

Jerzy Skorupka

Przestępstwo korupcji gospodarczej z art. 296a k.k.

Palestra 50/5-6(569-570), 44-56

2005

Artykuł został opracowany do udostępnienia w internecie przez Muzeum Historii Polski w ramach prac podejmowanych na rzecz zapewnienia otwartego, powszechnego i trwałego dostępu do polskiego dorobku naukowego i kulturalnego. Artykuł jest umieszczony w kolekcji cyfrowej bazhum.muzhp.pl, gromadzącej zawartość polskich czasopism humanistycznych i społecznych.

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach dozwolonego użytku.

PRZESTĘPSTWO KORUPCJI GOSPODARCZEJ Z ART. 296A K.K.

Korupcja gospodarcza (*commercial bribery*) godzi w podstawową zasadę gospodarki, jaką jest wolna konkurencja¹. Korupcja gospodarcza nastawiona jest na pozyskiwanie korzystniejszej pozycji na konkurencyjnym rynku przez przekupywanie innych jego uczestników. Narusza przez to wolną konkurencję, a w dalszej kolejności powstrzymuje rozwój gospodarczy oraz zagraża właściwemu funkcjonowaniu mechanizmów rynkowych.

Korupcja gospodarcza występuje pomiędzy przedsiębiorcami, albo pomiędzy przedsiębiorcą a inną osobą. Dla osiągnięcia przewagi konkurencyjnej za pomocą łapówki wygrywa się przetargi, zdobywa się klientów, tajemnice handlowe i tajemnice przedsiębiorstwa konkurentów, „podkupuje się” najlepszych pracowników itp.

Środkiem do osiągnięcia tego celu jest udzielenie albo obietnica udzielenia korzyści majątkowej lub osobistej. Korzyści te udzielane są w pieniądzu i równie często oferowania np. wycieczek zagranicznych do atrakcyjnych krajów², zamieszczenia reklamy w określonym wydawnictwie w zamian za wygranie przetargu, zawarcia umowy, zlecenia robót itp.

Problem kryminalizowania korupcji w stosunkach gospodarczych był podnoszony w literaturze przedmiotu oraz dyskusjach środowiskowych. Znamiona ustawowe przestępstw korupcyjnych z art. 228 i 229 k.k. nie pozwalały bowiem na karanie osób przyjmujących i wręczających łapówki w obrocie gospodarczym. Wskazać tu można na uchwałę SN z 26 kwietnia 1995 r., I KZP 6/95, w myśl której prezes zarządu banku działającego w formie spółki akcyjnej, w której Skarb Państwa nie ma udziału, nie jest podmiotem sprawczym przestępstwa sprzedajności.

Przyjmowanie łapówek przez osoby zajmujące kierownicze stanowiska w podmiotach gospodarczych, w zamian za niekorzystne dla tych podmiotów decyzje gospodarcze, wyrządzało tym podmiotom szkodę majątkową (nierzadko w znacznych rozmiarach) i zasługiwało na potępienie. Próbą rozwiązania problemu była

¹ Zob. O. Górnioł, *O korupcji gospodarczej i niektórych sposobach jej zwalczania*, PUG 1995/2–3/6.

² Media informowały o oferowaniu takich wycieczek kierownictwu kas chorych przez zagraniczne firmy farmaceutyczne.

nowela z 9 września 2000 r. do ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji³. Uznano wtedy, że czynem nieuczciwej konkurencji jest m.in. przekupstwo osoby pełniącej funkcję publiczną. Zachowanie takie polegało na udzielaniu lub obietnicy udzielenia korzyści majątkowej lub osobistej osobie pełniącej funkcję publiczną przez przedsiębiorcę albo osobę działającą na rzecz przedsiębiorcy w ramach uprawnienia do jego reprezentowania, albo podejmowania w jego imieniu decyzji lub wykonywania nad nim kontroli, albo też za zgodą takiej osoby. Sankcją za takie zachowanie była kara pieniężna w wysokości do 10% przychodu w rozumieniu przepisów o podatku dochodowym od osób prawnych, uzyskanego w roku podatkowym poprzedzającym dzień wydania przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów decyzji o nałożeniu ww. kary.

Cytowana wyżej nowela z 9 września 2000 r. nie „załatwiła” jednak problemu korupcji w obrocie gospodarczym. Poza zakresem regulacji prawnej pozostawiła wszak korumpowanie przedsiębiorców i osób działających w ich imieniu bądź na ich rzecz, za zachowania mogące wyrządzić szkodę tym przedsiębiorcom. Nie obejmowała też korumpowania przedsiębiorców (osób działających w ich imieniu bądź na ich rzecz) za uzyskanie korzystnej czynności, decyzji, umowy, czego przykładem może być powszechny proceder wręczania łapówek przy przetargach na wykonanie usług. Przede wszystkim jednak wspomniana nowela przewidywała wyłącznie drogę cywilnoprawnej ochrony poszkodowanych podmiotów gospodarczych.

Istniejącą lukę wypełniła nowela do k.k. z 13 czerwca 2003 r., która dodała do k.k. art. 296a, określający tzw. przekupstwo gospodarcze (przekupstwo menedżerskie⁴). Przepis ten przewiduje gospodarcze przekupstwo bierne i czynne, w tym typ podstawowy gospodarczego przekupstwa biernego (§ 1), typ kwalifikowany gospodarczego przekupstwa biernego (§ 4), typ uprzywilejowany gospodarczego przekupstwa biernego (§ 3), typ podstawowy gospodarczego przekupstwa czynnego (§ 2) oraz typ uprzywilejowany gospodarczego przekupstwa czynnego (§ 3).

