



Sygn. akt II KK 182/19

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 9 lipca 2020 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Dariusz Świecki (przewodniczący)

SSN Piotr Mirek

SSN Małgorzata Wąsek-Wiaderek (sprawozdawca)

Protokolant Dorota Szczerbiak

przy udziale prokuratora Prokuratury Krajowej Jerzego Engelkinga,
w sprawie **R. P.**

skazanego z at. 286 § 1 k.k. i in.

po rozpoznaniu w Izbie Karnej na rozprawie

w dniu 9 lipca 2020 r.,

kasacji, wniesionej przez obrońcę

od wyroku Sądu Apelacyjnego w (...)

z dnia 29 listopada 2018 r., sygn. akt II AKa (...)

utrzymującego w mocy wyrok Sądu Okręgowego w Ł.

z dnia 16 lipca 2018 r., sygn. akt XVIII K (...),

uchyla zaskarżony wyrok i sprawę przekazuje

Sądowi Apelacyjnemu w (...) do ponownego rozpoznania;

2. zwraca oskarżonemu opłatę kasacyjną w kwocie 750 zł.

UZASADNIENIE

Wyrokiem Sądu Okręgowego w Ł. z dnia 16 lipca 2018 r., sygn. akt XVIII K (...), uznano R. P. za winnego dokonania czynu z art. 586 k.s.h., za który wymierzono mu karę 3 miesięcy pozbawienia wolności (pkt 1) oraz czynu z art. 286 § 1 k.k. i art. 294 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k., za który wymierzono mu karę 2 lat pozbawienia wolności (pkt 2). Sąd Okręgowy na podstawie art. 85 § 1 k.k., art. 85a k.k. i art. 86 § 1 k.k. za zbiegające się przestępstwa wymierzył karę łączną 2 lat pozbawienia wolności (pkt 3). Na podstawie art. 41 § 1 k.k. orzeczono wobec oskarżonego zakaz wykonywania funkcji prezesa zarządu spółki na okres 3 lat (pkt 4).

Z kolei na podstawie art. 46 § 1 k.k. orzeczono od oskarżonego na rzecz pokrzywdzonych obowiązek naprawienia szkody (pkt 5).

Apelację od powyższego wyroku wniósł obrońca oskarżonego R. P., który zaskarżonemu wyrokowi zarzucił:

„1. w zakresie zarzucanego oskarżonemu czynu, wypełniającego dyspozycję art. 586 k.s.h.:

a. na zasadzie art. 438 pkt 3 kpk błąd w ustaleniach faktycznych stanowiący podstawę zaskarżonego orzeczenia, mający wpływ na jego treści polegający na przyjęciu przez Sąd meriti, iż oskarżony na koniec 2007 roku miał już świadomość niewypłacalności bilansowej spółki D. sp. z o.o., a więc miał zamiar popełnienia czynu zabronionego stypizowanego w art. 586 k.s.h. w sytuacji, gdy o problemach finansowych spółki oskarżony powziął informację nie wcześniej niż w 2010 roku;

b. na zasadzie art. 438 pkt 1 k.p.k. naruszenie prawa materialnego tj. art. 4 § 1 k.k. poprzez jego niezastosowanie i przyjęcie przez Sąd meriti, iż odpowiedzialność karna oskarżonego w zakresie realizacji znamion czynu zabronionego z art. 586 k.s.h. powinna być oceniana według stanu prawnego obowiązującego w dacie popełnienia zarzucanego czynu, w sytuacji gdy w rozumieniu art. 4 § 1 k.k. pod pojęciem ustawy nie należy rozumieć tylko ustawy karnej, ale cały stan prawny istniejący w chwili popełnienia czynu zabronionego, stąd też, biorąc pod uwagę blankietowy charakter przepisu art. 586 k.s.h. odsyłający do pojęcia niewypłacalności spółki w rozumieniu ustawy Prawo upadłościowe, ocena dotycząca realizacji znamion czynu zabronionego powinna

być dokonana w oparciu o znowelizowane z dniem 01 stycznia 2016 roku pojęcie niewypłacalności;

a przez to:

