



LEWIATAN

Polska Konfederacja
Pracodawców Prywatnych
Lewiatan
ul. Zbyszka Cybulskiego 3
00-727 Warszawa

tel. (+48) 22 55 99 900
fax (+48) 22 55 99 910
lewiatan@pkpplewiatan.pl
www.pkpplewiatan.pl

Polish Confederation of
Private Employers
Lewiatan
Brussels Office
Avenue de Cortenbergh 168

tel. (+32) 2 73 21 306
www.pkpplewiatan.pl
www.lewiatanineu.pl

member of **BUSINESSEUROPE**

Warszawa, 12 kwietnia 2012 r.

PKPP/213/54/BW/2012

Pan
Marek ZIÓŁKOWSKI
Przewodniczący Komisji Gospodarki Narodowej
Senat RP

W odpowiedzi na pismo z dnia 21 marca 2012 r. (sygn.: BPS/KGN-042/14/VIII/12) w sprawie organizowanego przez Komisję posiedzenia, na którym omówione zostaną problemy prywatnych przedsiębiorców wynikające z nadmiernej represyjności organów wymiaru sprawiedliwości oraz wad przepisów prawa, w załączeniu przekazuję opinię PKPP Lewiatan w przedmiotowej sprawie.

Henryka Bochniarz
Prezydent Polskiej Konfederacji Pracodawców Prywatnych Lewiatan

**Opinia PKPP Lewiatan z dnia 12 kwietnia 2012 r.,
przygotowana w związku z organizowanym przez senacką Komisję Gospodarki
Narodowej posiedzeniem, na którym omówione zostaną problemy prywatnych
przedsiębiorców wynikające z nadmiernej represyjności organów wymiaru
sprawiedliwości oraz wad przepisów prawa**

I. Uwagi wstępne:

Tytułem wstępu chcielibyśmy podkreślić, że co do zasady w sposób pozytywny oceniamy wszelkiego rodzaju inicjatywy zmierzające do zmiany przepisów przewidujących - nieuzasadnione w naszej ocenie - zagrożenia karne lub karno-administracyjne w przypadku naruszenia norm prawnych dotyczących działalności gospodarczej. Wobec powyższego, cieszy również niniejsza inicjatywa Komisji. Nie sposób nie docenić takich działań.

Liczne obecnie obowiązujące w polskim systemie prawnym przepisy stanowią utrudnienie lub barierę w działalności gospodarczej przedsiębiorców. Wśród nich znajdują się również przepisy karne, administracyjne i administracyjno-karne. Co ciekawe w wielu przypadkach to właśnie przepisy o charakterze administracyjnym przewidujące tzw. sankcje administracyjnoprawne (często mające charakter quasi-karny) stanowią kosztowny i nieuzasadniony w wielu przypadkach instrument ingerencji organów władzy w działalność prywatnych przedsiębiorców.

Tymczasem jeżeli chodzi o prawo karne *sensu stricto*, to elementem, do którego przedsiębiorcy przywiązują szczególne znaczenie i który ma istotne znaczenie w prowadzeniu działalności gospodarczej jest zapewnienie nieskrępowanej przepisami prawa karnego, a co za tym idzie, ingerencją państwa, swobody w podejmowaniu decyzji przez organy zarządzające firmami. W tym kontekście poważny problem stanowi art. 296 §1a kodeksu karnego (k.k.) Naszym zdaniem, to właśnie ten przepis jest najbardziej dotkliwym i wręcz klasycznym instrumentem nieuzasadnionej ingerencji państwa, w tym prokuratury, tam, gdzie instrumenty przewidziane przez prawo cywilne są w pełni wystarczające i stanowią wystarczającą ochronę dla spółki, wierzycieli i bezpieczeństwa w obrocie gospodarczym w ogólności.

Mając powyższe na uwadze, w niniejszej opinii skoncentrowaliśmy się na dwóch niezwykle istotnych kwestiach. W pierwszej kolejności postulujemy uchylenie niezwykle szkodliwego – w naszej ocenie – art. 296 §1a k.k. z kodeksu karnego. W opinii znajduje się obszerna analiza uzasadniająca taki postulat i wskazująca na to, że przepis ten stanowi nadmierną ingerencję państwa w swobodę działalności gospodarczej, również w kontekście kanonu, wedle którego sankcje wynikające z prawa karnego winny być oparte na zasadzie *ultima ratio*, a więc wówczas, gdy pozostałe środki nie zapewniają w stopniu wystarczającym ochrony danego dobra.

W drugiej części opinii zwracamy natomiast uwagę na cały szereg przepisów, przewidujących sankcje administracyjne lub administracyjno-karno. Sankcje te, najczęściej obowiązujące w postaci niezwykle wysokich kar pieniężnych w praktyce mogą prowadzić do dalej idących skutków, niż same przepisy karne. Najpoważniejsze wątpliwości budzi fakt, że wielomilionowe kary nakładane są przez organy publiczne nie zaś sądy, z pominięciem wielu zasad wynikających chociażby z kodeksu postępowania karnego (k.p.k.). Procedura odwoławcza przed sądami powszechnymi lub administracyjnymi nie zapewnia natomiast wystarczającego stopnia ochrony dla przedsiębiorców.

II. **Art. 296 § 1a k.k., czyli przestępstwo niegospodarności bezszkodowej:**

W poprzedniej kadencji, Sejm poparł zgłaszany przez PKPP Lewiatan postulat o konieczności uchYLENIA z k.s.h. szkodliwego w naszej ocenie art. 585 k.s.h. Jednocześnie uchylone zostały podobne przepisy w innych ustawach, tj. w ustawie o europejskim zgrupowaniu interesów gospodarczych i spółce europejskiej, w ustawie o działalności ubezpieczeniowej, w ustawie – prawo spółdzielcze, w ustawie o spółdzielni europejskiej i wreszcie w ustawie o ograniczaniu barier administracyjnych dla obywateli i przedsiębiorców. Powyższe działania oceniamy pozytywnie.

