



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 Cortenberg 168

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

member of  **BUSINESSEUROPE**

Warszawa, 6 kwietnia 2012 r.

PKPP/207/52/BW/2012

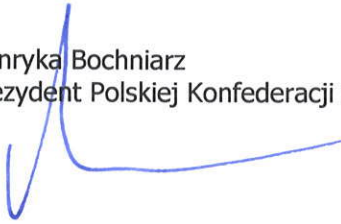
Pan  
**Jarosław GOWIN**  
Minister Sprawiedliwości



W nawiązaniu do pisma z dnia 16 marca 2012 r. (sygn.: DPK 408-2/12/15) dotyczącego konsultacji społecznych *projektu założeń projektu ustawy o ograniczaniu prawa karnego w obrocie gospodarczym*, w załączeniu przekazuję stanowisko PKPP Lewiatan w sprawie.



Henryka Bochniarz  
Prezydent Polskiej Konfederacji Pracodawców Prywatnych Lewiatan



## Stanowisko PKPP Lewiatan

### do projektu założeń projektu ustawy o ograniczeniu prawa karnego w obrocie gospodarczym (wersja projektu z dnia 1 marca 2012 r.) przygotowanego przez Ministerstwo Sprawiedliwości

#### 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. Mając to na uwadze, doceniamy również przedmiotową inicjatywę, która ma na celu likwidację typów czynów zabronionych zbędnych dla zapewnienia efektywnej ochrony obrotu gospodarczego lub wymagających odpowiednich zmian.

Jakkolwiek generalnie dążenie do ograniczenia stosowania instrumentów karnoprawnych w gospodarce jest słuszne, to jednak cele projektowanej ustawy zarysowane są bardzo ogólnie i brak jest uzasadnień dla zmian poszczególnych przepisów. Stanowi to poważne utrudnienie w ocenie przedmiotowego projektu, gdyż uzasadnienia takie są szczególnie ważne właśnie na etapie założeń, gdyż pozwoliłyby one lepiej zrozumieć sens proponowanych zmian. Jednocześnie nie mamy, jako strona oceniająca proponowaną nowelizację możliwości zapoznania się z intencjami autorów projektu, które przyświecały konkretnym zmianom. Dodatkowo utrudnienie stanowi również krótki termin wyznaczony do konsultacji blisko stu propozycji zmian. W praktyce uniemożliwia nam to rzetelną i kompleksową analizę proponowanych zmian, jak również zbadania wpływu tych zmian na obrót gospodarczy.

Pragniemy również podkreślić, że wśród wymienionych celów projektowanej ustawy niestety brakuje elementu, do którego przedsiębiorcy przywiązują szczególne znaczenie i który ma istotne znaczenie w prowadzeniu działalności gospodarczej; chodzi mianowicie o zapewnienie nieskrępowanej przepisami prawa karnego, a co za tym idzie, ingerencją państwa, swobodę w podejmowaniu przez menadżerów decyzji. Wydaje się, że właśnie z tego powodu projekt założeń nie obejmuje swoim zakresem koniecznej – w naszej ocenie – nowelizacji art. 296 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. Mamy świadomość, że problem ten był już przez nas niejednokrotnie sygnalizowany, zaś Ministerstwo Sprawiedliwości sceptycznie podchodzi do tegoż postulatu, co wynika chociażby z odpowiedzi Ministerstwa<sup>1</sup> na opracowaną przez PKPP Lewiatan Białą Księgę, zawierającą 35 rekomendacji wraz z gotowymi propozycjami zmian legislacyjnych, w której Ministerstwo Sprawiedliwości podkreśla, że: „*propozycja uchylecia art. 296 § 1a) k.k. nie wydaje się zasadna*”. Znając więc negatywne stanowisko Ministerstwa w tej kwestii, nie sposób jednak pominąć kwestię tegoż przepisu przy pracy nad przedmiotowym projektem założeń.

Mając powyższe na uwadze, w niniejszej opinii odnieśliśmy się w miarę możliwości bezpośrednio do zmian zaproponowanych w projekcie założeń, jednocześnie jednak zwracamy uwagę na cały szereg innych w dalszym ciągu obowiązujących przepisów, przewidujących sankcje karne, lub karno-administracyjne, ale także procedury nakładania tych kar, które w naszej ocenie wymagają zmian. Mamy nadzieję, że sygnalizowane przez nas problemy zostaną uwzględnione w dalszych pracach nad przedmiotowym projektem. Podkreślenia wymaga jednak, że odniesienie się do

<sup>1</sup> Pismo z dnia 3 lutego 2012 r., sygn.: DL-P-III-430-138/11

wszystkich zmian zawartych w projekcie założeń w tak krótkim czasie nie było możliwe.

## **II. Kwestia przekształcenia przestępstw (przepisów karnych) w tzw. delikty administracyjne:**

### **II.A. Delikty i sankcje administracyjne:**

W uzasadnieniu do projektu założeń wskazuje się, iż do części czynów zmiana polegająca będzie na przekształceniu przestępstw w tzw. delikt administracyjny. W szczególności chodzi o sytuacje, w których *„zachowania mające podlegać sankcji wykazują znaczną szkodliwość, zaś szkodliwość ta jest możliwa do obiektywnego i bezspornego stwierdzenia”*. Jednocześnie jednak projekt nie precyzuje podstaw karania za taki delikt, wysokości kary oraz co najistotniejsze, procedury (zasad) jej wymierzania. W tym kontekście nie sposób nie zwrócić uwagi na niezwykle skomplikowaną i uciążliwą dla przedsiębiorców problematykę związaną z postępowaniem (procedurą) nakładania na przedsiębiorców tzw. sankcji administracyjno-karnych.

Leżące u podstaw depenalizacji założenie przekształcenia szeregu czynów zabronionych pod groźbą kary w delikty administracyjne, choć *summa summarum* w poszczególnych przypadkach może być słusznym i uzasadnionym rozwiązaniem, jednakże koniecznie wymaga uprzednio pracy na innym szczeblu. Koniecznym jest opracowanie jasnych reguł postępowania w zakresie wymierzania kar za delikty administracyjne. Dlatego też w ocenie PKPP Lewiatan do pomysłu zastąpienia w niektórych przypadkach odpowiedzialności karnej odpowiedzialnością administracyjną i karami administracyjnymi należy podejść ostrożnie. O odpowiedzialności karnej osoby decyduje bowiem niezawisły i niezależny sąd, zaś kodeks postępowania karnego zapewnia oskarżonemu o popełnienie przestępstwa (w tym przestępstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu) 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.

Wskazane w projekcie założeń propozycje odnoszące się do modyfikacji przestępstw w tzw. delikty administracyjne znajdują się w punktach: 4), 35), 36), 37) i 62). Pomijając problematykę punktu 4) dot. art. 587 i 594 k.s.h., o czym będzie jeszcze mowa niżej, zaś mając na uwadze pozostałe propozycje zmian i charakterystykę ustaw, których dotyczą, można przypuszczać, że organem nakładającym projektowane sankcje o charakterze administracyjnym będzie Przewodniczący Komisji Nadzoru Finansowego. Z tego można natomiast wnioskować, że ewentualne odwołanie od decyzji (?) Przewodniczącego KNF nakładającej karę pieniężną na przedsiębiorcę kierowane będzie do sądów administracyjnych.

