lub negatywnymi przesłankami do wszczęcia postępowania upadłościowego. Wniosek może być złożony przez każdego z członków zarządu, niezależnie od zasad reprezentacji. Ustalenie, że spółka złożyła wniosek o ogłoszenie upadłości skutkuje zbadaniem

przez organ, czy został on złożony we właściwym czasie, bowiem co do zasady jedynie wniosek złożony w terminie 30 dni od dnia powstania stanu niewypłacalności^[1] zwalnia managera z odpowiedzialności.

Kolejną przesłanką wyłączającą odpowiedzialność jest brak winy w niezgłoszeniu wniosku o ogłoszenie upadłości. Z taką sytuacją najczęściej mamy do czynienia, gdy majątek spółki w chwili powstawania zobowiązania nie uzasadniał zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości, a do zmiany sytuacji finansowej spółki doszło po zaprzestaniu pełnienia funkcji.

Kiedy stwierdzamy stan niewypłacalności ?

Inną kwestią jest ocena dopuszczalności złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości, z którą wiąże się ustalenie winy managera. Jedną z przesłanek do stwierdzenia stanu niewypłacalności na gruncie prawa upadłościowego jest istnienie co najmniej dwóch wierzycieli, natomiast w postępowaniach o orzeczenie odpowiedzialności za zaległości podatkowe spółki kapitałowej, organy najczęściej stają na stanowisku, że niewypłacalność powstaje już z chwilą nadejścia wymagalności zobowiązania podatkowego i powstania zaległości z tego tytułu, nawet jeśli spółka nie posiada zobowiązań wobec innych wierzycieli, a sądy administracyjne niestety częstokroć podzielają to stanowisko.

Można jednak znaleźć orzeczenia wojewódzkich sądów administracyjnych, w których zarzut o braku możliwości złożenia wniosku o upadłość przez managera w sytuacji, gdy spółka posiada wyłącznie jednego wierzyciela spotkał się z aprobatą sądu. Wobec jednolitego stanowiska orzecznictwa gospodarczego i administracyjnego, że jedynie skuteczne złożenie wniosku powoduje zwolnienie z odpowiedzialności, forsowanie przez organy administracji stanowiska o konieczności składania wniosku o ogłoszenie upadłości nawet w przypadku istnienia tylko jednego wierzyciela nie znajduje logicznych podstaw, jednak stanowi niestety dominującą linię orzeczniczą.

[1] Szczególne zasady w tym zakresie mogą wynikać z ustaw przyjętych w okresie obowiązywania stanu zagrożenia epidemicznego i epidemii COVID-19.



05

Postępowanie przygotowawcze pełne pułapek, czyli kilka słów o sposobie prowadzenia śledztwa



Maciej Wiślawski
adwokat



Zasady gry w biznesie są proste i często bezwzględne, zazwyczaj najstarszy przegrywa i zostaje z niczym, jednak w niektórych przypadkach zwycięzcy oczekują nie tylko majątku upadającego króla, ale również jego głowy, a mając „wiarygodną” pozycję, jest im to łatwiej osiągnąć.

Podobnie bywa w toku postępowania przygotowawczego, które – jak pokazuje poniższa historia - może przypominać polowanie, na które składa się szereg czynności wykonywanych przez myśliwych: tropienie, ściganie oraz łowienie zwierzyny. Podobnie jak na polowaniu, w postępowaniu przygotowawczym czynności te muszą być wykonywane z przestrzeganiem obowiązujących reguł. Gdy jednak myśliwy da się zaślepić chęcią schwytania upatrzonej zwierzyny, może przestać zważać na reguły i zasady, a wówczas niebezpiecznie zaczyna przypominać wilka. W przytoczonej historii wskażemy, jak poradzić sobie na polowaniach w tych niepewnych lasach.



Tak też było w naszej historii. Pewna Spółka aspirowała do bycia poważnym graczem przy stole z największymi sieciami handlowymi w kraju i przez lata z powodzeniem realizowała swoje założenie. Chcąc jednak poszerzyć możliwości działania potrzebowała zastrzyku finansowego, a właściwie większego *cash flow*, bowiem jak wszyscy dobrze wiemy duzi gracze narzucają swoje zasady w sposób nienegocjowalny (długie terminy płatności, rabaty, kompensaty). Mniejsi gracze rynkowi muszą się do tego dostosować, problem jednak w tym, że ich pracownicy czy dostawcy nie mogą czekać miesiącami na zapłatę, a żeby produkować i kupować towar trzeba dysponować środkami finansowymi.

Możliwości w takich przypadkach jest co najmniej kilka. W tym przypadku Spółka zdecydowała się na słynny faktoring, czyli Spółka wystawia fakturę Marketowi z długim terminem płatności, a Faktor (Bank) płaci Spółce jutro i martwi się jak od Marketu uzyskać zapłatę w terminie płatności. Jak wszyscy przy stole się znajdują i sobie wzajemnie ufają to wszystko idzie w dobrym kierunku, jednak nie zawsze.

Układ prawie idealny

Spółka ma pieniądze na już, Market ma towar na już, a Faktor wobec tego, że bardzo ufa Marketowi zobaczy pieniądze za jakiś czas, zawsze jest jednak jakieś „ale”. Tak też było w tym przypadku. Faktor z Marketem nie rozumieli nie tylko o co chodzi w biznesie Spółki, ale starali się uzyskać od niej jak najwięcej środków, zapędzając ją pod ścianę, obiecując przy tym Spółce złote góry, czyli np. duże zamówienia i podwyższenie limitu spłat przez Faktora. Market odbierał towar, ale po kilku miesiącach mówił, że właściwie już go nie potrzebuje i że Spółka ma go zabrać, kompensował swoje należności, naliczał sobie rabaty, jednostronnie reklamował, zmieniał zamówienia, jednym słowem robił wszystko, aby tylko nie zapłacić. Jak Faktor to wszystko zauważył, to stwierdził, że to koniec balu i zaczynamy sprzątanie.

Problem w tym taki, że sprzątanie w tej historii nie opierało się na wyjaśnieniu sytuacji w ramach trójstronnej ugody i próbie uregulowania wzajemnych należności. Market z Faktorem poszli

o krok dalej. Zamierzali bowiem zapędzić Spółkę w pułapkę, składając zawiadomienie o podejrzeniu popełnienia przestępstwa i sięgając po sidła postępowania karnego. Tak też zaczęło się polowanie z udziałem myśliwego (prokuratora). Myśliwi, jak pokazuje historia, są różni, a w naszej historii znalazł się taki, który nie tylko chwycił trop, ale rozpiął dość niesamowity plan, który zamierzał za wszelką cenę zrealizować.

Jest plan to się go trzymajmy

Po otrzymaniu zawiadomienia o możliwości popełnienia przestępstwa i dokumentów od Faktora, myśliwy (prokurator) rozpoczął łowy, przeszukał cały las, ale nie przyniosło to skutku, przeszukał więc ponownie, znowu jednak nic. Nie pozostało mu więc nic innego jak rozpocząć nęcenie przed właściwym polowaniem. Nie do końca wiadomo dlaczego myśliwy skupił swoją uwagę jedynie na Spółce, jeżeli nikt nie sprawdził kto, komu, co i ile może być winien. Nie można było wykluczyć scenariusza, według którego to Market albo Faktor powinien być celem polowania. Niestety nikt nie zadał sobie w prokuraturze tego pytania na samym początku postępowania, a zagrożenie ze strony myśliwego okazało się poważne.

Żaden myśliwy nie może zapomnieć przed polowaniem o odtrąbieniu „Powitania”, tak też uczynił nasz myśliwy zlecając zatrzymanie jednego z pracowników Spółki (księgowego) i decydując się na zajęcie dokumentacji w Spółce. Pracownik został więc zatrzymany i ku swojemu zdziwieniu usłyszał zarzuty, korzystając jednak z przysługującego mu prawa, odmówił składania wyjaśnień. Nie tego spodziewał się jednak myśliwy, który liczył na obszernie wyjaśnienia, które znacznie uprościłyby dalsze gromadzenie materiału dowodowego i już na wstępie pozwoliłyby na „ustawienie” śledztwa.

Na tym etapie pojawili się prawnicy kancelarii, co było bardzo istotne, bowiem, wobec skorzystania przez księgowego z prawa odmowy składania wyjaśnień, prokurator złożył wniosek o zastosowanie tymczasowego aresztowania. Działanie to – wskutek interwencji obrońców – zostało ubezskutezcznione. Pierwsza potyczka została zatem przez myśliwego przegrana, ale polowanie trwało nadal.



Prokurator, przez interwencję obrońców, nie osiągnął więc zakładanego skutku zatrzymania i aresztowania księgowego obliczonego na „efekt mrozący” i uzyskanie korzystnych dla siebie dowodów. Myśliwy kierował się bowiem dewizą „zatrzymam księgowego to powie to, czego oczekuję”. Tymczasem księgowy, choć ostatecznie złożył wyjaśnienia, to nijak nie pasowały do zarysowanego przez myśliwego planu. Wskazał on bowiem, jak faktycznie wyglądało rozliczanie faktoringu, a także, że wskutek wzajemnych rozliczeń to nie Spółka może być sprawcą całego zamieszania.

Kiedy końca polowania nie widać

W międzyczasie Policja zabezpieczyła w Spółce dokumenty, które odbierała od zarządu, a sam zarząd przy wsparciu pełnomocników dodatkowo sam udostępniał myśliwemu swoje wyjaśnienia i dokumenty, które mogły pozwolić na ustalenie okoliczności sprawy. Myśliwy jednak dalej realizował swój plan, wytypował grupę osób ze Spółki, ale jak się wkrótce okazało, niekoniecznie były to trafione typy. Przesłuchania zatem nie przyniosły oczekiwanych rezultatów, lecz wzbudziły jedynie zdziwienie u obrońców w nich uczestniczących, gdyż zdecydowano się na wezwanie świadków, którzy tylko przypadkiem mogli mieć jakąkolwiek wiedzę o rozliczeniach finansowych Spółki. Jednocześnie nie uwzględniono wniosków obrony o przesłuchanie choćby pozostałych członków zarządu, dyrektorów, pracowników Faktora odpowiedzialnych za realizację umowy, czy wreszcie osób z Marketu stale współpracujących przy realizacji umowy. Myśliwy zlecił także sporządzenie biegłemu opinii, który jednak albo nie odpowiedział na ważne dla śledztwa pytania albo jego odpowiedzi miały co najwyżej charakter hipotetycznych scenariuszy. Tak też myśliwy polował jeden rok, a potem kolejny i kolejny, klucząc za dowodami i tracąc cierpliwość.

Polował tak „dokładnie”, że zapomniał o wszystkich, którzy pojawiali się w korespondencji pomiędzy podmiotami realizującymi umowę, zarządzie, doradcach etc. Nie zapomniał jednak o

magazynierach czy recepcjonistkach. Taka dokładność przyniosła myśliwemu nagrodę, bowiem co prawda nikt nie potwierdzał jego tezy, ale co ważniejsze przecież nikt jej nie zaprzeczył. Ponadto myśliwy uznał, że jeżeli jakieś dokumenty zostały źle opisane przez sekretariat w Spółce lub zostały zagubione przez kolejnych syndyków to z pewnością jest to wina zarządu. Wynikało to z trudnego do zaakceptowania poglądu, że każdy członek zarządu codziennie sprawdza wszelkie dokumenty w spółce i dba o to, aby na potwierdzeniu nadania znalazła się odpowiednia adnotacja i aby nic nie zginęło. Każda zatem nieprawidłowość w oczach myśliwego obciążała zarząd.

Powyższe pokazuje realne zagrożenie dla każdego przedsięwzięcia biznesowego, bowiem w przypadku zawiadomień o możliwości popełnienia przestępstwa składanych przez instytucje finansowe, czy organy administracji publicznej, chęć znalezienia przez organy ścigania jakiegokolwiek „winnego” jest większa niż chęć odkrycia rzeczywistego stanu rzeczy. Brak natomiast „dobrego” świadka, czy innego „dobrego” dowodu na początku postępowania, może oznaczać dla spółki konieczność przyzwyczajania się do częstej obecności funkcjonariuszy zabezpieczających różne nieistotne rzeczy (dokumenty, nośniki, laptopy etc.), co może utrudniać operacyjne funkcjonowanie przedsiębiorstwa, ale również wpływać na pracowników czy kontrahentów.



Wracając jednak do historii naszej Spółki, pewnego słonecznego dnia myśliwy dotarł więc do kresu swoich możliwości i stwierdził, że czas prowadzić Spółkę na szafot. Pomimo tego, że zarząd wiedział o postępowaniu i cały czas w istocie współpracował z prokuratorem, myśliwy ani myślał zaprosić do siebie do gajówki kadrę zarządzającą na kubek gorącej herbaty. Zamiast tego wysłał swoich posłańców z poleceniem „zatrzymać i doprowadzić”. Także i tu jednak pomoc prawników okazała się nieoceniona: posłańcy nie odszukali bowiem domniemanego sprawcy, lecz ów członek zarządu wraz z obrońcą sam przyjechał do gajówki myśliwego i opowiedział wszystko co wie i co powinno pozwolić na poczynienie prawidłowych ustaleń w sprawie.

Wspomniany członek zarządu oczywiście usłyszał zarzuty, bo w oczach myśliwego doszło do „działania wspólnie i w porozumieniu” z księgowym, a dwie osoby w akcie oskarżenia zawsze wyglądają lepiej niż jedna, zwłaszcza po kilku latach śledztwa. Niemniej jednak najpierw niepowodzenie przy zastosowaniu tymczasowego aresztowania, a następnie kolejne niepowodzenie przy zatrzymaniu członka zarządu oznaczało dla naszych klientów, że obydwaj podejrzani będą odpowiadać „z wolnej stopy”, co ułatwia należyte wyjaśnienie sprawy i obronę, ale także pozwala na dalsze prowadzenie działalności. Na tym ciekawa historia winna się zakończyć z morałem takim, że jeżeli fakty nie pasują do historii, to gorzej dla faktów. Jednak w tym momencie dopiero ukazał się kunszt myśliwego w prowadzeniu postępowania.

Maszyna nie do zatrzymania

Myśliwy bowiem uznał, że może być jak komisarz Ryba w Kilerze Juliusza Machulskiego i nie patrzeć na paragrafy, nie doręczać orzeczeń i pomijać obligatoryjne czynności, do których zobowiązuje go kodeks postępowania karnego, dowolnie „uzupełniać” akta sprawy po zamknięciu śledztwa, a nawet pomijać istotne elementy postanowień o zabezpieczeniu majątkowym, które to niedociągnięcia musiał następnie korygować wskutek interwencji obrońców, a co spowodowało, że nie doszło do wszczęcia przewodu sądowego.

Cała historia opisana powyżej z pewnego dystansu może budzić lekki uśmiech, jednak ukazuje, że gdy rusza machina w organach ścigania, to ciężko ją zatrzymać i należy działać jak najszybciej, aby śledczy nie utrwalili sobie mylnego wyobrażenia o całej sprawie. O mylne założenia łatwo, zwłaszcza gdy zawiadamiającym jest np. bank, który w oczach śledczych jak mówi, że ma szkodę, to tak musi być, podczas, gdy rzeczywistość jest zgoła odmienna, a większość takich spraw winna być jedynie przedmiotem ewentualnie roszczeń cywilnych, a nie postępowań karnych.

