

Warszawa, 1 września 2017 r.

Opinia

Ośrodka Badań, Studiów i Legislacji Krajowej Rady Radców Prawnych

dotycząca rządowego projektu z dnia 4 maja 2017 ustawy o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy i finansowaniu terroryzmu (Wykaz Prac Legislacyjnych Rady Ministrów nr UC 52)

Przedmiot analizy

Przedmiotem niniejszej analizy jest projekt z dnia 4 maja 2017 roku ustawy o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy i finansowaniu terroryzmu¹. Ustawa dokonuje implementacji do polskiego porządku prawnego przepisów Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/849 z dnia 20 maja 2015 r. w sprawie zapobiegania wykorzystywaniu systemu finansowego do prania pieniędzy lub finansowania terroryzmu, zmieniająca rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 648/2012 i uchylająca dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2005/60/WE oraz dyrektywę Komisji 2006/70/WE (Dz. U. UE. L. z 2015 r. Nr 141, str. 73)². Celem analizy pozostaje wskazanie obowiązków radcy prawnego wynikających z przedstawionego projektu, ze szczególnym uwzględnieniem realizacji przez projekt - przewidzianych w Dyrektywie - możliwości szczególnego uregulowania przez ustawodawcę krajowego obowiązków osób, wykonujących zawody zaufania publicznego w zakresie przeciwdziałania praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu.

Obecne uregulowania z uwzględnieniem stanowiska judykatury

Omawiając projekt z 4 maja 2017 roku ustawy o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu, w kontekście obowiązków radców prawnych

¹ Projekt dostępny pod adresem:

<https://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/12298001/12431390/12431391/dokument286994.pdf>

² Dalej jako Dyrektywa

przewidzianych w projekcie, w pierwszej kolejności należy odnieść się do obecnych regulacji ustawowych w zakresie zwolnienia z tajemnicy radcowskiej. Zgodnie bowiem z art. 3 ust. 3 ustawy o radcach prawnych³ *radca prawny jest obowiązany zachować w tajemnicy wszystko, o czym dowiedział się w związku z udzieleniem pomocy prawnej.*

Rola i charakter obowiązku zachowania tajemnicy przez radcę prawnego pozostała przedmiotem szerokiej analizy Trybunału Konstytucyjnego, która została zaprezentowana w wyroku z 22 listopada 2004 roku w sprawie o sygn. SK 64/03.⁴ Jak wskazano w tym orzeczeniu, **„przepisy regulujące funkcjonowanie poszczególnych zawodów zaufania publicznego traktują tajemnicę zawodową jako obowiązek ciążący na przedstawicielach tych zawodów, nie zaś jako ich prawo”**. Co za tym idzie, beneficjentami tego obowiązku są natomiast osoby korzystające z usług radcy prawnego. Jak dalej bowiem zauważa Trybunał Konstytucyjny naruszenie tajemnicy zawodowej może być podstawą odpowiedzialności odszkodowawczej wobec klienta, który doznał szkody na skutek ujawnienia informacji przekazanych radcy prawnemu. Obowiązek ten, w ocenie Trybunału, „jest nierozzerwalnie związany właśnie z pełnieniem przez radcę prawnego funkcji podmiotu zaufania publicznego. Jego istnienie, obwarowane sankcją karną, stanowi gwarancję poufności dla osób poszukujących pomocy prawnej.”

Jakkolwiek na co zwrócił uwagę Trybunał: „interes osób korzystających z pomocy prawnej, nawet sfera ich prywatności "udostępniona" prawnikowi, mogą znaleźć się w konflikcie z innymi dobrami, również zasługującymi na ochronę, w szczególności dotyczącymi interesu całego społeczeństwa”. W omawianym orzeczeniu Trybunał Konstytucyjny zwrócił uwagę, „iż konflikt taki zachodzi w szczególności w związku z wykonywaniem przez państwo jednej z jego podstawowych funkcji, a mianowicie - sprawowaniem wymiaru sprawiedliwości”. Stąd też nie ma podstaw do konstruowania prawa podmiotowego radców prawnych w zakresie zachowania tajemnicy, gdyż jak

³ Ustawa z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych. (t.j. Dz. U. z 2016 r. poz. 233 z późn. zm.), dalej jako ustawa o radcach prawnych

⁴ OTK-A 2004/10/107

zauważa Trybunał Konstytucyjny, „to nie w interesie radców lecz ich klientów ustawodawca przewidział obowiązek zachowania tajemnicy zawodowej. Zatem te same argumenty, które zadecydowały o istnieniu omawianej instytucji (zachowania tajemnicy zawodowej) i związaniu radców tajemnicą, tj. prawidłowe funkcjonowanie systemu ochrony prawnej, mogą w pewnych sytuacjach decydować o jej uchyleniu. Tajemnica zawodowa wiążąca przedstawicieli zawodów prawniczych służy bowiem nie samym prawnikom, lecz osobom korzystającym z ich pomocy, a szerzej - skutecznemu funkcjonowaniu wymiaru sprawiedliwości.” Mając powyższe na uwadze, Trybunał Konstytucyjny wyraził przekonanie, że „istniejące na poziomie ustaw proceduralnych prawo radców prawnych do zachowania tajemnicy co do pewnych okoliczności jest wyznaczone tymi właśnie ustawami. Wobec braku konstytucyjnego prawa tajemnicy radcowskiej należy uznać, że w gestii ustawodawcy leży kształtowanie zakresu obowiązku zachowania tajemnicy przez radcę prawnego.”