Kryminalizując korupcję gospodarczą, Polska wypełniła zobowiązania wynikające z Konwencji z 26 lipca 1995 r. o ochronie interesów finansowych Wspólnot Europejskich, sporządzonej na podstawie art. 3 Traktatu o Unii Europejskiej⁵, Konwencji Rady Europy o korupcji z 27 stycznia 1999 r.⁶ oraz Dyrektywy Wspólnego Działania z 22 grudnia 1998 r. dotyczącej zwalczania korupcji w sektorze prywatnym⁷. Ten ostatni akt prawa międzynarodowego aktualnie utracił moc, na podstawie art. 8 Decyzji Ramowej Rady 2003/568/WSiSW z 22 lipca 2003 r. w sprawie zwalczania korupcji w sektorze prywatnym⁸. Decyzja ta ma obecnie

³ Dz.U. Nr 47, poz. 211 ze zmianami.

⁴ Zob. R. Zawłocki (w.): *Kodeks karny. Część szczególna*. t. II, Warszawa 2004, s. 1025.

⁵ OJ, C 316 z 27 listopada 1995, s. 48.

⁶ Dz.U z 2002 Nr 126, poz. 1066.

⁷ OJ, L 358 z 31 grudnia 1998.

⁸ OJ, L 192 z 31 lipca 2003, s. 54–56.

podstawowe znaczenie dla zwalczania korupcji w sektorze prywatnym. W preambule tej Decyzji Państwa Członkowskie zadeklarowały przywiązanie szczególnej wagi do zwalczania korupcji zarówno w sektorze publicznym, jak i prywatnym, uznając, że w obu tych sektorach korupcja stanowi zagrożenie dla praworządnego społeczeństwa, a także zakłóca konkurencję w odniesieniu do kupna towarów lub usług oraz hamuje rozwój gospodarczy. Dalej podkreślono, że Państwa Członkowskie, które jeszcze nie ratyfikowały Konwencji Unii Europejskiej z 26 maja 1997 r. i Konwencji Rady Europy z 27 stycznia 1999 r. rozważą, w jaki sposób uczynić to jak najszybciej.

Wobec znaczenia Decyzji z 22 lipca 2003 r. dla kryminalizacji korupcji gospodarczej w Polsce, a także interpretacji obowiązującego już przepisu art. 296a k.k., podać należy, iż dla celów omawianego aktu następujące działania umyślne stanowią przestępstwo, jeżeli mają miejsce w toku działań gospodarczych:

a) obiecywanie, oferowanie lub przekazywanie, bezpośrednio lub przez pośrednika, osobie, która sprawując jakąkolwiek funkcję kierowniczą w podmiocie działającym w sektorze prywatnym lub w nim pracując, nienależnej korzyści jakiegokolwiek rodzaju, z przeznaczeniem dla tej osoby lub dla strony trzeciej, w takim celu, aby ta osoba podjęła działania lub powstrzymała się od podjęcia działań, z naruszeniem obowiązków tej osoby;

b) bezpośrednio lub przez pośrednika, żądanie lub otrzymywanie nienależnej korzyści jakiegokolwiek rodzaju, lub też przyjmowanie obietnicy takiej korzyści, z przeznaczeniem dla siebie lub strony trzeciej, przy zarządzaniu podmiotem w sektorze prywatnym lub wykonywaniu w nim pracy na jakimkolwiek stanowisku, w celu podjęcia działań lub powstrzymania się od podjęcia działań, z naruszeniem obowiązków tej osoby.

Pojęcia te odnosić należy do działań gospodarczych zarówno w podmiotach nastawionych na zysk, jak i w podmiotach nienastawionych na zysk. Państwo Członkowskie Unii Europejskiej może oświadczyć, że ograniczy zakres korupcji – w podanym wyżej znaczeniu – do takich działań, które oznaczają lub mogą oznaczać zakłócenie konkurencji w odniesieniu do kupna towarów lub usług.

Podkreślić należy także, iż według omawianej Decyzji „naruszenie obowiązku” należy rozumieć zgodnie z prawem krajowym. Koncepcja naruszenia obowiązku w prawie krajowym powinna obejmować jednak, jako minimum, każde nielejalne zachowanie, stanowiące naruszenie obowiązku ustawowego lub, w zależności od przypadku, naruszenie zawodowych zasad lub nakazów, które mają zastosowanie w działalności osoby, która sprawuje jakąkolwiek funkcję kierowniczą w podmiocie działającym w sektorze prywatnym lub w nim pracuje.

Precyzyjne określenie przedmiotu ochrony przestępstwa z art. 296a k.k. ma podstawowe znaczenie dla wykładni znamion tego przepisu. Zważmy však, że kodeks karny zawiera także przepisy określające tzw. korupcję urzędniczą w art. 228 i 229. Przedmiotem ochrony przestępstw określonych w tych przepi-

sach jest działalność instytucji państwowych lub samorządowych. Podmiotem sprawczym w przestępstwie z art. 228 k.k. i podmiotem, na który dokonywany jest zamach w przestępstwie z art. 229 k.k. jest osoba pełniąca funkcję publiczną, którą jest także osoba zatrudniona w jednostce organizacyjnej dysponującej środkami publicznymi, chyba że wykonuje wyłącznie czynności usługowe, a także inna osoba, której uprawnienia i obowiązki w zakresie działalności publicznej są określone lub uznane przez ustawę lub wiążącą Polskę umowę międzynarodową.