Cała historia pokazuje również, że myśliwy upatrzył sobie ofiarę i za wszelką cenę ją ścigał, nie starając się nawet zrozumieć mechanizmu biznesowego, naruszając przy tym polowaniu szereg przepisów postępowania mających istotne znaczenie dla obrony praw podejrzanych. Interwencje prawników pozwalają jednak „ucywilizować” działanie myśliwego i uchronić klientów przed być może wielomiesięcznym aresztem, naciskami myśliwego, a finalnie niekorzystnym rozstrzygnięciem.

Morał z tej historii jest również taki, iż zarządy winny bardzo dokładnie uważać na relację z instytucjami finansowymi bowiem na koniec dnia, upadłość Spółki i spalona ziemia to dla takiej instytucji może być za mało, potrzebna bywa też głowa pokonanego, i to tylko po to, żeby instytucja mogła definitywnie wskazać winnego całego zamieszania, a wypłacone środki wpisać w jednej małej tabelce excela jako stratę takiej instytucji. Warto też, ucząc się na błędach innych, dbać o badanie i wdrażanie odpowiednich procedur wewnątrz przedsiębiorstwa, nawet małego czy średniego. Pozwala to bowiem uniknąć sytuacji, w których ciężko jest wytłumaczyć, kto do końca zawinił i czy doszło do jedynie przeoczenia kogoś z pracowników, czy też było to zamierzone działanie zarządu, a brak procedur może spowodować, że trzeba tłumaczyć, że nie jest się wielbłądem.



06

Przełamanie monopolu w postępowaniu przetargowym, a odpowiedzialność karna



Bartłomiej Pietruszka
partner, adwokat



Wygrana w przetargu na obsługę informatyczną dużej instytucji państwowej to niewątpliwie łakomy kąsek dla wielu przedsiębiorców. Zwłaszcza, gdy taka instytucja gotowa jest zapłacić za usługi podmiotom zewnętrznym kilkadziesiąt milionów złotych. Walka o takie zamówienie musi być zażarta i niekiedy znajduje swój finał nie tylko w sądzie cywilnym, ale staje się wręcz przedmiotem zainteresowania organów ścigania.

Nieoczekiwana zamiana ról i wytrącenie monopolu

I tak właśnie było w przypadku Klienta – zarządu spółki z branży IT, który postanowił podjąć walkę z dotychczasowym monopolistą na świadczenie wyspecjalizowanych usług informatycznych dla instytucji państwowej, co spowodowało, że sprawą zainteresowała się Prokuratura Regionalna. Zapewne instytucja publiczna, nazwijmy ją Agencją, ogłaszając kolejny przetarg, którego przedmiotem było zapewnienie obsługi środowiska informatycznego, przewidywała, że i tym razem, jak dotychczas, do przetargu przystąpi jedynie jeden podmiot: międzynarodowa korporacja z branży IT, działająca pod umowną firmą IT Corp.



Założenie to było tym bardziej zasadne, że zapisy specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) były tak sformułowane, że jedynie ta spółka (i jej biznesowi partnerzy) faktycznie mogła starać się o wygraną w przetargu. W istocie SIWZ po raz kolejny sankcjonował faktyczny monopol IT Corp. Działanie instytucji państwowej (faktycznie ograniczającej konkurencję) zmierzało do coraz większego jej uzależnienia międzynarodowej korporacji i powiększania wydatków na obsługę informatyczną o dziesiątki milionów złotych.

Niemniej jednak Klient tym razem podjął rękawicę i rozpoczął walkę o zmianę SIWZ-u. Odwołał się do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, doprowadzając do korzystnych zmian w specyfikacji. Przebrnął też zwycięsko przez ścieżkę sądową zainicjowaną przez Agencję, która z niejasnych przyczyn nadal „życzyła sobie” obsługi przez dotychczasową firmę informatyczną lub jej autoryzowanych przedstawicieli. Klient wyszedł cało z tych potyczek, a efektem jego starań była zmiana SIWZ i faktyczne „otworzenie” przetargu na inne, nowe podmioty.

Najistotniejsza zmiana w SIWZ z punktu widzenia postępowania karnego sprowadzała się do stwierdzenia, że odtąd obsługę informatyczną dla Agencji mógł świadczyć podmiot dysponujący licencją na oprogramowanie IT Corp. lub podmiot dysponujący innym, równoważnym oprogramowaniem. Finalnie, to Klient wygrał przetarg na obsługę instytucji publicznej, eliminując dotychczasowego, faktycznego monopolistę.

Czy doszło do wyłudzenia zamówienia publicznego?

Niebawem, ku zdumieniu Klienta, do akcji wkroczyły organy ścigania. Okazało się bowiem, że wyczerpanie drogi odwoławczej przed Krajową Izbą Odwoławczą (KIO) i sądami cywilnymi nie oznaczało dla międzynarodowej korporacji końca walki o intratny, wielomilionowy kontrakt. Dotychczasowy przeciwnik procesowy z branży IT złożył do organów ścigania zawiadomienie o możliwości popełnienia przestępstwa określonego w art. 297 kk.

Przepis ten mówi o wyłudzeniu środków publicznych (niekiedy określany jest jako „oszustwo kredytowe”, „oszustwo dotacyjne” lub po prostu „oszustwo finansowe”). Choć konstrukcja znamion tego typu czynu zabronionego jest skomplikowana, to w pewnym uproszczeniu można powiedzieć, że sprowadza się do posądzenia o zachowanie polegające na posłużeniu się dokumentem lub oświadczeniem, które jest sfałszowane lub choćby nierzetelne. Posłużenie się musi nastąpić w trakcie ubiegania się o środki publiczne lub też środki, którymi dysponuje instytucja finansowa. Mogą to być środki unijne, kredyt, pożyczka, ale także zamówienie publiczne.

Jak widać posłużenie się choćby jednym, nawet tylko nierzetelnym dokumentem w trakcie procesu ubiegania się o zamówienie publiczne może stanowić o realizacji znamion tego czynu zabronionego, a – przy spełnieniu innych przesłanek – stanowić przestępstwo, zaś odpowiedzialność z tego tytułu ponieść mogą członkowie zarządu podmiotu ubiegającego się o takie zamówienie.

W zawiadomieniu o możliwości popełnienia przestępstwa zawiadamiający (IT Corp.) wskazał na jedno z oświadczeń Klienta, które miało pozostawać nierzetelne. Chodziło mianowicie o oświadczenie Klienta dotyczące dysponowania narzędziami niezbędnymi do obsługi informatycznej Agencji, w której od lat funkcjonowało oprogramowanie IT Corp. Argumentowano bowiem, że żaden z partnerów IT Corp. w Polsce nie współpracuje z Klientem, a wręcz przeciwnie: wszyscy partnerzy korporacji – jako konsorcjum – złożyli ofertę w przegranym finalnie postępowaniu o zamówienie publiczne.



Skoro tak, to Klient – w przekonaniu zawiadamiającego – nie był w stanie w 100% wywiązać się ze stawianego przed nim zadania w postaci obsługi informatycznej, gdyż nie dysponował stosownym oprogramowaniem (nie udzielono mu licencji). Tym samym w świetle tez stawianych w zawiadomieniu o popełnieniu przestępstwa jako oczywisty jawił się fakt posłużenia się nierzetelnym lub wręcz sfałszowanym oświadczeniem, co doprowadziło do postawienia zarzutów klientowi, a konkretnie wszystkim członkom zarządu – właśnie w oparciu o przepis art. 297 kk, a więc zarzucono mu przestępne wyłudzenie wielomilionowego zamówienia publicznego.

Zagraniczny łącznik na otwartej licencji

W takiej oto, niezbyt komfortowej sytuacji, Klient zwrócił się po pomoc prawną, mając na uwadze nie tylko konkretne, realizowane zamówienie publiczne, ale przede wszystkim wszystkie kolejne zamówienia, które mógł realizować w przyszłości. Zaznaczyć w tym miejscu trzeba, że o dokumencie nierzetelnym można mówić nie tylko wówczas, gdy zawiera niepełne dane, ale nawet wtedy, gdy jego treść mogła wywołać u adresata wyobrażenie o innym stanie rzeczy, niż istniejący w rzeczywistości.

Zweryfikowania wymagało jakimi dokumentami rzeczywiście posługiwał się Klient i czy rzeczywiście pozostawały nierzetelne w świetle postanowień SIWZ, który został uzupełniony o pewne zapisy wskutek ścieżki sądowej, którą przeszedł klient.

Przebrnięcie przez zapisy SIWZ, a także kwerenda w dokumentacji klienta wkrótce pozwoliły na opracowanie kilku płaszczyzn obrony jego interesu. Z jednej strony konieczne było przedstawienie Prokuraturze Regionalnej argumentacji związanej ze zmienionymi postanowieniami SIWZ, w świetle których nieudzielenie przez IT Corp. odpłatnej licencji klientowi na swoje oprogramowanie niekoniecznie musiało przesądzać o braku możliwości zapewnienia obsługi informatycznej Agencji lub nienależytym wykonaniu tej obsługi.

Asumptem do takiego ustalenia było choćby to, że Klient wykorzystywał w swojej działalności oprogramowanie udzielane przez IT Corp. bezpłatnie (na zasadach otwartej licencji).

Należy zwrócić uwagę, że maksymalna wysokość kar w wyżej przedstawionych przypadkach została ustanowiona na jednakowo wysokim poziomie, gdyż ustawodawca przewiduje, iż może ona wynieść aż do 10% przychodu ukaranego podmiotu. Ustawodawca pozostawia zatem Prezesowi URE luz decyzyjny co do ustalenia wysokości kary pieniężnej nakładanej w konkretnym wypadku.

Te dwie kwestie są ze sobą potencjalnie niezwiązane, ale przy uważniejszym podejściu do tematu możemy zauważyć, że brakuje chociażby rozwiązania umożliwiającego otrzymanie białego certyfikatu, w sytuacji, w której podmiot częściowo zrealizował założone przedsięwzięcie służące poprawie efektywności energetycznej.

Niezależne jednak od powyższego, Klient kooperował także z zagranicznym „łącznikiem” – partnerem biznesowym, który dysponował licencją na oprogramowanie międzynarodowej korporacji informatycznej i mógł w związku z tym świadczyć wsparcie dla klienta – polskiej spółki.

Być może, gdyby ów „łącznik” mógł nieprzerwanie świadczyć usługi na rzecz Klienta sprawa byłaby prostsza. Okazało się jednak, że w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (zapewne za sprawą IT Corp.) licencja dla „łącznika” nie została przedłużona, a zatem Klient takie istotne wsparcie stracił. Mimo to, podejmując ryzyko, nadal utrzymywał w toku zamówienia publicznego, że obsługę informatyczną może świadczyć w pełnym zakresie.

Nosił wilk razy kilka, ponieśli i wilka

Zaprezentowana w Prokuraturze Regionalnej argumentacja spowodowała jednak powstanie pewnych wątpliwości co do kompletności zgromadzonego materiału dowodowego, a w konsekwencji zasadności postawionych zarzutów.



Doprowadziło to do powołania biegłego z zakresu informatyki, który miał pomóc w ustaleniu możliwości klienta w zakresie wywiązania się z obsługi informatycznej dla Agencji. Powyższe bezpośrednio rzutowało na ustalenie czy oświadczenia składane przez Klienta – niezależnie od „dysponowania” zagranicznym „łącznikiem” – okazały się nierzetelne w rozumieniu art. 297 kk.

Polemika z biegłym, który podjął się opiniowania w sprawie i kilkukrotne jego przesłuchiwanie pozwoliło finalnie na ustalenie, że nawet bez odpłatnej licencji udzielonej przez IT Corp. nie można całkowicie wykluczyć możliwości wywiązania się przez Klienta z obsługi informatycznej w sposób kompletny. Co więcej Klient nie tylko przez pewien okres dysponował wsparciem zagranicznego podmiotu, obrazowo nazwanego „łącznikiem”, któremu IT Corp. udzieliła odpłatnej licencji, ale korzystał także z bezpłatnie udzielonych przez tę korporację zasobów. Organom ścigania sprawy nie ułatwiała także nieprecyzyjne zapisy zmienionego wskutek batalii sądowej SIWZ, a także zeznania świadków z Agencji, którzy przyznawali, że w zasadzie nie spotkali się z sytuacją niewykonania przez Klienta swoich zadań.

Powyższe deliberacje pozwoliły finalnie na podjęcie przez Prokuraturę Regionalną decyzji o umorzeniu śledztwa. Jedyne domniemany pokrzywdzony w całej sprawie, a więc Agencja, mimo to podjęła decyzję o zaskarżeniu postanowienia o umorzeniu śledztwa do sądu, co jednak nastąpiło chyba bardziej dla zasady. Skarżący nie powołał się w swoim zażaleniu na żadne istotne fakty, czy środki dowodowe, powtarzając właściwie tezy zawiadomienia. Sąd zażalenia Agencji nie uwzględnił, co oznaczało zakończenie sprawy prawomocnym rozstrzygnięciem, definitywnie zamykającym kwestię odpowiedzialności karnej Klienta, a konkretnie członków zarządu spółki.

Ciąg dalszy sprawy niekoniecznie związany z klientem

Okazało się bowiem, że osoby działające w imieniu Agencji mogły dopuścić się niegospodarności przy zapewnianiu tej instytucji państwowej obsługi informatycznej, a mówiąc precyzyjniej, przy organizacji zamówień publicznych, co mogło stanowić przestępstwo z art. 296 kk, za które przedstawiciele Agencji mogą odpowiadać na takich samych zasadach jak zarząd spółki. Wszak różnice w ofertach składanych przez Klienta i IT Corp. (dotychczasowego, faktycznego monopolisty) sięgały kilkunastu milionów złotych. Agencja, ramię w ramię z IT Corp., poza sporami sądowymi, nie miała oporów, aby „wojować” z Klientem także przed organami ścigania. Skoro tak, to tym razem także musiała zmierzyć się z tą samą Prokuraturą Regionalną, lecz już w zupełnie innym charakterze. Jest to jednak zupełnie inna historia...





07

Czy zarządca odpowiada za zaciągnięte zobowiązania w postępowaniu sanacyjnym?



Wojciech Bokina
partner, radca prawny
doradca restrukturyzacyjny

Kontrahent przez wiele lat dostarczał spółce komponenty do produkcji. Od wielu lat spółka opóźniała się z płatnościami i w związku z innymi zobowiązaniami spółka weszła w sanację. Kontrahent kontynuował współpracę z zarządcą akceptując opóźnienia w płatnościach również odnośnie wierzytelności powstałych po dacie otwarcia sanacji. Postępowanie sanacyjne po pewnym czasie zostało umorzone, a kontrahent zarzucił zarządcy, że ten nie powinien zamawiać już ostatnich partii komponentów, skoro w jednym z ostatnich sprawozdań wskazano, że dłużnik nie reguluje na bieżąco zobowiązań powstałych po dacie otwarcia sanacji. Kontrahent pozwał spółkę i uzyskał tytuł wykonawczy przeciwko spółce, jednak nie ściągnął należności i wobec tego wystąpił z powództwem przeciwko zarządcy. Czy słusznie?