Jednocześnie jednak, wbrew stanowisku PKPP Lewiatan, Sejm zdecydował się przenieść normę zawartą w art. 585 k.s.h. – choć w zmienionej, gdyż w bardziej doprecyzowanej formie – do art. 296 k.k. W związku z tym, do art. 296 k.k. dodany został §1a, zgodnie z którym, jeżeli sprawca obowiązany na podstawie przepisu ustawy, decyzji właściwego organu lub umowy do zajmowania się sprawami majątkowymi lub działalnością gospodarczą osoby fizycznej, prawnej albo jednostki organizacyjnej nie mającej osobowości prawnej, przez nadużycie udzielonych mu uprawnień lub niedopełnienie ciążącego na nim obowiązku, spowoduje bezpośrednie niebezpieczeństwo wyrządzenia znacznej szkody majątkowej, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3. Powyższą zmianę należy ocenić negatywnie.

Jakkolwiek uchylene z k.s.h. normy zawartej w art. 585. k.s.h. należy ocenić pozytywnie, to jednak utrzymywanie w polskim prawie penalizacji przestępstwa polegającego na spowodowaniu bezpośredniego niebezpieczeństwa wyrządzenia szkody danej osobie (w tym przedsiębiorcy), a więc sytuacji, w której nie powstaje żadna rzeczywista szkoda majątkowa lub niemajątkowa, jest rozwiązaniem idącym w złym kierunku. Hamuje to możliwość dynamicznego rozwoju i równego konkurencyjnego polskiego przedsiębiorstwa na rynku europejskim, poprzez blokowanie innowacyjnych - choć czasem ryzykownych - decyzji zarządców. Wydaje się również, iż karalne będzie także samo usiłowanie spowodowania niebezpieczeństwa wyrządzenia znacznej szkody, co w naszej ocenie stanowi zbyt daleko wysunięte przedpole ochrony bezpieczeństwa obrotu gospodarczego.

Mając powyższe na uwadze, podtrzymujemy stanowisko, zgodnie z którym ustawodawca powinien w ogóle zrezygnować z penalizacji działań lub zaniechań, które nie powodują żadnej rzeczywistej szkody dla spółki, wspólników, lub wierzycieli. W takiej sytuacji, gdy spółka nie ponosi szkody, wystarczającą sankcją jest ewentualne odwołanie z pełnionej funkcji osoby podejmującej potencjalnie szkodliwe decyzje. Jednakże decyzję w tym zakresie winni podejmować właściciele spółek, nie zaś prokurator.

Właściciele spółki i spółka dysponują bowiem wystarczającymi instrumentami, aby wyciągnąć ewentualne konsekwencje w stosunku do osób, które narażyły spółkę na majątkową szkodę. Paradoksalnie też, wszczęcie postępowania przygotowawczego (dochodzenia/śledztwa) na podstawie art. 296 § 1a k.k., a następnie postępowanie sądowe, niezależnie od tego czy zakończy się prawomocnym wyrokiem skazującym, czy też nie, w praktyce mogą danej spółce wyrządzić znacznie większą szkodę, aniżeli samo „nielegalne” działanie przedstawiciela tejże spółki. Zwłaszcza ten ostatni argument podważa sens dalszego istnienia normy art. 296 § 1a k.k., która w praktyce może wyrządzić więcej szkód niż przynosi korzyści.

PKPP Lewiatan raz jeszcze pragnie z całą stanowczością podkreślić, że ryzyko podejmowanych decyzji stanowi nierozłączny i konieczny element w prowadzeniu działalności gospodarczej. Zarządcy, przy akceptacji wspólników, powinni mieć bowiem prawo podejmowania niestandardowych i nowatorskich decyzji gospodarczych – takie decyzje w konkurencyjnej gospodarce rynkowej, mimo obarczenia nawet dużym ryzykiem, powinny być dopuszczalne bez obawy na narażenie się na

odpowiedzialność karną. Ograniczenie ingerencji państwa zwiększa autonomię działania podmiotów gospodarczych i ich właścicieli, zwiększa ich poczucie bezpieczeństwa i zmniejsza zbędne ryzyko podejmowanych decyzji. Byłby to ważny krok w kierunku umocnienia gospodarki rynkowej.

Obowiązywanie dawnego art. 585 k.s.h. oraz obecnego art. 296 § 1a k.k. ma też ogromny wpływ na relacje między spółkami należącymi do grupy spółek. Należy podkreślić, iż przepis ten całkowicie pomija problematykę związaną działaniem na szkodę spółki zależnej przez spółkę dominującą i odwrotnie. Kwestia ta jest oczywiście pochodną szerszych kontrowersji, a dotyczących braku całościowego uregulowania problematyki związanej z grupami spółek (holdingami, koncernami) w polskim prawie spółek.