W uzasadnieniu wskazano, że zmiana czynów inkryminowanych w delikty administracyjne doprowadzi 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. 479<sup>28</sup> – 479<sup>28</sup> k.p.c.). Pominiecie 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 grzywnien które sąd powszechny (nie zaś organ administracji) może nałożyć na podstawie przepisów k.k. Stan taki w naszej ocenie budzi poważne wątpliwości.

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 sądowo-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 również 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 wynikającą 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.

Mając powyższe na względzie i nie oceniając negatywnie samego pomysłu przekształcania niektórych przestępstw w tzw. delikty administracyjne pragniemy jedynie podkreślić, że należy depenalizować i przekształcać przestępstwa w delikty administracyjne z wielką ostrożnością, a co najważniejsze za uprzednim stworzeniem właściwych reguł postępowania, tak, aby idea służąca ułatwieniu prowadzenia działalności gospodarczej, nie obróciła się przeciwko przedsiębiorcom.

## **II.B. Procedura odwołania od decyzji Prezesa UOKiK i Prezesa UKE na podstawie przepisów k.p.c.:**

W związku z tym, że w projekcie założeń poruszona została problematyka deliktów i sankcji administracyjnych, 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. Uważamy, że jeżeli jednym z celów przedmiotowego projektu założeń rzeczywiście jest „*zwiększenie bezpieczeństwa prawnego w prowadzeniu działalności gospodarczej*”, koniecznym jest pochylenie się nad przedmiotową kwestią. Problematyka ta dotyczy zarówno postępowania po odwołaniu złożonym przez przedsiębiorcę do SOKiK zgodnie z przepisami k.p.c., jak również samego postępowania przed wskazanymi organami.

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. 479<sup>30</sup>, 479<sup>52</sup>, 479<sup>63</sup> i 479<sup>74</sup> 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. 479<sup>63</sup> 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. 479<sup>63</sup> k.p.c. otrzymuje brzmienie:

*„Art. 479<sup>63</sup>. 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, jeżeli celem rządu rzeczywiście jest depenalizacja przepisów karnych chroniących obrót gospodarczy. 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. Uwagi szczegółowe do założeń zawartych w projekcie:**

#### **III.A. – Pkt. 2) - Art. 306 k.k. – propozycja nowelizacji przepisu:**

Zmiana dotyczy kwestii celowości (zamiaru) działania jakim jest usuwanie, podrabianie i przerabianie znaków identyfikacyjnych, daty produkcji etc. Zgodnie z projektem, po zmianach, tylko wprowadzanie takich produktów do obrotu będzie skutkowało możliwością karania, zaś sam czyn podrabiania, przerabiania etc już nie. Zmiana ta może budzić wątpliwości, gdyż daje dodatkową "furtkę" uchylecia się od kary.

Proponowana zmiana z jednej strony wprowadza czystość regulacji, ale jednocześnie zawęży możliwość ścigania. Jeśli wejdzie w życie to uniemożliwi ściganie spraw związanych z towarami, gdzie mamy np. do czynienia z niedozwoloną zmianą ceny na oryginalnych opakowaniach produktu. (w przypadku wyrobów tytoniowych, przepisy określają, że cena za którą produkt może być sprzedany, to ta która jest nadrukowana przez producenta na opakowaniu).

#### **III.B. - Pkt. 3) – Art. 586 k.s.h. – propozycja uchylecia przepisu:**

Całkowite uchYLECIE przedmiotowego przepisu w związku z obecnym brzmieniem art. 299 k.s.h. może budzić wątpliwości, mając na uwadze interesy wierzycieli. W wielu bowiem przypadkach jest tak, że np. zarząd spółki z ograniczoną odpowiedzialnością za późno zgłasza wniosek o ogłoszenie upadłości i wierzyciel nie może odzyskać należności. Chodzi w szczególności o takie sytuacje, w których sąd ogłasza upadłość spółki z o.o., natomiast wierzyciel tejże spółki nie uzyskał jeszcze tytułu wykonawczego przeciwko spółce. W związku z tym, że wierzyciel który nie ma tytułu

wykonawczego przeciwko spółce nie może skutecznie pozwać członka zarządu na podstawie 299 k.s.h. Dotychczas w takim wypadku istnieje możliwość złożenia zawiadomienia o przestępstwie na podstawie 586 k.s.h. Wówczas, gdy prokuratura kieruje do sądu akt oskarżenia, wierzyciel jako pokrzywdzony może brać udział w charakterze oskarżyciela posiłkowego i złożyć wniosek o naprawienie szkody (na podstawie art. 46 k.k.). W takim wypadku sąd karny w razie uznania członka zarządu za winnego ma również obowiązek orzec o naprawieniu szkody tzn. członek zarządu obowiązany jest zapłacić wierzycielowi równowartość należności której nie zapłaciła spółka z o.o. Innymi słowy, obecnie, jeżeli wierzyciel nie ma możliwości dochodzenia należności od członka zarządu na podstawie 299 k.s.h. (np. nigdy nie uzyskał tytułu przeciwko spółce a ogłoszono upadłość więc nie można już prowadzić procesu o zapłatę przed sądem tylko zgłosić wierzytelności w postępowaniu upadłościowym) to może szukać sprawiedliwości i naprawienia poniesionej szkody na podstawie 586 k.s.h. w związku z 46 k.k. poprzez wydanie wyroku karnego. W przypadku całkowitego uchylecia art. 586 k.s.h. taka możliwość zostanie wykluczona, co będzie niekorzystne dla wierzycieli.

### **III.C. - Pkt. 4) – Art. 587 k.s.h. – propozycja przekształcenia przepisu w delikt administracyjny:**

Wstępna uwaga odnosi się do sformułowania propozycji działania w zakresie art. 594 k.s.h. Wydaje się, że zachowania wskazane w tym przepisie nie są deliktami administracyjnymi. A przynajmniej posługiwanie się w tym zakresie tym pojęciem powinno być ostrożne i należycie uzasadnione. Faktem jest, że przepis ten budzi kontrowersje jeżeli chodzi o rodzaj odpowiedzialności - istnieją zarazem głosy wskazujące, iż jest to przepis stanowiący podstawę odpowiedzialności karnej, jak i głosy przeciwnie. Z pewnością jest to przepis o represyjnym charakterze, jednakże patrząc na obowiązki, których niewykonanie sankcjonuje, nie można go uznać za statuujący delikty administracyjne. Bardziej przekonujący jest jednak pogląd, zgodnie z którym wskazane w przepisie obowiązki nie są obowiązkami administracyjnymi, lecz bardziej procesowymi. Uzasadnieniem dla tego wniosku może być chociaż to, o grzywnie tej orzeka sąd rejestrowy. W tym kontekście grzywnę wskazaną w tym przepisie można uważać za swego rodzaju narzędzie przymuszające do wykonania obowiązku procesowego (trochę jak grzywna nakładana na świadka, który w sposób nieuzasadniony odmawia stawienia). Brak jest zatem podstaw dla określania tych przewinień deliktami administracyjnymi.