W pozwie kontrahent jako podstawę odpowiedzialności wskazał art. 25 ust 1 prawa restrukturyzacyjnego, zgodnie z którym: „nadzorca i zarządca odpowiadają za szkodę wyrządzoną na skutek nienależytego wykonywania obowiązków”. Przepis ten połączył z ogólnym przepisem dotyczącym odpowiedzialności deliktowej (art. 415 KC). Przy czym warto wskazać, że zgodnie z art. 53 ust 2 prawa restrukturyzacyjnego: „zarządca nie odpowiada za zobowiązania zaciągnięte w sprawach dotyczących masy sanacyjnej”. Samo zatem prawo restrukturyzacyjne wyraźnie rozróżnia odpowiedzialną *ex delicto*, którą przewiduje (art. 25 ust. 1) i *ex contractu*, którą wyłącza (art. 53 ust. 2).



Nie ulega zatem wątpliwości, że kontrahent powołał się na błędną podstawę odpowiedzialności, bowiem dostarczanie komponentów stanowiło zaciągnięcie przez zarządcę zobowiązania w imieniu masy sanacyjnej, za którą zarządca nie ponosi odpowiedzialności.

Poza tym warto podkreślić, że kontrahent wykoncypował odpowiedzialność zarządcy na kształt odpowiedzialności członka zarządu spółki z o.o. na podstawie art. 299 KSH, tj. odpowiedzialności subsydiarnej. Kontrahent też w pierwszej kolejności wytoczył powództwo przeciwko spółce a następnie przeprowadził bezskuteczną egzekucję, po czym dopiero wystąpił z pozwem wobec zarządcy. Tymczasem prawo restrukturyzacyjne nie przewiduje takiej odpowiedzialności subsydiarnej wobec zarządcy, ale wyraźnie rozróżnia odpowiedzialność deliktową i kontraktową.

O tym, że odpowiedzialność zarządcy ma swoisty charakter, którego nie można wywodzić na zasadzie analogii od innych instytucji świadczy uregulowanie z art. 342 ust. 1 pkt 1 prawa upadłościowego, zgodnie z którym w postępowaniu upadłościowym z pierwszeństwa zaspokojenia korzystają należności powstałe w wyniku czynności zarządcy, jeśli upadłość nastąpiła wskutek rozpoznania uproszczonego wniosku o ogłoszenie upadłości.

Do złożenia uproszczonego wniosku jest uprawniony wierzyciel. Zatem brak złożenia przez kontrahenta uproszczenia wniosku o ogłoszenie upadłości stanowi kolejny argument przemawiający za brakiem możliwości dochodzenia przez niego roszczeń wobec zarządcy z tytułu zaciągnięcia przez zarządcę zobowiązań wobec masy sanacyjnej.

W sprawie nie zapadło jeszcze rozstrzygnięcie, a w sporze z kontrahentem kancelaria reprezentuje zarządcę.





08

Na styku prawa karnego, cywilnego i administracyjnego: kilka słów o obowiązku naprawienia szkody przy tzw. wyłudzeniu dotacyjnym



Bartłomiej Pietruszka
partner, adwokat
Magdalena Sienkiewicz
aplikant adwokacki



Dochodzenie naprawienia wyrządzonej szkody jest działaniem charakterystycznym dla prawa cywilnego. Jednakże, o czym nie jest powszechnie wiadomo, ustawodawca umożliwia również dochodzenie naprawienia szkody w postępowaniu karnym, o ile szkoda taka wynika z popełnionego czynu zabronionego. Taką możliwość przewiduje art. 46 kk., który obliuguje sąd do orzeczenia obowiązku naprawienia szkody na rzecz pokrzywdzonego, jeśli szkoda powstała wskutek popełnienia przestępstwa. Rzecz jednak w tym, że – jak pokazuje praktyka – obowiązek naprawienia szkody przy tzw. wyłudzeniach dotacyjnych jest niejednokrotnie nadużywany przez organy ścigania.

W omawianym przypadku, spółka „Beneficjent” (branża telekomunikacyjna) zawarła szereg umów o dofinansowanie z Instytucją Publiczną, wskutek czego wyżej wymieniona spółka pozyskała środki publiczne w wysokości blisko 20 mln zł. Pomimo zrealizowania projektów w całości lub w znacznej części, Instytucja Publiczna zakwestionowała – mówiąc krótko – poprawność pozyskania wzmiankowanych środków pieniężnych, a w konsekwencji zawiadomiła organy ścigania. Prokuratura Okręgowa, kierując sprawę do sądu, złożyła także wniosek o naprawienie szkody wyrządzonej przestępstwem – właśnie w oparciu o art. 46 kk.



W takiej sytuacji, pomimo iż rozstrzygnięcie w przedmiocie odpowiedzialności karnej będzie rozstrzygane na gruncie prawa karnego, to w wypadku roszczenia o naprawienie szkody sąd karny sięgnie po regulacje kodeksu cywilnego. Co istotne, obowiązek naprawienia szkody, a więc zwrot kwoty blisko 20 mln zł będzie spoczywać na sprawcy, a nie na spółce, co oznacza możliwość wyegzekwowania tej kwoty bezpośrednio od członków zarządu Beneficjenta (sprawców) z ich majątków osobistych.

I tu rodzi się pytanie o poprawność działania Prokuratury Okręgowej i wtórującej jej Instytucji Publicznej, na które należało znaleźć odpowiedź. Niezależnie bowiem od poprawności realizowanego projektu, możliwość wyegzekwowania od członków zarządu Beneficjenta równowartości wypłaconej dotacji w ramach procesu karnego nie jest jednoznaczna.

Zagwozдки interpretacyjne

Ta z pozoru nieskomplikowana instytucja z art. 46 kk. w praktyce może nastroczać wielu problemów interpretacyjnych, zwłaszcza, gdy okazałoby się, że przekazane Beneficjentowi przez Instytucję Publiczną środki nie stanowią szkody w rozumieniu prawa cywilnego. Problem ten staje się nad wyraz widoczny, gdy w grę wchodzi środki unijne. Niejednokrotnie wówczas zdarza się, że to co pokrzywdzony (Instytucja Publiczna) poczytuje za swoją szkodę, w rzeczywistości stanowi należność o charakterze publicznoprawnym, co w istotny sposób wpływa na możliwość orzeczenia obowiązku jej zwrotu w postępowaniu karnym.

Należność o charakterze publicznoprawnym została zdefiniowana w art. 53 § 26 k.k.s. (a więc w zupełnie innej regulacji niż kodeks karny). Za taką należność należy uznać np. podatek stanowiący dochód budżetu państwa, należność z tytułu rozliczenia udzielonej dotacji lub subwencji, czy należność celną.

Wydawałoby się zatem, że jeśli Prokuratura Okręgowa zarzuca przestępstwo zdefiniowane jest w kodeksie karnym to „uszczerbek w majątku pokrzywdzonego” będzie stanowił szkodę, nato-

miast jeśli przedmiotem zarzutu jest przestępstwo usankcjonowane w Kodeksie karnym skarbowym to nie można mówić o jakiegokolwiek szkodzie, lecz o należności o charakterze publicznoprawnym i wykorzystaniu autonomicznych uregulowań tej ustawy w celu jej odzyskania.

Tymczasem na gruncie omawianej sprawy Prokuratura Okręgowa, opierając się na regulacjach kodeksu karnego, dążyła do odzyskania na rzecz Instytucji Publicznej dotacji, a więc środków publicznych, do których art. 46 kk. nie znajduje zastosowania. Jak widać walka o odzyskanie blisko 20 milionów złotych miała charakter bezpardonowy, odbywający się z co najmniej naginaniem zasad rządzących procesem karnym.

Co różni Kodeks karny od Kodeksu karnego skarbowego?

Wskazać należy, że o ile w wypadku przestępstw z kodeksu karnego pokrzywdzonym może być – w pewnym uproszczeniu – praktycznie każdy, o tyle w przypadku przestępstw z Kodeksu karnego skarbowego podmiot pokrzywdzony nie występuje. Niejako w zamian podmiotu pokrzywdzonego w kodeksie karnym skarbowym interesy fiskalne Skarbu Państwa są chronione przez oskarżyciela publicznego (prokuratora).

W omawianym przypadku w toku postępowania karnego co prawda występował podmiot pokrzywdzony przestępstwem: status taki, w związku z postawieniem zarzutów popełnienia oszustwa dotacyjnego (nazywanego niekiedy wyłudzeniem dotacyjnym – art. 297 kk) przysługiwał Instytucji Publicznej, a w procesie został złożony wniosek o naprawienie szkody.

Przywołana sytuacja w obecnych realiach nie stanowi wyjątku. Wraz ze wzrostem dostępności różnorodnych programów rządowych i unijnych przedsiębiorcy często decydują się na korzystanie ze środków publicznych. Przykładem mogą być ostatnio spopularyzowane programy „Tarcz dla biznesu” związane z Covid – 19.



Wracając jednak na grunt niniejszej sprawy zauważyć należy, że działanie Prokuratury Okręgowej wraz z Instytucją Publiczną było chybione i argumentację w tym przedmiocie należało przedstawić w postępowaniu sądowym. Otóż przyjęcie przez Prokuraturę Okręgową, że doszło do popełnienia czynów zabronionych określonych wyłącznie w kodeksie karnym eliminowało całkowicie możliwość zasądzenia odszkodowania na rzecz Instytucji Publicznej w wysokości kilkunastu milionów złotych.

Nie każde naruszenie prowadzi do powstania szkody

Jeżeli Instytucja Publiczna oczekiwała zwrotu środków, to właściwa była do tego ścieżka administracyjna i próba odzyskania środków w tym postępowaniu. W omawianej sprawie w imieniu Beneficjenta przedstawiono argumentację, zgodnie z którą należności publicznoprawne (w tym należności z tytułu zwrotu dofinansowań unijnych) nie mogą być przedmiotem naprawienia szkody w rozumieniu art. 46 kk., który ma cywilistyczny charakter. Co więcej, na gruncie omawianej sprawy, naruszenia, które zarzucono Beneficjentom, mogły mieć różną wagę, a co za tym idzie, ich wystąpienie wywoływało odmienne dla Beneficjenta konsekwencje i skutki prawne. Miało to istotne znaczenie, gdyż nie każde naruszenie oznacza automatycznie rozwiązanie umowy o dofinansowanie, czy odpowiedzialność karną z tego tytułu, a także nie każde naruszenie automatycznie prowadzi do powstania szkody.

Jeżeli działania sprawcy doprowadziły do powstania uszczerbku majątkowego, którego naprawienie jest regulowane przez przepisy innej dziedziny prawa niż prawo cywilne, brak jest podstaw do orzekania naprawienia szkody przez sąd karny, ponieważ brak jest odpowiednich przepisów prawa cywilnego, na podstawie których miałyby orzekać sąd w sprawie o przestępstwo.

Nie jest zatem możliwe orzeczenie naprawienia szkody w odniesieniu do środków stanowiących np. należność podatkową czy dotacyjną. Jeżeli bowiem sprawca taki uszczerbek swoim działaniem spowodował, to kwestia ta jest przecież rozstrzygana poprzez wydanie decyzji określającej wysokość jego zobowiązania podatkowego czy też tzw. decyzji zwrotowej, a nie poprzez odwoływanie się do przepisów prawa cywilnego o szkodzie.

Nieprzypadkowo w kodeksie karnym skarbowym regulującym przestępstwa i wykroczenia dotyczące uszczuplenia należności publicznoprawnych, taka instytucja jak naprawienie szkody w ogóle nie występuje.

Naprawienie szkody w rozumieniu art. 46 kk w ogóle nie odpowiada charakterowi należności publicznoprawnych. Podobnie dotyczy to na przykład postępowań administracyjnych dotyczących przyznania różnego rodzaju dofinansowań. Jeżeli ich przyznanie było wynikiem działań przestępnych, to „pokrzywdzony” organ administracji publicznej nie odwołuje się wtedy do szkody w rozumieniu prawa cywilnego i nie wnosi powództwa cywilnego, ale uruchamia procedury prowadzące do uzyskania zwrotu dofinansowania w drodze postępowań administracyjnych.

Co więcej, w omawianej sprawie Prokuratura Okręgowa nie pokusiła się nawet o ustalenie, czy postępowania administracyjne dotyczące zwrotu środków w ogóle są w toku, a jeśli tak, to na jakim są etapie. Mogłoby bowiem dojść do sytuacji, w której wskutek nałożenia obowiązku naprawienia szkody w postępowaniu karnym z jednej strony i



wydania decyzji administracyjnej w przedmiocie zwrotu środków z drugiej strony, doszłoby do sytuacji, w której w obrocie prawnym istniałyby dwa tytuły wykonawcze na podstawie, których można byłoby wyegzekwować środki wypłacone uprzednio Beneficjentowi.

W ten sposób dochodzi bowiem do sytuacji, w której instytucje państwowe dążąc do „zabezpieczenia” interesu Skarbu Państwa, dochodząc tej samej należności na drodze kilku różnych postępowań, przerzucają w ten sposób ciężar obrony na Beneficjenta, który musi podejmować obronę na kilku frontach i podnosić między innymi argumentację, o której mowa w niniejszym omówieniu.

Jest to o tyle bulwersujące, że organy ścigania już od kilkunastu lat intensywnie tropią nadużycia i nieprawidłowości związane z korzystaniem przez przedsiębiorców ze środków unijnych. Tak zwane oszustwo dotacyjne to jeden z najczęściej stawianych beneficjentom zarzutów związanych z wyłudzeniami środków publicznych, a w sprawach wyjątkowo często wykorzystywane jest Centralne Biuro Antykorupcyjne. Mogłoby się zatem wydawać, że prokuratura ma już wypracowane metody postępowania, „wytartej ścieżki”, co do których poprawności nie ma wątpliwości. Praktyka pokazuje jednak, że jest inaczej.





09

Brak spłaty pożyczki - problem karny?



Paulina Sułkowska
adwokat



Rozliczenia stosunków pomiędzy wierzycielami i dłużnikami mogą przyjmować różne formy. Najczęstszym sposobem dochodzenia należności wobec dłużnika jest wszczęcie postępowania sądowego o zapłatę, zaś po uzyskaniu tytułu wykonawczego – dochodzenie i egzekwowanie należności na drodze postępowania egzekucyjnego. Niekiedy jednak zachowanie dłużnika wobec wierzyciela wypełnia znamiona czynu zabronionego i może być również zakwalifikowane jako przestępstwo na gruncie kodeksu karnego.

Klient kancelarii udzielił pożyczki dłużnikowi na określone cele inwestycyjne. Łączna kwota pożyczki obejmowała kilkaset tysięcy złotych oraz należne odsetki kapitałowe. Dłużnik podjął szereg działań mających utwierdzić Klienta w przekonaniu, że do pisemnego zawarcia umowy dojdzie, a także, że w stosownym czasie nastąpi zwrot kwoty pożyczki z odsetkami. Po przekazaniu przez Klienta środków na rachunek bankowy dłużnika, uchylał się on od zawarcia pisemnej umowy pożyczki, a także – o czym pokrzywdzony uzyskał informację już po fakcie – przeznaczył środki na cele niezgodne ze wskazanymi w umowie. Kwota pożyczki nigdy nie została wierzycielowi zwrócona przez dłużnika.

W omawianej sytuacji okoliczności sprawy wskazywały na to, iż sprawca wprowadził Klienta w błąd co do zamiaru zwrotu pożyczki wraz z odsetkami, celem pozyskania dla siebie korzyści majątkowej. Sam dłużnik nie posiada żadnych środków finansowych, które pozwoliłyby zaspokoić wierzyciela chociaż w najmniejszym stopniu. W efekcie analizy sprawy, prawnicy kancelarii udzielili Klientowi wsparcia w zakresie



oceny prawnej i faktycznej jego sytuacji, zgromadzenia materiału dowodowego oraz sporządzenia pisemnego zawiadomienia o podejrzeniu popełnienia przestępstwa z art. 286 § 1 kk w zw. z art. 294 § 1 kk (przestępstwo oszustwa w stosunku do mienia o znacznej wartości).