W piśmiennictwie podkreśla się, iż między innymi z art. 585 k.s.h. (obecnie art. 296 § 1a k.k.), ale również z innych norm o charakterze karnym – lecz nie tylko - wynika zasada, iż wszelkie czynności podejmowane przez organy spółki, ale również podmioty je reprezentujące – a więc pełnomocników, prokurentów itd. – winny być zawsze i bezwzględnie podejmowane w szeroko rozumianym interesie tejże spółki¹. Przyjęcie tej zasady w praktyce oznacza, iż przykładowo członek zarządu spółki zależnej nie może na polecenie lub sugestię spółki matki podjąć określonej czynności, jeżeli w konsekwencji skutkowałoby to szkodą lub bezpośrednim zagrożeniem szkody dla spółki zależnej, nawet wówczas, gdyby przyniosłaby korzyści spółce matce, lub całej grupie spółek. Takie działanie - dodatkowo mające charakter umyślny - objęte jest zakresem obowiązywania normy zawartej w art. 296 § 1a k.k. i w związku z tym należy je uznać jako nielegalne. Nowelizacja omawianego przepisu w tym zakresie niestety nic nie zmieniła. Ponadto, należy również podkreślić, że osoby działające w imieniu podmiotu dominującego nakłaniając organy spółki zależnej do podejmowania działań, które mogą się okazać szkodliwe lub narazić na niebezpieczeństwo interes spółki zależnej, będą odpowiadać za podżeganie lub pomocnictwo w popełnieniu przestępstwa z art. 296 § 1a k.k. Okoliczności tej nie zmienia fakt, iż w wyniku przedmiotowej nowelizacji uchylono art. 585 § 2 k.s.h. w dotychczasowym brzmieniu, zgodnie z którym karze podlegały również osoby o które nakłaniały do działania na szkodę spółki lub udzielały pomocy do popełnienia tego przestępstwa, ponieważ zapis ten stanowił *superfluum*. Obecnie więc w takich przypadkach zastosowanie znajdą przepisy ogólne k.k., a zatem podżeganie i pomocnictwo w narażeniu spółki na bezpośrednie niebezpieczeństwo wyrządzenia jej znacznej szkody również będzie penalizowane. W ocenie PKPP Lewiatan, taki stan prawny nie nadąża za kierunkiem rozwoju polskiego obrotu gospodarczego i blokuje możliwość rozwoju polskich spółek.

Tymczasem w niektórych państwach europejskich omawiany problem został dostrzeżony przez ustawodawców i doczekał się - choćby częściowego - uregulowania, co powoduje, iż polskie ramy prawne obejmujące obrót gospodarczy i zapewniające jego bezpieczeństwo są mniej korzystne i dyskryminują polskich przedsiębiorców w porównaniu do przedsiębiorców zagranicznych.

Za dobry przykład mogą posłużyć Niemcy, którzy uregulowali przedmiotową kwestię w odniesieniu do spółki akcyjnej w następujący sposób. W zależności od tego, z jakim rodzajem holdingu mamy do czynienia – niemiecki Aktiengesetz przewiduje holding formalny (umowny) i holding faktyczny, możliwość wpływu przez spółkę dominującą na spółkę zależną jest większa lub mniejsza. W pierwszym przypadku – holdingu formalnego – przez którego rozumie się tzw. umowę holdingową, spółka dominująca może udzielać zarządowi spółki zależnej wskazówki, w tym również mające charakter niekorzystny dla tej spółki zależnej. Podkreślenia wymaga fakt, iż wskazówki te mogą mieć charakter wiążący, co oznacza, iż spółka zależna obowiązana będzie wykonać wskazówkę udzieloną przez podmiot dominujący, pod warunkiem, iż służą one

¹ Radosław L. Kwaśnicki, Dag Nilsson, *Legalne działanie na szkodę spółki zależnej*, PPH grudzień 2007, str.26

podmiotowi dominującemu lub ogólnie mówiąc holdingowi. Odmowa wykonania wskazówki jest natomiast możliwa, jeżeli w sposób oczywisty nie służy ona interesom spółki dominującej lub holdingowi. Ponadto Aktiengesetz przewiduje także procedurę dotyczącą określonych wskazówek, których wykonanie uzależnione jest od wyrażenia zgody przez radę nadzorczą spółki zależnej. W tym wypadku, przy braku zgody rady nadzorczej, spółka dominująca może narzucić spółce córce wykonanie wskazówki, poprzez ponowne udzielenie wskazówki, chyba że spółka ta ma radę nadzorczą, wówczas wymagana jest zgoda rady nadzorczej spółki dominującej. W praktyce oznacza to, iż zgoda rady nadzorczej spółki zależnej zastępowana jest w zasadzie przez wydanie zgody przez radę nadzorczą spółki dominującej.

W odniesieniu do holdingu faktycznego, a więc sytuacji, w której brak jest umowy holdingowej, spółka dominująca nie może skutecznie wpływać na organy spółki zależnej w celu skłonienia ich do działania na szkodę spółki zależnej, chyba, że szkoda ta zostanie wyrównana. Tak więc i w tym wypadku możliwe jest legalne podejmowanie czynności przez zarząd spółki zależnej na szkodę tejże spółki, jeżeli jest to uzasadnione interesem lub korzyścią dla grupy spółek, do której spółka ta należy.

Na marginesie warto dodać, iż niemiecki ustawodawca nie ustanowił podobnych uregulowań w stosunku do niemieckiej spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, lecz w tym zakresie niektóre mechanizmy mogą być stosowane przez analogię, na co wskazuje niemiecka doktryna i orzecznictwo. Oczywiście prawo działania na szkodę spółki rekompensowane jest przez szereg instrumentów mających na celu ochronę spółki zależnej i jej wierzycieli. Chodzi tu w szczególności o daleko idące wymogi dotyczące samego zawarcia umowy holdingowej (zgoda walnego zgromadzenia spółki zależnej wyrażona ilością $\frac{3}{4}$ głosów), obowiązek wyrównania szkody, świadczenia wyrównawcze zastępujące dywidendy, obowiązek dochowania należytej staranności i uczciwości kupieckiej przez zarząd spółki dominującej itp.