Rodzi to pytanie o wzajemny stosunek przepisów art. 228 i 229 oraz 296a k.k. Jeżeli sprzedajną osobą pełniącą funkcję publiczną może być osoba zatrudniona w jednostce organizacyjnej dysponującej środkami publicznymi, to podmiotem sprawczym przestępstwa z art. 228 k.k. będzie osoba zatrudniona, np. w spółce, która dysponuje środkami publicznymi, chyba że osoba ta wykonuje w spółce wyłącznie czynności usługowe.

Dodajmy teraz, że spółka, która dysponuje środkami publicznymi, wykonuje działalność gospodarczą, a osoba, o której wyżej mowa, pełni w niej funkcję kierowniczą lub zajmuje stanowisko zapewniające jej istotny wpływ na podejmowanie decyzji związanych z działalnością tej jednostki.

Jak zatem oceniać zachowanie takiej osoby, gdy przyjmie ona korzyść majątkową lub osobistą albo jej obietnicę w zamian za zachowanie mogące wyrządzić tej spółce szkodę, albo za niedopuszczalną czynność preferencyjną. Zwróćmy wszak uwagę, że jej zachowanie może być rozważane jako podpadające pod przepis art. 228 § 1 k.k. (przyjęcie łapówki w związku z pełnieniem funkcji publicznej polegającej na dysponowaniu środkami publicznymi) oraz pod przepis art. 296a k.k. (przyjęcie łapówki przez osobę pełniącą funkcję kierowniczą w zamian za zachowanie mogące wyrządzić tej spółce szkodę, albo za niedopuszczalną czynność preferencyjną). Art. 115 § 19 k.k. definiujący pojęcie „osoba pełniąca funkcję publiczną” pozwala wszak na przyjęcie, że dla uzyskania przymiotu publiczności funkcji wystarczy sam fakt zatrudnienia w jednostce dysponującej środkami publicznymi. Z drugiej strony, art. 286a k.k. nie ogranicza kręgu jednostek organizacyjnych wykonujących działalność gospodarczą ze względu na źródło pochodzenia kapitału założycielskiego (majątek prywatny, samorządowy, Skarbu Państwa, czy szerzej państwa).

Problemu tego nie rozstrzygnie interpretacja art. 228 i 229 oraz 296a k.k. zorientowana na rodzajowy przedmiot ochrony wymienionych przepisów, albowiem tytuł rozdziału XXIX k.k. nie jest dostosowany do treści art. 228 i 229, a art. 296a k.k. nie zawęży przedmiotu ochrony wyłącznie do obrotu gospodarczego.

Wydaje się zatem, że dla wyeliminowania wspomnianych problemów pożądanym byłby kierunek interpretacji art. 115 § 19 k.k. przyjmujący, że dla uzyskania przymiotu osoby pełniącej funkcję publiczną zatrudnienie w jednostce dysponującej środkami publicznymi, jest – co prawda – warunkiem koniecznym, ale niewystarczającym. Dalszą przesłanką musi być treść czynności, w związku z którą korzyść

lub jej obietnica została przyjęta⁹. Czynność ta musi mieć związek z wydatkowaniem środków publicznych¹⁰.

Zatem w tych sytuacjach, w których będziemy mieli do czynienia z dysponowaniem środkami publicznymi, albo w których decyzje administracyjne są przesłanką legalnego prowadzenia działalności gospodarczej, zachowania korupcyjne należy oceniać na gruncie art. 228 i 229 k.k.

Jeżeli więc przyjęcie łapówki lub jej obietnicy przez osobę pełniącą funkcję kierowniczą w jednostce organizacyjnej wykonującej działalność gospodarczą w zamian za zachowanie mogące wyrządzić tej jednostce szkodę lub za niedopuszczalną czynność preferencyjną będzie miało związek z wydatkowaniem środków publicznych, zachowanie takie trzeba będzie oceniać na gruncie art. 228 § 1 k.k.

W przeciwnym razie, a zatem, gdy opisane zachowanie nie będzie miało związku z wydatkowaniem środków publicznych, zachowanie sprawcy należy oceniać na podstawie art. 296a § 1 k.k.

Wszelkie bowiem przejawy korupcji mające związek z czynnościami, których treścią jest wydatkowanie środków publicznych, powinny podlegać ocenie prawnej na podstawie art. 228 k.k. w związku z art. 115 § 19 k.k. Tym samym ten rodzaj korupcji zaliczyć należy do korupcji urzędniczej związanej z wydawaniem pieniędzy, czy szerzej, środków publicznych.

Mając wzgląd na tytuł rozdziału XXXVI k.k., w którym zamieszczony jest art. 296a, powiemy, że rodzajowym przedmiotem ochrony tego przepisu jest, w zasadzie, obrót gospodarczy wykonywany przez profesjonalnych i nieprofesjonalnych jego uczestników.