Przykładem ograniczenia obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej pozostaje przepis art. 3 ust. 6 ustawy o radcach prawnych,. Zgodnie z tym przepisem *Obowiązek zachowania tajemnicy zawodowej nie dotyczy informacji udostępnianych na podstawie przepisów ustawy z dnia 16 listopada 2000 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu (Dz. U. z 2014 r. poz. 455 oraz z 2015 r. poz. 1223)⁵ - w zakresie określonym tymi przepisami. Przepis ten również był przedmiotem kontroli przez Trybunał Konstytucyjny, który wypowiedział się w przedmiocie jego zgodności z Konstytucją w wyroku z dnia 2 lipca 2007 roku, w sprawie o sygn. K 41/05.⁶ Zważywszy na okoliczność, że w orzeczeniu tym Trybunał Konstytucyjny w sposób kompleksowy przedstawił problematykę możliwości ograniczenia obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej, zasadnym pozostaje przytoczenie obszernych fragmentów tego judykatu.*

⁵ Dalej jako u.p.p.f.t.

⁶ OTK-A 2007/7/72

Na wstępie wskazać należy, że w wyroku tym Trybunał Konstytucyjny zwrócił uwagę, że „Zawody zaufania publicznego”, do których należy zawód radcy prawnego wykonywane są - zgodnie z ich konstytucyjnym określeniem - w sposób założony i społecznie aprobowany, o ile ich wykonywaniu towarzyszy realne "zaufanie publiczne". Na zaufanie to składa się szereg czynników, wśród których na pierwszy plan wysuwają się: przekonanie o zachowaniu przez wykonującego ten zawód dobrej woli, właściwych motywacji, należytej staranności zawodowej oraz wiara w przestrzeganie wartości istotnych dla profilu danego zawodu. W odniesieniu do wykonywania prawniczych zawodów zaufania publicznego do istotnych wartości należy pełne i integralne respektowanie prawa, w tym zwłaszcza - przestrzeganie wartości konstytucyjnych (w ich hierarchii) oraz dyrektyw postępowania.” Jak dalej zauważa Trybunał Konstytucyjny, „cechą charakterystyczną zawodów zaufania publicznego jest dostęp do osobistych, a niekiedy wręcz intymnych informacji dotyczących osób trzecich przy realizowaniu czynności stanowiących istotę tych zawodów, przy czym dostęp ten jest tyleż nieunikniony, co niezbędny - jako warunek prawidłowego, a w tym przede wszystkim efektywnego wykonywania tych zawodów”.

Co niezmiernie istotne, zdaniem Trybunału „art. 45 ust. 1 Konstytucji (...) wyznacza łącznie z innymi przepisami Konstytucji (w tym przede wszystkim zasadą demokratycznego państwa prawnego) oraz normami europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (która - jako ratyfikowana umowa międzynarodowa - jest częścią krajowego porządku prawnego Rzeczypospolitej) standard ochrony praw jednostki (...). W ten sposób elementem prawa do sądu jest prawo do rzetelnego procesu sądowego, jest m.in. prawo dostępności adwokata zarówno w sprawach cywilnych jak i karnych. W dalszej części orzeczenia wskazano, że prawo do rzetelnego procesu sądowego wymaga, aby każdy uczestnik postępowania karnego czy cywilnego mógł przedstawić we właściwy sposób swoją sprawę sądowi. To znaczy, że z prawa do rzetelnego procesu sądowego wywieść można - śladem ETPC - prawo jednostki zaangażowanej w sprawę sądową (także na etapie bezpośrednio poprzedzającym jej wszczęcie, jak i po jej formalnym zakończeniu, ale w związku z nią) do korzystania z profesjonalnej pomocy prawnika”.

Co za tym idzie, w ocenie Trybunału Konstytucyjnego, „w demokratycznym państwie prawnym ochrona tajemnicy komunikowania się osoby poszukującej pomocy prawnej u przedstawiciela zawodu zaufania publicznego, jako wywodzona m.in. z prawa do rzetelnego procesu sądowego, dotyczy tych sytuacji, w których spełnione są następujące warunki:

- komunikują się dwa podmioty: klient (lub osoba dążąca do uzyskania tego statusu) oraz prawnik występujący w swoim charakterze zawodowym (np. radcy prawnego czy adwokata);
- komunikacja ma miejsce w ramach poufnego stosunku, którego charakter stwarza jego uczestnikom uzasadnione oczekiwanie prywatności i nieujawniania (...)
- komunikacja odnosi się do faktów lub okoliczności, o których prawnik został poinformowany, świadcząc pomoc prawną mającą związek z postępowaniem sądowym;
- fakty lub okoliczności, których dotyczy komunikacja, nie służą popełnieniu przestępstwa ani innemu naruszeniu prawa.

Niemniej co należy podkreślić Trybunał Konstytucyjny stanowczo zauważa, że w ten sposób wytyczony zakres tajemnicy zawodowej oraz gwarancje jej dochowania nie mogą być wykorzystywane przez prawników wykonujących zawody zaufania publicznego do podejmowania działań sprzecznych z prawem, w tym np. działań mających ukryć przestępne pochodzenie środków, czy zabezpieczyć je przed zajęciem.”