Odnośnie uchylecia postanowień art. 587 k.s.h. i przeniesienia regulacji do art. 594 k.s.h., warto także zauważyć, że nastąpi zmiana kręgu osób odpowiedzialnych. Art. 587 k.s.h. dotyczy bowiem odpowiedzialności wszystkich osób odpowiedzialnych za wykonywanie obowiązków z tytułu III i IV, zaś art. 594 k.s.h. dotyczy odpowiedzialności wyłącznie członków zarządu. Warto dodać, że w tytule III i IV są postanowienia dotyczące nie tylko działalności zarządu, ale również innych podmiotów. Będzie miało to doniosłe znaczenie ponieważ zarząd (i tylko zarząd, a nie np. prokurent lub pełnomocnik) będzie co do zasady ponosić odpowiedzialność za wykonywanie swoich obowiązków wynikających ze wskazanych tytułów. Powstaje w związku z tym wątpliwość czy taki był cel założeń? Ponadto skoro projekt odsyła tylko do obowiązków z tytułu III i IV, może również powstać wątpliwość, co do pozostałych obowiązków informacyjnych wykonywanych przez zarząd na podstawie ustaw odrębnych.

### **III.D. - Pkt. 5) -10) - Art. 588 - 593 k.s.h. – propozycja uchylecia przepisów:**

Wątpliwości może wzbudzać uchylecie art. 588-592 k.s.h., przy jednoczesnym pozostawieniu karalności za czyn z art. 595 tj. za wadliwe oznaczanie pism i

zamówień. Konsekwencje naruszeń wskazanych w uchylanych przepisach potencjalnie mogą nieść dużo większe skutki niż błędne oznaczenie pisma, jednakże karalność za ten czyn pozostaje, w przeciwieństwie do innych czynów np. z art. 590 i 591 ksh. Część czynów dotąd uregulowanych przepisach karnych z ksh będzie można zakwalifikować jako czyn zabroniony na podstawie kodeksu karnego np. art. 270 kk dotyczący fałszowania dokumentów, ale nie wszystkie czyny będzie można w ten sposób zakwalifikować np. wydanie akcji nieopłaconych

### **III.E. – Pkt. 17) – Art. 522 ustawy prawo upadłościowe i naprawcze:**

Skoro uchylony zostanie przepis dotąd regulujący odpowiedzialność za składanie nieprawdziwych informacji we wniosku o upadłość, powstaje pytanie czy i na jakiej podstawie odpowiedzialność ta będzie następowała w przyszłości. Nadto powstaje pytanie, czego dotyczy pouczenie zawarte w art. 25 ust. 2 a zd. 3 projektowanych zmian do ustawy.

### **III.F. – Pkt. 20) - Art 24. ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji:**

Proponowane zmiany dotyczą dwóch aspektów:

- pierwszy - dotyczy zwięzienia przepisu poprzez dodanie celowości danego działania niezgodnego z przepisami, czyli wprowadzania do obrotu. Proponowana zmiana z jednej strony wprowadza czystość regulacji, ale jednocześnie zawęża możliwość ścigania.

- drugi – jak najbardziej korzystny - dotyczy wykreślenia z obecnego przepisu zapisu "wyrządza poważną szkodę przedsiębiorcy". Wyliczenie szkody poniesionej w przypadku podrabiania produktów oraz zatwierdzenie takiego wyliczenia przez sąd a później uznania szkody jako poważnej było zawsze bardzo problemowym tematem. Brak takiego zapisu powinien ułatwić działania w przypadkach postępowań sądowych.

### **III.G. – Pkt. 22) – Art. 25 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji:**

Uchylenie tego przepisu może być niekorzystne dla przedsiębiorców których towary są podrabiane. Proponowane uchylenie przepisu należy ocenić negatywnie.

### **III.H. – Inne:**

W ocenie PKPP Lewiatan celowe jest w szczególności usunięcie z niektórych przepisów sankcji karnej w postaci możliwości orzeczenia kary pozbawienia wolności lub też przekształcenie szeregu wskazanych w projekcie zmian przestępstw w delikty administracyjne obarczone sankcją pieniężną, mając jednak na uwadze wyżej wskazane wątpliwości i zastrzeżenia. W tym jednak zakresie naszym zdaniem projekt nieuzasadnienie uchyla niektóre przepisy karne w całości, co jest działaniem idącym zbyt daleko. Skutkuje to bowiem, absolutnym brakiem jakiegokolwiek sankcji za działaniem wbrew przepisom poniższych ustaw. W tym zakresie w szczególności wskazujemy, iż tam gdzie przepis prawa przewiduje sankcje grzywny obok kary pozbawienia wolności, zasadne jest zmodyfikowanie zagrożenia ustawowego wyłącznie poprzez wyłączenie możliwości orzeczenia kary pozbawienia wolności.

Powyższe dotyczy następujących punktów wskazanych w tabeli przepisów karnych, objętych regulacjami projektowanej ustawy o ograniczeniu prawa karnego w obrocie gospodarczym:

47) art. 218 ustawy z dnia 28.08.1997 r. o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych – winna zostać uchylona jedynie sankcja kary pozbawienia wolności.



49) art. 220 ustawy z dnia 28.08.1997 r. o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych – winna zostać uchylona jedynie sankcja kary pozbawienia wolności.

52) art. 288 ustawy z dnia 27.05.2004 r. o funduszach inwestycyjnych – winna zostać uchylona jedynie sankcja kary pozbawienia wolności.

53) art. 289 ustawy z dnia 27.05.2004 r. o funduszach inwestycyjnych – winna zostać uchylona jedynie sankcja kary pozbawienia wolności.

63) art. 24 ustawy z dnia 14.08.2001 r. o ostateczności rozrachunku w systemach płatności i systemach rozrachunku papierów wartościowych oraz zasadach nadzoru nad tymi systemami – przepis przewiduje jedynie sankcję grzywny i w naszej ocenie winien zostać pozostawiony.

64) art. 25 ustawy z dnia 14.08.2001 r. o ostateczności rozrachunku w systemach płatności i systemach rozrachunku papierów wartościowych oraz zasadach nadzoru nad tymi systemami – przepis przewiduje jedynie sankcję grzywny i w naszej ocenie winien zostać pozostawiony.

83) art. 150 ustawy z dnia 19.08.2011 r. o usługach płatniczych – konieczność uchylecia jedynie kary pozbawienia wolności

84) art. 151 ustawy z dnia 19.08.2011 r. o usługach płatniczych – konieczność uchylecia jedynie kary pozbawienia wolności

85) art. 152 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 19.08.2011 r. o usługach płatniczych – konieczność uchylecia jedynie kary pozbawienia wolności

86) art. 153 ustawy z dnia 19.08.2011 r. o usługach płatniczych – konieczność uchylecia jedynie kary pozbawienia wolności

97) art. 37 ustawy z dnia 29.08.1997 r. o listach zastawnych i bankach hipotecznych – brak sankcji administracyjnych w ustawie.

Dodatkowo wskazujemy, że w zakresie zmian w przepisach wskazanych w pkt. 88) i 89) projektu:

- art. 72 ustawy z dnia 12.09.2002 r. o elektronicznych instrumentach płatniczych zostanie przeniesiony (wobec konieczności uchylecia wskazanej ustawy) do ustawy o usługach płatniczych co przewiduje projekt z dnia 23.01.2012 r. ustawy o zmianie ustawy o usługach płatniczych oraz niektórych innych ustaw;

- art. 72a ustawy z dnia 12.09.2002 r. o elektronicznych instrumentach płatniczych – przepis ten i tak zostanie uchylony zgodnie z wskazanym wcześniej projektem.