Bezpośrednim przedmiotem ochrony jest interes przedsiębiorcy oraz jego klienta, a zwłaszcza konsumenta, ale także interes publiczny. Celem cytowanego przepisu jest wszak wyeliminowanie z działalności gospodarczej niektórych patologicznych zachowań mogących wyrządzić jednostce prowadzącej działalność gospodarczą szkodę majątkową, stanowiących nieuczciwą konkurencję lub niedopuszczalną czynność preferencyjną na rzecz nabywcy lub odbiorcy towaru, usługi lub świadczenia¹¹. Działalność gospodarcza ma być wolna dla każdego, odbywać się na równych prawach, z zachowaniem reguł uczciwości i zdrowej konkurencji, pozbawiona możliwości osiągnięcia przewagi konkurencyjnej za pomocą łapówki. *Ratio legis* art. 296a k.k. jest zatem wyeliminowanie korupcji z obrotu gospodarczego¹². W konsekwencji przepis chroni nie tylko funkcjonowanie jednostek prowa-

⁹ Zob. uchw. SN z 28 marca 2002, I KZP 35/01, OSP 2003, z. 1, s. 21 wraz z głosem O. Górniok, OSP 2003, z. 1, poz. 26 i J. Skorupki, OSP 2003, z. 1, poz. 27.

¹⁰ Zob. J. Bojarski, T. Oczkowski, *Penalizacja korupcji gospodarczej w polskim prawie karnym*, Prok. i Pr. 2004, z. 4, poz. 89.

¹¹ Por. R. Stefański, *Przestępstwo korupcji gospodarczej (art. 296a k.k.)*, Prok. i Pr. 2004, z. 3, poz. 51.

¹² Por. R. Zawłocki, *op. cit.*, s. 1028.

dzących działalność gospodarczą, ale także indywidualne interesy nabywców i odbiorców towarów, usług lub świadczeń¹³.

Stosownie do art. 296a § 1 k.k., typizującego bierne przekupstwo gospodarcze, karalne jest przyjmowanie korzyści majątkowej lub osobistej albo ich obietnicy w zamian za zachowanie mogące wyrządzić szkodę majątkową jednostce organizacyjnej wykonującej działalność gospodarczą, albo za czyn nieuczciwej konkurencji lub bezprawną albo nieuczciwą czynność preferencyjną na rzecz nabywcy lub odbiorcy towaru, usługi lub świadczenia. Istota karalnego zachowania sprowadza się więc do przyjęcia łapówki lub jej obietnicy i nie obejmuje dalszego zachowania sprawy.

Przyjęcie korzyści majątkowej lub osobistej oznacza objęcie przez sprawcę korzyści w faktyczne władanie. Kwestia późniejszego rozporządzenia korzyścią nie ma znaczenia dla wypełnienia znamion typu czynu. Natomiast przyjęcie obietnicy korzyści majątkowej lub osobistej polega na zaakceptowaniu przez sprawcę przyrzeczenia udzielenia którejkolwiek z tych korzyści. Przyjęcie obietnicy każdej z tych korzyści może łączyć się z obietnicą dla sprawcy lub innej osoby¹⁴.

W art. 296a § 1 k.k. mowa jest o korzyści majątkowej lub osobistej w znaczeniu, jakie kodeks karny nadaje tym pojęciom w art. 228¹⁵. Korzyścią majątkową jest zatem dobro, za pomocą którego można zaspokoić potrzebę materialną i które zawiera wartość ekonomiczną. Jest nią przysporzenie majątku albo uniknięcie strat lub zmniejszenie obciążeń majątku¹⁶. Może to być świadczenie pieniężne, darowizna rzeczy, udzielenie pożyczki, cesja wierzytelności itd.¹⁷. Z kolei korzyść osobista jest świadczeniem o charakterze niemajątkowym, polepszającym sytuację przyjmującego, które zaspokaja potrzebę niematerialną. W razie wątpliwości co do charakteru korzyści decydujące znaczenie ma ocena, którą z potrzeb korzyść ta zaspokaja w wyższym stopniu¹⁸.

Art. 296a § 1 k.k. wymaga związku między przyjętą korzyścią a opisanym w tym przepisie zachowaniem sprawcy. Przyjęcie łapówki lub jej obietnicy ma stanowić swoisty ekwiwalent za naganne zachowanie sprzedajnego menedżera¹⁹. Samo przyjęcie korzyści lub jej obietnicy w związku pełnieniem funkcji kierowniczej w jednostce organizacyjnej wykonującej działalność gospodarczą lub zajmowanym stanowiskiem albo pełnioną funkcją, pozwalającą w istotny sposób wpływać na podejmowanie decyzji związanych z działalnością takiej jednostki, nie wystarcza do przyjęcia zaistnienia przestępstwa. Brak owego funkcjonalnego związku między

¹³ Por. R. Stefański, *op. cit.*, s. 51.

¹⁴ Odmienne P. Palka, M. Reut, *Korupcja w nowym kodeksie karnym*, Kraków 1999, s. 33.

¹⁵ Zob. M. Surkont, *Łapownictwo*, Sopot 1999, s. 110–119.

¹⁶ Uchwała SN z 30 stycznia 1980, VII KZP 41/78, OSNKW 1980, z. 3, poz. 24.

¹⁷ A. Marek, *Prawo karne*, Warszawa 2004, s. 619.

¹⁸ *Tamże*, s. 619.

¹⁹ Por. R. Zawłocki, *op. cit.*, s. 1032.

łapówką lub jej obietnicą a pełnioną funkcją lub zajmowanym stanowiskiem odróżnia sprzedajność gospodarczą od sprzedajności urzędniczej (art. 228 § 1 k.k.).