Stąd też mając na uwadze szczególny cel regulacji ustawy o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy i finansowaniu terroryzmu, w ocenie Trybunału Konstytucyjnego nie ulega wątpliwości, że „obowiązki informacyjne realizowane przez radców prawnych w związku z ich czynnościami zawodowymi, redukując zagrożenie wprowadzania do obrotu finansowego wartości majątkowych pochodzących z nielegalnych lub nieujawnionych źródeł oraz przeciwdziałając finansowaniu terroryzmu, służą ochronie bezpieczeństwa i porządku publicznego w Polsce. Tym samym wynikające z ustawy o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy ograniczenia tajemnicy komunikowania

się mają oparcie w wartościach konstytucyjnych usprawiedliwiających ingerencję w sferę konstytucyjnych wolności i praw jednostek. Takie ograniczenia są więc w ocenie Trybunału Konstytucyjnego konieczne i proporcjonalne, z jednym wszakże, ale bardzo kategorycznym zastrzeżeniem”.

Stanowisko Trybunału Konstytucyjnego, co wynika w sposób jasny z treści orzeczenia stanowi kontynuację niejako myśli zawartej w wyroku Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, z dnia 26 czerwca 2007 r., w sprawie o sygn. C-305/05, w którym ETS rozstrzygnął sprawę zapoczątkowaną wnioskiem belgijskiego sądu konstytucyjnego o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym. Istotą tego orzeczenia była odpowiedź na pytanie, czy zgodne z prawem wspólnotowym i z podstawowymi zasadami, które ono chroni, jest nakładanie na adwokatów obowiązku informowania odpowiednich władz o każdym czynie mogącym wskazywać na pranie pieniędzy. Jest znamienne, że także w tej sprawie jednym z kluczowych zagadnień wymagających rozstrzygnięcia było ustalenie, według jakich kryteriów można dokonać rozdziału tego, co obejmuje tajemnica zawodowa, od tego, co nie jest nią objęte. Referując to orzeczenie Trybunał Konstytucyjny odniósł się do stanowiska Rzecznika Generalnego zaprezentowanego w sprawie, który wskazał, że „w każdej sytuacji, w której adwokat wykonuje swe obowiązki zawodowe, musi on dokonać oceny sytuacji prawnej klienta. Czym innym jest jednak - według rzecznika - tłumaczenie zawichości prawnych zamierzonej operacji, a czym innym dokonywanie oceny w celu dokonania wyboru najlepszej strategii w interesie klienta dla doprowadzenia do transakcji ekonomicznej lub handlowej. Jeśli ocena ma na celu wyłącznie udzielenie pomocy klientowi w zorganizowaniu jego działań w poszanowaniu prawa i poddaniu jego zamierzeń regułom prawnym, ocena ta powinna być rozumiana jako udzielanie porady i nie powinna podlegać obowiązkowi przekazania informacji na jej temat, bez względu na kontekst, w jakim jest dokonywana. Jeśli zaś ocena jest dokonywana przede wszystkim w celu doprowadzenia do lub przeprowadzenia transakcji handlowej lub finansowej i jeśli podlega ona instrukcjom klienta (zwłaszcza dążącego do znalezienia najkorzystniejszego ekonomicznie rozwiązania), adwokat nie działa już jako niezależny

adwokat, lecz jako "przedstawiciel interesów", który wykorzystuje swoją wiedzę w działalności pozaprawniczej".

Trybunał Konstytucyjny zwrócił również uwagę, że „także Europejski Trybunał Sprawiedliwości, wskazując na treść art. 6 ust. 3 akapitu drugiego dyrektywy 91/308/EWG zmienionej dyrektywą 2001/97/WE ("Państwa członkowskie nie mają obowiązku stosowania wymagań określonych w ust. 1 w stosunku do notariuszy, przedstawicieli wolnych zawodów prawniczych (...) w odniesieniu do informacji, które otrzymują od swojego klienta lub uzyskują na jego temat podczas ustalania jego sytuacji prawnej lub podczas wykonywania swoich obowiązków polegających na obronie lub reprezentowaniu tego klienta w postępowaniu sądowym, lub w związku z takim postępowaniem, włączając w to doradztwo w sprawie wszczynania lub unikania postępowania, bez względu na to, czy takie informacje są uzyskane lub otrzymane przed, w trakcie czy po zakończeniu takiego postępowania.") stwierdził, że dokładny zakres obowiązku informacji i współpracy ciążyący na adwokatach nie jest do końca jasny." Jak stwierdza Trybunał Konstytucyjny, „ETS przypomniał, że Unia Europejska na podstawie o art. 6 ust. 2 Traktatu o Unii Europejskiej przestrzega jako zasadę ogólną prawo do rzetelnego procesu sądowego ukształtowane w szczególności przez art. 6 europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności. Przepis ten przyznaje każdej osobie, czy to w ramach sporów o prawa i obowiązki o charakterze cywilnym, czy to w ramach postępowania karnego, prawo, by jego sprawa została rzetelnie rozpatrzona. Adwokat nie będzie mógł - zdaniem ETS - wypełnić swej misji doradzania, obrony i reprezentacji klienta w odpowiedni sposób i klient ten będzie w konsekwencji pozbawiony praw, które zapewnia mu art. 6 Konwencji, jeżeli adwokat w ramach postępowania sądowego lub jego przygotowywania byłby zobowiązany do współpracy z władzami publicznymi, polegającej na przekazywaniu im informacji uzyskanych w trakcie konsultacji prawnych, mających miejsce w ramach takiego postępowania.