#### **IV. Postulaty PKPP Lewiatan:**

##### **IV.A. Art. 296 § 1a k.k.:**

Nawiązując do wstępnej części niniejszego stanowiska, a zarazem korzystając z okazji opiniowania przedmiotowego projektu założeń, którego zasadniczym celem jest „depenalizacja”, po raz kolejny chcielibyśmy przedstawić argumenty przemawiające za uchyleciem z k.k. art. 296 § 1a).

W poprzedniej kadencji, Sejm poparł zgłaszany przez PKPP Lewiatan postulat o konieczności uchylecia 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, sprowadza bezpośrednie niebezpieczeństwo wyrządzenia znacznej szkody majątkowej, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3. Powyższą zmianę należy ocenić negatywnie.

Jakkolwiek uchylenie 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 sprowadzeniu 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 konkurowania polskich przedsiębiorstw na rynku europejskim, poprzez blokowanie innowacyjnych - choć czasem ryzykownych - decyzji zarządców. Wydaje się również, iż karalne będzie także samo usiłowanie sprowadzenia 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 naraziły 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 spółki. 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 interesu 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 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”. 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 w pojawia się jeszcze kolejne ciekawe zagadnienie, na które również wskazano w piśmiennictwie. 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 uchylecia się od takiej odpowiedzialności stwarza powołanie się przez spółkę dominującą na kontratyp w postaci zgody pokrzywdzonego na narażenie na 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 Ministerstwa<sup>2</sup> 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 bezpośrednio 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?

<sup>2</sup> Pismo z dnia 3 lutego 2012 r., sygn.: DL-P-III-430-138/11

**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.**

**IV.B. – Depenalizacja w branży telekomunikacyjnej:**

**1. Kary:**

**A) Obligatoryjność nałożenia kary:**

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 odstąpieniem 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. Szersze omówienie zostanie zaprezentowane w dalszej części.

**B) Brak precyzyjnego określenia kontratypu czynu zabronionego i uznaniowość organu administracyjnego:**

W doktrynie podkreśla się szczególną wagę wymogu poprawnej legislacji w zakresie formułowania norm represyjnych z punktu widzenia praw jednostki. Analiza ustawy Prawo telekomunikacyjne wskazuje, że ustawodawca często posługuje się konstrukcją klauzul generalnych i zwrotów niedookreślonych przy formułowaniu znamion deliktu administracyjnego. Przykładem użycia takich zwrotów w PT jest sformułowanie „udziela informacji w sposób niepełny” (art. 209 ust. 1 pkt 3 p.t.) lub „nienależyście wypełnia obowiązki” (art. 209 ust. 1 pkt 10, 13a, 30, 31 PT.) Jak podnosi się w literaturze - wymóg precyzyjności sprowadza się przede wszystkim do tego, aby przepisy prawa były pozbawione wieloznaczności językowych i formułowane były za pomocą zwrotów ostrych. Redakcja przepisów i stopień ich precyzji językowej powinny umożliwiać adresatom tych przepisów (przedsiębiorcom telekomunikacyjnym) jednoznaczne ustalenie znaczenia normy – praw i obowiązków z niej wynikających. Precyzja i jasność regulacji ma szczególne znaczenie w formułowaniu przepisów określających sankcje.

Niestety również projektowane przepisy PT wskazują na ich niedoprecyzowanie. Nowy przypadek objęty (w projektowanej nowelizacji PT oznaczonej datą 12 luty 2012r.) możliwością nałożenia kary (art. 209 ust. 1 pkt 32) - utrudnianie lub uniemożliwianie wykonywanie czynności kontrolnych przez Prezesa UKE.

Znamiona omawianego czynu pozornie wskazują, iż zakresem przepisu powinny być objęte tylko celowe działania podmiotu kontrolowanego, zmierzające do utrudnienia bądź uniemożliwienia kontroli.

Umyślność działań jest integralnym elementem rozumienia powyższych pojęć na gruncie prawa. Przyjmuje się, iż kary administracyjne są oderwane od umyślności bądź nieumyślności.

W zakresie nakazów lub zakazów określonego zachowania, zagrożonych sankcjami, adresaci mają prawo oczekiwać, że te nakazy lub zakazy są kształtowane w sposób jasny i klarowny. Wszelkie luzy decyzyjne w postaci klauzul generalnych i zwrotów niedookreślonych (wieloznacznych) w przepisach określających znamiona deliktu administracyjnego powinny być stosowane wyjątkowo. Jest to o tyle istotne, że kary pieniężne nakładane przez Organ mają charakter uznaniowy.

Brak doprecyzowania treści przepisów, stanowi o naruszeniu fundamentalnych zasad: art. 2 i art. 7 Konstytucji RP — o charakterze karnym, co może prowadzić do nakładania kar pieniężnych nawet za działania polegające na korzystaniu z ustawowych uprawnień przedsiębiorcy w toku kontroli.

Tak szeroki katalog czynów objętych możliwością nałożenia kary administracyjnej powinien być obwarowany przy wymierzaniu kary koniecznością oceny zachowania podmiotu w kontekście wystąpienia i stopnia winy oraz szkodliwości czynu.

### **C) Dualizm kar:**

Należy mieć na względzie, że obok zagrożenia karami administracyjnymi na przedsiębiorcy telekomunikacyjnym ciąży także zagrożenie karami umownymi wynikającymi z Oferty ramowej i umów o dostępie telekomunikacyjnym w sytuacji niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. Określone w ofercie i umowach kary są równie dolegliwe jak wynikające z PT kary pieniężne. W efekcie może dojść do sytuacji, w której przedsiębiorca telekomunikacyjny może zostać ukarany podwójnie za jedno i to samo zachowanie. Przykładowo: przepis art. 209 pkt 6 PT przewiduje możliwość nałożenia kary pieniężnej za nie wypełnienie warunków dostępu telekomunikacyjnego oraz rozliczeń z tego tytułu, określonych w decyzji lub umowie. Jednocześnie konkretna umowa o dostępie przewiduje za to samo zachowanie karę umowną egzekwowaną przez drugą stronę umowy. Wobec powyższego postuluje się — biorąc pod uwagę priorytet stosunków cywilnoprawnych nad regulacją administracyjno-prawną oraz w sytuacji uiszczenia kary umownej na wezwanie strony uprawnionej — obligatoryjne odstępnie przez Regulatora od wymierzenia kary pieniężnej z tego samego tytułu (*ne bis in idem*), z uwagi na niecelowość nałożenia takiej kary ze względu na zasadę proporcjonalności oraz funkcje represyjne i prewencyjne kary administracyjnej.

### **D) Brak spójnej i przejrzystej regulacji dotyczącej dyrektyw wymiaru kary:**

Przepis art. 210 ust. 2 PT określa dyrektywy wymiaru kary, jakie Prezes UKE bierze pod uwagę wydając decyzję o karze. Stosownie do powołanego przepisu ustalając wysokość kary pieniężnej, Prezes UKE uwzględnia: (1) zakres naruszenia, (2) dotychczasową działalność podmiotu oraz (3) jego możliwości finansowe. Na uwagę zasługuje brak konieczności ustalenia stopnia szkodliwości czynu oraz winy sprawcy naruszenia. Wymienione przesłanki Organ miał obowiązek brać pod uwagę na podstawie przepisów PT z 2000 r.