Proces karny szansą dla wierzyciela na odzyskanie należności

Kodeks karny zawiera katalog przestępstw przeciwko wierzycielom, które stanowią dla nich instrument do walki z nieuczciwymi dłużnikami i ustalenie ich odpowiedzialności na drodze karnej. Oprócz funkcji represyjnej wyroku skazującego, można również wskazać na inny efekt ustalenia odpowiedzialności sprawcy – zaspokojenie wierzytelności wierzyciela, który ma szansę odzyskać swoje należności na gruncie postępowania karnego. W wyroku skazującym sąd orzeknie bowiem obowiązek naprawienia szkody na rzecz pokrzywdzonego, jeżeliłoży on stosowny wniosek do zamknięcia postępowania sądowego.

Nowelizacja kodeksu karnego z 2015 roku zmieniła treść artykułu 46 kodeksu karnego dotyczącego obowiązku naprawienia szkody przez sprawcę przestępstwa i nadała temu przepisowi charakter cywilistyczny. W praktyce oznacza to, że od 2015 roku sąd w wyroku skazującym w postępowaniu karnym orzeknie obowiązek naprawienia wyrządzonej przestępstwem szkody nie tylko w jej nominalnej wartości (stanowiącej należność główną), lecz również uwzględni w nim szkodę w postaci utraconych korzyści, odsetek, a także zadośćuczynienia należnego wierzycielowi. Wskazany przepis umożliwia zatem wierzycielom uzyskanie pełnej rekompensaty poniesionej przez nich szkody na drodze postępowania karnego, a nie jak dotychczas – jedynie na drodze postępowania cywilnego.

"Otrzeć się" o czyn zabroniony

W przedmiotowej sprawie w wyniku czynności podjętych przez kancelarię wykazano, iż działania dłużnika były celowe, a sam sprawca przyznał, że zwodził Klienta, pomimo iż nie miał zamiaru zapłaty na jego rzecz. W trakcie przesłuchania sprawcy ustalono również, że działanie dłużnika

można zakwalifikować nie tylko jako przestępstwo oszustwa, ale również czyn zabroniony z art. 300 § 1 i § 2 kk – udaremnienie zaspokojenia się wierzyciela z majątku dłużnika. Dłużnik bowiem zbył należącą do niego nieruchomość, a środki pieniężne przekazał na rachunek bankowy członka rodziny, co umożliwia postawienie dalszych zarzutów sprawcy i osobom uczestniczącym w tym procederze, a w konsekwencji – rozszerzenie kręgu podmiotów zobowiązanych do naprawienia szkody na rzecz wierzyciela.

Konkludując, pamiętać należy, że wszelkie zachowania dłużnika w stosunku do wierzyciela w zakresie niewywiązywania się z zobowiązań umownych mogą podlegać nie tylko rozpoznaniu w ramach roszczenia wniesionego w drodze postępowania cywilnego, ale mogą także być przedmiotem oceny prawnokarnej w ramach postępowania karnego. Jedną z podstawowych funkcji prawa karnego jest bowiem funkcja kompensacyjna realizowana poprzez naprawienie wyrządzonej wierzycielowi szkody w ramach obowiązku naprawienia szkody orzekanego przez sąd karny.

Nie ma przeszkód, aby – w przypadku wypełnienia przez dłużnika znamion danego czynu zabronionego – wierzyciel zgłosił swoje roszczenia na drodze postępowania karnego i uzyskał w ten sposób zaspokojenie. Należy pamiętać jednak, aby taki sposób dochodzenia należności nie stał się regułą, bowiem w wielu przypadkach postępowanie karne może stać się jedynie instrumentalnym elementem nacisku na niesfornych dłużników i próbą „walki” z niewypłacalnymi kontrahentami, często bez jakiegokolwiek podstawy faktycznej i prawnej.



10

Zarządzający przedsiębiorstwem odpowie za złamanie prawa antymonopolowego



Aleksandra Bobińska
adwokat



Kilkanaście lat temu, kierowanie podmiotem gospodarczym kojarzono głównie z pełnieniem funkcji reprezentatywnej, a kultowe już powiedzenie „mąż jest z zawodu dyrektorem” stanowiło kwintesencję społecznego odbioru pracy kadry kierowniczej. Jeżeli spółka funkcjonowała dobrze, zarząd czerpał benefity z sukcesu, a w razie niepowodzenia przedsięwzięcia, wspólnicy i kierownictwo podawali sobie dłonie na do widzenia i opuszczali tonący statek.

Według danych Krajowego Rejestru Sądowego, liczba nieaktywnych podmiotów gospodarczych przekracza 142 tysiące, co oznacza, że aż 20% podmiotów wpisanych do Krajowego Rejestru Sądowego istnieje jedynie w oficjalnych rejestrach. Powyższe dane najlepiej obrazują tezę, że podejmowanie działalności gospodarczej w formie spółki kapitałowej nawet w przypadku niewielkich przedsięwzięć wynikała z obiegowej opinii o braku odpowiedzialności założycieli i zarządu za zobowiązania i działania spółki.



W ostatnich latach zarówno ustawodawca unijny, jak i krajowy podjęli jednak liczne działania legislacyjne, które w istotny sposób zmieniają pozycję osób zarządzających przedsiębiorstwem. Nie każda osoba, która podejmuje się pełnienia funkcji kierowniczej ma świadomość zakresu tej odpowiedzialności. Ponadto, wbrew obiegowej opinii, podstawy odpowiedzialności osób zarządzających przedsiębiorstwem nie zostały określone w sposób kompleksowy w ustawie Kodeks spółek handlowych, a odpowiednie regulacje znajdują się również w kodeksie cywilnym, Ordynacji podatkowej, kodeksie karnym i karnym skarbowym czy Ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów.

Problemy sieci klubów fitness

Ustawa UOKiK przewiduje odpowiedzialność finansową osób zarządzających przedsiębiorstwem za umyślne naruszenie przepisów prawa konkurencji a górna granica kary finansowej wynosi 2 miliony złotych. Przepis art. 6a UOKiK, który stanowi podstawę do pociągnięcia zarządzających przedsiębiorstwem do odpowiedzialności za naruszenie przepisów prawa konkurencji wszedł w życie 18 stycznia 2015 r. Jednak, jak wynika z oświadczenia Prezesa UOKiK z czerwca 2018 r., pierwsze postępowanie przeciwko kadrze menadżerskiej przedsiębiorcy, któremu zarzucono praktyki ograniczające konkurencję, wszczęto w postępowaniu antymonopolowym popularnej w całej Polsce sieci klubów fitness.

W komunikacie prasowym z czerwca 2018 Prezes UOKiK wskazywał, że dowody zebrane podczas kontroli wskazują na istnienie zмовы sześciu menadżerów, którzy mieli ustalać między sobą podział lokalnych rynków. Decyzja UOKiK zapadła na początku stycznia 2021 r., na dzień składania niniejszej publikacji nie znamy jeszcze uzasadnienia rozstrzygnięcia, natomiast z oświadczenia przedstawicieli sieci klubów fitness wynika, że decyzja nie odpowiada prawu, bowiem spółki zawierające porozumienie w okresie objętym zarzutami UOKiK były w trakcie tworzenia grupy kapitałowej i wobec tego nie były dla siebie konkurentami.

To co istotne, to fakt, że odpowiedzialność z art. 6a UOKiK obejmuje nie tylko zarząd spółek uczestniczących w koncentracji, a definicja osoby zarządczej przedsiębiorstwem jest szersza i obejmuje również osoby na samodzielnych stanowiskach kierowniczych.

Drugą istotną kwestią jest uzasadnienie faktyczne pociągnięcia do odpowiedzialności finansowej bezpośrednio osób z kadry menadżerskiej. Już w komunikacie dotyczącym Benefit Systems z czerwca 2018 r. Prezes UOKiK wskazywał na istnienie programu łagodzącego kary i zachęcał przedsiębiorców i menadżerów firm zainteresowanych ubieganiem się o status „świadka koronnego” do kontaktu z urzędem. Nie ulega wątpliwości, że realna obawa kary finansowej sięgającej do dwóch milionów złotych może wpływać na zachwianie solidarności pomiędzy partnerami gospodarczymi biorącymi udział w zakwestionowanym przez UOKiK w procesie ustalania warunków zawieranych porozumień.

Ratunek w *leniency*?

Procedura quasi „świadka koronnego” została uregulowana w art. 113a UOKiK, a na gruncie prawa europejskiego funkcjonuje pod nazwą „leniency”. Osoba, która złoży wniosek do Prezesa UOKiK o odstąpienie od wymierzenia kary pieniężnej lub jej obniżenie jest zobowiązana ujawnić wszystkie okoliczności związane z porozumieniem ograniczającym konkurencję, ściśle współpracować z urzędem w trakcie postępowania, a także zachować w tajemnicy fakt złożenia wniosku. Podkreślenia wymaga, że Prezes UOKiK ma obowiązek zastosować *leniency* jedynie wobec pierwszego z uczestników porozumienia ograniczającego konkurencję, który złożył kompletny wniosek z art. 113a UOKiK. Stąd przyjmując wniosek Prezes UOKiK oznacza na nim nie tylko datę, ale i godzinę wpływu wniosku, a uczestnicy niejako ścigają się, kto pierwszy go złoży.



Ocena, czy w konkretnym przypadku przedsiębiorca powinien zdecydować się na złożenie *leniency* zależy od analizy konkretnego przypadku, w szczególności od tego, na ile zasadne mogą okazać się zarzuty, jakimi dowodami dysponuje urząd i jakie dowody obciążające mogą dostarczyć partnerzy biorący udział w porozumieniu. Podkreślenia wymaga, że tak jak świadkowie koronni dla wykazywania swojej przydatności organom postępowania karnego częstokroć konfabulują w swoich zeznaniach, tak też nie można wykluczyć, że dotychczasowy partner nie zdecyduje się pogrążyć pozostałych uczestników koloryzując nieco fakty w celu uniknięcia własnej odpowiedzialności.

Obawa przed wysoką karą pieniężną niejednokrotnie wpływa na zdolność oceny sytuacji. W takim wypadku zawsze warto skorzystać z profesjonalnej pomocy prawnej, tym bardziej, że może okazać się, iż jedynym poważnym dowodem istnienia porozumienia naruszającego konkurencję, jakim dysponuje UOKiK, będzie właśnie wniosek *leniency* i informacje w nim zawarte.

Postępowanie przeciwko menadżerom sieci klubów fitness było pierwszym przypadkiem, w którym UOKiK obok zarzutów przeciwko przedsiębiorcy sformułował również zarzuty przeciwko osobom zarządzającym przedsiębiorstwem, natomiast pierwsza decyzja o pociągnięciu do odpowiedzialności menadżera zapadła 3 grudnia 2020 r. i dotyczyła praktyk dwóch wielkich podmiotów z branży energetycznej ograniczających konkurencję na tym rynku obejmującym obszar m.st. Warszawy.

Podkreślenia wymaga, że w tym postępowaniu na jednego z managerów nałożono karę finansową w wysokości 200.000 zł, a drugi z nich uniknął odpowiedzialności właśnie w oparciu o procedurę *leniency*.

Aktualnie UOKiK prowadzi co najmniej kilka postępowań, w których urząd poinformował o zamiarze pociągnięcia do odpowiedzialności finansowej członków kadry zarządzającej. Urząd w lipcu 2020 r. opublikował na swojej stronie wyjaśnienia w zakresie sposobu wymierzania kar pieniężnych wobec osób zarządzających przedsiębiorstwem, w którym Prezes UOKiK wskazuje, jakie kryteria mają znaczenie przy określaniu wysokości kary.

Wydaje się zatem, że postępowania w przedmiocie odpowiedzialności menadżerów za porozumienia naruszające konkurencję stają się zjawiskiem powszechnym, a dla UOKiK stanowią cenne narzędzie pozwalające na przełamanie solidarności i milczenia uczestników porozumienia. Choć trudno wyobrazić sobie porozumienie przedsiębiorców ograniczające konkurencję, które jest uzgadnianie bez udziału osób zarządzających tymi podmiotami, to UOKiK nie zawsze prowadzi postępowania również przeciwko kadrze menadżerskiej. Wydaje się, że właśnie groźba odpowiedzialności finansowej osób fizycznych zarządzających przedsiębiorstwem i wysokość kar wpływa na rosnącą popularność *leniency* i w istotny sposób oddziałuje na wynik postępowań urzędu w sprawach praktyk naruszających konkurencję, tam gdzie dowody zebrane przez organ bez współpracy uczestników porozumienia nie pozwalałyby na wydanie decyzji stwierdzającej naruszenie.



11

Albo rybki albo akwarium, albo niegospodarność albo oszustwo



Bartłomiej Pietruszka
partner, adwokat



Powszechnie znaną regułą jest wnoszenie aktu oskarżenia przez prokuratora. W ściśle określonych warunkach możliwe jest jednak nabycie uprawnienia do sformułowania aktu oskarżenia przez samego pokrzywdzonego – bez udziału oskarżyciela publicznego. Procedura wniesienia takiego aktu oskarżenia, zwanego subsydiarnym (lub subsydiarnym posiłkowym) nie należy do prostych i wymaga dochowania pewnych ściśle określonych wymogów już na etapie postępowania przygotowawczego. Jakie to są wymogi?

Wojownicy zapętlonej argumentacji

Subsydiarny akt oskarżenia często wykorzystywany jest w procesach o działanie na szkodę spółki, czyli w sprawach niegospodarności menedżerskiej, przeciwko członkom zarządu (art. 296 kk). Przygotowując się do takiego procesu, warto pamiętać kto może reprezentować spółkę i wziąć to pod uwagę już na etapie składania zawiadomienia o możliwości popełnienia przestępstwa.



W omawianym przypadku przeciwko Klientowi wniesiony został subsydiarny akt oskarżenia przez spółkę, nazwijmy ją „Akwarium”, w której przedmiotem sporu pomiędzy stronami było uprawnienie do jej reprezentacji. Klient był w jej zarządzie od lat i utrzymywał, że nadal miał prawo do reprezentacji spółki. Tymczasem jego przeciwnicy procesowi, na etapie składania subsydiarnego aktu oskarżenia, uzurpowali sobie prawo do reprezentacji spółki Akwarium. Przy wnoszeniu aktu oskarżenia twierdzili bowiem, że to oni zawsze kierowali spółką Akwarium i to im nadal przysługuje prawo do jej reprezentacji. Są w związku z tym uprawnieni do wniesienia w jej imieniu aktu oskarżenia. Wnikliwa analiza materiału zgromadzonego w sprawie pozwoliła tymczasem na stwierdzenie, że przeciwnicy Klienta zapętlili się w swojej argumentacji, popadając finalnie w sprzeczność. Ale zacznijmy od początku.