Konsekwencją powyższego stanowiska była odpowiedź na zadane pytanie prejudycjalne, w którym ETS orzekł, że nałożone na adwokatów obowiązki

informowania i współpracy z władzami odpowiedzialnymi za zwalczanie prania pieniędzy, wprowadzone zakwestionowaną dyrektywą 91/308/EWG zmienioną dyrektywą 2001/97/WE, w sytuacji gdy adwokaci działają w dokładnie określonych ramach wskazanych w art. 2a pkt 5 tego aktu i w kontekście nieobjętym zakresem cytowanego wyżej art. 6 ust. 3, nie naruszają prawa do rzetelnego procesu sądowego, jaki gwarantuje art. 6 Konwencji i art. 6 ust. 2 TUE”.

Podsumowując przywołany dorobek orzecznicy stwierdzić zatem należy, że o ile nie budzi obecnie najmniejszych wątpliwości, iż ustawodawca ma prawo do ustawowego ograniczenia obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej przez radcę prawnego, to nie należy tracić na uwadze okoliczności, że takie ograniczenie winno mieć zasadniczo charakter wyjątkowy. Winno ono przy tym po pierwsze uwzględniać cel ustanowienia obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej, immanentnie związany z prawem do rzetelnego procesu, z drugiej strony, musi ono być ustanowienie li tylko dla ochrony szczególnie istotnego interesu całego społeczeństwa.

Obecnie obowiązujące przepisy ograniczają w przypadku osób wykonujących prawnicze zawody zaufania publicznego zakres obowiązków wynikających z ustawy, względem innych podmiotów objętych ustawą. Wskazać przy tym również należy, że obowiązki wynikające z ustawy dotyczą wyłącznie radców prawnych wykonujących zawód poza stosunkiem pracy w urzędach obsługujących organy administracji rządowej i jednostkach samorządu terytorialnego, prawników zagranicznych świadczących pomoc prawną poza stosunkiem pracy, tylko bowiem osoby kwalifikują się jako „instytucja zobowiązana” w rozumieniu ustawy, tj. podmiotów zobowiązanych do wypełniania obowiązków wynikających z ustawy (art. 2 ust. 1 lit. n) u.p.p.f.t.)

Aktualne regulacje ograniczają również przedmiotowy zakres obowiązków wynikających z ustawy, obowiązek rejestracji transakcji zgodnie z u.p.p.f.t. w przypadku radców prawnych, dotyczy transakcji w których uczestniczą *w związku ze świadczeniem klientowi pomocy w planowaniu lub przeprowadzaniu transakcji dotyczących:*

- 1) kupna i sprzedaży nieruchomości lub przedsiębiorstw;
- 2) zarządzania pieniędzmi, papierami wartościowymi lub innymi wartościami majątkowymi;
- 3) otwierania rachunków lub zarządzania nimi;
- 4) organizacji wpłat i dopłat na kapitał zakładowy i akcyjny, organizacji wkładu do tworzenia lub prowadzenia działalności spółek lub zarządzania nimi;
- 5) tworzenia, działalności przedsiębiorców w innej formie organizacyjnej, a także zarządzania nimi. (art. 8 ust. 3b u.p.p.p.f.t.).

Zatem radcy prawni zostali wyłączeni spod obowiązku rejestrowania każdej transakcji której wartość przekracza 15 000 euro.

U.p.p.p.f.t. zawiera również znaczne odstępstwa w zakresie stosowanych środków bezpieczeństwa finansowego, w szczególności ustawa nie wymaga od radców prawnych tworzenia pisemnych procedur w zakresie przeciwdziałania praniu pieniędzy i finansowaniu terroryzmu, czy też wyznaczania osób odpowiedzialnych za przestrzeganie tych procedur. Jednak co najistotniejsze, zgodnie z art. 11 ust. 5 u.p.p.p.f.t., *Obowiązek informowania o transakcjach objętych przepisami ustawy nie dotyczy przypadku, gdy „adwokaci, radcowie prawni i prawnicy zagraniczni, biegli rewidenci oraz doradcy podatkowi reprezentują klienta na podstawie pełnomocnictwa procesowego w związku z toczącym się postępowaniem albo udzielają porady służącej temu postępowaniu”*. Powyższe wyłączenie stanowi realizację postulatów zawartych w omówionych wcześniej orzeczeniach i przyczynia się do kreowania prawidłowego systemu ochrony praw jednostki.