c. na zasadzie art. 438 pkt 1 k.p.k. naruszenie prawa materialnego, tj. art. 586 k.s.h. poprzez jego błędną wykładnię i uznanie, że w realiach niniejszej sprawy oskarżony zrealizował znamiona czynu zabronionego stypizowanego w powyższym przepisie w sytuacji, gdy informację o niewypłacalności bilansowej spółki oskarżony uzyskał nie wcześniej niż w 2010 roku, a więc w okresie krótszym niż przewidziany do zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości spółki w rozumieniu przepisów Prawa upadłościowego;

a z daleko idącej ostrożności, w przypadku niepodzielenia powyższych zarzutów:

d. na zasadzie art. 438 pkt 1 k.p.k. naruszenie prawa materialnego, tj. art. 101 § 1 k.k. polegające na jego niezastosowaniu i przyjęciu, iż nie doszło do przedawnienia karalności czynu zabronionego z art. 586 k.s.h. w sytuacji, gdy od wskazywanej przez Sąd I instancji daty powstania obowiązku zgłoszenia wniosku o upadłość spółki D. Sp. z o.o. (tj. 14 lutego 2008 roku) do dnia postawienia oskarżonemu zarzutów minęło ponad 5 lat;

2. w zakresie zarzucanego oskarżonemu czynu, wypełniającego znamiona art. 286 § 1 k.k. i art. 294 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k.

a. na zasadzie art. 438 pkt 2 k.p.k. naruszenie przepisów postępowania mających wpływ na treść zaskarżonego wyroku, tj. art. 4, art. 7 w związku z art. 410 k.p.k. polegające na uwzględnianiu przez Sąd meriti jedynie okoliczności świadczących o rzekomej winie oskarżonego, czego konsekwencją była dowolna, a nie swobodna ocena zebranego w sprawie materiału dowodowego, przeprowadzona w sposób sprzeczny z zasadami prawidłowego rozumowania oraz wskazaniem wiedzy i doświadczenia życiowego poprzez:

i. obdarzenie walorem wiarygodności zeznań świadka J. C. D. M. w sytuacji, gdy pozostają one w sprzeczności z pozostałym materiałem dowodowym zgromadzonym w sprawie, w tym w sprzeczności z dowodami z dokumentów;

ii. odmowie nadania waloru wiarygodności zeznaniom świadków T. K., M. K., T. S.;

iii. uznanie, iż zeznania świadka A. C. miały niewielkie znaczenie dla ustalenia stanu faktycznego w sytuacji, gdy była to jedyna osoba zatrudniona zarówno w spółce hiszpańskiej oraz spółce zarządzanej przez oskarżonego;

iv. odmowę posiłkowania się, przy ustaleniu stanu faktycznego w niniejszej sprawie, dokumentami zaliczonymi w poczet materiału dowodowego, w tym dokumentami pochodzącymi z rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego oraz wiadomościami mailowymi przedłożonymi w piśmie obrony z dnia 28 czerwca 2018 roku, pomimo uznania ich przez Sąd meriti za wiarygodne i nie budzące wątpliwości;

v. bezkrytyczną ocenę przez Sąd meriti opinii biegłego J. Ł. odnośnie wartości należności przysługujących D. Sp. z o.o. i podzielenia wszelkich wniosków i ocen w sytuacji, gdy przedmiotem analizy biegłego były jedynie wierzytelności spółki powstałe i udokumentowane przed dniem 31 marca 2011 roku, a więc przed dniem wystawienia przez D. Sp. z o.o. zaległych faktur z tytułu realizacji zleceń spółek hiszpańskich dokonanych w I kwartale 2011 roku;

vi. wykorzystanie opinii biegłego J. Ł., sporządzonej w celu ustalenia daty wystąpienia przesłanek do zgłoszenia wniosku do ogłoszenia upadłości do oceny spełnienia znamion podmiotowych przestępstwa stypizowanego w art. 286 § 1 k.k. w sytuacji, gdy opinia przedstawia jedynie okres, kiedy zaistniały przesłanki do ogłoszenia upadłości zarządzanej przez oskarżanego spółki, a więc nie stanowi w żadnym razie podstaw ustalenia istnienia bądź braku istnienia zamiaru kierunkowego oszustwa, niezbędnego do przypisania odpowiedzialności oskarżonemu;