Przestępstwo indywidualne a przestępstwo powszechne czyli karkołomna kwalifikacja czynu

Postępowanie karne zostało zainicjowane wskutek złożonego zawiadomienia, w którym sformułowano przeciwko Klientowi zarzut, iż będąc osobą uzurpującą sobie prawo do pełnienia funkcji w zarządzie spółki Akwarium, dopuścił się niegospodarności, co spowodowało wyrządzenie spółce wielomilionowej szkody. Ku zdziwieniu Klienta, zawiadamiający nie wskazał przy tym na realizację znamion przestępstwa niegospodarności menedżerskiej (tj. czynu zabronionego z art. 296 kk.), lecz jako podstawę prawną zarzutu zawiadomienia wskazał art. 286 § 1 kk. Ten przepis ustawy karnej ustanawia przestępstwo tzw. oszustwa, a jego znamiona mówią o doprowadzeniu pokrzywdzonego do niekorzystnego rozporządzenia mieniem wskutek wprowadzenia go w błąd, co ma nastąpić w celu osiągnięcia korzyści majątkowej.

Dodać wypada, że w zawiadomieniu skonstruowano także odrębny zarzut popełnienia czynu zabronionego sfałszowania dokumentu, tj. czynu zabronionego określonego w art. 270 kk.

Mając na uwadze taką konstrukcję przyjętych zarzutów zauważyć przede wszystkim należy, że co do zasady czyn zabroniony określony w art. 296 kk. popełnić może jedynie osoba pełniąca funkcję w zarządzie spółki (jest to tzw. przestępstwo indywidualne), zaś czyn zabroniony określony w art. 286 kk. popełnić może każdy (tzw. przestępstwo powszechne). Przeciwnicy Klienta przyjęli taką – niewątpliwie karkołomną kwalifikację – właśnie po to, aby uniknąć przyznania, że był on uprawniony do reprezentacji spółki Akwarium.

Innymi słowy przeciwnicy Klienta nie mogli twierdzić, że reprezentował on spółkę i z tego tytułu powinien ponieść odpowiedzialność karną (wówczas zarzuty subsydiarnego aktu oskarżenia byłyby tożsame z zakresem śledztwa) jednocześnie wskazując, że spółki właściwie nie reprezentował, a zawsze to oni byli do tego uprawnieni, zaś szkoda spowodowana była bliżej nieokreślonym wprowadzeniem w błąd. Mówiąc krótko: albo rybki albo akwarium, czyli albo przyznajemy, że oskarżony jest w zarządzie, albo mamy nieskuteczny akt oskarżenia.

Sztuczki prawne kuszą, a z reguły zawodzą

Odnotujmy także, że drugi z postawionych Klientowi zarzutów dotyczący fałszerstwa dokumentów w zaproponowanym kształcie w ogóle nie mógł być przedmiotem subsydiarnego aktu oskarżenia. W przypadku przestępstw przeciwko wiarygodności dokumentów (a takim jest fałszerstwo dokumentu) o pokrzywdzonym można mówić jedynie w ściśle określonych przypadkach, do których zarzucone Klientowi fałszerstwo nie zaliczało się.



Niestety zarysowane powyżej problemy nierzadko pojawiają się w praktyce. Uczestnicy postępowania przygotowawczego niejednokrotnie uzurpują sobie prawo do oskarżania przed sądem zamiast prokuratora, stosując różnego rodzaju „sztuczki” prawne przy konstruowaniu subsydiarnego aktu oskarżenia. Bywa, że tego typu praktyki nie od razu są dostrzegane przez sądy, co powoduje konieczność podjęcia przez oskarżonych subsydiarnym aktem oskarżenia obrony.

Na pocieszenie można dodać, że niekiedy wadliwości subsydiarnego aktu oskarżenia mogą być przedmiotem zarzutu kasacji do Sądu Najwyższego. Warto jednak weryfikować poprawność sporządzonego subsydiarnego aktu oskarżenia już podczas inicjowania postępowania jurysdykcyjnego.

Na pocieszenie można dodać, że niekiedy wadliwości subsydiarnego aktu oskarżenia mogą być przedmiotem zarzutu kasacji do Sądu Najwyższego. Warto jednak weryfikować poprawność sporządzonego subsydiarnego aktu oskarżenia już podczas inicjowania postępowania jurysdykcyjnego.





12

Rodzaje odpowiedzialności za niezłożenie wniosku o ogłoszenie upadłości w terminie



Wojciech Bokina
partner, radca prawny
doradca restrukturyzacyjny

Zgodnie z prawem upadłościowym członek zarządu spółki kapitałowej, czy osoba odpowiadająca w spółce osobowej za zobowiązania spółki bez ograniczeń, jak również przedsiębiorca są zobowiązani do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości w terminie 30 dni od dnia zaistnienia stanu niewypłacalności. Stan ten powstaje, jeśli dany podmiot nie reguluje swoich wymagalnych zobowiązań pieniężnych lub gdy zobowiązania dłużnika przekroczą wartość jego majątku, a stan ten utrzymuje się przez okres przekraczający dwadzieścia cztery miesiące.

Wbrew dość powszechnej opinii, obowiązek złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości nie został całkowicie zniesiony w czasie obowiązywania stanu zagrożenia albo stanu epidemicznego. Został on „zawieszony” na czas wprowadzenia tego stanu i tylko jeśli niewypłacalność została wywołana z powodu Covid.

A jakie konsekwencje grożą managerom/przedsiębiorcom za niezłożenie wniosku o ogłoszenie upadłości w terminie?



1) Odpowiedzialność karna

Co prawda nie jest dość często stosowana przez organy ścigania, niemniej jednak nie należy zapominać, że taka odpowiedzialność występuje i niekiedy prokurator decyduje się na wszczęcie postępowania na podstawie art. 586 ksh zgodnie z którym: „Kto, będąc członkiem zarządu spółki albo likwidatorem, nie zgłasza wniosku o upadłość spółki handlowej pomimo powstania warunków uzasadniających według przepisów upadłość spółki - podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do roku”.

2) Odpowiedzialność własnym majątkiem za zobowiązania spółki

Dość powszechnie panuje przekonanie, że odpowiedzialność własnym majątkiem za zobowiązania spółki dotyczy wyłącznie spółek z o.o. na podstawie art. 299 ksh, natomiast nie ma takiego odpowiednika w przepisach ksh odnośnie spółki akcyjnej, więc członek zarządu spółki akcyjnej nie ponosi odpowiedzialności za niezłożenie wniosku. Nic bardziej mylnego. Podstawą takiej odpowiedzialności członków zarządu spółki akcyjnej jest art. 21 prawa upadłościowego, który przewiduje również odpowiedzialności wspólników spółek osobowych.

3) Odpowiedzialności za niespłacone należności podatkowe

Członkowie zarządu spółek kapitałowych oraz wspólnicy spółek osobowych odpowiadają całym swoim majątkiem również za należności publicznoprawne spółki, jeśli nie złożą wniosku o ogłoszenie upadłości w terminie. Co bardzo ważne starsza linia orzecznicza sądów administracyjnych opiera się na innym pojęciu niewypłacalności niż przyjmują sądy gospodarcze czy upadłościowe. Sądy administracyjne uznają, że istnienie już tylko jednej wierzytelności (należności publicznoprawnej), a nie dwóch wierzytelności wobec innych podmiotów - jak przyjmują sądy gospodarcze - skutkuje koniecznością złożenia wniosku o ogłoszenie

upadłości. Na szczęście pojawiły się już nowsze orzeczenia sądów administracyjnych, przede wszystkim prezentowane przez WSA we Wrocławiu, zgodne z orzecznictwem sądów gospodarczych i upadłościowych. Należy jednak pamiętać, że urzędy jeszcze dość powszechnie stosują starą linię, więc często trzeba „powalczyć” ze stanowiskiem urzędów.

4) Zakaz prowadzenia działalności gospodarczej

Wobec osoby, która nie wykonała obowiązku złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości w terminie może zostać orzeczony zakaz prowadzenia działalności gospodarczej od 1 roku do 10 lat. W przypadku orzeczenia zakazu osoba nie może prowadzić na własny rachunek działalności gospodarczej, czy też przykładowo zasiadać w radzie nadzorczej lub zarządzie spółki handlowej. Zakaz ten może być szczególnie dotkliwy dla zawodowych managerów. Jednak należy pamiętać, że postępowanie takie może wytoczyć jedynie wierzyciel, który posiada tytuł wykonawczy przeciwko spółce-dłużnikowi (sama niezapłacona faktura nie jest wystarczająca dla zainicjowania takiego postępowania przez sądem upadłościowym). Zdarza się jednak, że zdeterminowany wierzyciel chce prowadzić takie postępowanie, częstokroć nawet wbrew rachunkowi ekonomicznemu.

Dlatego też warto badać na bieżąco, czy nie są spełnione przesłanki (zarówno płynnościowe jak i bilansowe), które aktywują obowiązek złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości. W razie wątpliwości warto zasięgnąć pomocy wyspecjalizowanych doradców, gdyż zaniechanie powyższego obowiązku może niejednokrotnie powodować dotkliwe konsekwencje.



13

O karalnych nadużyciach kadry managerskiej



Paulina Sułkowska
adwokat



Spółka prowadziła działalność w zakresie produkcji profili aluminiowych oraz aluminiowych systemów okiennych i drzwiowych. Początkowo główna działalność Spółki dotyczyła jedynie produkcji profili aluminiowych, jednak w ramach rozwoju i inwestycji w Spółkę, decyzją wspólników, opracowała ona autorskie systemy okienne i drzwiowe, a koszty opracowania tych nowych produktów, wchodzących w skład architektonicznych systemów budowlanych, sięgały kwot rzędu kilku milionów złotych.

Po poniesieniu przez Spółkę znacznych nakładów finansowych i opracowaniu gotowych systemów przeznaczonych do sprzedaży większościowy wspólnik Spółki, będący przedsiębiorcą zagranicznym, postanowił o przeniesieniu produkcji profili aluminiowych, jak również aluminiowych systemów okiennych i drzwiowych za granicę. Pomimo sprzeciwu wspólnika mniejszościowego, który chciał kontynuować intratną działalność Spółki, rozpoczął on wywożenie składników majątku Spółki za granicę do podmiotów ze sobą powiązanych.



Nie mając szerokiego pola działania na gruncie korporacyjnym, wspólnik mniejszościowy Spółki zwrócił się do Kancelarii o analizę stanu faktycznego sprawy, która wykazała, że zaistniałe zachowania wspólnika większościowego można zakwalifikować jako karalne działanie na szkodę Spółki. Prawnicy Kancelarii sporządzili pisemne zawiadomienie o podejrzeniu popełnienia przestępstw z art. 296 § 1, § 2 i § 3 kk, tj. przestępstw w wyrządzenia szkody w obrocie gospodarczym w wielkich rozmiarach, tj. w kwocie co najmniej kilku milionów złotych. Zawiadomienie to stało się podstawą do wszczęcia przez Prokuraturę długotrwałego i skomplikowanego postępowania karnego z szeregiem czynności dowodowych.

Przestępstwo nadużycia zaufania w stosunkach korporacyjnych

Kodeks karny zawiera katalog przestępstw przeciwko obrotowi gospodarczemu i interesom majątkowym w obrocie gospodarczym, których celem jest ochrona interesów podmiotów w nim uczestniczących. Pełnienie funkcji korporacyjnych w podmiotach gospodarczych każdorazowo wiąże się z ryzykiem ekspozycji na odpowiedzialność karną za zachowania stanowiące nadużycie uprawnień bądź niedopełnienia obowiązków przez osoby zarządzające przedsiębiorstwem, które nie kierują się interesem Spółki.

W praktyce ocena prawna działań osób zajmujących się sprawami majątkowymi podmiotu gospodarczego oparta jest o analizę, czy racjonalny zarządca interesami tego podmiotu dążył do realizacji najlepszego interesu tego podmiotu. Ustalenie, iż osoby zajmujące się sprawami majątkowymi Spółki popełniły przestępstwo, może spowodować nałożenie na nie obowiązku naprawienia w całości szkody wyrządzonych ich działaniem jako sprawców czynu zabronionego.

Zastosowanie praktyczne

W omawianej sytuacji większościowy wspólnik Spółki oraz jego reprezentant będący jednocześnie członkiem organu Spółki, podjął

szereg decyzji skutkujących zadłużeniem, a w konsekwencji, niezdolnością Spółki do regulowania swoich bieżących zobowiązań: (1) przekazał opracowania systemów okiennych i drzwiowych o wartości blisko 10 mln zł do powiązanych ze sobą spółek zagranicznych, twierdząc, że opracowania takie nigdy nie powstały w Spółce (2) przekazanie to odbyło się bez wypłaty jakiegokolwiek ekwiwalentu na rzecz Spółki, (3) Spółka została postawiona przez wspólników w stan likwidacji, (4) pozostały majątek Spółki został wywieziony za granicę, a likwidator Spółki (i zarazem reprezentant wspólnika większościowego) zlikwidował biuro Spółki i unika wszelkiego kontaktu z organami ścigania.

W wyniku złożonego zawiadomienia, Kancelaria podjęła szereg zintensyfikowanych działań celem zabezpieczenia materiału dowodowego w sprawie. W toku przeprowadzonych czynności dowodowych udało się ustalić faktyczną przynależność systemów okiennych i drzwiowych do majątku Spółki oraz ich wartość blisko 10 mln zł. Kancelaria doprowadziła również w odrębnym postępowaniu prowadzonym przez sąd rejestrowy właściwy dla siedziby Spółki do zmiany likwidatora Spółki, który to został uznany za podmiot działający na szkodę Spółki. Zmiana osoby zarządzającej Spółką umożliwiła dostęp do dokumentacji Spółki i przede wszystkim weryfikację działań likwidatora Spółki – a w konsekwencji - rzeczywistego stanu finansowego Spółki oraz transakcji, na podstawie których wyprowadzono jej poszczególne składniki majątku.

Istotnym sukcesem, który udało się osiągnąć w ramach prowadzonych postępowań, jest przede wszystkim pozyskiwanie informacji na temat sytuacji majątkowej i faktycznej Spółki, których to udostępnienia odmawia organ zarządzający Spółką. „Przymuszenie” likwidatora Spółki przez organy ścigania i sądy powszechne do poddania się bieżącej kontroli stanowi skuteczny element nacisku w sytuacji, gdy wspólnik większościowy odmawia realizacji swoich zobowiązań w stosunku do wspólnika mniejszościowego na drodze korporacyjnej.



Podsumowując, kadra managerska przedsiębiorstwa zobowiązana jest do starannego prowadzenia interesów majątkowych przedsiębiorstwa oraz respektowania praw podmiotów mniejszościowych, którym powinna umożliwić kontrolę nad prowadzoną polityką zarządu. Podmioty zobowiązane do należytego zarządzania spółką w żadnym razie nie mogą czuć się bezkarne z tego tylko względu, że posiadają większość w kapitale własnościowym. Mniejszościowy wspólnik – pomimo pozornie nieznaczących i niedających mu pola do działania uprawnień korporacyjnych – nie musi pozostawać bezbronny w obliczu agresywnej polityki udziałowca większościowego.

Przemyślane i wielopłaszczyznowe działania prawne podjęte przez wspólnika mniejszościowego dają gwarancję skutecznej obrony przed pozbawieniem go prawa do decydowania o losach przedsiębiorstwa.