Podsumowując, niemieckie prawo przewiduje *expressis verbis* – przynajmniej w odniesieniu do spółki akcyjnej – możliwość legalnego działania na szkodę spółki zależnej przez organy tejże spółki. Tymczasem polski ustawodawca nie tylko nie umożliwia takich działań (czynności), lecz idąc znacznie dalej, obejmuje je zakresem prawa karnego (sic!) uchwalając art. 296 § 1a k.k. Należy się zgodzić z tym, iż obowiązujące przepisy „*bywają szczególnie uciążliwe dla członków zarządów oraz rad nadzorczych spółek zależnych, którzy bardzo często stają przed dylematem wyboru między interesem zarządzanej (nadzorowanej) przez siebie spółki zależnej a interesem podmiotu dominującego*”². Należy jednak podkreślić, iż dylemat ten w rzeczywistości jest jednak całkowicie pozorny, gdyż nie chcąc się narazić na odpowiedzialność karną w postaci pozbawienia wolności, osoby te nie podejmą działań, które mogą narazić reprezentowaną przez nich spółkę na straty (szkodę). W tym kontekście pojawia się jeszcze kolejne ciekawe zagadnienie, na które również wskazano w piśmiennictwie³. Otóż w praktyce może się pojawić sytuacja odwrotna, mianowicie kwestia działania na szkodę spółki może dotyczyć podmiotu dominującego, nie zaś spółki zależnej. Innymi słowy, mając na uwadze interes holdingu lub spółki zależnej, spółka dominująca może uznać, iż warto podjąć działanie lub czynności, które, patrząc jedynie z punktu widzenia tejże spółki dominującej mogą ją narazić na niebezpieczeństwo powstania znacznej szkody materialnej. W obecnym stanie prawnym podjęcie takiej czynności również uznać należy jako niezgodne z art. 296 § 1a k.k., a zatem jako nielegalne i podlegające penalizacji. Kodeks spółek handlowych nie przewiduje zatem żadnych wyjątków, w których to podmioty określone art. 296 § 1a k.k. mogłyby się uchylić od odpowiedzialności przewidzianej w tym przepisie. W doktrynie wskazuje się, iż pewne możliwości uchylenia się od takiej odpowiedzialności stwarza powołanie się przez spółkę dominującą na kontratyp w postaci zgody pokrzywdzonego na narażenie na

² Radosław L. Kwaśnicki, Dag Nilsson, *Legalne działanie na szkodę spółki zależnej*, PPH grudzień 2007, str.32

³ Radosław L. Kwaśnicki, Radosław Skiba, *Działanie na szkodę spółki sensu largo zależnej w świetle art. 585 k.s.h.*, PPH styczeń 2010, str. 19

szkodę – a więc spółki zależnej i na odwrót lub też na brak lub znikomą szkodliwość społeczną czynu. Poglądy te budzą jednak kontrowersje.

Z powyższego wynika, iż art. 296 § 1a k.k. nie nadąża za wymaganiami i za wyzwaniem jakie stawia przed nami polska i światowa gospodarka. Ponadto niejasność tego przepisu w odniesieniu do jego prawidłowej wykładni utrudnia również prawnikom in house rzetelne i prawidłowe doradzanie organom spółek. Wobec niejasności tej normy, żaden szanujący się prawnik nie zaleci dokonania przez zarządy spółek czynności, które mogą być objęte zakresem szeroko interpretowanego art. 296 § 1a k.k. Uniemożliwia to podejmowanie swobodnych, aczkolwiek czasem ryzykownych decyzji przez polskich przedsiębiorców, hamując tym samym potencjał i rozwój, który byłby możliwy, gdyby nie tak szeroko zakrojona ingerencja państwa w działania prywatnych podmiotów.

Odchodząc wreszcie trochę od argumentów natury prawnej, pragniemy również wskazać na niebezpieczeństwo wynikające z art. 296 § 1a k.k., którego przedsiębiorcy – być może – obawiają się najbardziej. Chodzi o nieuzasadnione i pochopne wykorzystywanie analizowanej normy przez organy państwowe, jak również konkurencje podmioty prywatne. W szczególności chodzi o możliwość nadszarpnięcia lub utraty dobrego wizerunku firmy, w przypadku upublicznienia informacji, iż wobec osób wchodzących w skład organów takiej firmy wszczęte zostało postępowanie przygotowawcze. Pragniemy podkreślić, że fakt, iż ostatecznie nie dojdzie do skazania oskarżonego o przestępstwo określone w art. 296 § 1a k.k., nie naprawi szkody, która może zostać wyrządzona spółce w wyniku medialnego rozpowszechnienia informacji, o tym, że na danych osobach wchodzących w struktury spółki ciążyą zarzuty prokuratorskie. Skutek w postaci utraty wizerunku może być nieodwracalny, lub niezwykle kosztowny dla spółki.

Należy również zwrócić uwagę, do jakich skutków prowadzą obecnie obowiązujące przepisy. Z jednej strony mamy przestępstwo wyrządzenia znacznej szkody majątkowej, za które grozi kara pozbawienia wolności do lat 5 (art. 296 §1). Jednakże, zgodnie z § 5 art. 296 k.k. nie podlega karze, kto przed wszczęciem postępowania karnego dobrowolnie naprawił w całości wyrządzoną szkodę. Oznacza to, że osoba która pomimo, iż wyrządziła spółce znaczną, bowiem np. wielomilionową szkodę majątkową, nie będzie podlegać żadnej karze, jeżeli tylko przed wszczęciem postępowania, szkodę tą całkowicie naprawi.

Co innego natomiast w przypadku osoby, która spółce żadnej szkody nie wyrządzi, zaś tylko narazi spółkę na takie niebezpieczeństwo. Wobec takiej osoby, która nie mając przecież możliwości naprawienia szkody – z uwagi na fakt, iż nigdy jej nie wyrządziła – nie będzie można zastosować ww. § 5 i zrezygnować z nałożenia kary.

Równie istotnym jest fakt, iż do przestępstwa określonego w art. 296 § 1a nie będzie możliwe zastosowanie art. 307 k.k., który odnosi się do czynnego żalu sprawcy. Zgodnie z art. 307 k.k., wobec sprawcy, który dobrowolnie naprawił szkodę w całości, sąd może zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary, a nawet odstąpić od jej wymierzenia. Natomiast wobec sprawcy, który dobrowolnie naprawił szkodę w znacznej części, sąd może zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary. Zastosowanie tych środków będzie niemożliwe w stosunku do sprawcy przestępstwa określonego w art. 296 § 1a, ponieważ sprawca ten nigdy nie wyrządził szkody.

Innymi słowy, wyrządzenie szkody a następne jej naprawienie, - słusznie - nie było i nie będzie w przyszłości penalizowane przez polskiego ustawodawcę (art. 296 § 5 oraz art. 307 k.k.). Paradoksalnie zaś, niewyrządzenie żadnej szkody może skutkować karą 3 lat pozbawienia wolności!