czego skutkiem był błąd w ustaleniach faktycznych polegający na przyjęciu, iż:

i. R. P. nie stawiał się na zebrania wspólników i nie przedstawiał zestawień z działalności firmy „D.”;

ii. Brak udostępnienia dokumentacji finansowej spółki O. T. wynikał ze złej woli oskarżonego w sytuacji, gdy udostępnienie dokumentacji jedynie tej osobie byłoby sprzeczne z art. 212 § 1 k.s.h;

iii. J. C. D. M. oraz pozostali udziałowcy w D. Sp. z o.o. nie wiedzieli o kondycji finansowej spółki w sytuacji, gdy co roku do Krajowego Rejestru

Sądowego składane było sprawozdanie finansowe oraz uchwała o zatwierdzeniu tego sprawozdania podjęta przez udziałowców;

iv. J. C. D. M. nie otrzymywał regularnych informacji o stanie finansowym spółki w sytuacji, gdy oskarżony przedłożył do akt sprawy korespondencję mailową, w której informował udziałowca o aktualnych wierzytelnościach, zobowiązaniach oraz zgromadzonych środkach pieniężnych;

v. J. C. D. M. nie był osobą podejmującą główne decyzje w spółce D. Sp. z o.o. w sytuacji, gdy z przedłożonej do akt sprawy korespondencji mailowej wynika, iż arbitralnie wskazywał wysokość, należnych spółce wierzytelności i zobowiązań w stosunku do spółek hiszpańskich, zaś pracująca zarówno dla D. Sp. z o.o. jak i dla Z. S.L. A. C. wskazywała, iż o spółce D. decydowała wyłącznie jedna osoba – J. C. D. M.;

vi. Ustalenie, iż wyłącznym dochodem D. Sp. z o.o. była różnica pomiędzy wartością usługi wykonanej dla swoich klientów, a wartością zapłaconą wykonawcy w sytuacji, gdy nigdy cała różnica pomiędzy tymi kwotami nie stanowiła dochodu spółki D. Sp. z o.o., albowiem wysokość prowizji (stanowiącej dochód spółki) była ustalana arbitralnie przez J. C. D. M.;

vii. Spółka Z. S.L. miała spłacić wszystkich wierzycieli spółki D. Sp. z o.o. (w tym spółkę D. XXI w której udziałowcem był właściciel spółki Z. S.L. - w sytuacji, gdy zobowiązania spółki D. Sp. z o.o. nie zostały pokryte przez jakiekolwiek podmioty należące do powyższej osoby;

viii. Oskarżony działał w celu pokrzywdzenia wierzycieli upadłej spółki w sytuacji, gdy aż do spotkania w Czechach w dniu 27 marca 2011 roku był przekonany, że brak zapłaty należności od swoich kontrahentów w Hiszpanii jest jedynie przejściową trudnością, zaś współpraca biznesowa będzie kontynuowana na dotychczasowych zasadach;

a przez to:

b. na zasadzie art. 438 pkt 1 k.p.k. naruszenie prawa materialnego polegające na uznaniu, iż zachowanie oskarżonego wypełnia znamiona czynu zabronionego stypizowanego w art. 286 § 1 w zw. z 294 § 1 oraz 12 k.k. w sytuacji, gdy oskarżony swoim zachowaniem nie wyczerpał znamion zarzucanych mu czynów;

a z daleko idącej ostrożności:

c. na zasadzie art. 438 pkt 2 k.p.k. naruszenia przepisów postępowania, mających wpływ na treść zaskarżonego wyroku, tj. art. 424 § 1 pkt 2 k.p.k. albowiem Sąd meriti dokonał łącznej analizy spełnienia przez oskarżonego przesłanek podmiotowych i przedmiotowych przestępstwa stypizowanego w art. 286 § 1 w zw. z 294 § 1 oraz 12 k.k. w stosunku do wszystkich poszkodowanych, co uniemożliwia dokonanie analizy podstaw przypisania oskarżonemu odpowiedzialności za każdy czyn z osobna oraz sformułowania zarzutów w tym zakresie.”