Większość osób piastujących funkcję w zarządzie przedsiębiorstwa nie zdaje sobie sprawy, że ponoszą one odpowiedzialność osobistą, której ustalenie przez sąd skutkuje skazaniem za przestępstwo oraz orzeczeniem kary przewidzianej ustawą (pozbawienie wolności, ograniczenie wolności bądź grzywna), a niejednokrotnie również zakazem prowadzenia działalności gospodarczej. Jednocześnie, na wniosek pokrzywdzonego w postępowaniu sąd orzeka również obowiązek naprawienia szkody

wyrządzonej przestępstwem, co – biorąc pod uwagę skalę prowadzonej działalności gospodarczej – sięgać może wielomilionowych kwot, z zapłatą których członkowie kadry managerskiej również będą musieli się liczyć.

Powyższy spór doskonale obrazuje, że udziałowiec mniejszościowy nie pozostaje bezbronny wobec szantażu i przestępczych działań kadry managerskiej oraz wspólnika większościowego, a wykorzystanie instrumentów prawnych celem walki o jego prawa korporacyjne jest skuteczne. Członkowie kadry zarządzającej przedsiębiorstwa nie mogą czuć się bezkarni w swoich działaniach, bowiem pozostają oni pod stałą kontrolą nie tylko wspólnika mniejszościowego w ramach jego uprawnień korporacyjnych, ale również organów ścigania i sądów powszechnych.

14

Ryzykowne „zawieszenie” terminu do złożenia wniosku upadłościowego



Bartłomiej Pietruszka
partner, adwokat

Wstrzymanie lub przerwanie terminu do złożenia wniosku upadłościowego wprowadzone w drodze tzw. tarczy antykryzysowej 2.0 może mieć swoje negatywne konsekwencje zarówno dla samego upadłego jak i dla jego wierzycieli. Modyfikacja tego obowiązku na czas obowiązywania stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii z jednej strony może generować dla przedsiębiorców ryzyko postawienia zarzutu tzw. wybiórczego zaspokajania wierzycieli. Z drugiej strony w określonych przypadkach „zawieszenie” biegu terminu do złożenia wniosku upadłościowego generuje ryzyko odpowiedzialności karnej dla samego zarządu, który może ponieść taką odpowiedzialność za nielożenie wniosku o ogłoszenie upadłości w terminie.

Problemy z płynnością wśród przedsiębiorców, zwłaszcza w dobie pandemii, są powszechnym problemem. W związku z powyższym przedsiębiorcy niejednokrotnie będą stawiać przed dylematem wyboru wierzycielności, które jako kluczowe dla dalszej działalności, będą zaspokojone w pierwszej kolejności, a także wyborem momentu, w którym złożą wniosek o ogłoszenie upadłości. Jeżeli zaspokajanie wierzycieli będzie podejmowane w stanie grożącej upadłości lub niewypłacalności, to rodzi to po stronie przedsiębiorcy ryzyko poniesienia odpowiedzialności karnej za wybiórcze zaspokajanie wierzycieli. Jednocześnie tarcza antykryzysowa 2.0 w żaden sposób nie modyfikuje tej odpowiedzialności. Zawarto w niej jedynie regulacje modyfikujące odpowiedzialność za karalne działanie na szkodę spółki, a tym samym zasady ponoszenia odpowiedzialności karnej za przestępstwa przeciwko wierzycielom pozostają niezmiennie.



Trudne wybory stanu niewypłacalności

Jeżeli stan grożącej niewypłacalności zaistniał przed ogłoszeniem stanu zagrożenia epidemicznego, to na zarządzie przedsiębiorstwa już wcześniej ciążył obowiązek złożenia wniosku upadłościowego. Jeżeli jednak dojdzie do sytuacji utraty płynności przez przedsiębiorstwo, które będzie spowodowane COVID-19, to odroczenie obowiązku złożenia wniosku upadłościowego postawi firmy w sytuacji, w której wiarytelności – w określonym zakresie – nadal będą zaspokajane. Taka sytuacja z całą pewnością może nie spodobać się pozostałym wierzycielom, którzy będą postrzegać takie działanie jako bezprawne „wyprowadzanie” składników majątkowych przez firmę zagrożoną upadłością.

Tym samym wskutek postanowień komentowanej ustawy postawiono przedsiębiorców w niekomfortowej sytuacji: jeżeli bowiem okaże się, że niewypłacalność przedsiębiorcy została spowodowana COVID-19, to uregulowania ustawy uchronią zarząd przed zarzutem niezgłoszenia wniosku upadłościowego w terminie, ale mogą narazić przedsiębiorców na zarzut wybiórczego zaspokajania wierzycieli. Wszak stan „grożącej niewypłacalności” w rozumieniu Kodeksu karnego oznacza w świetle niejednorodnych poglądów prezentowanych w doktrynie także stan poprzedzający niewypłacalność lub upadłość.

Jeżeli zaś okaże się, że stan niewypłacalności nie został spowodowany COVID-19, to teoretycznie zarząd może ponieść odpowiedzialność karną za niezłożenie wniosku w terminie, gdyż powinien był to uczynić odpowiednio wcześniej, i także z tego tytułu ponosić osobistą odpowiedzialność za szkodę. Warto w tym kontekście podkreślić, że w toku procesu karnego okoliczność ta oceniana będzie przez biegłego, na którego opinii bazować będzie najpierw prokurator, a potem sąd.

Trzeba w związku z tym podkreślić, że uregulowania tarczy anty kryzysowej 2.0 nie zwalniają bezwarunkowo przedsiębiorcy z obowiązku złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości, zaś skorzystanie z tej instytucji niestety generuje dla firm istotne ryzyka, także na gruncie odpowiedzialności karnej, której nowe przepisy w żaden sposób nie zmodyfikowały.





15

72 godziny sprawiedliwości

Blokada rachunku bankowego dokonywana przez bank, w związku z powziętym uzasadnionym podejrzeniem, że zgromadzone na rachunku środki mogą pochodzić z przestępstwa, bądź służyć jego ukryciu zostało wprowadzone do polskiego porządku prawnego w celu dostosowania obowiązujących przepisów do prawa Unii Europejskiej oraz standardów wynikających z prawa międzynarodowego.

Blokada pieniędzy na rachunku bankowym oznacza sytuację, w której ich właściciel nie ma możliwości korzystania ze środków w zablokowanej kwocie. Należy pamiętać, że zablokowane mogą być nie tylko te środki, które już są obecne na danym rachunku, ale również środki, które zasilą konto. Co więcej wyróżniamy również instytucję wstrzymania transakcji rozumianą jako czasowe ograniczenie korzystania i dysponowania wartościami majątkowymi polegającą na uniemożliwieniu instytucjom finansowym lub bankom dokonywania określonych transakcji zleconych przez właściciela rachunku.

Magdalena Sienkiewicz
aplikant adwokacki





Przepisy ustawy Prawo bankowe nakładają na banki obowiązki w zakresie przeciwdziałania wykorzystywaniu swojej działalności dla celów mających związek z przestępstwami prania brudnych pieniędzy (art. 299 kk.) oraz finansowania terroryzmu (art. 165a kk.). Jeśli bank lub instytucja finansowa zidentyfikuje działania, które mogą wypełniać znamiona wyżej wymienionych przestępstw zastosowanie będzie miała odrębna procedura z ustawy o przeciwdziałaniu praniu brudnych pieniędzy, zaś w przypadku zidentyfikowania pozostałych przestępstw (np. przywłaszczenia) wykorzystuje się procedurę przewidzianą w Prawie bankowym.

Uchronić uciekający majątek

Nie jest jednak tak, że procedura blokady rachunku bankowego jest inicjowana jedynie przez zainteresowane banki. Jest to bowiem niezwykle przydatny środek to zapobiegania i zabezpieczania się przed utratą należących do nas środków. Sprawnie działający pełnomocnik przy wykorzystaniu omawianej instytucji jest w stanie skutecznie ograniczyć potencjalne straty swoich klientów i ochronić jego majątek.

Dlatego, kiedy do kancelarii trafiają Klienci, którzy podejrzewają, że z firmowego konta „znikają” pieniądze, czasem nie wystarczy jedynie zawiadomienie prokuratury i długotrwałe oczekiwanie na wszczęcie postępowania przygotowawczego – w tym czasie cały majątek spółki może już zostać skutecznie „wyprowadzony”. W takich wypadkach szczególnie istotne jest działanie prewencyjne.

Decydujące 72 h

Zadaniem pełnomocnika jest doprowadzenie do całkowitego zabezpieczenia interesów Klienta, dlatego w takich przypadkach szczególnie uzasadnione jest równoległe zwrócenie się do banku i prokuratora. Należy zwrócić uwagę, że sam bank (bez postanowienia prokuratora) jedynie na podstawie zawiadomienia dokonanego przez klienta ma możliwość blokady rachunku na 72 godziny – te trzy doby mogą okazać się kluczowe dla zapobiegnięcia dokonania przestępstwa, a przynajmniej dla uchronienia aktywów.

Nie jest jednak oczywistym, że bank niezwłocznie po uzyskaniu od Klienta pisma informującego o możliwości popełnienia przestępstwa dokona blokady rachunku. Istotne jest przedstawienie instytucji finansowej odpowiednich argumentów, nakreślenie istoty sprawy oraz zasygnalizowanie jakie konsekwencje może ponieść bank, jeśli wykaże się opieszałością w sprawie. Na mocy obowiązujących przepisów prawa, w razie uzasadnionego podejrzenia wykorzystywania działalności banku do celów związanych z przestępstwem, bank ma obowiązek zawiadomić właściwą prokuraturę lub policję. Co więcej doktryna wskazuje jednoznacznie, że postępowanie banku jest tutaj obciążone koniecznością zachowania należytej staranności.

Abstrahując od działań podejmowanych bezpośrednio przez bank, równoległe niezmiennie istotna jest współpraca z prokuraturą. Niejednokrotnie w praktyce zdarza się, że jedynie bezpośredni kontakt z prokuratorem prowadzącym postępowanie przyniesie wymierne efekty, gdyż instytucja blokady bankowej, którą nałożyć może bezpośrednio prokurator jest stosunkowo nowym rozwiązaniem, a co za tym idzie prokuratorzy niejednokrotnie obawiają się jej zastosowania. To kolejny argument potwierdzający tezę, że umiejętna komunikacja ze strony pełnomocnika, który zna i rozumie mechanizmy jakimi rządzi się postępowanie karne oraz instytucje finansowe, jest w stanie realnie pomóc Klientowi.

Pierwszy krok do zabezpieczenia majątkowego

Uzyskanie dla Klienta blokady rachunku bankowego to pewien sukces, jednak jest to dopiero początek postępowania przygotowawczego. Kolejnymi koniecznymi krokami jest doprowadzenie do wszczęcia śledztwa oraz uzyskania zabezpieczenia majątkowego dla klienta. Należy podkreślić, że ta instytucja z pogranicza prawa karnego i bankowego rzeczywiście działa, a wzmoczone zaangażowanie pełnomocników, przy ścisłej współpracy z prokuratorem, niejednokrotnie pomaga ocalić środki pieniężne przed ich całkowitym wytransferowaniem z rachunków Klienta.



W przypadku powzięcia uzasadnionego podejrzenia, że zgromadzone na rachunku bankowym środki, w całości lub w części, pochodzą lub mają związek z przestępstwem, bank jest uprawniony do dokonania blokady środków na tym rachunku. Blokada może nastąpić wyłącznie do wysokości zgromadzonych na rachunku środków, co do których istnieje takie podejrzenie. Prawo bankowe wprowadza ograniczenie czasowe blokady do 72 godzin, ponadto bank zobowiązany jest powiadomić o blokadzie prokuratora.

Na mocy obowiązujących przepisów prawa, w razie uzasadnionego podejrzenia wykorzystywania działalności banku do celów związanych z przestępstwem, bank ma obowiązek zawiadomić właściwą prokuraturę lub policję – jeśli tego nie zrobi może zostać pociągnięty do odpowiedzialności.

Jak wygląda procedura

Składając takie zawiadomienie o uzasadnionym podejrzeniu wykorzystywania działalności banku w celu ukrycia działań przestępczych, bank ma prawo przekazać prokuratorowi lub policji informacje objęte tajemnicą bankową. W takiej sytuacji prokurator nie musi występować z wnioskiem do sądu okręgowego o uchylenie tajemnicy bankowej.

Następnie prokurator może w ciągu 72 godzin wydać postanowienie o wszczęciu lub odmowie wszczęcia postępowania, o którym niezwłocznie zawiadamia właściwy bank. W przypadku wszczęcia postępowania może on w drodze postanowienia wstrzymać określoną transakcję lub dokonać blokady środków na rachunku na czas oznaczony, nie dłuższy niż 3 miesiące od otrzymania zawi-

domienia (w przypadku przestępstw z art. 299 k.k. oraz 165a k.k. ten okres to 6 miesięcy). Tak jak na większość postanowień prokuratora tak i na postanowienie o blokadzie rachunku bankowego przysługuje zażalenie, które należy wnieść w terminie 7 dni od jego doręczenia.

Jeżeli prokurator podejmie decyzję o wszczęciu postępowania, może wydać dwa rodzaje postanowień. Może zdecydować o kontynuacji blokady środków zgromadzonych na rachunku bankowym. Może też zdecydować tylko o wstrzy-

maniu określonej transakcji. W obu wypadkach maksymalny termin to nie dłużej niż 3 miesiące.

Postanowienie prokuratora powinno wskazywać zakres, sposób i termin wstrzymania transakcji lub blokady środków na rachunku. Warto też podkreślić, że w dalszej kolejności prokurator powinien w terminie 3 miesięcy, licząc od otrzymania zawiadomienia banku, wydać postanowienie o zabezpieczeniu majątkowym lub postanowienie w przedmiocie dowodów rzeczowych.

Po dokonaniu blokady rachunku bankowego, jego posiadacz nie może swobodnie dysponować środkami na nim zgromadzonymi, nie może ich również wypłacać. Można powiedzieć, że środki znajdujące się na rachunku są niejako „zamrożone” na okres oznaczony w postanowieniu prokuratora i na ten czas dostęp do nich jest praktycznie niemożliwy.

Jednocześnie podkreślić należy, że przepisy ustawy zwalniają bank z odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną posiadaczowi rachunku z powodu ustanowienia blokady i dokonania zawiadomienia w trybie omawianego przepisu.

Instytucja blokady rachunku bankowego i jej odpowiednie zastosowanie może być naprawdę skuteczną metodą zabezpieczenia majątku spółki przed jego „wyprowadzeniem”. Nie jest to jednak narzędzie „proste w obsłudze” i to zarówno dla strony pokrzywdzonej jak i dla samej prokuratury, czy instytucji finansowych. Liczy się tu zarówno czas, umiętny dobór argumentów przedstawianych bankowi i oskarżycielowi publicznemu, ale również, a może przede wszystkim doświadczony pełnomocnik.



16

Minimalizacja strat, czyli o możliwościach zastosowania nadzwyczajnego złagodzenia kary



Maciej Wiślawski
adwokat



Każda ze spraw karnych jest inna. W każdym postępowaniu karnym przy planowaniu linii obrony każdy obrońca kieruje się czym innym, jednak każdy spotkał się w swojej karierze ze sprawami z gatunku na tyle ewidentnych, że w momencie wejścia z klientem do siedziby prokuratury z pewnością można rozwiesić transparent z cytatem z Boskiej Komedii „Ty, który wchodzisz, żegnaj się z nadzieją”. W takich sprawach zazwyczaj wszyscy starają się ograniczać straty, jak w biznesie, a każda minuta i każda chwila na wolności jest na wagę złota.