Art. 296a § 1 k.k. wymaga, aby łapówka lub jej obietnica przyjęte były w zamian za:

- zachowanie mogące wyrządzić jednostce organizacyjnej wykonującej działalność gospodarczą szkodę majątkową albo
- za czyn nieuczciwej konkurencji lub
- za niedopuszczalną czynność preferencyjną na rzecz nabywcy lub odbiorcy towaru, usługi lub świadczenia.

Wymienione czynności sprawcze ujęte są alternatywnie i dla przypisania przestępstwa z art. 296a § 1 k.k. wystarcza zrealizowanie którejkolwiek z nich.

Analizowany przepis nie zawiera wymogu, aby karalne zachowanie sprawcy powiązane było formalnie z zakresem jego uprawnień lub ściśle odpowiadało czynnościom wykonywanym na zajmowanym stanowisku. Dla wypełnienia znamion komentowanego typu wystarczająca będzie sama możliwość zachowania się w określony sposób, mająca swe źródło w pełnionej funkcji kierowniczej lub zajmowanym stanowisku.

Art. 296a § 1 k.k. nie wymaga też, aby sprawca rzeczywiście zrealizował którąkolwiek z czynności stanowiących ekwiwalent łapówki. Do popełnienia przestępstwa dojdzie już w chwili przyjęcia łapówki lub jej obietnicy.

Ustawa nie wymaga, by opisane zachowanie wyrządziło szkodę majątkową, a wystarczające jest, aby mogło ją wyrządzić. Chodzi o możliwość nastąpienia szkody w razie zachowania się sprawcy w sposób, za który przyjął korzyść, a nie o efektywną szkodę. Podjęte przez sprawcę zachowanie musi dawać możliwość spowodowania szkody, chociaż w rzeczywistości może jej nie wyrządzić, a nawet przynieść korzyść²⁰. Oceny, czy zachowanie mogło wyrządzić szkodę, dokonuje się według kryteriów obiektywnych, a nie subiektywnych sprawcy lub dającego łapówkę²¹.

Do znamion tego przestępstwa nie należy możliwość spowodowania szkody innemu podmiotowi gospodarczemu lub innemu kontrahentowi, np. nabywcy towaru.

Rozważany przepis wymaga, aby zachowanie sprzedajnego menedżera mogło wyrządzić szkodę majątkową jednostce organizacyjnej wykonującej działalność gospodarczą, w której pełni on funkcję kierowniczą lub zajmuje stanowisko pozwalające w istotny sposób wpływać na podejmowane decyzje gospodarcze. Ważne, że art. 296a § 1 k.k. łączy szkodę tylko z jednym rodzajem zachowania sprzedajnego menedżera, którego *nota bene*, bliżej nie określa. Przyjąć zatem należy, że w rachubę wchodzi każde zachowanie, w następstwie którego interesy majątkowe jednostki są obiektywnie i bezpośrednio zagrożone szkodą²².

²⁰ Por. R. Stefański, *op. cit.*, s. 53.

²¹ *Tamże*, s. 53.

²² Por. R. Zawłocki, *op. cit.*, s. 1033.

Ustawa wymaga możliwości wyrządzenia wyłącznie szkody majątkowej. Przyjąć należy, że chodzi o szkodę majątkową w dwóch jej postaciach, tj. rzeczywistej straty (*damnum emergens*) i utraconych korzyści (*lucrum cessans*).

Dwa kolejne rodzaje zachowania sprawcy przestępstwa z art. 296a § 1 k.k., a mianowicie stanowiące czyn nieuczciwej konkurencji lub niedopuszczalną czynność preferencyjną na rzecz nabywcy lub odbiorcy towaru, usługi lub świadczenia, nie wymagają następstwa w postaci szkody ani możliwości jej wyrządzenia. W tych wypadkach dla przypisania przestępstwa wystarczy przyjęcie łapówki lub jej obietnicy w zamian za zachowanie stanowiące czyn nieuczciwej konkurencji lub niedopuszczalną czynność preferencyjną na rzecz nabywcy lub odbiorcy towaru, usługi lub świadczenia.

Czyn nieuczciwej konkurencji należy rozumieć tak samo, jak go określa ustawa z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji²³. Ustawa ta, z jednej strony, definiuje czyn nieuczciwej konkurencji w ogólności (art. 3), a z drugiej objaśnia wybrane czyny uznane za czyny nieuczciwej konkurencji. Wyliczenie tych czynów nie jest wyczerpujące, na co wskazuje użyte w art. 3 ust. 2 cytowanej ustawy słowo „w szczególności”. Generalnie, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta, a w szczególności wprowadzające w błąd oznaczenie przedsiębiorstwa, fałszywe lub oszukańcze oznaczenie pochodzenia geograficznego towarów albo usług, wprowadzające w błąd oznaczenie towarów lub usług, naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa, nakłanianie do rozwiązania lub niewykonania umowy, naśladownictwo produktów, pomawianie lub nieuczciwe zachwalanie, utrudnianie dostępu do rynku, przekupstwo osoby pełniącej funkcję publiczną, a także nieuczciwa lub zakazana reklama oraz organizowanie systemu sprzedaży lawinowej (art. 3 ust. 1 i 2 ustawy).

Omawianie poszczególnych typów czynów nieuczciwej konkurencji wydaje się zbędne bez uszczerbku dla pracy. Wystarczające jest odesłanie do tekstu cytowanej ustawy i literatury przedmiotu.