W związku z powyższymi zarzutami apelujący wniósł o: „1. zmianę zaskarżonego orzeczenia poprzez uniewinnienie oskarżonego od czynów opisanych w pkt 1 i 2 aktu oskarżenia; a w przypadku podzielenia zarzutu l.d 2. zmianę zaskarżonego orzeczenia poprzez: a. umorzenie postępowania w zakresie czynu opisanego w pkt 1 aktu oskarżenia; b. uniewinnienie oskarżonego od czynu opisanego w pkt 2 aktu oskarżenia; ewentualnie: 3. uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji.”

Wyrokiem z dnia 29 listopada 2018 r. Sąd Apelacyjny w (...), sygn. akt II AKa (...), utrzymał w mocy zaskarżony wyrok w całości.

Kasację od wyroku Sądu Apelacyjnego na korzyść skazanego wniósł jego obrońca, zarzucając mu:

„I. odnośnie czynu wypełniającego dyspozycję art. 586 k.s.h.:

1. rażące naruszenie przepisów postępowania, mające istotny wpływ na wynik sprawy, tj. art. 433 § 2 kpk w zw. z art. 7 kpk art. 410 kpk poprzez zaniechanie przeprowadzenia kontroli odwoławczej przez Sąd II kwestii ustalenia okoliczności, czy i kiedy skazany powziął świadomość wypełnienia przesłanek uzasadniających wystąpienie z wnioskiem o ogłoszenie upadłości spółki D. Sp. z o.o. co uzasadniałoby przypisanie mu umyślności, przy jednoczesnym ogólnikowym powoływaniu się na poprawność orzeczenia Sądu meriti w tym zakresie;
2. rażące naruszenie prawa materialnego mające istotny wpływ na wynik sprawy, tj. art. 536 ustawy z dnia 28 lutego 2003 roku Prawo upadłościowe (Dz.U.2003.60.535 z późn. zm., dalej jako: Prawo upadłościowe) polegające na błędnym jego

zastosowaniu i przyjęciu, iż przepis ten może wyłączać zastosowanie art. 4 § 1 k.k. w sytuacji, gdy:

a. przepis art. 586 k.s.h. ma charakter blankietowy i dopełnieniem przewidzianej w tym przepisie normy sankcjonowanej jest jedynie pojęcie niewypłacalności określone w prawie upadłościowym (tj. art. 10, 11 i 21), nie zaś wszystkie pozostałe przepisy prawa upadłościowego;

b. norma zawarta w art. 536 prawa upadłościowego reguluje zagadnienie intertemporalne dotyczące prawa mającego zastosowanie jedynie w przypadku ogłoszenia upadłości przedsiębiorcy przed datą wejścia ustawy (prawa upadłościowego) w życie (tj. przed dniem 01 października 2003 roku);

3. rażące naruszenie prawda materialnego mające istotny wpływ na wynik sprawy, tj. art. 586 k.s.h. przez jego błędną wykładnię i zaliczenie opisanego w tym przepisie typu czynu zabronionego jako przestępstwa trwałego w sytuacji, gdy za datę popełnienia czynu zabronionego na podstawie tego przepisu należy uznać pierwszy dzień, w którym zobowiązany nie może już wykonać nałożonego na niego obowiązku (zgodnie z zasadą wynikającą z art. 6 § 1 kk);

II. odnośnie czynu wypełniającego dyspozycję art. 286 § 1 kk i art. 294 § 1 kk w zw. z art. 12 kk:

4. rażące naruszenie przepisów postępowania, mające istotny wpływ na wynik sprawy, tj. art. 433 § 2 kpk i art. 457 § 3 kpk polegające na nierozpoznaniu in concreto przeważającej części podniesionych w pisemnej apelacji zarzutów dotyczących:

a. nieprawidłowej oceny materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie, tj. zarzutów wskazanych w pkt 2.a.i-vi poprzez:

i. całkowity brak odniesienia się do zarzutu przyznania przymiotu wiarygodności zeznaniom świadka J. C. D. M. w sytuacji, gdy pozostają one w sprzeczności z pozostałym materiałem dowodowym zgromadzonym w sprawie, w tym w sprzeczności z dowodami z dokumentów;