Projektowane rozwiązania w świetle obowiązków radców prawnych

Świadomość szczególnego charakteru działalności wykonywanej przez radców prawnych jako reprezentantów zawodu zaufania publicznego towarzyszyła twórcom Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/849 z dnia 20 maja 2015 r. w sprawie zapobiegania wykorzystywaniu systemu finansowego do prania pieniędzy lub finansowania terroryzmu, zmieniająca rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 648/2012 i uchylająca dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady

2005/60/WE oraz dyrektywę Komisji 2006/70/WE (Dz. U. UE. L. z 2015 r. Nr 141, str. 73). Jak bowiem wskazano w punkcie 9 Preambuły:

Przedstawiciele wolnych zawodów prawniczych, zgodnie z definicją stosowaną przez państwa członkowskie, powinni podlegać niniejszej dyrektywie w przypadku udziału w transakcjach finansowych lub korporacyjnych, włączając w to świadczenie usług doradztwa podatkowego, wówczas gdy istnieje największe ryzyko nadużywania usług świadczonych przez przedstawicieli tych zawodów do celów legalizowania dochodów pochodzących z działalności przestępczej lub do celów finansowania terroryzmu. Powinny jednak istnieć wyłączenia z obowiązku zgłaszania informacji uzyskanych przed rozpoczęciem, w czasie lub po zakończeniu postępowania sądowego albo przy ustalaniu sytuacji prawnej klienta. W związku z tym doradztwo prawne powinno nadal podlegać obowiązkowi zachowania tajemnicy zawodowej, chyba że przedstawiciel wolnego zawodu prawniczego bierze udział w praniu pieniędzy lub finansowaniu terroryzmu, porada prawna jest udzielana w celu prania pieniędzy lub finansowania terroryzmu lub wie on, że klient zwraca się o poradę prawną do celów prania pieniędzy lub finansowania terroryzmu.

Natomiast w punktach 39 i 40 preambuły stwierdzono:

Punkt 39

W odniesieniu do niektórych podmiotów zobowiązanych państwa członkowskie powinny mieć możliwość wyznaczenia właściwego organu samorządu zawodowego, jako organu, do którego należy kierować informacje w pierwszej kolejności, zamiast do jednostki analityki finansowej. Zgodnie z orzecznictwem Europejskiego Trybunału Praw Człowieka system przekazywania informacji w pierwszej kolejności do organu samorządu zawodowego stanowi istotne zabezpieczenie mające na celu wspieranie ochrony podstawowych praw w odniesieniu do obowiązków zgłaszania mających zastosowanie do prawników. Państwa członkowskie powinny przewidzieć środki i sposoby ochrony tajemnicy zawodowej, poufności i prywatności.

Punkt 40

W przypadkach, w których państwo członkowskie podejmuje decyzję o wyznaczeniu takiego organu samorządu zawodowego, może ono zezwolić takiemu organowi

na nieprzekazywanie lub nałożyć na taki organ obowiązek nieprzekazywania jednostce analityki finansowej żadnych informacji otrzymanych od osób, które organ ten reprezentuje, w przypadku gdy osoby te otrzymują takie informacje od jednego ze swoich klientów lub które uzyskują na temat jednego ze swoich klientów, podczas ustalania sytuacji prawnej danego klienta lub podczas wykonywania swoich obowiązków polegających na obronie lub reprezentowaniu tego klienta w postępowaniu sądowym, lub w związku z takim postępowaniem, włącznie z udzielaniem porad w sprawie wszczęcia lub uniknięcia takiego postępowania, bez względu na to, czy takie informacje są otrzymane lub uzyskane przed zakończeniem takiego postępowania, w jego trakcie czy po jego zakończeniu.

Odnośząc się do przyjętych przez projektodawców rozwiązań, w pierwszej kolejności należy zauważyć, że zgodnie z art. 2 ust. 1 pkt 3 lit.b Dyrektywy przepisy Dyrektywy stosuje się do *notariuszy oraz innych przedstawicieli wolnych zawodów prawniczych, gdy uczestniczą, działając w imieniu i na rzecz swojego klienta, w dowolnych transakcjach finansowych lub transakcjach dotyczących nieruchomości lub gdy udzielają klientowi pomocy w planowaniu lub przeprowadzaniu transakcji dotyczących:*

- (i). kupna i sprzedaży nieruchomości lub podmiotów gospodarczych;*
- (ii). zarządzania pieniędzmi, papierami wartościowymi lub innymi aktywami klienta;*
- (iii). otwierania rachunków bankowych, rachunków oszczędnościowych lub rachunków papierów wartościowych i zarządzania tymi rachunkami;*
- (iv). organizacji wkładu niezbędnego do tworzenia spółek, prowadzenia przez nie działalności lub zarządzania nimi;*
- (v). tworzenia trustów, spółek, fundacji lub podobnych struktur, prowadzenia przez nie działalności lub zarządzania nimi;*

Jak dalej wskazuje się w art. 33 Dyrektywy:

Państwa członkowskie nakładają na podmioty zobowiązane, a w stosownych przypadkach także na członków ich kadry kierowniczej i pracowników, wymóg pełnej współpracy polegającej na niezwłocznym:

- a) informowaniu jednostki analityki finansowej - z własnej inicjatywy podmiotów zobowiązanych - również w drodze przekazania zgłoszenia, w przypadku gdy dany podmiot zobowiązany wie, podejrzewa lub ma uzasadnione podstawy, by podejrzewać, że określone środki finansowe, niezależnie od kwoty, o jaką chodzi, są dochodami pochodzącymi z działalności przestępczej lub są powiązane z finansowaniem terroryzmu, a także na niezwłocznym odpowiadaniu na wnioski jednostki analityki finansowej o udzielenie dodatkowych informacji w takich przypadkach; oraz
- b) dostarczaniu jednostce analityki finansowej, bezpośrednio lub pośrednio, na jej wniosek, wszelkich niezbędnych informacji zgodnie z procedurami ustanowionymi w mających zastosowanie przepisach.

Wszystkie podejrzane transakcje, w tym próby przeprowadzenia takich transakcji, trzeba zgłosić.