Jako częściowe rozwiązanie wskazanego problemu, odczytujemy intencje Ministerstwa Sprawiedliwości wyrażoną w ww. odpowiedzi Ministerstwa⁴ na opracowaną przez PKPP Lewiatan Białą Księgę, zawierającą 35 rekomendacji wraz z gotowymi propozycjami zmian legislacyjnych, w której Komisja Kodyfikacyjna Prawa Karnego idąc za naszym postulatem, proponuje kompleksowe rozwiązanie kwestii czynnego żalu przy przestępstwach narażenia na niebezpieczeństwo w ogóle, poprzez wprowadzenie do k.k. art. 17a, zgodnie z którym „*Nie podlega karze za przestępstwo narażenia dobra prawnego na bezpośrednie niebezpieczeństwo sprawca, który dobrowolnie uchylił grożące niebezpieczeństwo*”. Jest to krok w dobrym kierunku, jednakże, mając na uwadze przedstawione wyżej argumenty, w stopniu niewystarczającym.

Pragniemy podkreślić, że zarówno konstrukcję określoną w art. 296 § 5, jak również instytucję czynnego żalu, o której mowa w art. 307 k.k. należy uznać za uzasadnione. Służą one łagodzeniu odpowiedzialności karnej w przypadku, gdy sprawca dobrowolnie naprawił szkodę, co oznacza, iż w sensie ekonomicznym dana spółka nie poniosła strat. Jak więc w tym kontekście można ocenić *ratio legis* art. 296 § 1a, które to normy nakładają surową odpowiedzialność karną na osoby, które szkody nigdy nie wyrządziły?

Mając powyższe na uwadze PKPP Lewiatan postuluje:

1) W art. 296 k.k. postulujemy uchylenie §1a.

2) Postulujemy zmianę art. 296 § 4a, tak ażeby wszystkie przestępstwa określone w art. 296 k.k. ścigane były wyłącznie na wniosek pokrzywdzonej spółki lub jej pokrzywdzonych współników, bez względu na to, czy pokrzywdzonym jest Skarb Państwa, czy też nie.

III. Problematyka tzw. deliktów i sankcji administracyjnych mających charakter quasi-karny:

III.A. Delikty i sankcje administracyjne:

Odnosząc się do nadmiernej represyjności organów wymiaru sprawiedliwości i związanych z tym wad przepisów prawa nie sposób nie poruszyć kwestii tzw. deliktów administracyjnych. Pomimo braku definicji legalnej, poprzez delikt administracyjny rozumie się działanie danego podmiotu naruszające obowiązujące przepisy prawa, zagrożone sankcją administracyjną⁵. Często - jak się wydaje - sankcją administracyjną przewidzianą przepisami prawa jest natomiast kara pieniężna, którą odpowiedni organ może nałożyć na podmiot naruszający przepisy. **W zależności od ustawy i organu uprawnionego lub obowiązane do nakładania ww. kar, kary te sięgają nawet do 10% przychodu z roku poprzedniego lub do 50 000 000 Euro (sic!) – w przypadku kar nakładanych przez Prezesa UOKiK, czy też do 3% przychodu – w przypadku kar nakładanych przez Prezesa UKE. Kwoty te w sposób znaczący przekraczają przewidzianą w k.k. karę grzywny nakładaną przez sądy powszechne!**

Jak zaznaczono na wstępie, najpoważniejsze wątpliwości budzi fakt, że wielomilionowe kary nakładane są przez organy publiczne nie zaś sądy, z pominięciem wielu zasad wynikających chociażby z kodeksu postępowania karnego (k.p.k.). Tymczasem, procedura odwoławcza przed sądami powszechnymi lub administracyjnymi nie zapewnia natomiast wystarczającego stopnia ochrony dla przedsiębiorców. Wobec powyższego, w ocenie PKPP Lewiatan koniecznym jest opracowanie jasnych reguł postępowania w zakresie wymierzania kar za delikty administracyjne. O odpowiedzialności karnej osoby decyduje bowiem niezawisły i niezależny sąd, zaś

⁴ Pismo z dnia 3 lutego 2012 r., sygn.: DL-P-III-430-138/11

⁵ Sankcje w prawie administracyjnym i procedura ich wymierzania, Autorzy Mirosław Wincenciak. Str. 93

kodeks postępowania karnego zapewnia oskarżonemu szeroki system gwarancji procesowych z zasadą domniemania niewinności na czele. Tymczasem nadanie organom administracji publicznej zbyt szerokich kompetencji w zakresie nakładania tzw. sankcji administracyjno-karnych, może budzić wątpliwości, jeżeli jednocześnie nie zostanie zagwarantowany odpowiedni tryb odwoławczy do sądu.

Porównanie przestępstw z deliktami administracyjnymi pokazuje jeszcze jedną różnicę – te drugie co do zasady nie przedawniają się NIGDY, a to oznacza, że organy publiczne mogą podejmować działania mające na celu nałożenie sankcji administracyjnej nawet po 10 czy 20 latach. Prowadzi to do paradoksu, gdyż przykładowo nawet przestępstwo zabójstwa ze szczególnym okrucieństwem się przedawnia, natomiast zdecydowanie łżejsze gatunkowo czyny zabronione przepisami prawa nie ulegają przedawnieniu, gdyż kwalifikowane są przez ustawę jako tzw. delikt administracyjny. Problem ten wbrew pozorom nie dotyczy wyłącznie przedsiębiorstw, lecz również systemu wymiaru sprawiedliwości jako całości, gdyż organy państwa obowiązane są ścigać podmioty dopuszczające się deliktów administracyjnych..