Wolności podobno nie da się kupić, a polski proces karny raczej nie pokrywa się z oczekiwaniami znanymi przez klientów z produkcji filmowych i tak szerokiego negocjowania z oskarżycielem jak dopuszczają do tego systemy common law posługujące się instytucją „plea bargaining” („ugoda obrończa”). Czy na pewno?



Wiedza niczym złoto

W polskiej procedurze karnej istnieje jednak bardzo dobra jednostka płatnicza, która pozwala ograniczyć straty wynikłe w skutek swoich błędnych decyzji, taką jednostką jest bowiem wiedza, która może pozwolić na zmianę sytuacji procesowej i uzyskanie korzystniejszego rozstrzygnięcia.

W sytuacji postawienia zarzutów, odpowiednia wiedza podejrzanego w połączeniu z ugodą zawartą z udziałem obrońcy może bowiem zapewnić warunkowe umorzenie postępowania, czy słynne „zawiasy”, pozwala więc poprawić swoją sytuację i dostrzec światło w tunelu.

Życie pisze różne scenariusze i zdarza się, że ktoś zostaje w pewien układ biznesowy wciągnięty przez przypadek. Następnie okazuje się, że wycofać się trudno z wielu powodów, a jak się człowiek za długo zastanawia to uważa, że ryzyko małe i wszyscy na około może tak robią.

Wracając na wokandę

Jednak finalnie okazuje się, że nawet jak się udało wycofać, to taka sprawa wraca po jakimś czasie, a przypominają o niej nad ranem funkcjonariusze z wydziału realizacyjnego CBŚP. W takich momentach zazwyczaj rozpoczyna się walka z czasem na wielu polach, bo po pierwsze należy nieraz na szybko zareagować i ustalić linię obrony oraz przygotować się na posiedzenia aresztowe. Wyścig ten może jednak być również o to, kto pierwszy dogada się z prokuratorem, jeżeli będzie on takową współpracą zainteresowany w sytuacji brakujących elementów układanki.

W takich okolicznościach ewentualny podejrzanym posiadając odpowiednią wiedzę, którą podzieli się z prokuratorem, może skorzystać z wielu różnych instytucji prawa karnego.

Wiedza może bowiem pozwolić na nadzwyczajne złagodzenie kary, czy ominięcie udziału w procesie karnym przy np. dobrowolnym poddaniu się odpowiedzialności karnej bądź warunkowym umorzeniu postępowania. Skorzystanie z tych instytucji pozwala wykluczyć niepewność związa-

zaną z oczekiwaniem na wyrok, jak również kupić poniekąd czas jaki z pewnością należy nieraz przeznaczyć na długoletni proces sądowy.

Abstrahując od działań podejmowanych bezpośrednio przez bank, równolegle niezmiennie istotna jest współpraca z prokuraturą. Niejednokrotnie w praktyce zdarza się, że jedynie bezpośredni kontakt z prokuratorem prowadzącym postępowanie przyniesie wymierne efekty, gdyż instytucja blokady bankowej, którą nałożyć może bezpośrednio prokurator jest stosunkowo nowym rozwiązaniem, a co za tym idzie prokuratorzy niejednokrotnie obawiają się jej zastosowania. To kolejny argument potwierdzający tezę, że umiejętna komunikacja ze strony pełnomocnika, który zna i rozumie mechanizmy jakimi rządzi się postępowanie karne oraz instytucje finansowe, jest w stanie realnie pomóc klientowi.

Dobór odpowiedniej konstrukcji procesowej powinien być jednak zawsze poprzedzony analizą sytuacji procesowej przeprowadzonej z obrońcą, a rozmowy z prokuraturą dotyczące ewentualnych ustaleń w zakresie zakresu wiedzy podejrzanego oraz jego odpowiedzialności karnej winny być prowadzone właśnie przez obronę.

Komu ufa prokurator?

Nasza praktyka pokazuje, że brak obecności podejrzanego w trakcie takich ustaleń skłania prokuratorów do nieco większej swobody wypowiedzi, co jest związane naturalnie z większym zaufaniem do obrońców, aniżeli do samych podejrzanych.



Warto więc pamiętać, że to, co nieraz na samym początku wydaje się być sytuacją zupełnie beznadziejną, przy doborze odpowiednich środków prawnych, może się zupełnie odwrócić i pozwolić spojrzeć w przyszłość z dużo lepszą perspektywą.

Powyższe pokazuje również, że prowadząc działalność gospodarczą zawsze warto zapewnić sobie kontakt do profesjonalnej obsługi prawnej, aby w sytuacji kryzysowej nie trzeba było marnować dodatkowego czasu na szukanie odpowiedniej osoby, niejednokrotnie łapiąc się na pułapki zastawione przez śledczych, a w przypadku zatrzymania, aby nie obarczać tym szukaniem osób najbliższych.





17

O przestępnym wykorzystaniu danych osobowych



Bartłomiej Pietruszka
partner, adwokat



Każdy przedsiębiorca zdaje sobie sprawę z tego jak cenna jest tajemnica przedsiębiorstwa. Jej ujawnienie może prowadzić do poważnych problemów zwłaszcza, gdy dotyczy jednocześnie danych osobowych klientów przedsiębiorcy. Incydenty wycieku danych przedsiębiorstwa i naruszeń związanych z przetwarzaniem danych osobowych co jakiś czas pojawiają się w mediach obrazując, że problem ten – pomimo wysiłków ustawodawcy – jest stale obecny. Utrata lub po prostu ujawnienie danych osobowych klientów zawsze nastrocza przedsiębiorcy poważnych problemów: począwszy od utraty renomy, nadszarpnięcia wizerunku, poprzez utratę zrażonej klienteli, na uniemożliwieniu prowadzenia działalności i wysokich karach pieniężnych skończywszy.

Jeszcze nie tak dawno głośno było w Polsce o wejściu w życie tzw. Ogólnego Rozporządzenia o Ochronie Danych Osobowych (RODO). Przepisy te zaczęły w Polsce obowiązywać z końcem maja 2018 r. i mają na celu wzmoczoną ochronę osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i ich przepływem. RODO wprowadziło szereg zmian w zasadach ochrony danych osobowych, rozszerzając zakres obowiązków podmiotów je przetwarzających.



Uzmysłowienie sobie jak ważne jest zapewnienie bezpieczeństwa danych i szybkie podjęcie odpowiednich kroków prawnych w sytuacji naruszenia zasad ich przetwarzania, pozwala nie tylko na uniknięcie odpowiedzialności z tego tytułu, ale i uchronienie przedsiębiorstwa przed stratami. Co prawda zagadnienie, z którym klient zgłosił się w celu udzielenia mu wsparcia, zaistniało w okresie sprzed obowiązywania RODO, to jednak i wówczas prawo przewidywało określone wymogi dla podmiotów przetwarzających dane osobowe i kary dla osób je naruszających, włącznie z odpowiedzialnością karną. Dziś – za sprawą RODO – ochrona jest jeszcze silniejsza, a sankcje surowsze.

Kiedy podwykonawcy wymykają się spod kontroli

W omawianym przypadku Klient, duża firma z branży telekomunikacyjnej, padł ofiarą własnych podwykonawców, którzy przetwarzali dane osobowe jego klientów (abonentów). Wymaga podkreślenia, że nieodłącznym elementem prowadzenia działalności biznesowej przez wspomnianą firmę telekomunikacyjną było gromadzenie i przetwarzanie ogromnej ilości danych osobowych swoich klientów, co odbywało się z poszanowaniem zasad zawartych m.in. w Ustawie o ochronie danych osobowych.

Przyjęty przez Klienta model biznesowy zakładał, że nie tylko obsługa dotychczasowych klientów (abonentów), ale i pozyskiwanie kolejnych, odbywać się będzie dwutorowo: za pomocą pracowników własnych klienta oraz firm zewnętrznych – podwykonawców – specjalizujących się w tego rodzaju działalności (agentów). Firmy zewnętrzne, o których tu mowa, przybierały najróżniejsze formy: od spółek kapitałowych po osoby fizyczne prowadzące jednoosobową działalność gospodarczą. Co istotne w kontekście dalszych działań podjętych na gruncie prawa karnego, Klient zawsze pozostawał skrupulatny jeżeli chodzi o przestrzeganie przepisów o ochronie danych osobowych.

Poza zapewnieniem standardowej dokumentacji ochrony danych osobowych (np. polityka bezpieczeństwa), firma zabezpieczała interes swoich abonentów także poprzez zamieszczanie w umowach z zewnętrznymi podwykonawcami postanowień zobowiązujących do niewykorzystywania i nieujawniania danych osobowych w sprawach niezwiązanych z działalnością biznesową Klienta. Ponadto, po rozwiązaniu umów, podmioty te zobowiązane były do zwrotu nośników danych oraz zniszczenia wszelkiej dokumentacji będącej nośnikiem danych osobowych.

Na tropie przestępczego zjawiska

Wkrótce okazało się, że do Klienta zaczęli zgłaszać się abonenci ze skargami na naruszenie danych osobowych. Jak ustalono, do klientów firmy telekomunikacyjnej zgłaszały się bliżej niezidentyfikowane osoby, które – znając dokładne parametry dotychczasowych umów abonentów – oferowały im znacznie korzystniejsze warunki świadczenia usług przez konkurencyjną spółkę telekomunikacyjną. Ta specyficznie pojmowana „akwizycja” przybierała niekiedy dość bezpardonową postać: określone osoby udawały się bowiem bezpośrednio do miejsc zamieszkania abonentów, informowały o znajomości ich personaliów i kształtu zawartych umów, a także o końcu obowiązywania umowy lub nadchodzących zmianach w regulaminie, co umożliwiało rozwiązanie umów bez narażania się na kary umowne. Następnie w sposób natarczywy, czy wręcz agresywny, namawiały do zmiany usługodawcy telekomunikacyjnego. Abonenci firmy telekomunikacyjnej wiele z takich naruszeń zgłaszali do Klienta – za pośrednictwem biura obsługi – co było skrzętnie rejestrowane. Wkrótce powstał cały wykaz takich naruszeń.

Naruszenia w przetwarzaniu danych osobowych

Przeprowadzenie wewnętrznego dochodzenia u Klienta pozwoliło na ustalenie, że do procederu naruszeń danych osobowych dochodziło w ściśle określonych rejonach, które powiązane były z działalnością agentów firmy. Wkrótce okazało się również, że duża część tych agentów zerwała



współpracę z Klientem i nawiązała współpracę z inną firmą telekomunikacyjną. Tak się (nie)szczęśliwie złożyło, że abonentów Klienta namawiano do nawiązania współpracy z tą samą firmą telekomunikacyjną, z którą współpracę nawiązali dotychczasowi agenci Klienta.

Dodać należy, że wszystkie osoby, które u Klienta zajmowały się m.in. pozyskiwaniem nowych klientów lub obsługą ich umów, dysponowały dostępem do części systemu informatycznego, w którym znajdowała się baza danych abonentów. Zgodnie jednak z ustawą, a także nałożonymi na agentów umownymi zobowiązaniami, nie byli oni uprawnieni do przetwarzania (wykorzystywania) tych danych osobowych, a wręcz byli zobowiązani do ich niewykorzystywania w jakiegokolwiek działalności gospodarczej innej niż działalność Klienta (z którym współpracę zakończyli).

Klient regularnie rejestrował coraz większą liczbę zgłoszeń ze strony swoich niezadowolonych abonentów.

Co więcej, w mediach zaczęły pojawiać się informacje o nieprzestrzeganiu przez firmę telekomunikacyjną zasad ochrony danych osobowych; zaczęły się także pojawiać głosy o „dziurawym” systemie zabezpieczeń, a w konsekwencji wizerunek Klienta został mocno nadszarpnięty, zaś kadra zarządzająca mogła narazić się na postawienie im zarzutów w związku z nieprzestrzeganiem ochrony danych osobowych.

W reakcji na rozpętany kryzys wizerunkowy

Firma telekomunikacyjna niewątpliwie znalazła się w sytuacji kryzysowej i należało postawić pytanie o możliwość szybkiej reakcji na zaistniały problem. Naturalnie możliwe było wytoczenie powództw przed sądami cywilnymi (co i tak się stało), lecz nie była to ochrona natychmiastowa.

Weźmy pod uwagę, że – wbrew doniesieniom medialnym – po stronie klienta wcale nie doszło do jakichkolwiek zaniedbań w zakresie ochrony danych osobowych. Jak już wspomniałem wcześniej, było wręcz przeciwnie: firma telekomunikacyjna zabezpieczyła interes swoich

abonentów między innymi stosownymi zapisami w umowach z agentami. Ogół tych okoliczności pozwolił na podjęcie próby pociągnięcia sprawców do odpowiedzialności karnej.

Prawo karne dysponuje bowiem bardziej ofensywnymi środkami ochrony przed przedstawionymi działaniami agentów. W Kodeksie karnym istnieje cały rozdział dotyczący przestępstw przeciwko ochronie informacji, a odpowiednie przepisy karne zawierała Ustawa o ochronie danych osobowych (Ustawa ta w obecnym brzmieniu także zawiera analogiczne unormowania). W związku z powyższym podjęto decyzję o zawiadomieniu organów ścigania o możliwości popełnienia przestępstw (w tym z art. 266 kk., czy też dawnego art. 49 Ustawy o ochronie danych osobowych odpowiadającego obecnemu art. 107 tej ustawy).

Rozpoczęte postępowanie przygotowawcze prowadzone przez policję pod nadzorem prokuratury szybko pozwoliło na ujawnienie kolejnych, nowych z punktu widzenia interesów Klienta okoliczności. Organy ścigania przy aktywnym wsparciu ze strony pokrzywdzonego (Klienta) ujawniły bowiem, że przestępczy proceder dotyczący nielegalnego wykorzystywania danych osobowych ma szerszy zasięg niż się dotychczas spodziewano.

Było do przewidzenia, że wielu świadków potwierdzi naruszanie przez agentów przepisów o ochronie danych osobowych, która w przedstawionych realiach była działalnością przestępczą. Nie przypuszczano jednak, że w rzeczywistości sprawcy stworzyli pewnego rodzaju „call center”, w którym masowo wykorzysta-



wali dane osobowe abonentów. Działalność ta była w wysokim stopniu zorganizowana.

Nalot na fikcyjne „call center”

Choć budynek, w którym mieściło się to „centrum” nie był w żaden sposób oznaczony, to pracownicy dysponowali przystosowanymi stanowiskami do wykonywania połączeń telefonicznych, a „akwizytorzy” pozyskiwali tam listy ze szczegółowymi danymi abonentów. Nawet osoby pracujące w tej specyficznej placówce niejednokrotnie nie znały źródła pochodzenia danych, wskazując, że otrzymywali je od przełożonych. Jak się też wkrótce okazało, do „call center” spływały bazy danych nabyte od osób takich jak agenci.

Takie działania spowodowały, że zbudowany przez sprawców „domek z kart” rozsypał się. W środowisku agentów zapanowała panika, przestępczy proceder w popłochu został zakończony, jeszcze na etapie postępowania przygotowawczego. Jednocześnie część sprawców, którym przedstawiono zarzuty, zdecydowała się na uzgodnienie warunków poniesienia odpowiedzialności karnej z prokuratorem, składając jednocześnie obciążające pozostałych współsprawców wyjaśnienia. Oczywiście wieść o takim obrocie sprawy szybko rozeszła się także w mediach, co nie tylko poprawiło wizerunek Klienta w oczach opinii publicznej i oczyściło go z zarzutów, ale unaocznilo, że firma telekomunikacyjna stała się ofiarą przestępców handlujących danymi osobowymi, a sprawcy procedury już usłyszeli zarzuty. Taki przekaz zadziałał także prewencyjnie: wysłano wszakże jasny sygnał, że tego typu proceder nie będzie tolerowany, a sprawcy będą konsekwentnie pociągani do odpowiedzialności karnej. Zaznaczyć warto, że wyroki skazujące dla sprawców omawianych przestępstw są dziś prawomocne.