ii. całkowity brak wyjaśnienia motywów odmowy nadania waloru wiarygodności zeznaniom świadków T. K. , M. K., T. S. ;

iii. całkowity brak odniesienia się do zarzutu deprecjonowania znaczenia zeznań świadka A. C. w sytuacji, gdy była to jedyna osoba zatrudniona w spółce

hiszpańskiej oraz prowadzonej przez skazanego spółce polskiej i posiadała informacje o sposobie funkcjonowania oraz zarządzania spółkami przez J. C. D. M.;

iv. całkowity brak odniesienia się przez Sąd II instancji do zarzutu braku posiłkowania się, przy ustaleniu stanu faktycznego, dokumentami zaliczonymi w poczet materiału dowodowego, w tym dokumentami pochodzącymi z rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego w zakresie oraz wiadomościami mailowymi przedłożonymi w piśmie obrony z dnia 28 czerwca 2018 roku;

v. brak dogłębnej analizy zarzutu wykorzystania opinii biegłego J. Ł. sporządzonej w celu ustalenia daty wystąpienia przesłanek zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości spółki do oceny strony podmiotowej (zamiaru popełnienia) przestępstwa przez skazanego i błędne dokonanie analizy jedynie pod kątem art. 201 kpk; co uzasadnia wskazanie, iż zarzuty podniesione przez obrońcę oskarżonego w pisemnej apelacji nie zostały rozpoznane przez Sąd odwoławczy;

5. rażące naruszenie przepisów postępowania, mające istotny wpływ na wynik sprawy, tj. art. 433 § 2 kpk w zw. z art. 7 kpk art. 410 kpk poprzez arbitralne oraz bezkrytyczne zaakceptowanie przez Sąd odwoławczy nieprawidłowej oceny materiału dowodowego przeprowadzonej przez Sąd I instancji i pominięciu szeregu dowodów przy dokonywaniu tej oceny, a przez to brak należytej kontroli odwoławczej w toku przeprowadzonego przez Sąd II instancji postępowania, przy jednoczesnym ogólnikowym powoływaniu się na poprawność orzeczenia Sądu meriti oraz braku weryfikacji błędów w ustaleniach faktycznych wskazywanych w pkt 2.a.i-vii pisemnej apelacji, które to błędy miały istotny wpływ na wynik sprawy; co implikuje wniosek, iż w niniejszej sprawie miał miejsce efekt przeniknięcia błędów Sądu I instancji do wyroku Sądu Apelacyjnego, zwłaszcza wobec istnienia możliwości warunkowego zawieszenia wykonania kary na podstawie art. 69 kk w zw. z art. 4 kk.”.

Podnosząc powyższe zarzuty, na zasadzie art. 537 § 1 i 2 k.p.k., skarżący wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku oraz przekazanie sprawy Sądowi Apelacyjnemu w (...) do ponownego rozpoznania.

W odpowiedzi na kasację Prokurator Rejonowy w M. wniósł o jej oddalenie jako oczywiście bezzasadnej.

Sąd Najwyższy zważył co następuje.

Kasacja okazała się zasadna.

W odniesieniu do pierwszego z przypisanych oskarżonemu czynów za zasadne trzeba uznać zarzuty sformułowane w punktach I.1 i I.2. kasacji.