	<b>Obowiązujące PT.</b>	<b>PT z 2000 r.</b>
1	Zakres naruszenia	-
2	-	Stopień szkodliwości czynu
3	-	Stopień zawinienia,
4	Dotychczasowa działalność podmiotu,	Dotychczasowa działalność podmiotu,
5	Możliwości finansowe podmiotu	Możliwości finansowe podmiotu

Zatem kara pieniężna nakładana jest niezależnie od wystąpienia, czy stopnia winy podmiotu, na który jest nakładana. Nałożona może być zarówno na osoby fizyczne, jak i prawne, podczas gdy kara w rozumieniu kodeksu karnego może być wymierzana, jedynie osobom fizycznym. Kara przewidziana w art. 209 PT jest, więc stosowana automatycznie, na podstawie ustawy, z tytułu winy obiektywnej. Sankcja ta ma przede wszystkim znaczenie prewencyjne i represyjne.

Prawo telekomunikacyjne z 2000 r. wśród dyrektyw wymiaru kary wymienia stopień szkodliwości czynu, który wpływa nie tylko na podjęcie decyzji o nałożeniu kary, ale również na jej wysokość. Profesor Stanisław Piątek zwraca uwagę na stopniowalność szkodliwości czynu. W jego ocenie szkodliwość należy ustalać z uwzględnieniem podstawowych celów ustawy, biorąc pod uwagę głównie elementy szkodliwości o charakterze przedmiotowym. Dotyczą one rodzaju naruszonych obowiązków, naruszonych dóbr oraz wartości społecznych i ekonomicznych, następstw czynu objętego karą finansową, wysokości spowodowanej szkody, sposobu działania podmiotu ukaranego. Obowiązujące PT zamiast stopnia szkodliwości czynu posługuje się pojęciem zakresu naruszenia. W ocenie Profesora S. Piątka zakres pojęciowy obu wymienionych dyrektyw wymiaru kary wydaje się być tożsamy.

W PT z 2000 r., jak wcześniej wspomniano, orzekając o wysokości kary Organ uwzględniał stopień zawinienia ukaranego podmiotu. Podkreśla się, że jest to istotne w szczególności, jeżeli naruszenie prawa można przypisać konkretnej osobie fizycznej, (jeżeli kara nakładana jest na kierującego przedsiębiorstwem telekomunikacyjnym). W takim przypadku Organ winien się odwołać do podstawowych kryteriów oceny bezprawnego postępowania, związanych z czynnikiem przewidywania i czynnikiem woli. Ocenie podlegać powinny osobiste kwalifikacje sprawcy, dotyczące postawienia mu zarzutu nieprawidłowego postępowania. Ocena woli sprawcy ma prowadzić do ustalenia stopnia winy, głównie do stwierdzenia czy można przypisać mu winę umyślną, czy też nieumyślną, (co ma zasadniczy wpływ na wysokość kary). Winę umyślną można przypisać sprawcy, który podejmuje działania zakazane lub powstrzymuje się od obowiązujących zachowań ze świadomością i zamiarem osiągnięcia skutku bezprawnego. Wina nieumyślna występuje wówczas, gdy sprawca nie dąży do osiągnięcia skutku bezprawnego i bezpodstawnie sądzi, że skutku takiego uniknie.

Inaczej jest, gdy winy nie można przypisać konkretnej osobie fizycznej, (co miało miejsce w ponad 90% przypadków kar nakładanych przez Prezesa UKE i jego poprzedników). W literaturze zwraca się uwagę, że natężenie winy bezimiennej powinno być wówczas ustalane poprzez badanie tych elementów działania osoby



prawnej, które ostatecznie doprowadziły do osiągnięcia skutku bezprawnego. Stwierdzony poziom nieprawidłowości, wad organizacyjnych, kompetencyjnych i proceduralnych, sposób sprawowania nadzoru nad tymi działaniami będą wpływały na ocenę stopnia zawinienia.

Na uwagę zasługuje fakt, że Prezes UKE jako organ regulacyjny rynku telekomunikacyjnego i pocztowego w zakresie wymiaru kary bierze pod uwagę odmienne dyrektywy jej wymiaru określone w dwóch ustawach: Prawie telekomunikacyjnym i Prawie pocztowym.

	<b>Prawo telekomunikacyjne</b>	<b>Prawo pocztowe</b>
1	Zakres naruszenia	-
2	-	Stopień szkodliwości czynu
3	-	Stopień zawinienia,
4	Dotychczasowa działalność podmiotu,	Dotychczasowa działalność podmiotu,
5	Możliwości finansowe podmiotu	Możliwości finansowe podmiotu

Dyrektywy wymiaru kary mają, zatem znaczący wpływ na sposób stosowania przepisów o karach pieniężnych. Biorąc je pod uwagę Organ wymierza karę według uznania. Podkreśla się w doktrynie, iż wobec uznaniowego charakteru decyzji o nałożeniu kary pieniężnej, Organ powinien stosować jednolitą politykę karania. Brak uwzględnienia w nakładaniu kar pieniężnych dyrektywy stopnia zawinienia należy ocenić negatywnie. Postuluje się przywrócenie tej dyrektywy do Prawa telekomunikacyjnego. Stosowanie automatyzmu w wymiarze kary z uwzględnieniem kategorii winy obiektywnej oraz biorąc pod uwagę uznaniowość jej wymierzania – przekłada się bezpośrednio na ilość i wysokość nakładanych kar.

Byłoby również korzystne, aby komunikat opublikowany na stronie internetowej Urzędu „Zasady nakładania kar pieniężnych” z 19 grudnia 2006 r. (ostatnia aktualizacja: 24 stycznia 2007 r.) został uzupełniony i zaktualizowany o doświadczenia Organu wynikające z dotychczasowej praktyki w zakresie nakładania kar pieniężnych oraz o bogate orzecznictwo sądów powszechnych i Sądu Najwyższego dotyczące sądowej kontroli decyzji administracyjnych nakładających kary.

#### **E) Odsetki:**

Biorąc pod uwagę doświadczenia wynikające z uiszczania kar (przez podmiot ukarany) i zwrotu prawomocnie uchylonej kary (przez Organ) postuluje się o jednoznaczne określenie w Prawie telekomunikacyjnym czy karę (jej zwrot) należy uiścić z odsetkami (i jakiego rodzaju) czy bez.

#### **F) Katalog kar:**

W ciągu 10 lat obowiązywania ustawy Prawo telekomunikacyjne (wielokrotnie nowelizowanej) katalog deliktów telekomunikacyjnych wzrósł blisko dwukrotnie (z 17

– Prawo telekomunikacyjne z 2000 r. do 31 w obowiązującym. Na podstawie przepisów Prawa telekomunikacyjnego z 2000 r. Prezes Urzędu Regulacji Telekomunikacji (Prezes URT) nie nałożył żadnej kary na przedsiębiorcę telekomunikacyjnego, podczas gdy Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej (Prezes UKE) wydał około 57 decyzji o nałożeniu kary pieniężnej na podstawie obowiązującego PT (w zasadniczej większości uchylone przez sądy powszechne). Jego bezpośredni poprzednik, Prezes Urzędu Regulacji Telekomunikacji i Poczty (Prezes URTiP) nałożył dwie kary finansowe, obie na TP. W związku z powyższym oraz biorąc pod uwagę zasadę proporcjonalności należy postulować o dalsze nie rozszerzanie katalogu kar pieniężnych w Prawie telekomunikacyjnym.