Co istotne podstawą wymierzenia sankcji za delikt administracyjny co do zasady jest samo wyczerpanie znamion ustawowych tego deliktu. Nie ustala się natomiast (stopnia winy) działającego⁶. Przyjmuje się również, iż kary administracyjne są oderwane od umyślności bądź nieumyślności. Pokazuje to przykładowo dotychczasowa praktyka orzecznicza Prezesa UKE, jak i – w dużej mierze – sądów powszechnych (poczynając od Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów), wykazała, że obecny brak w przepisach PT jakiegokolwiek wzmianki o konieczności powiązania nakładania kar pieniężnych z ustaleniem winy, choćby nieumyślnej, operatora, na którego kara ma być nałożona, powoduje traktowanie odpowiedzialności za działania i zaniechania określone w art. 209 PT, jako całkowicie obiektywnej, – mimo że w odpowiednich przepisach innych ustaw z zakresu regulacji szczególnie istotnych sfer gospodarki (art. 106 ust. 1 *in principio* ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów – Dz.U. Nr 50, poz. 331 z późn. zm. oraz, zbliżony redakcyjnie do art. 125 ust. 2 poprzedniego (z roku 2000) Prawa telekomunikacyjnego, art. 56 ust. 6 ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 r. - Prawo energetyczne – Dz.U. z 2006 r. Nr 89, poz. 625 z późn.zm.) ustala się odpowiedzialność na zasadzie winy.

Przyjmuje się, że zmiana czynów inkryminowanych w delikty administracyjne prowadzi do tego, że postępowanie w tym zakresie będzie szybsze i sprawniejsze. Przyjmując, że założenie to jest rzeczywiście prawdziwe, warto jednak zadać pytanie, skąd wynika taka konstatacja. W naszej ocenie może ona wynikać z tego, że w odniesieniu do deliktów i sankcji administracyjnych w wielu przypadkach brak jest właśnie jednoznacznych reguł procesowych i norm gwarancyjnych w zakresie postępowania w przedmiocie wymierzania kar za delikty administracyjne. Nie ma też wyraźnych dyrektyw – chociażby na wzór art. 53 i następnych k.k., co do tego jak wymierzać karę, jakie okoliczności mogą przemawiać za jej złagodzeniem, odstąpieniem i od jej wymierzenia itp. Regulacje te rzecz jasna istnieją na gruncie prawa karnego. Innymi słowy wszelkie zasady i reguły wynikające z k.k., z k.p.k., a stanowiące osiągnięcie cywilizacyjne mające na celu ochronę podmiotu podejrzanego o popełnienie danego czynu, zostają w dużej mierze pominięte w procedurze administracyjnej lub opartej na podstawie przepisów k.p.c. (art. 479²⁸ – 479⁷⁸ k.p.c.). Pominięcie to wynika natomiast z faktu przekwalifikowania przestępstwa w tzw. delikt administracyjny. W tym kontekście warto także podkreślić, że niektóre kary przewidziane za naruszenia, wynikające np. z ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, daleko wykraczają poza najwyższe kwoty grzywien, które sąd powszechny (nie zaś organ administracji) może nałożyć na podstawie przepisów k.k. Stan taki w naszej ocenie budzi poważne wątpliwości.

⁶ Sankcje w prawie administracyjnym i procedura ich wymierzania, Autorzy Mirosław Wincenciak. Str. 100

Należy również zwrócić uwagę, że kara administracyjna za delikt administracyjny nakładana jest w ramach postępowania administracyjnego - czyli przez organ administracyjny, który właściwie pełni dwie role - oskarżyciela i sędziego. Budzi to z kolei pytanie o prawo do obrony podmiotu postawionego przed możliwością nałożenia kary, niekiedy bardzo uciążliwej. Wątpliwie jest także to, czy postępowanie odwoławcze w tym zakresie, zwłaszcza, gdy polega ono na złożeniu do tego samego organu wniosku o ponowne rozpoznanie sprawy, spełnia rzeczywistą rolę postępowania dwuinstancyjnego. Możliwość zaskarżenia decyzji na drodze sądowno-administracyjnej też nie może być traktowana, jako argument przesądzający o istnieniu należytych gwarancji procesowych dla przedsiębiorcy, gdyż sąd administracyjny rozpoznaje sprawę tylko co do kwestii prawnych. Ponadto w przeciwieństwie do zasad wynikających z k.p.k. nie istnieje możliwość złożenia apelacji, gdyż ustawa o postępowaniu przed sądami administracyjnymi przewiduje jedynie możliwość wniesienia kasacji do Naczelnego Sądu Administracyjnego. Wydaje się, że nie wymaga szerszego uzasadniania, że środki te różnią się w stopniu istotnym i służą całkowicie innym celom.

Nie przekonuje wreszcie argument, że w razie ukarania karą administracyjną, nie będzie skazania i innych płynących za tym skutków. Niejednokrotnie nałożenie bardzo wysokiej kary na podmiot prowadzący działalność gospodarczą zachwieje jego pozycją gospodarczo-rynkową, a nadto wpływać będzie na jego reputację i wizerunek. Ponadto należy również podkreślić to, że wysokie kary pieniężne (sankcje administracyjne) stanowią działanie na niekorzyść kontrahentów i wierzycieli przedsiębiorcy, na którego kary takie są nakładane.