Rzeczywiście Sąd Apelacyjny w (...) rozpoznając zarzut dotyczący ustalenia, kiedy oskarżony powziął świadomość wypełnienia przesłanek uzasadniających wystąpienie z wnioskiem o ogłoszenie upadłości D. Sp. z o.o., poprzestał w zasadzie na odesłaniu do ustaleń poczynionych w uzasadnieniu wyroku Sądu I instancji, stwierdzając, że w całości je podziela. Tymczasem uważna lektura uzasadnienia wyroku Sądu I instancji prowadzi do wniosku, że Sąd ten ustalił tą okoliczność głównie, o ile nie wyłącznie, na podstawie opinii biegłego J. Ł. Czyn z art. 586 k.s.h., stanowiący przestępstwo z zaniechania, można popełnić z zamiarem bezpośrednim lub ewentualnym. Dla przypisania tego zamiaru niezbędne jest ustalenie nie tylko stanu uzasadniającego zgłoszenie upadłości (czyli stanu niewypłacalności, co słusznie w sprawie uczyniono na podstawie opinii biegłego), ale też ustalenie świadomości tego stanu u oskarżonego. Zadaniem Sądu było zatem precyzyjne ustalenie, kiedy oskarżony stał się świadomy tego, że spółka D. pozostaje w stanie niewypłacalności, co powinno spowodować złożenie w wymaganym prawem terminie wniosku o ogłoszenie jej upadłości. W apelacji podniesiono zarzut błędu w ustaleniach faktycznych w tym zakresie, argumentując, że o problemach spółki oskarżony powziął informację nie wcześniej niż w 2010 r. Sąd Apelacyjny niestety nie odniósł się do argumentów na rzecz tej tezy, poza ogólnym stwierdzeniem, że podziela stanowisko Sądu meriti. Wobec tego Sąd Najwyższy uznaje za zasadny zarzut I.1. kasacji, w którym wskazano na nieprawidłowe przeprowadzenie kontroli odwoławczej wyroku Sądu I instancji we wskazanym powyżej zakresie.

Zasadny okazał się również zarzut sformułowany w punkcie I.2. kasacji obrońcy oskarżonego.

Sąd Apelacyjny ma rację, kiedy stwierdza, że art. 4 k.k. ma zastosowanie nie tylko do przepisów *stricte* karnych, ale także do tych, które, stanowiąc dopełnienie blankietowego przepisu karnego, wyznaczają zespół znamion czynu zabronionego i tym samym determinują możliwość przypisania odpowiedzialności karnej. W

przypadku czynu zabronionego z art. 586 k.s.h. takimi przepisami z pewnością są regulacje ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. prawo upadłościowe (t.j.: Dz. U. z 2019 r., poz. 498, ze zm.; dalej powoływana jako „u.p.u.”), definiujące stan niewypłacalności (w szczególności art. 10 i art. 11 u.p.u.) i termin, w którym niewypłacalny dłużnik powinien złożyć wniosek o ogłoszenie upadłości (art. 21 ust. 1 u.p.u.). Wypowiadając ten słuszny pogląd i korygując w ten sposób stanowisko wyrażone przez Sąd I instancji, Sąd Apelacyjny błędnie uznał, że w sprawie znajduje zastosowanie art. 536 u.p.u. Przepis ten zawiera szczególną regulację intertemporalną, zgodnie z którą „w sprawach, w których ogłoszono upadłość przed dniem wejścia w życie ustawy, stosuje się przepisy dotychczasowe.” Tym samym nie ma wątpliwości, że treść normatywna tego przepisu „konsumuje się” niejako jednorazowo – z chwilą wejścia w życie tej ustawy, czyli z dniem 1 października 2003 r. Nie ma on natomiast zastosowania do kolejnych nowelizacji ustawy prawo upadłościowe. Ustawa z dnia 15 maja 2015 r. prawo restrukturyzacyjne, mocą której wprowadzono zmiany w ustawie prawo upadłościowe (Dz. U. z 2015 r., poz. 978, ze zm.), zawiera swoje własne przepisy przejściowe, w tym przepis art. 449. Ma on następujące brzmienie: „W sprawach, w których przed dniem wejścia w życie ustawy wpłynął wniosek o ogłoszenie upadłości, stosuje się przepisy dotychczasowe.” Zacytowany przepis należy odnosić jedynie do procesu rozpoznania wniosku o ogłoszenie upadłości, który został złożony przed wejściem w życie przepisów wspomnianej ustawy nowelizującej, natomiast ma być rozpoznany już po dacie jej wejścia w życie. W żadnym razie nie można uznać, że wyłącza on stosowanie art. 4 § 1 k.k. w zakresie ustalenia definicji niewypłacalności i warunków uzasadniających upadłość spółki dla potrzeb przypisania odpowiedzialności karnej za czyn zabroniony z art. 586 k.s.h. Toteż odpowiedzialność karna oskarżonego za czyn zabroniony stypizowany w blankietowym przepisie art. 586 k.s.h. powinna być ustalana przy zastosowaniu treści ustawy prawo upadłościowe obowiązującej w czasie orzekania, jako względniejszej dla oskarżonego.