Kolejnym przedmiotem czynności wykonawczej w przestępstwie z art. 296a § 1 k.k. jest niedopuszczalna czynność preferencyjna. Preferencja to „przedkładanie czegoś nad coś, pierwszeństwo, przewaga, górowanie nad czym”²⁴. Niedopuszczalną czynnością preferencyjną będzie więc czynność uprzywilejowująca, dająca pierwszeństwo określonemu nabywcy lub odbiorcy towaru, usługi lub świadczenia. Trafnie podkreśla się, że nie wystarczy samo preferowanie określonego podmiotu, ale musi to być uczynione w sytuacji gdy jest to niedopuszczalne, a więc takie, do którego nie można dopuścić, którego nie można tolerować. Nie musi to być zachowanie zakazane ani nieprzyjęte w danych stosunkach²⁵.

²³ Tj. Dz.U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503.

²⁴ Mały słownik języka polskiego, Warszawa 1994, s. 703.

²⁵ R. Stefański, *op. cit.*, s. 59.

Niedopuszczalną czynnością preferencyjną będzie zatem jakiegokolwiek zachowanie niedozwolone, którego nie należy czynić, do którego nie można dopuścić, którego nie wolno tolerować, korzystne dla innego podmiotu, podjęte przez sprawcę kosztem jednostki, w której pełni funkcję kierowniczą lub zajmuje określone stanowisko.

Aby niedopuszczalna czynność preferencyjna stanowiła karalne zachowanie, musi odnosić się do określonego kręgu podmiotów, a mianowicie do nabywców lub odbiorców towaru, usługi lub świadczenia. Opisana czynność odnosi się więc do podmiotów „zewnętrznych” w stosunku do przedsiębiorstwa sprawcy²⁶.

Tytułem przykładu można podać, że na gruncie art. 296a k.k. karalnym zachowaniem będzie udzielenie kredytu lub pożyczki pieniężnej niewypłacalnemu dłużnikowi, wybranie niekorzystnej lub mniej korzystnej oferty (czynność mogąca wyrządzić szkodę majątkową), ujawnienie tajemnicy handlowej przedsiębiorstwa (czyn nieuczciwej konkurencji), zwolnienie z długu lub zabezpieczenia (w określonych sytuacjach niedopuszczalna czynność preferencyjna).

Określenie kręgu podmiotów, do których odnosi się niedopuszczalna czynność preferencyjna (nabywca lub odbiorca towaru, usługi lub świadczenia), zdaje się wykluczać zastosowanie wymienionego przepisu w przypadku patologii występujących przy przetargach i innych formach zawierania umów. W takich sytuacjach nie mamy wszak do czynienia z nabywcą lub odbiorcą towaru, usługi lub świadczenia, lecz z oferentem, który, co najwyżej, po uzyskaniu zlecenia (zamówienia, kontraktu), o które zabiega, stanie się dostawcą towaru, usługi lub świadczenia.

Przestępstwo z art. 296a § 1 k.k. jest przestępstwem indywidualnym właściwym (*delictum proprium*). Podmiotem tego przestępstwa może być tylko osoba spełniająca kryteria określone w omawianym przepisie, a mianowicie:

- osoba pełniąca funkcję kierowniczą w jednostce organizacyjnej wykonującej działalność gospodarczą,
- mająca, z racji zajmowanego stanowiska lub pełnionej funkcji, istotny wpływ na podejmowanie decyzji związanych z działalnością takiej jednostki.

Osobą pełniącą funkcję kierowniczą jest osoba zarządzająca przedsiębiorstwem państwowym, spółką lub innym podmiotem gospodarczym albo jego oddziałem. Z kolei osobami pełniącymi funkcje kierownicze w przedsiębiorstwie państwowym są dyrektor, zastępca dyrektora, kierownik wydziału, oddziału, działu, a w spółkach – prezes lub wiceprezes zarządu, przewodniczący rady nadzorczej, kierownik oddziału lub zakładu. W innych podmiotach gospodarczych określenie funkcji kierowniczych uzależnione jest od przyjętej nomenklatury.

Trafnie wskazuje się, że do funkcji lub stanowiska, które umożliwia wpływanie na decyzje związane z działalnością jednostki prowadzącej działalność gospodar-

²⁶ Zob. R. Zawłocki, *op. cit.*, s. 1033.

czą, należy zaliczyć w spółkach osobowych lub kapitałowych osoby uprawnione do reprezentacji spółki, a mianowicie:

- w spółce jawnej – każdego wspólnika (art. 29 § 1 k.s.h.), chyba że został pozbawiony prawa reprezentowania spółki w umowie spółki (art. 30 § 1 k.s.h.) lub na mocy prawomocnego orzeczenia sądu (art. 30 § 2 k.s.h.),
- w spółce partnerskiej – każdego partnera, chyba że umowa spółki stanowi inaczej (art. 96 § 1 k.s.h.),
- w spółce komandytowej – każdego komplementariusza, z wyjątkiem tego, którego z mocy umowy spółki lub prawomocnego orzeczenia sądu pozbawiono prawa reprezentowania spółki (art. 117 k.s.h.) oraz komandytariusza, ale wyłącznie jako pełnomocnika spółki (art. 118 § 1 k.s.h.),
- w spółce komandytowo-akcyjnej – komplementariusza, z wyjątkiem tego, którego z mocy statutu lub prawomocnego orzeczenia pozbawiono prawa reprezentowania spółki (art. 137 § 1 k.s.h.), a także akcjonariusza, ale wyłącznie jako pełnomocnika (art. 138 § 1 k.s.h.),
- w spółce z o.o. – członka zarządu (art. 201 § 1 i 2 k.s.h.) lub rady nadzorczej (art. 213 § 1 k.s.h.),
- w spółce akcyjnej – członka zarządu (art. 368 § 1–3 k.s.h.) lub członka rady nadzorczej (art. 381 KSH)²⁷.