Jakkolwiek zgodnie z art. 34 akapit drugi Dyrektywy, Państwa członkowskie nie stosują obowiązków określonych w art. 33 ust. 1 do notariuszy, innych przedstawicieli wolnych zawodów prawniczych, biegłych rewidentów, zewnętrznych księgowych oraz doradców podatkowych jedynie w ścisłym zakresie, w jakim wyłączenie to dotyczy informacji, które otrzymują oni od jednego ze swoich klientów lub które uzyskują na temat jednego ze swoich klientów, podczas ustalania sytuacji prawnej danego klienta lub podczas wykonywania swoich obowiązków polegających na obronie lub reprezentowaniu tego klienta w postępowaniu sądowym, lub w związku z takim postępowaniem, włącznie z udzielaniem porad w sprawie wszczęcia lub uniknięcia takiego postępowania, bez względu na to, czy takie informacje są otrzymane lub uzyskane przed zakończeniem takiego postępowania, w jego trakcie czy po jego zakończeniu.

W praktyce oznacza to, że zgodnie z Dyrektywą: radca prawny winien poinformować jednostkę analityki finansowej (w przypadku projektu ustawy – Generalnego Inspektora Informacji Finansowej) gdy co najmniej ma uzasadnione podstawy żeby podejrzewać o możliwości, że dane środki finansowe pochodzą z prania pieniędzy lub są przeznaczane na finansowanie terroryzmu. Jakkolwiek obowiązek ten

nie ma charakteru absolutnego, gdyż w przypadku świadczenia pomocy w zakresie o którym mowa w zacytowanym wyżej art. 34 ust. 2 Dyrektywy.

Tymczasem, w omawianym projekcie ustawy nie dokonano pełnej implementacji powyższych rozwiązań. Co prawda bowiem w art. 71 projektu wskazano, że radcowie prawni są wyłączni z obowiązku zawiadamiania Generalnego Inspektora Informacji Finansowej „w zakresie informacji uzyskanych podczas ustalania sytuacji prawnej klienta w związku z postępowaniem sądowym, wykonywania obowiązków polegających na obronie, reprezentowaniu lub zastępowaniu klienta w postępowaniu sądowym albo udzielaniu klientowi porady prawnej dotyczącej wszczęcia postępowania sądowego lub uniknięcia takiego postępowania”, co realizuje założenia wynikające z Dyrektywy, niemniej jednak ustawodawca nie dokonał odpowiednich uregulowań w zakresie przekazywania przez radców prawnych stosownych żądanych informacji. Jak bowiem stanowi art. 72 projektu

Art. 72. 1. Na żądanie Generalnego Inspektora instytucja obowiązana niezwłocznie przekazuje lub udostępnia posiadane informacje lub dokumenty, w tym w szczególności dotyczące:

- 1) stosunków gospodarczych lub transakcji okazjonalnych z wskazanymi lub określonymi rodzajami klientów;*
- 2) historii rachunków, w tym przeprowadzonych transakcji;*
- 3) właścicieli i posiadaczy wartości majątkowych;*
- 4) rodzaju, wartości i pochodzenia wartości majątkowych;*
- 5) informacji pozyskanych w związku ze stosowaniem środka bezpieczeństwa finansowego, o którym mowa w art. 30 ust. 1 pkt 4;*
- 6) telekomunikacyjnych urządzeń końcowych w rozumieniu ustawy - Prawo telekomunikacyjne, za pośrednictwem których zlecano transakcje, w tym dane lokalizacyjne tych urządzeń.*

2. Generalny Inspektor w żądaniu, o którym mowa w ust. 1, może wskazać:

- 1) termin oraz formę przekazania lub udostępnienia informacji lub dokumentów;*

2) zakres informacji oraz termin do ich pozyskania przez instytucję obowiązującą w związku ze stosowaniem środka bezpieczeństwa finansowego, o którym mowa w art. 30 ust. 1 pkt 4 lub w związku z określonymi transakcjami okazjonalnymi.

3. Informacje i dokumenty, o których mowa w ust. 1, są przekazywane i udostępniane nieodpłatnie.

Wymaga zauważenia, że przepis ten, w przeciwieństwie do art. 68 projektu ustawy nie zawiera ograniczeń w odniesieniu do zakresu informacji jakich zobowiązany będzie udzielić radca prawny. Może zatem dojść do sytuacji, w której radca prawny zostanie zobligowany przez Generalnego Inspektora Informacji Finansowej do udzielania informacji, które pozyskał w ramach tzw. tajemnicy obrończej. W obecnym brzmieniu przepisów, radca prawny nie będzie miał prawa odmówić udzielenia takich informacji, co nie tylko pozostaje w sprzeczności z przepisami Dyrektywy, ale przede wszystkim z sensem omawianej regulacji – która w aktualnym kształcie może umożliwiać swoiste obejście przepisów o tajemnicy zawodowej radców prawnych. Stąd też w sposób stanowczy wskazać należy, że absolutnie koniecznym pozostaje wskazanie w ustawie, że radca prawny będzie mógł się uchylić od obowiązku udzielania informacji Generalnemu Inspektorowi Informacji Finansowych w analogicznych przypadkach jak w cytowanym wcześniej art. 71 projektu ustawy.