Według nowego brzmienia art. 11 ust. 1 i ust. 1a u.p.u., obowiązującego w dacie orzekania i regulującego tzw. płynnościową podstawę niewypłacalności, dłużnik jest niewypłacalny, jeżeli utracił zdolność do wykonywania swoich

wymagalnych zobowiązań pieniężnych, przy czym domniemywa się, że ma to miejsce, jeżeli opóźnienie w wykonaniu zobowiązań pieniężnych przekracza trzy miesiące. W poprzednim stanie prawnym, obowiązującym w dacie przyjętej w wyroku jako data popełnienia czynu zabronionego, przepis ten nie wymagał, aby opóźnienie w realizowaniu zobowiązań pieniężnych przekraczało 3 miesiące. Z kolei według art. 11 ust. 2 u.p.u., niewypłacalność dłużnika będącego osobą prawną albo jednostką organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej zachodzi, jeżeli zobowiązania pieniężne przekraczają wartość jego majątku, a stan ten utrzymuje się przez okres przekraczający dwadzieścia cztery miesiące (tzw. podstawa bilansowa niewypłacalności). Tego ostatniego zastrzeżenia, dotyczącego czasu utrzymywania się stanu „niewypłacalności bilansowej”, nie było w poprzednim brzmieniu ustawy.

Jest to w tej sprawie o tyle istotne, że, jak ustalił Sąd I instancji powołując się na opinię biegłego, przy zastosowaniu stanu prawnego obowiązującego w dacie orzekania „data, w której oskarżony winien zgłosić upadłość mogłaby być taka sama jak określona w opinii, gdyby okazało się, że na koniec 2005 i 2006 r. występował stan niewypłacalności objawiający się nadwyżką długów nad majątkiem w tych latach. Ten okres nie był objęty badaniem biegłego. Przy braku danych za lata 2005-2006, to zgodnie z obecnie obowiązującym brzmieniem art. 11 ust. 2 prawa upadłościowego, początkową datą czynu opisanego w punkcie I aktu oskarżenia, byłby 14 styczeń 2010 r.” (s. 22 uzasadnienia wyroku Sądu Okręgowego w Łodzi). Wobec powyższego, błędne przyjęcie w sprawie przez oba Sądy, że stan niewypłacalności należy oceniać według przepisów obowiązujących w czasie popełnienia czynu zabronionego, mogło mieć istotny wpływ na treść orzeczenia. Jak bowiem wprost wynika z ustaleń poczynionych przez Sąd meriti na podstawie opinii biegłego, ta opinia nie może służyć jako podstawa dla ustalenia stanu tzw. niewypłacalności bilansowej na koniec roku 2007 r., bowiem nie dotyczy stanu finansowego spółki za 24 miesiące poprzedzające tę datę. Sąd poczynił co prawda również ustalenia dotyczące nierealizowania przez D. Sp. z o.o. płatności wobec wykonawców usług transportowych, czyli odpowiadające tzw. płynnościowej podstawie niewypłacalności, ale służyły one raczej jako podstawa przypisania

oskarżonemu odpowiedzialności karnej za drugi zarzucany mu czyn zabroniony, zakwalifikowany z art. 286 § 1 k.k. i art. 294 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k.

Nie jest natomiast zasadny zarzut I.3 kasacji. Czyn zabroniony opisany w art. 586 k.s.h. jest przestępstwem trwałym (por. w szczególności: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 marca 2010 r., IV KK 315/09; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 23 listopada 2016 r., III KK 225/16), wobec tego nieuprawniony jest sugerowany w kasacji sposób liczenia terminu przedawienia karalności tego przestępstwa.