### **G) Orzeczenie kary:**

Należy odnieść się do zgodności dodanego przepisu art. 21a Dyrektywy ramowej (DR) z pozostałymi regulacjami i prawa UE w tym zakresie. Dyrektywa ramowa reguluje w art. 4 sprawy odwołań od decyzji wydawanych przez organy regulacyjne, ale tylko w sprawach objętych dyrektywami o łączności elektronicznej. Przepis ten nie dotyczy wszelkich decyzji wydawanych przez organ, któremu powierzono wydawanie decyzji przewidzianych dyrektywami. Również zdanie ostatnie art. 4 ust. 1 DR odnosi się tylko do tych decyzji, które są podejmowane w sprawach określonych dyrektywami o łączności elektronicznej. Żaden przepis tych dyrektyw nie dotyczy nakładania kar pieniężnych, gdyż sprawy sankcji i kar należą do właściwości państw członkowskich. Dlatego art. 4 ust. 1 DR nie odnosi się do odwołań od decyzji nakładających kary pieniężne.

Należy stwierdzić, że prawo wspólnotowe nie nakazuje wprowadzenia w przepisach państw członkowskich UE kar pieniężnych nakładanych przez krajowy organ regulacyjny niejako obligatoryjnie, lecz jedynie stwierdza możliwość ustanowienia „kar finansowych” - które też w rezultacie nie muszą oznaczać tego, co w PT rozumie się przez kary pieniężne – i nakładania tych kar, „jeżeli będzie zachodziła taka potrzeba” (art. 10 ust. 3 Dyrektywy o zezwoleniach, tj. Dyrektywy 2002/20/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie zezwoleń na udostępnienie sieci i usług łączności elektronicznej – Dz.Urz.UE L 108). Po nowelizacji dyrektywy (2009r.) organ uprawniony został (art. 10) również do (1) żądania zaprzestania naruszeń niezwłocznie albo w rozsądnym terminie, a także wyposażony zostaje w (2) odpowiednie i proporcjonalne środki służące zapewnieniu przestrzegania prawa; dalej: organ będzie upoważniony do nakładania (3) w stosownych przypadkach odstraszać sankcji finansowych, które mogą obejmować okresowe sankcje z mocą wsteczną – a zatem nie we wszystkich przypadkach a jedynie „stosownych”. Również w przypadku zmienianej dyrektywy 2002/58/WE (art. 13) stanowi się, iż państwa członkowskie mogą ustalić szczególne zasady dotyczące sankcji mających zastosowanie do dostawców usług łączności elektronicznej, którzy przez zaniedbanie przyczynią się do naruszeń przepisów krajowych (...).

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.

Ponieważ przepisy PT nie są kompatybilne z tymi innymi przepisami, – na co zwraca się uwagę w doktrynie – wskazane wydaje się wprowadzenie takiej kompatybilności. Oczywiście należy dążyć do osiągnięcia kompatybilności podobnych, co do zasady, przepisów i z tego punktu widzenia najkorzystniejszym byłoby wprowadzenie zupełnie innego ukształtowania przepisów art. 208 oraz art. 209 PT, w kierunku możliwości nakładania kary pieniężnej a nie, jak to wywodzi Prezes UKE oraz przyjmuje SOKiK a za nim Sąd Apelacyjny w Warszawie, obowiązku nałożenia kary. Pozwoliłoby to na ujednoczenie istoty przepisów PT, bowiem choćby przepisy art. 74 ust. 3 i art. 201 ust. 3 PT przewidują, iż w określonych w nich przypadkach Prezes UKE może nałożyć karę przewidzianą w art. 209 PT.

Jednakże rozważając strategię osiągania celu, jak i oceniając możliwości przeprowadzenia oczekiwanych zmian i w konsekwencji proponując zmiany w przedmiotowych przepisach PT, należy przede wszystkim wziąć pod uwagę kwestię bardziej elastycznego orzekania w sprawie kar przez Regulatora.

## **2. Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów:**

W przypadku Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów należałoby wskazać nieproporcjonalność obciążeń finansowych, jakie przedsiębiorca musi ponosić w związku z oczekiwaniami Urzędu, co do przestrzegania przepisów w szczególności chroniących konsumentów, a w przypadku ich naruszenia, stosowania kary do 10 % obrotów rocznych, tak jak w przypadku naruszeń antykonkurencyjnych. Należy zauważyć, że w przypadku naruszeń zbiorowych interesów konsumentów przedsiębiorca nie musi zajmować pozycji dominującej na rynku.

Do najważniejszych problemów, na które należy naszym zdaniem zwrócić uwagę, zaliczyć trzeba:

A) Zbyt duże oczekiwania Urzędu, co do drobiazgowego przestrzegania prokonsumenckich przepisów odnośnie ochrony ich interesów - przede wszystkim rzetelne, jasne i zrozumiałe informacje oraz jednoznaczne postanowienia umowne. Zwracamy uwagę, że w telekomunikacji coraz trudniej jest spełnić te oczekiwania, ze względu na wielość regulacji pochodzących z różnych ustaw (PT, ustawa o świadczeniu usług drogą elektroniczną, ustawa o ochronie niektórych praw konsumentów oraz odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną przez produkt niebezpieczny ustawa o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym itd.) Prowadzi to do rozbudowania i tak już obszernych umów, czyniąc je coraz bardziej nieczytelnymi. Naruszenie między innymi postanowień tych ustaw związanych z ochroną konsumenta może skutkować naruszeniem zbiorowych interesów konsumentów (kara do 10 % rocznych przychodów firmy).

B) 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.

### **3. Stosowanie art. 209 ust. 1 pkt 16 w związku z art. 106 ustawy z dnia 16 lipca 2004r. Prawo telekomunikacyjne (Dz.U. z 2004, nr 171, poz. 1800) – dalej PT.:**

Zgodnie z obowiązującym przepisem art. 209 ust. 1 pkt. 16 PT, „Kto uniemożliwia korzystanie z uprawnień do przeniesienia przydzielonego numeru, o których mowa w art. 70 i art. 71” PT podlega karze pieniężnej. Przepis ten jest nadużywany przez Prezesa UKE poprzez stosowanie go w indywidualnych sprawach abonenckich, które rozstrzygane są w trybie postępowania reklamacyjnego. W praktyce stosowanie przepisu polega na tym, iż nawet w sytuacji pozytywnego rozpatrzenia reklamacji klienta dotyczącej opóźnienia (np. jedno lub dwu godzinnego) w przeniesieniu numeru, Prezes UKE nakłada kary pieniężne na przedsiębiorców telekomunikacyjnych. Taka praktyka organu prowadzi do kuriozalnej sytuacji, w której operator telekomunikacyjny rozpatruje pozytywnie reklamację klienta oraz wypłaca mu stosowane odszkodowanie a następnie w tej jednostkowej sprawie Prezes UKE nakłada na operatora karę pieniężną. Podkreślić należy, iż w momencie nakładania kary pieniężnej, operator zrealizował pozytywnie około 200 tysięcy przeniesień numeru, a stosunek procesów przeniesienia przydzielonego numeru, które zdaniem Prezesa UKE uzasadniły wszczęcie postępowania w sprawie nałożenia kary pieniężnej do ogólnej liczby przeniesionych numerów wynosił 0,00002156 %. Wyrażenie ustawowe „uniemożliwia korzystanie z uprawnień” jest nieostre i wprowadza zbyt dużą swobodę ocenną organu, można bowiem poddać w wątpliwość pogląd, że obejmuje także przypadek nieznacznego (jw.) opóźnienia w przeniesieniu numeru.