W ocenie opiniującego, analizując możliwość zwolnienia z tajemnicy radcowskiej należy mieć również na uwadze obecnie obowiązujące przepisy kodeksu postępowania karnego. Stosownie do przepisów kodeksu postępowania karnego⁷, tajemnica zawodowa radców prawnych dzieli się na tzw. tajemnicę obrończą, tj. obejmującą informację, jakie radca prawny uzyskał jako obrońca, względnie które uzyskał w trakcie kontaktu z osobą zatrzymaną (art. 178 k.p.k.) oraz tajemnicę radcowską dotyczącą pozostałych informacji uzyskanych przez radcę w związku ze świadczeniem pomocy prawnej (art. 180 §2 k.p.k.). O ile ten pierwszy rodzaj tajemnicy jest objęty

⁷ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks postępowania karnego. (t.j. Dz. U. z 2016 r. poz. 1749 z późn. zm.), dalej jako k.p.k.

bezwzględny zakaz dowodowy, co oznacza, że nie istnieje możliwość zwolnienia z niej przez żaden organ, o tyle zwolnienie z tajemnicy radcowskiej możliwe jest na podstawie postanowienia sądu, ale wyłącznie gdy jest to niezbędne dla dobra wymiaru sprawiedliwości, a okoliczność nie może być ustalona na podstawie innego dowodu.

Analogicznie zatem, w przypadku tzw. tajemnicy obrończej, o której mowa w art. 71 projektu ustawy, nie znajduje uzasadnienia brak odpowiedniego odwołania w przepisie art. 72 ustawy dotyczącym obowiązków informacyjnych względem Generalnego Inspektora Informacji Finansowej. Nawet bowiem mając na uwadze, że zgodnie z art. 34 Dyrektywy, wyjątki od obowiązków w zakresie informowania o przestępstwach mają być interpretowane w sposób ścisły, to jednak konieczność zapewnienia wynikającego z Konstytucji prawa do rzetelnego procesu wymaga wyłączenia spod obowiązku informacji w zakresie w jakim zostały one uzyskane w okolicznościach o których mowa w art. 71 projektu.

Drugą kategorią przepisów wymagających omówienia pozostaje procedura przekazywania informacji o podejrzeniu popełnienia przestępstwa prania pieniędzy. Jak wcześniej wskazano, w punktach 39 i 40 preambuły do Dyrektywy wskazano na możliwość udziału samorządu zawodowego w procesie przekazywania informacji o podejrzeniu popełnienia przestępstwa prania pieniędzy. Realizację tej możliwości przewidziano w art. 34 ust. 1 Dyrektywy, gdzie wskazano:

W drodze odstępstwa od art. 33 ust. 1, państwa członkowskie mogą - w przypadku podmiotów zobowiązanych, o których mowa w art. 2 ust. 1 pkt 3 lit. a), b) i d) - wyznaczyć odpowiedni organ danego samorządu zawodowego jako organ, do którego należy kierować informacje, o których mowa w art. 33 ust. 1.

Bez uszczerbku dla przepisów ust. 2, wyznaczony organ samorządu zawodowego w przypadkach, o których mowa w akapicie pierwszym niniejszego ustępu, niezwłocznie przekazuje informacje jednostce analityki finansowej z zachowaniem ich pierwotnej formy i treści.

Prima facie, wydawać by się mogło, że opiniowany projekt ustawy przewiduje stosowne uregulowania, zgodnie bowiem z art. 70 projektu:

1. *Informacje, o których mowa w art. 68, mogą być przekazywane do Generalnego Inspektora za pośrednictwem:*
 - 1) *izb gospodarczych zrzeszających instytucje obowiązane;*
 - 2) *banków zrzeszających banki spółdzielcze;*
 - 3) *właściwego miejscowo organu samorządu zawodowego notariuszy o ile krajowy organ tego samorządu podejmie uchwałę w tym zakresie, określającą szczegółowe zasady i tryb przekazywania informacji oraz dostarczy Generalnemu Inspektorowi wykaz osób odpowiedzialnych za przekazywanie takich informacji;*
 - 4) *innych podmiotów na podstawie podpisanych przez instytucję obowiązaną umów.*
2. *Korzystanie z pośrednictwa podmiotów, o których mowa w ust. 1, nie zwalnia instytucji obowiązanej z odpowiedzialności za przekazanie informacji do Generalnego Inspektora.*

O ile jednak zgodnie z Dyrektywą, przekazywanie informacji przez podmiot zobowiązany za pośrednictwem samorządu zawodowego ma być formą dodatkowej ochrony praw osób korzystających z pomocy osób wykonujących zawód zaufania publicznego, o tyle w wersji wynikającej z ustawy, rola samorządu sprowadza się li tylko do pośrednictwa w zakresie przekazania informacji o możliwości pełnienia przestępstwa. Co więcej, mimo możliwości przekazania informacji za pośrednictwem samorządu, odpowiedzialność za przekazanie informacji będzie wciąż spoczywać na radcy prawnym. **Dlatego też proponowane regulacje należy ocenić w sposób jednoznacznie negatywny, wskazując przy tym na konieczność pełnego uregulowania w ustawie procedury przekazywania informacji o możliwości podejrzenia przestępstwa, która będzie uwzględniała uprawnienie samorządu radcowskiego do oceny zasadności zawiadomienia Generalnego Inspektora Informacji Finansowej o możliwości popełnienia przestępstwa.** W takim wypadku podmioty korzystające z usług świadczonych przez radcę prawnego nadal będą miały

zapewnioną ochronę informacji jakie przekażą radcy prawnemu, dopiero bowiem pozytywna decyzja samorządu radcowskiego będzie skutkowałą przekazaniem informacji o możliwości podejrzenia przestępstwa.