Zasadne okazały się także zarzuty kasacyjne dotyczące drugiego z przypisanych oskarżonemu czynów. Oba zarzuty (z punktu II.4 i II. 5) wskazują na nierzetelność przeprowadzonej kontroli odwoławczej. W rozbudowanej i obszernie uzasadnionej apelacji zidentyfikowano szereg uchybień, jakich Sąd I instancji dopuścił się przy dokonywaniu oceny przeprowadzonych w sprawie dowodów. Do części zarzutów apelacyjnych Sąd Odwoławczy nie odniósł się w sposób konkretny w uzasadnieniu swego wyroku, poprzestając na ogólnym stwierdzeniu, że podziela stanowisko Sądu I instancji. W szczególności, w apelacji sformułowano zarzuty kwestionujące ustalenia Sądu I instancji co do udowodnienia działania oskarżonego z zamiarem bezpośrednim kierunkowym oszustwa w stosunku do wszystkich wierzycieli. Autor apelacji kwestionuje m.in. dokonanie ustaleń co do zamiaru popełnienia oszustwa przez oskarżonego na podstawie opinii biegłego J. Ł.. Ten zarzut apelacyjny został potraktowany przez Sąd odwoławczy jako kwestionowanie zupełności i jakości opinii biegłego, stąd obszerne wywody ogólne o tym, kiedy opinię biegłego uważa się za niepełną lub niejasną. Tymczasem z uzasadnienia apelacji wynika, że Autor atakował raczej sposób wykorzystania tej opinii, ewentualnie jej zakres (czyli to, że nie obejmowała faktur wystawionych hiszpańskim kontrahentom przez D. Sp. z o.o. za usługi wykonane w I kwartale 2011 r.) a nie jej treść. Wskazywał, że obiektywne stwierdzenie stanu niewypłacalności D. Sp. z o.o. samo w sobie nie dowodzi jeszcze realizacji przez oskarżonego strony podmiotowej przestępstwa oszustwa, w szczególności istnienia po stronie oskarżonego zamiaru wprowadzenia w błąd jego kontrahentów. Był to jeden z zarzutów adresujących problem wykazania istnienia po stronie oskarżonego zamiaru kierunkowego wymaganego przy oszustwie. Zarówno ten

zarzut apelacyjny, jak i inne, nie zostały rozważone przez Sąd Apelacyjny w sposób należyty, zatem doszło do rażącego naruszenia art. 433 § 2 k.p.k., które mogło mieć istotny wpływ na treść orzeczenia.

Natomiast za niezasadny, i to w stopniu oczywistym, należy uznać zarzut z punktu II.5. kasacji w takim zakresie, w jakim kwestionuje niezastosowanie w sprawie instytucji warunkowego zawieszenia wykonania kary. Nie można stawiać Sądowi Apelacyjnemu takiego zarzutu, jeżeli w apelacji w ogóle nie sformułowano zastrzeżeń dotyczących wymiaru kary orzeczonej wobec oskarżonego.

Ponownie rozpoznając sprawę, Sąd Apelacyjny przeprowadzi rzetelną kontrolę odwoławczą wyroku Sądu I instancji, rozpoznając wszystkie zarzuty podniesione w apelacji. Sąd ten będzie miał na względzie, że dla potrzeb ustalenia odpowiedzialności oskarżonego za czyn z art. 586 k.s.h., przy uwzględnieniu treści art. 4 § 1 k.k., stan niewypłacalności D. Sp. z o.o. należy oceniać według przepisów ustawy prawo upadłościowe obowiązujących w dacie orzekania, jako względniejszych dla oskarżonego. Ponadto konieczne będzie ustosunkowanie się do zarzutów apelacyjnych kwestionujących ustalenia faktyczne w zakresie istnienia po stronie oskarżonego świadomości spełnienia warunku tzw. „niewypłacalności bilansowej” już z początkiem stycznia 2008 r. Obie kwestie, tzn. ustalenie zaistnienia stanu niewypłacalności przy zastosowaniu przepisów ustawy prawo upadłościowe obowiązujących w dacie orzekania oraz ustalenie co do świadomości zaistnienia tego stanu u oskarżonego, są ze sobą ściśle powiązane.

W odniesieniu do drugiego z zarzucanych oskarżonemu czynów, zakwalifikowanego z art. 286 § 1 k.k. i art. 294 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k., przy ponownym rozpoznaniu sprawy konieczne będzie wnikliwe i rzetelne rozważenie wszystkich zarzutów podniesionych w apelacji obrońcy i odzwierciedlenie przebiegu kontroli odwoławczej w prawidłowo sporządzonym uzasadnieniu wyroku.

Mając powyższe na względzie, orzeczono jak w wyroku.