Osobami takimi są także prokurent, główny księgowy, likwidator, radca prawny itp.

Wnikliwe odczytanie treści art. 296a § 1 k.k. zdaje się przekonywać, że podmiotem sprawczym analizowanego przestępstwa jest osoba mająca wpływ na działalność jednostki organizacyjnej. Tylko wtedy sprawca będzie miał możliwość podjąć zachowanie mogące wyrządzić tej jednostce szkodę majątkową, czyn nieuczciwej konkurencji albo niedopuszczalną czynność preferencyjną. Źródło tego wpływu ustawa wiąże z funkcją kierowniczą sprawowaną przez sprawcę oraz zajmowanym przez niego stanowiskiem lub pełnioną funkcją. Zwrócić należy uwagę, że w art. 296a § 1 k.k. pojęcie „funkcja” występuje w dwóch znaczeniach. Raz, jako funkcja kierownicza, a następnym razem, jako funkcja dająca możliwość wpływania w istotny sposób na podejmowanie decyzji gospodarczych. Ma to znaczenie dla możliwości przypisania przestępstwa sprzedajności gospodarczej tym osobom, które nie sprawują funkcji kierowniczych i nie zajmują stanowisk przewidzianych w nomenklaturze danej sfery działalności gospodarczej, a które, z racji pełnionej funkcji, mają jednak istotny wpływ na podejmowanie decyzji gospodarczych. O tym, czy określoną osobę można zaliczyć do tej kategorii osób, decyduje zakres posiadanych przez nią uprawnień nie tylko co do podejmowania decyzji, ale także wpływania na ich podjęcie lub treść. Nie chodzi o jakikolwiek wpływ, ale mający charakter *verba legis* istotny, czyli znaczący, duży²⁸.

²⁷ Por. R. Stefański, *op. cit.*, s. 61.

²⁸ *Tamże*, s. 61.

Łapownictwo gospodarcze bierne jest przestępstwem umyślnym, które może być popełnione zarówno z zamiarem bezpośrednim, jak i ewentualnym²⁹. Sprawca musi obejmować zamiarem wszystkie znamiona, a zatem, że przyjmuje korzyść majątkową lub osobistą albo jej obietnicę oraz, że czyni to w zamian za zachowanie opisane w treści art. 296a § 1 k.k. Sprawca musi więc obejmować świadomością, że swoim zachowaniem:

- może wyrządzić szkodę majątkową,
- stanowić czyn nieuczciwej konkurencji,
- stanowić niedopuszczalną czynność preferencyjną.

Wystarczające jest, że sprawca przewiduje, że ofiarowana mu korzyść pozostaje w związku z zachowaniem mogącym wyrządzić jednostce, w której pełni funkcję lub zajmuje stanowisko, szkodę majątkową, albo z czynem nieuczciwej konkurencji lub z niedopuszczalną czynnością preferencyjną na rzecz nabywcy lub odbiorcy towaru, usługi lub świadczenia i na to się godzi.

W wypadku gdy przyjmujący łapówkę błędnie sądził, że czynność, którą ma podjąć w zamian za korzyść, może wyrządzić szkodę, jego zachowanie należy oceniać w płaszczyźnie błędu co do faktu w postaci urojenia (*error facti*), skutkującego uchyleniem winy (art. 28 § 1 k.k.)³⁰.

Łapownictwem gospodarczym czynnym z art. 296a § 2 k.k. jest udzielenie albo złożenie obietnicy udzielenia korzyści majątkowej lub osobistej osobie pełniącej funkcję kierowniczą w jednostce organizacyjnej wykonującej działalność gospodarczą albo mającej, z racji zajmowanego stanowiska lub pełnionej funkcji, istotny wpływ na podejmowanie decyzji związanych z działalnością takiej jednostki w zamian za zachowanie mogące wyrządzić tej jednostce szkodę majątkową, albo za czyn nieuczciwej konkurencji lub za niedopuszczalną czynność preferencyjną na rzecz nabywcy lub odbiorcy towaru, usługi lub świadczenia (art. 296a § 2 k.k.). W przepisie tym określenie warunków karalności nastąpiło przez odesłanie do sytuacji przedstawionej w § 1.

Obietnica udzielenia łapówki polega na uczynieniu innej osobie, dowolnego w formie, zapewnienia o udzieleniu korzyści majątkowej lub osobistej. Obietnica taka nie musi być precyzyjnie określona, a wystarczające jest uzewnętrznienie zamiaru jej udzielenia. Ważne, aby z treści obietnicy wynikało bezspornie, że chodzi o rzeczywisty zamiar udzielenia łapówki w zamian za ekwiwalentne zachowanie określone w art. 296a § 1 k.k. Może być ona wyrażona w sposób bezpośredni przez słowne jej zaoferowanie lub w sposób dorozumiany, np. gestem³¹.