Co do zasady postępowanie reklamacyjne dotyczy naruszenia przepisów ustawy lub postanowień umowy. Nie oznacza to jednak, że w każdym przypadku złożenia reklamacji należy stosować przepis art. 209 PT (w tym przypadku ust. 1 pkt 16 tego artykułu). Ustawodawca dopuszcza naruszanie przepisów ustawy lub postanowień umowy i odpowiednie korygowanie ich w drodze postępowania reklamacyjnego (wraz z realizacją przez operatora obowiązku wypłaty odszkodowania). Zatem założeniu, iż w każdym przypadku złożenia przez klienta reklamacji Prezes UKE powinien wszczynać postępowanie w sprawie nałożenia kary pieniężnej, brak jest racjonalnego i systemowego uzasadnienia.

W związku z tym w zakresie brzmienia art. 209 ust. 1 pkt 16 PT konieczna jest, w opinii PKPP Lewiatan, odpowiednia zmiana w celu eliminacji przypadków opisanych powyżej w następujący sposób:

*„Przepisu art. 209 ust. 1 pkt 16 nie stosuje się w przypadku pozytywnego uwzględnienia w całości reklamacji abonenta dotyczącej przeniesienia przydzielonego numeru.”*

### **4. Wysokie kary wynikające 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.

W związku z powyższym PKPP Lewiatan zgłasza następującą propozycję rozwiązania legislacyjnego:

*„Art. 28. 1. Jeżeli w toku postępowania w sprawie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów zostanie uprawdopodobnione - na podstawie okoliczności sprawy, informacji zawartych w zawiadomieniu, o którym mowa w art. 100 ust. 1, lub innych informacji będących podstawą wszczęcia postępowania - że przedsiębiorca stosuje lub stosował praktykę, o której mowa w art. 24, a przedsiębiorca, któremu jest zarzucane naruszenie tego przepisu, zobowiąże się do podjęcia lub zaniechania określonych działań zmierzających do zapobieżenia tym naruszeniom, Prezes Urzędu może, w drodze decyzji, nałożyć obowiązek wykonania tych zobowiązań.*

*albo*

*8. Przepis ust 1 stosuje się również w przypadku, w którym przedsiębiorca zaniechał uprzednio stosowania praktyki, o której mowa w art. 24.”*

**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.

Negatywnym przykładem może być tutaj ukaranie PTC w końcu 2009 roku karą około 8,7 mln zł za domniemane w ocenie PTC naruszenie zbiorowych interesów konsumentów w przypadku reklamowania z hasłem „bez limitu” usługi o nazwie „Blueconnect 50MB”, do wykorzystania w telefonie, w której istniał maksymalny rozmiar paczki danych. Z tej usługi skorzystało w skali kraju ok. 740 osób, z czego jedynie 37 osób osiągnęło maksymalny (50MB) rozmiar paczki danych, a co za tym idzie mogło doznać jakiegokolwiek ograniczenia. Żadna z tych osób nie złożyła reklamacji.

Wysokość nałożonej kary pozostaje niewspółmierna do faktu, że żaden z nielicznych konsumentów, którzy mogli czuć się niezadowoleni z usługi nie zwrócił uwagi na domniemane naruszenie swoich interesów.

## **5. Przepis karny art. 208 ustawy z dnia 16 lipca 2004r. Prawo telekomunikacyjne (Dz.U. z 2004, nr 171, poz. 1800) – dalej PT.:**

Przepis art. 208 PT określa czyn zabroniony polegający na używaniu urządzenia radiowego nadawczego lub nadawczo-odbiorczego bez pozwolenia, oraz określa za ten czyn sankcję w postaci kary grzywny, ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2.

Dobrem chronionym w art. 208 jest ogólny porządek prawny w dziedzinie radiokomunikacji, a w szczególności ograniczony zasób częstotliwości radiowych oraz prawa i bezpieczeństwa podmiotów korzystających z fal radiowych na podstawie odpowiednich uprawnień. W niektórych dziedzinach radiokomunikacji, przedmiotem ochrony jest także zdrowie i życie ludzi. Zaznaczyć należy, że definicja urządzenia radiowego przyjęta w pr. tel. jest bardzo szeroka, gdyż obejmuje każde urządzenie telekomunikacyjne umożliwiające komunikowanie się przy pomocy emisji lub odbioru fal radiowych (art. 2 pkt 45 PT).

Podmiotem przestępstwa z art. 208 ust. 1 może być każdy, kto bez wymaganego pozwolenia używa wymienionych w tym przepisie urządzeń. Z uwagi na bardzo szeroką definicję urządzenia radiowego, przepis ten dotyczy nie tylko przedsiębiorców prowadzących działalność w zakresie telekomunikacji, ale także, a może nawet przede wszystkim, konsumentów.

Zgodnie z art. 2 pkt 46 PT pojęcie urządzenia telekomunikacyjnego obejmuje swoim zakresem także telekomunikacyjne urządzenia końcowe, którymi są urządzenia telekomunikacyjne przeznaczone do podłączenia bezpośrednio lub pośrednio do zakończeń sieci telekomunikacyjnej (art. 2 pkt 43 PT). W praktyce oznacza to, że telekomunikacyjnym urządzeniem końcowym jest np. telefoniczny aparat stacjonarny lub komórkowy (mobilny). Może być to również tzw. repeater sygnału GSM czy też tzw. bramka GSM.

W ocenie PKPP Lewiatan przepis ten przy bardzo szerokim zakresie strony przedmiotowej i podmiotowej przestępstwa jest w efekcie nadmiernie restrykcyjny, co w połączeniu z aktualnie wprowadzonymi zmianami Rozporządzenia ministra transportu z dnia 3 lipca 2007 r. w sprawie urządzeń radiowych nadawczych lub nadawczo-odbiorczych, które mogą być używane bez pozwolenia radiowego (dalej: Rozporządzenie), które weszły w życie 13 marca 2012 r. wprowadzone Rozporządzeniem ministra Infrastruktury z dnia 19 sierpnia 2011r. (Dz.U.11.188.1122) może skutkować nadmierną penalizacją wielu występujących w praktyce przypadków, które na taką penalizację zwyczajnie nie zasługują.