W tym kontekście pragniemy zwrócić uwagę na daleko idącą niekonsekwencję wynikająca z obecnego ukształtowania przepisów. Z jednej strony zgodnie z art. 296 §1a k.k. ustawodawca przewiduje karalność menadżerów spółek karą pozbawienia wolności nawet do lat 3, za samo bezpośrednie niebezpieczeństwo wyrządzenia spółce znacznej szkody, która to szkoda w ogóle nie występuje. „Znaczną szkodą” zgodnie z przepisami k.k. jest zaś szkoda oscylująca na kwotę ponad 200 000 zł. Konieczność obowiązywania ww. przepisu uzasadniana jest ochroną bezpieczeństwa obrotu, czyli w dużej mierze również ochroną interesów wierzycieli. Z drugiej jednak strony ustawodawca umożliwia organom państwowym nakładanie kar administracyjnych (administracyjno-karnych) w wysokości daleko przekraczających rzeczony 200 000 zł – tytułem przykładu warto wskazać na kary pieniężne nakładane przez Prezesa UOKiK (do 10% przychodu z roku poprzedniego lub do 50 000 000 Euro (sic!)), czy Prezesa UKE (do 3% przychodu). Należy pamiętać, że kary takie skutkują ogromnym osłabieniem sytuacji ekonomicznej przedsiębiorstwa mogącej prowadzić nawet do konieczności ogłoszenia jego upadłości. Tym samym „bezkarne” działania organów państwowych, którym ustawodawca daje narzędzie w postaci możliwości nakładania ogromnych i często niewspółmiernych do przewinienia kar pieniężnych rodzą dla wierzycieli dużo większe niebezpieczeństwo, (włącznie z tym, że taki przedsiębiorca stanie się niewypłacalny i nie będzie się w stanie wywiązać ze swoich zobowiązań cywilnoprawnych lub pracowniczych), niż niekorzystne niekiedy decyzje menadżerów.

Omawiane wątpliwości i problemy występują w szczególności w przypadku procedur odwoławczych od decyzji wydanych przez Prezesa UOKiK, czy Prezesa UKE, przewidzianych w k.p.c. (punkty III.B. i III.C.).

III.B. Procedura odwoławcza od decyzji Prezesa UOKiK i Prezesa UKE na podstawie przepisów k.p.c.:

PKPP Lewiatan pragnie również zwrócić uwagę na problematykę związaną z procedurą rozpatrywania odwołań od decyzji (nakładających kary pieniężne) Prezesa UOKiK, czy Prezesa UKE, rozpatrywanych przez Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów zgodnie z procedurą przewidzianą w k.p.c.

Obecna procedura odwoławcza w naszej ocenie nie zapewnia przedsiębiorcom odpowiednich gwarancji procesowych. W praktyce to przedsiębiorca, (jako powód) musi udowodniać, że decyzja organu, (jako pozwanego) jest wadliwa, nie zaś organ obowiązany jest udowodniać prawidłowość swojej decyzji. W toku postępowania przed SOKiK nie są oceniane naruszenia przepisów postępowania przez organ, co umożliwia organom prowadzenie postępowań administracyjnych bez należytego poszanowania interesów przedsiębiorców jako stron tych postępowań. Pomimo, iż w postępowaniu przed SOKiK organ i przedsiębiorca występują odpowiednio, w roli pozwanego i powoda, nierówność występuje również na etapie sporządzania odwołania. Przedsiębiorca ma bowiem tylko 2 tygodnie na zapoznanie się z decyzją i złożenie odwołania, zaś organ później w praktyce ma kilka miesięcy żeby przygotować się do odpowiedzi na to odwołanie. W konsekwencji pozycja przedsiębiorcy w postępowaniu odwoławczym jest znacznie gorsza niż w przypadku odwołań od decyzji innych organów niż Prezes UOKiK i Prezes UKE, pomimo iż sankcje nakładane w tych innych postępowaniach są znacznie mniej dotkliwe dla przedsiębiorców, niż kary pieniężne nakładane przez Prezesa UOKiK (do 10% przychodu z roku poprzedniego lub do 50 000 000 Euro) i Prezesa UKE (do 3% przychodu).

Mając powyższe na uwadze, w ocenie PKPP Lewiatan konieczne jest dokonanie zmian procedury odwoławczej od decyzji Prezesa UOKiK i Prezesa UKE w celu zapewnienia odpowiednich gwarancji procesowych dla przedsiębiorców i zapewnienia stosowania chociażby zasady „domniemania niewinności”.

Wobec powyższego warto także podkreślić, że obecnie w przypadku ww. postępowań prowadzonych przed SOKiK, sąd ten ma możliwość wstrzymania na wniosek strony odwołującej się decyzji wydanej przez organ (art. 479³⁰, 479⁵², 479⁶³ i 479⁷⁴ k.p.c.). Stanowi to ważną gwarancję procesową, zgodnie z którą przedsiębiorca obowiązany będzie zapłacić karę pieniężną dopiero w przypadku wydania prawomocnego wyroku sądu. Tymczasem w rządowym projekcie przedstawionym przez Ministerstwo Administracji i Cyfryzacji znajduje się nieuzasadniona w naszej ocenie zmiana art. 479⁶³ k.p.c.

Zgodnie z tym projektem:

Art. 2. W ustawie z dnia 17 listopada 1964 r. - Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. Nr 43, poz. 296, z późn. zm.7)) art. 479⁶³ k.p.c. otrzymuje brzmienie:

„Art. 479⁶³. W razie wniesienia odwołania od decyzji Prezesa Urzędu, sąd ochrony konkurencji i konsumentów może, na wniosek strony, która wniosła odwołanie, wstrzymać do czasu rozstrzygnięcia sprawy wykonanie decyzji z wyjątkiem decyzji, których natychmiastowa wykonalność wynika z przepisów ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. – Prawo telekomunikacyjne. Postanowienie może być wydane na posiedzeniu niejawnym.”.

Powyższa propozycja, poza tym, że w naszej ocenie jest niezgodna z przepisami prawa Unii Europejskiej, w efekcie prowadziłaby do tego, że w sprawach z zakresu telekomunikacji nie byłoby możliwe wstrzymanie wykonania decyzji przez sąd. Przykład ten pokazuje, z jaką ostrożnością należy podchodzić do przekształcania przestępstw w tzw. delikty administracyjne.

W praktyce bowiem wskazana propozycja pozbawia instytucję odwołania - swojej podstawowej funkcji, jaką jest stworzenie równowagi pomiędzy środkami administracji państwowej a możliwością adresata decyzji administracyjnych bronić się przed wadliwymi decyzjami. Nie obowiązuje w takim wypadku również wspomniana już zasada „domniemania niewinności”. W ocenie PKPP Lewiatan istnieje konieczność wykreślenia tej propozycji. Zresztą w tym kontekście należy też dodać, że ustawa -

prawo telekomunikacyjne przewiduje zbyt duży katalog przypadków, w których możliwe jest nałożenie kary pieniężnej na przedsiębiorcę. Należałoby dokonać weryfikacji tych przypadków i pozostawić kary wyłącznie w odniesieniu do najistotniejszych obowiązków przedsiębiorców.