Ostatnią kwestią wymagającą omówienia w niniejszym opracowaniu pozostaje określenie zakresu przedmiotowego zastosowania ustawy w stosunku do radców prawnych. W istocie bowiem jak wskazano we wcześniejszej części opinii, o ile w przypadku obowiązku informowania o transakcjach Generalnego Inspektora Informacji Finansowej zakres przedmiotowy ustawy został określony w wąski sposób względem radców prawnych, o tyle brak jest zawężenia zakresu przedmiotowego w zakresie stosowania środków bezpieczeństwa finansowego o których mowa w art. 29 i n. ustawy. Jak wcześniej zostało to podniesione, w przypadku Dyrektywy, obowiązki radców prawnych zostały ograniczone do transakcji finansowych, gdy uczestniczą w nich, działając w imieniu i na rzecz swojego klienta, transakcji dotyczących nieruchomości oraz kategorii transakcji określonych w art. 2 ust. 1 pkt 3 lit. b) Dyrektywy. Oznacza to, że tylko do tych kategorii czynności, radca prawny będzie zobowiązany stosować środki bezpieczeństwa finansowego. Tymczasem analogicznego zawężenia obowiązków brak jest w proponowanych rozwiązaniach przewidywanych przez projekt, w uzasadnieniu do projektu nie wskazano uzasadnienia dla rozszerzenia obowiązków radców prawnych względem rozwiązań przewidzianych w Dyrektywie. W związku z powyższym celem dostosowania przepisów do Dyrektywy, należy w ustawie dookreślić zakres obowiązywania ustawy do radców prawnych w zakresie stosowania środków bezpieczeństwa finansowego do katalogu czynności wskazanych w Dyrektywie.

Co więcej, podobnie jak w przypadku innych wyłączeń o charakterze przedmiotowym, Dyrektywa w art. 14 ust. 4 akapit drugi pozwala radcom prawnym na dalsze prowadzenie stosunków gospodarczych mimo braku możliwości zastosowania środków należytej staranności w weryfikacji klienta *w ścisłym zakresie, w jakim osoby te ustalają sytuację prawną swojego klienta lub wykonują obowiązki polegające na obronie lub reprezentowaniu tego klienta w postępowaniu sądowym lub w związku z takim*

postępowaniem, włącznie z udzielaniem porad w sprawie wszczęcia lub uniknięcia takiego postępowania. Analogicznego wyłączenia brak natomiast w art. 36 proponowanej regulacji, w ocenie opiniującego konieczne jest uzupełnienie projektu o stosowne uregulowanie.

Konkluzje

Po dokonaniu analizy proponowanych rozwiązań legislacyjnych z punktu widzenia obowiązków radców prawnych, wskazać należy na konieczność uwzględnienia w projekcie następujących rozwiązań:

- Celem zagwarantowania w ustawie konstytucyjnego prawa do rzetelnego procesu, koniecznym pozostaje ograniczenie w ustawie względem proponowanych rozwiązań prawa Generalnego Inspektora Informacji Finansowej do żądania informacji od radców prawnych. Prawo to powinno zostać w sposób całkowity wyłączone w zakresie informacji uzyskanych podczas ustalania sytuacji prawnej klienta w związku z postępowaniem sądowym, wykonywania obowiązków polegających na obronie, reprezentowaniu lub zastępowaniu klienta w postępowaniu sądowym albo udzielaniu klientowi porady prawnej dotyczącej wszczęcia postępowania sądowego lub uniknięcia takiego postępowania.
- Drugim elementem wzmacniającym prawo do rzetelnego procesu, przy jednoczesnej ochronie interesu publicznego w zakresie ścigania przestępstw prania pieniędzy oraz finansowania terroryzmu, pozostaje przyznanie samorządowi zawodowemu kompetencji do oceny zasadności zgłoszenia podejrzenia. Rozwiązanie takie pozwoli na zachowania ochrony tajemnicy radcowskiej, bez uszczerbku dla skuteczności rozwiązań przewidzianych w ustawie.
- Projekt ustawy rozszerza względem Dyrektywy obowiązki radców prawnych w zakresie stosowania środków bezpieczeństwa finansowego o czynności niewskazane w art. 2 ust. 1 pkt 3 lit. b) Dyrektywy. Zasadnym pozostaje dostosowanie przepisów projektu do przepisów europejskich i zawężenie tych obowiązków do wypadków wskazanych w Dyrektywie.

- W projekcie ustawy nie uwzględniono zawartego w art. 14 ust. 4 Dyrektywy wyłączenia w zakresie obowiązku przerwania stosunków gospodarczych, niedokonania transakcji oraz zawiadomienia Generalnego Inspektora Informacji Finansowej w stosunku do radców prawnych w zakresie w jakim osoby te ustalają sytuację prawną swojego klienta lub wykonują obowiązki polegające na obronie lub reprezentowaniu tego klienta w postępowaniu sądowym lub w związku z takim postępowaniem, włącznie z udzielaniem porad w sprawie wszczęcia lub uniknięcia takiego postępowania.

prof. UŚ dr hab. Mirosław Pawełczyk