Zmiany w Rozporządzeniu polegają bowiem na wyeliminowaniu swobodnego używania bez pozwolenia radiowego urządzeń umożliwiających połączenie, współpracę i wymianę informacji drogą radiową między stacją bazową a telekomunikacyjnym urządzeniem końcowym, pracujących w ruchomej lub stacjonarnej publicznej sieci telekomunikacyjnej (w tej liczbie są liczne tzw. „repeatery” / wzmacniacze sygnału GSM, „bramki” GSM i inne ) przez podmioty nie posiadające rezerwacji częstotliwości wykorzystywanych do świadczenia usług za pośrednictwem stacji bazowych.

Należy zatem zauważyć, że przestępstwo z art. 208 ust. 1 PT może być popełnione także przez konsumenta korzystającego z aparatu mobilnego, „repeatera” wzmacniającego sygnał GSM czy też bramki GSM, nieposiadającego odpowiedniego zezwolenia. Należy przyjąć w chwili obecnej, że możliwe jest popełnienie tego przestępstwa w dwóch postaciach winy – umyślnie i nieumyślnie. Nie budzi w praktyce wątpliwości zakwalifikowanie tego przestępstwa jako popełnionego z winy umyślnej, gdy przykładowo sprawca przywozi do Polski aparat telefoniczny zakupiony za granicą, dodatkowo wcześniej używany, a następnie korzysta z niego w sieci danego operatora, przy powtarzających się zakłóceniach w pracy innych urządzeń wywoływanych korzystaniem z tego aparatu. Wątpliwości natomiast powstają, gdy

sprawca używa aparatu telefonicznego nieposiadającego odpowiedniego pozwolenia, zakupionego np. w punkcie sprzedaży usług telekomunikacyjnych. Dlatego też celowym wydaje się, żeby penalizować tylko formę umyślną tego przestępstwa.

Wątpliwości powstają również w związku z wejściem w życie zmiany w Rozporządzeniu, w związku z którą tysiące urządzeń w Polsce użytkowanych do tej pory z powodzeniem i bez problemu przez klientów sieci telekomunikacyjnych stały się de facto nielegalne a ich właściciele mogą podlegać sankcji określonej w art. 208 PT. Znacząca większość z tych osób nigdy również nie spowoduje żadnych zakłóceń radiowych ni też nie naruszy w żaden sposób praw i bezpieczeństwa podmiotów korzystających z fal radiowych, a zatem nie będzie w praktyce zagrażać dobrom, które ma chronić ten przepis. Nie bez znaczenia jest również praktyczna konieczność wszczynania postępowań w tego typu sprawach, które nawet jeżeli miałyby być później umarzane z uwagi na znikomą szkodliwość społeczną czynu będą jednak musiały być wszczęte i prowadzone przez organy ścigania.

Biorąc pod uwagę zatem te względy praktyczne oprócz braku penalizacji formy nieumyślnej tego przestępstwa, celowym wydaje się również wprowadzenie w tym przepisie przestępstwa skutkowego, które będzie znacznie lepiej adresowało sytuacje, w których powinno działać to najbardziej restrykcyjne narzędzie ustawodawcy, jakim jest prawo karne. Przestępstwo skutkowe mogłoby bardziej precyzyjnie odnosić się do wprowadzania zakłóceń w pracy innych urządzeń radiowych, lub też powodowania zagrożenia życia lub zdrowia ludzi.

Z powyższych względów PKPP Lewiatan proponuje zmianę treści art. 208 PT na następującą:

*„Art. 208. 1. Kto umyślnie, bez wymaganego pozwolenia używa urządzenia radiowego nadawczego lub nadawczo-odbiorczego powodując zakłócenia w pracy innych urządzeń radiowych lub też narażając zdrowie lub życie ludzi, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2.*

*2. Sąd może orzec przepadek urządzeń przeznaczonych lub służących do popełnienia czynu określonego w ust. 1, chociażby nie stanowiły one własności sprawcy.*

*3. Sąd orzeka przepadek urządzeń przeznaczonych lub służących do popełnienia czynu określonego w ust. 1, chociażby nie stanowiły one własności sprawcy, jeżeli ich używanie zagraża życiu lub zdrowiu człowieka. Przepis art. 195 Kodeksu karnego wykonawczego stosuje się niezależnie od wartości przedmiotów, których przepadek orzeczono”.*

## **6. Pozostałe propozycje:**

a) Art. 209 ust.2 ustawy prawo telekomunikacyjne; oraz ust.3 pkt2 w związku z ust.2

*„Ust. 2. Niezależnie od kary pieniężnej, o której mowa w ust. 1, Prezes UKE może nałożyć na kierującego przedsiębiorstwem telekomunikacyjnym, w szczególności osobę pełniącą funkcję kierowniczą lub wchodzącą w skład organu zarządzającego przedsiębiorcy telekomunikacyjnego lub związku takich przedsiębiorców, karę pieniężną w wysokości do 300 % jego miesięcznego wynagrodzenia, naliczanego jak dla celów ekwiwalentu za urlop wypoczynkowy.”*

PKPP Lewiatan postuluje uchylenie przepisu.

Eliminując z porządku prawnego dotychczasowy przepis art. 209 ust. 2 pozwalający na nakładanie kar pieniężnych na członków organu zarządzającego przedsiębiorcy, przywrócona zostałaby istota przepisów kodeksu spółek handlowych i stworzona zostałaby realna możliwość oddziaływania organu spółki handlowej uprawnionego do powołania członków organu zarządzającego na tychże członków, bez jakiegokolwiek ingerencji organu administracji publicznej.

b) Art. 210 ust.2. ustawy prawo telekomunikacyjne;

*„Ust. 2. Ustalając wysokość kary pieniężnej, Prezes UKE uwzględnia zakres naruszenia, dotychczasową działalność podmiotu oraz jego możliwości finansowe.*

PKPP Lewiatan proponuje następujący zapis:

*„Art. 210 ust. 2. Ustalając wysokość kary pieniężnej, Prezes UKE uwzględnia zakres naruszenia, dotychczasową działalność podmiotu oraz jego możliwości finansowe, stopień szkodliwości czynu oraz stopień zawinienia.”*

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 ustala się odpowiedzialność na zasadzie winy.

## **V. Uwagi końcowe:**

**V.A.** Jak wskazano w założeniach celem zmian jest m.in. zwiększenie bezpieczeństwa prawnego w zakresie prowadzenia działalności gospodarczej, jednocześnie wskazano w uzasadnieniu, iż wynika to z faktu iż w praktyce za wskazane typy przestępstw albo w ogóle nikt nie ponosi odpowiedzialności albo jest ledwie kilka wyroków skazujących rocznie. Z powyższym należy się zgodzić, co więcej, argumenty te przemawiają za całkowitym uchyleniem art. 296 § 1a k.k.

**V.B.** W odniesieniu do pkt. 67) znajdującego się w tabeli przepisów karnych, objętych regulacjami projektowanej ustawy o ograniczeniu prawa karnego w obrocie gospodarczym, a dot. art. 79 ustawy o rachunkowości należy stwierdzić, że projekt założeń zakłada zwiększenie penalizacji, gdyż obok kar grzywny i ograniczenia wolności, proponuje się dodać karę pozbawienia wolności. Propozycję tą należy ocenić negatywnie. Większa penalizacja nie przyczyni się do tego, że członkowie zarządu spółek handlowych będą w terminie składać sprawozdania do rejestrów sądowych.

***PKPP Lewiatan, 6 kwietnia 2012 r.***

**PKPP/207/52/BW/2012**