III.C. Represyjność wynikająca z ustawy z dnia 16 lutego 2007r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2007r., nr 50, poz. 331) – dalej uokik.:

Dla przedsiębiorców niezmiernie uciążliwa i często niesprawiedliwa jest nadmierna restrykcyjność przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, jak również praktyka organu ich stosowania.

a) Prezes UOKIK często nie uwzględnia na korzyść przedsiębiorcy przypadków, w których przedsiębiorca zaniechał praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów.

Przede wszystkim wskazać należy fakt, że zdarza się, iż w opinii UOKIK możliwość wydania na podstawie art. 28 uokik decyzji zobowiązującej przedsiębiorcę do wykonania działań zmierzających do zapobieżeniu naruszeniom jest niemożliwa w przypadku, w którym przedsiębiorca zaniechał już uprzednio kwestionowanych praktyk.

Prowadzi to do irracjonalnej sytuacji, w której przedsiębiorcę, który już nie stosuje kwestionowanych przez Prezesa UOKIK praktyk (ponieważ np. uznał argumentację Prezesa UOKIK podnoszoną na etapie postępowania wyjaśniającego), Prezes UOKIK nie może potraktować łagodniej niż takiego przedsiębiorcę, który wciąż stosuje taką praktykę. W opinii PKPP Lewiatan treść art. 28 uokik powinna wprost przewidywać wydanie decyzji zobowiązującej również i w przypadku uprzedniego zaniechania przez przedsiębiorcę kwestionowanych praktyk. Nie powinno dochodzić do sytuacji, w których przedsiębiorcy którzy zaniechali kwestionowanych praktyk są traktowani w sposób nadmiernie surowy i to właśnie z powodu faktu zaniechania tych praktyk.

b) Prezes UOKIK nie bierze pod uwagę w ogóle faktycznego oddziaływania kwestionowanych przez siebie praktyk.

W ocenie PKPP Lewiatan należy rozważyć branie pod uwagę faktycznego oddziaływania praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów. Wbrew elementarnemu poczuciu sprawiedliwości jest, aby przedsiębiorca, którego praktyka nie miała faktycznego oddziaływania na rynek, lub miała minimalne faktyczne oddziaływanie, był pomimo tego z całą surowością ukarany tak samo jak ten, którego nieuczciwe praktyki ściągnęły dziesiątki tysięcy klientów. Zwrócić również należy uwagę na fakt, że w prawie karnym przypadki, w których wieloaspektowo oceniana społeczna szkodliwość czynu jest znikoma, nie stanowią przestępstwa, a prowadzone postępowania podlegają umorzeniu. Dlatego też należałoby rozważyć wprowadzenie regulacji umożliwiającej umorzenie postępowania, którego faktyczne oddziaływanie jest znikome. Ponadto, z całą pewnością, faktyczne oddziaływanie praktyki na konsumentów, powinno być brane pod uwagę przy ustalaniu wysokości nakładanej kary.

c) Stosowanie tego samego progu kar (do 10% przychodów rocznych) zarówno w przypadku naruszenia ustawy przez nadużycie pozycji dominującej lub zawiązanie antykonkurencyjnego porozumienia i naruszenia zbiorowych interesów konsumentów jest nadmiernie restrykcyjne. Do zaistnienia praktyki ograniczającej konkurencję bądź naruszającej zbiorowe interesy konsumentów wystarcza przesłanka, żeby praktyki te "mogły" wywołać skutek na rynku. Wydaje się, że takie rozwiązanie w szczególności w przypadku tylko możliwości naruszenia zbiorowych interesów konsumentów - podczas gdy skutek de facto nie dotknął konsumenta i nakładanie kary na przedsiębiorcę jest nadmierną restrykcją.

IV. Obligatoryjność kar w prawie telekomunikacyjnym:

Zgodnie z brzmieniem art. 209 ust. 1 ustawy Prawo telekomunikacyjne (dalej, jako PT) Regulator wydaje karę pieniężną obligatoryjnie w każdym z przypadków wymienionych w pkt 1 – 31 tego artykułu. Z uwagi na wysokość kar pieniężnych (a tym samym realne i potencjalne zagrożenie dla przedsiębiorcy telekomunikacyjnego) i doświadczenia wynikające z praktyki jej nakładania przez Regulatora (duża ilość kar została uchylona przez sądy powszechne) – postuluje się – przyjmując za wzór ustawę o ochronie konkurencji i konsumentów – wprowadzenie fakultatywności nakładania kar pieniężnych przez Prezesa UKE. Wprowadzenie takiej regulacji pozwoliłoby na prowadzenie przez Regulatora elastycznej polityki karania, uwzględniającej okoliczności przemawiające za odstępniem w konkretnym wypadku od wymierzenia kary, np. w razie zaniechania zachowania zagrożonego karą, naprawienia szkody wynikłej z takiego zachowania. Ewentualnie zastosowania wobec przedsiębiorcy mniej dolegliwego środka, który doprowadzi do wyegzekwowania obowiązku wynikającego z decyzji lub ustawy.

V. Uwagi końcowe:

Tytułem zakończenia, należy zaznaczyć, że zasygnalizowane w opinii wady przepisów karnych i administracyjnych stanowią tylko część szerszej problematyki. Jednakże z uwagi na ogólny charakter planowanego posiedzenia Komisji, w niniejszej opinii skoncentrowaliśmy się na najważniejszych – w naszej ocenie – aspektach w zakresie nadmiernie represyjnych przepisów prawa.

PKPP Lewiatan, 12 kwietnia 2012 r.

PKPP/213/54/BW/2012