Przedstawiona historia obrazuje jak istotne jest przestrzeganie zasad ochrony danych osobowych. Zabezpiecza to nie tylko dobra prawne osób, których dane te dotyczą, lecz również chroni podmiot przetwarzający te dane (jego kadrę managerską) przed odpowiedzialnością, w tym o charakterze karnym, a także pozwala uruchomić organy ścigania w celu pociągnięcia potencjalnych sprawców do odpowiedzialności karnej.





18

Czy manager (przedsiębiorca) może ogłosić upadłość konsumencką?



Tomasz Kiernożycki
prawnik



Upadłość konsumencka

Nowelizacja prawa upadłościowego, która weszła w życie 24 marca 2020 roku znacząco uprościła procedurę ogłoszenia upadłości konsumenckiej. Nowelizacja ograniczyła ilość przesłanek, jakie zasadniczo należy spełnić do zaistnienia stanu niewypłacalności. Ponadto, upadłość konsumencką może również przeprowadzić były przedsiębiorca, który prowadził jednoosobową działalność gospodarczą. Wniosek o upadłość konsumencką można zgłosić już następnego dnia po wyrejestrowaniu działalności. Z powyższych względów dla managerów, którzy znaleźli się w trudnej sytuacji finansowej ogłoszenie upadłości konsumenckiej stanie się dużo łatwiejsze.



Warunki ogłoszenia upadłości przez managera

Upadłość konsumencką w stosunku do managerów prowadzących jednocześnie działalność gospodarczą można ogłosić, gdy osoba ta:

- spełni przesłankę niewypłacalności rozumianej jako utrata zdolności do wykonywania swoich wymagalnych zobowiązań pieniężnych (domniemywa się, że dłużnik jest niewypłacalny, jeśli opóźnienie w wykonaniu zobowiązań przekracza 3 miesiące);
- posiada przynajmniej jednego wierzyciela;
- zakończy prowadzoną działalność gospodarczą;
- złoży stosowny wniosek w sądzie upadłościowym.

Podsumowując, w obecnym stanie prawnym badane są jedynie wymogi formalne oraz zaistnienie stanu niewypłacalności. Co istotne na etapie ogłoszenia upadłości sąd nie bada czy dłużnik umyślnie lub na skutek rażącego niedbalstwa doprowadził do swojej upadłości lub istotnie zwiększył jej stopień.

Należy, jednakże wskazać, że spełnienie powyższych warunków nie gwarantuje oddłużenia, a stanowi jedynie przesłankę do wydania postanowienia. Przesłanki negatywne będą bowiem badane przez sąd na etapie ustalania planu spłaty wierzycieli.

Ważna przesłanka negatywna odmowy ustalenia planu spłaty

Zgodnie z przepisami znowelizowanego prawa upadłościowego ustalenie planu spłaty następuje dopiero po ogłoszeniu upadłości i jest on przedkładany sądowi przez syndyka, który zbada sytuację dłużnika. Dlatego we wniosku o ogłosze-

nie upadłości warto opisać szerzej przyczyny niewypłacalności i aktualną sytuację dłużnika, albowiem jeśli tego nie zrobimy to o te informacje na późniejszym etapie i tak poprosi syndyk. Będzie ich potrzebował do sporządzenia projektu planu spłat wraz z uzasadnieniem które przedkładamy sądowi. Sąd zatwierdza plan spłaty albo odmawia jego ustalenia, jeśli upadek doprowadził do swojej niewypłacalności lub istotnie zwiększył jej stopień w sposób celowy lub jeżeli w okresie 10 lat przed złożeniem wniosku, w stosunku do upadłego prowadzono postępowanie upadłościowe, w którym umorzono całość lub część jego zobowiązań. Dla byłych managerów na tym etapie kluczowe będzie wykazanie, że dochowali oni należytej staranności w zarządzaniu, co w szczególności może oznaczać np. odpowiednio wczesne złożenie wniosku o ogłoszenie upadłości zarządzanego podmiotu.

Możliwość uchylecia planu spłat

Należy pamiętać, że w wyniku nowelizacji upadłości konsumenckiej z 2020 r. nastąpiło znaczne złagodzenie przesłanek ogłoszenia upadłości, co spowodowało lawinowy wzrost upadłości konsumenckiej. Zmianę tę należy ocenić jako pozytywną, przy czym managerowie muszą pamiętać, że nie zawsze dojdzie do umorzenia planu spłat, a czasami może nawet dojść do uchylecia już zatwierdzonego planu spłat, co jest równoznaczne z brakiem oddłużenia i umorzeniem postępowania. Dlatego też przy sporządzeniu wniosku o ogłoszenie upadłości, jak i czasem na dalszym etapie postępowania warto skorzystać z pomocy profesjonalnego doradcy.



19

Nie taki as w rękawie czyli blankiet wekslowy jako instrument nacisku



Bartłomiej Pietruszka
partner, adwokat



Posługiwanie się wekslami w realiach gospodarczych pozostaje powszechną praktyką, zwłaszcza, że procedura sądowa dochodzenia roszczeń z weksla jest znacznie szybsza od „standardowego” dochodzenia wierzytelności na gruncie procesu cywilnego. Tym chętniej zatem, w sytuacji sporu z przeciwnikiem biznesowym, posiadacz weksla może próbować go wykorzystać jako jedno z narzędzi nacisku w sytuacji konfrontacji dwóch stron zwłaszcza, kiedy spór taki prowadzony jest na wielu frontach (cywilnym, karnym i innych).

Odpowiedzialność karna dosięga "kombinatorów"

Przede wszystkim musimy pamiętać do czego służy weksel, w jakich warunkach może zostać wypełniony, a w konsekwencji kiedy można narazić się na odpowiedzialność karną związaną z jego nieuprawnionym uzupełnieniem oraz dochodzeniem na jego podstawie roszczeń.



W realiach omawianej sprawy doszło do ostrego sporu pomiędzy dotychczasowymi współnikami spółki kapitałowej, który zaowocował szeregiem wzajemnych powództw, a także złożeniem do organów ścigania zawiadomień o możliwości popełnienia przestępstw. Było to spowodowane faktem, że dotychczasowi współnicy ściśle ze sobą współpracowali przy zarządzaniu spółką, a to z kolei oznaczało, że dobrze znali swoje mocne i słabe strony i bez zahamowań tę wiedzę przeciwko sobie wykorzystywali.

W momencie, w którym szala zwycięstwa przechyliła się na rzecz Klienta, jego przeciwnik procesowy postanowił wykorzystać schowany dotychczas „w szufladzie” tzw. weksel in blanco, jako kolejne narzędzie walki. Narzędzie, które – jak się później okazało – przysporzyło więcej problemów niż potencjalnych korzyści jego posiadaczowi.

Weksel in blanco prosto "z szuflady" jako ryzykowne narzędzie w sporze

Zauważmy, że weksel in blanco (zwany też wekslem niezupełnym) służy m.in. jako sposób zabezpieczenia wiarygodności. W istocie jest to podpisany przez dłużnika blankiet wekslowy, którego przynajmniej jeden element nie jest uzupełniony (np. nie jest wskazana kwota). Najczęściej jednak na wekslu widnieje jedynie podpis dłużnika i zobowiązanie do zapłaty.

Wykorzystanie takiego blankietu wekslowego do dochodzenia roszczeń jest możliwe po jego uzupełnieniu (przez wierzyciela). Wypełnienie powinno nastąpić zgodnie z tzw. deklaracją wekslową (porozumieniem wekslowym), która określa zasady, na jakich wierzyciel będzie mógł uzupełnić przekazany mu do dyspozycji tzw. weksel in blanco.

Sięgnięcie po ten instrument okazało się dla Klienta pewnym zaskoczeniem, gdyż dotyczyło umowy zawartej przed laty, w przekonaniu Klienta – dawno wykonanej. Co więcej, Klient żył w przeświadczeniu, że wspomniany weksel, zgodnie z ówczesnymi ustaleniami stron, został zniszczony. Tak się jednak nie stało, a ujawnienie faktu istnienia weksla stało się wysoce problematyczne, tym bardziej, że szybko wydany został przez sąd cywilny nakaz zapłaty, na pod-

stawie którego powód (przeciwnik procesowy klienta), jeszcze przed zakończeniem procesu cywilnego, mógł wyegzekwować całe swoje roszczenie. Zważywszy na fakt, że weksel opiewał na wiele milionów złotych, konieczna była szybka reakcja.

W zaistniałej sytuacji należało dokonać analizy dokumentacji związanej z wystawieniem przez Klienta weksla in blanco. Okazało się bowiem, że wspomniany weksel wystawiony został na zabezpieczenie wykonania zobowiązania, zaś możliwość jego wypełnienia obostrzona została pewnymi warunkami. Mając na uwadze fakt, że już samo wypełnienie blankietu, jakim jest weksel in blanco, w sposób niezgodny z wolą wystawcy (jak określa to ustawa), może rodzić odpowiedzialność karną, należało wyjaśnić jakie relacje zachodziły pomiędzy Klientem, a jego przeciwnikiem procesowym i w konsekwencji precyzyjnie ustalić kiedy omawiany blankiet wekslowy mógł być wypełniony w świetle przedstawionych dokumentów (umowy, porozumienia wekslowego).

W świetle art. 270 kk. czyn zabroniony zachodzi już wówczas, gdy blankietowi opatrzonemu podpisem wystawcy (a więc np. wekslowi in blanco) nadana zostanie taka treść, która będzie stwarzać pozory istnienia stosunku zobowiązaniowego i będzie przy tym sprzeczna z rzeczywistym celem, dla którego taki dokument (weksel in blanco) będzie wystawiony.

Wkrótce okazało się, że o ile weksel został uzupełniony poprawnie pod względem formalnym, o tyle wątpliwości wzbudziły kwestie postanowień porozumienia wekslowego i samej umowy. Stanowiło to podstawę do sformułowania zawiadomienia o możliwości popełnienia przestępstwa, zwłaszcza, że przeciwnik procesowy klienta zdążył już na podstawie przestępnie wypełnionego weksla uzyskać nakaz zapłaty i mógł uruchomić jego wyegzekwowanie. W tym kontekście warto pamiętać, że także i prokurator – jeżeli dostrzeże ku temu podstawy – może żądać wszczęcia postępowania cywilnego w każdej sprawie, a jeżeli proces taki jest już w toku, może wziąć w nim udział.



Wyszło na jaw również, że przeciwnik procesowy Klienta zagalopował się przy wypełnieniu blankietu wekslowego. Sprawdzenie dokumentów Klienta pozwoliło na ustalenie, że po pierwsze weksel in blanco wystawiony został jako zabezpieczenie kary umownej na wypadek niewykonania przez Klienta określonego zobowiązania. Ponadto, blankiet wekslowy mógł być wypełniony dopiero po ziszczeniu się sprecyzowanego warunku i po upływie terminu. O ile kwestia wykonania zobowiązania przez Klienta – z uwagi na jego charakter – nie mogła zostać ustalona precyzyjnie i stanowiła oś sporu, o tyle realizację pozostałych wymagań do wypełnienia weksla in blanco można było ściśle ustalić.

Pamiętać bowiem należy, że w prawie karnym obecna jest zasada rozstrzygania wątpliwości na korzyść sprawcy (in dubio pro reo, art. 5 § 2 k.p.k.). Tym samym te „obostrzenia” do wypełnienia weksla, które były w jakimkolwiek stopniu ocenne, zostały na gruncie procesu karnego wykorzystywane przez wierzyciela wekslowego na swoją korzyść.

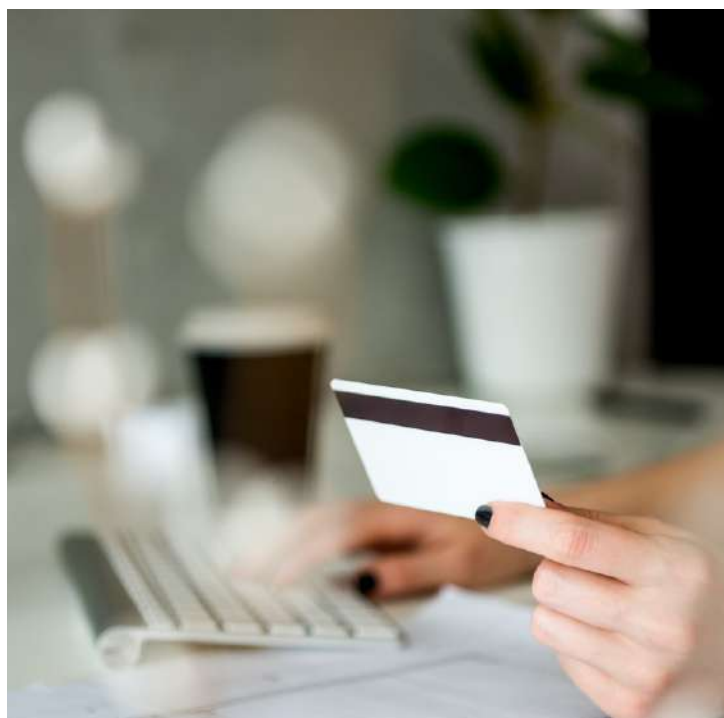
Instrument nacisku w szacie weksla sprowadzi na manowce

Należało jednak położyć nacisk na zweryfikowanie przez organy ścigania czy wymagania do wypełnienia weksla, które miały charakter oczywisty, zostały zrealizowane. Poczynienie przez organy ścigania tych ustaleń pozwoliło ostatecznie na postawienie wierzycielowi wekslowemu zarzutów.

Powyższe ustalenia w zestawieniu z szeregiem zachowań przeciwnika klienta podjętych w ramach realizacji swojego domniemanego prawa wynikającego z weksla (m.in. sposób i okoliczności jego wypełnienia, korespondencja z Klientem) pozwoliła na ustalenie, że sprawca miał zamiar posłużenia się wekslem w taki właśnie, przestępny sposób, a nie jedynie uzyskanie zapłaty kary umownej.

Finalnie postępowanie cywilne z weksla zakończyło się oddaleniem roszczenia, zaś dotychczasowy przeciwnik procesowy Klienta zakończył przygodę z wypełnieniem blankietu wekslowego wniesieniem przeciwko niemu aktu oskarżenia.

Podsumowując, weksel (blankiet wekslowy) służyć ma określonym celom gospodarczym, najczęściej sprecyzowanym w deklaracji wekslowej, w tym jako zabezpieczenie wykonania zobowiązań. Nie jest zaś dopuszczalne wykorzystywanie weksla w sposób całkowicie dowolny, wypełnianie go wbrew woli wystawcy, a finalnie traktowanie go wyłącznie jako instrumentu nacisku wobec pozostałych członków zarządu spółki w ramach sporu, co może prowadzić do poniesienia odpowiedzialności karnej.





Brysiewicz, Bokina, Sakławski i Wspólnicy sp.k.

ul. Dzielna 60, piętro II, klatka W

01-029 Warszawa

Telefon: +48 22 299 0970

Email: kancelaria@bbs-legal.pl