Złożenie obietnicy udzielenia łapówki w zamian za zachowanie opisane w art. 296a § 1 k.k. stanowi dokonanie przestępstwa łapownictwa gospodarczego czynnego z art.

²⁹ Por. R. Stefański, *op. cit.*, s. 61; R. Zawłocki, *op. cit.*, s. 1040.

³⁰ Por. R. Stefański, *op. cit.* s. 54.

³¹ Wyrok SN z 5 listopada 1997, V k.k.N 105/97, OSP 1998, z. 3, poz. 68.

296a § 2 k.k., a nie tylko jego usiłowanie. Z dokonaniem tego przestępstwa mamy do czynienia również wtedy, gdy obietnica udzielenia łapówki nie została przyjęta³².

Jest to przestępstwo powszechne (*delictum commune*) i jego sprawcą może być każda osoba zdolna do ponoszenia odpowiedzialności karnej.

Przestępstwo to może być popełnione tylko z zamiarem bezpośrednim. Sprawca po to udziela korzyści majątkowej lub osobistej, by biorący podjął dla niego korzystną czynność lub zaniechał jej, dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji albo wykonał niedopuszczalną czynność preferencyjną na rzecz nabywcy lub odbiorcy towaru, usługi lub świadczenia.

Łapownictwo bierne i czynne może stanowić wypadek mniejszej wagi, przewidziany w art. 296a § 3 k.k. Warunkiem uznania czynu za wypadek mniejszej wagi jest spełnienie znamion typu podstawowego, określonego w tych przepisach. Kryterium, które powinno się stosować dla uznania czynu za wypadek mniejszej wagi, jest przede wszystkim ocena jego społecznej szkodliwości, która powinna być na tyle niska, aby uzasadniała wymierzenie kary według skali zagrożenia ustawowego przewidzianego w przepisie wyodrębniającym wypadek mniejszej wagi³³ oraz przedmiotowo-podmiotowe znamiona czynu, kładąc akcent na elementy, które są charakterystyczne dla danego rodzaju przestępstw³⁴.

W art. 296a § 4 k.k. wprowadzono typ kwalifikowany przestępstwa łapownictwa gospodarczego biernego i czynnego, polegający na wyrządzeniu znacznej szkody majątkowej przez osobę przyjmującą korzyść majątkową lub osobistą, albo jej obietnicę. Chodzi o szkodę wyrządzoną tej jednostce gospodarczej, w której sprawca pełni funkcję kierowniczą lub zajmuje określone stanowisko. Szkodą znacznej wartości, zgodnie z art. 115 § 5 i 7 k.k., jest szkoda, której wartość w chwili popełnienia czynu zabronionego przekracza dwustukrotną wysokość najniższego miesięcznego wynagrodzenia.

W art. 296a § 5 k.k. wprowadzono klauzulę bezkarności dającego łapówkę, przewidującą takie same warunki jak klauzula bezkarności z art. 229 § 6 k.k., a więc:

- przyjęcie korzyści majątkowej lub osobistej albo ich obietnicy,
- zawiadomienie przez sprawcę o tym fakcie organu powołanego do ścigania przestępstw i ujawnienie wszystkich istotnych okoliczności przestępstwa,
- uczynienie tego zanim organ ten dowiedział się o przestępstwie.

Dla karnoprawnej ochrony interesów majątkowych uczestników obrotu, w tym także Skarbu Państwa, ważne jest podmiotowe zawężenie penalizacji korupcji gospodarczej w stosunku do wymagań przewidzianych w aktach prawa wspólnotowego. Zważyć należy, iż Wspólne Działanie Nr 98/742/JHA w sprawie korupcji w sektorze prywat-

³² Por. wyrok SN z 7 listopada 1994, WR 186/94, OSNKW 1995, z. 3–4, poz. 20.

³³ Wyrok SN z 13 czerwca 2002, V k.k.N 544/00, OSNKW 2002, z. 9–10, poz. 73.

³⁴ Wyrok SN z 9 października 1996, V k.k.N 79/96, OSNKW 1997, z. 3–4, poz. 27.

nym³⁵, które legło u podstaw wprowadzenia do k.k. przestępstwa korupcji gospodarczej w art. 296a k.k., przewidywało w art. 1 i 2 możliwość ograniczenia karalności do takiego zachowania, które obejmuje lub może obejmować naruszenie konkurencji – minimalnie w ramach wspólnego rynku – i które powoduje lub może spowodować szkody majątkowe u innych uczestników rynku w wyniku zawarcia lub niewłaściwego wykonania umowy. Zezwalało tym samym na ograniczenie zakresu penalizacji do wypadków, w których dochodzi do naruszenia konkurencji lub powstania szkody u innych podmiotów w wyniku niewłaściwego przyznania kontraktu. Akt ten nie przewidywał jednak ograniczeń natury podmiotowej. Zgodnie z art. 1 Wspólnego Działania podmiotem bierną korupcji w sektorze prywatnym mógł być „pracownik lub jakakolwiek inna osoba wykonująca funkcje kierownicze lub pracująca w jakimkolwiek charakterze na rzecz lub w imieniu osoby fizycznej lub prawnej działającej w sektorze prywatnym”.

Również obowiązująca Decyzja Ramowa Rady 2003/568/WSiSW z 22 lipca 2003 r. w sprawie zwalczania korupcji w sektorze prywatnym³⁶ przewiduje, że podmiotem korupcji bierną ma być osoba, która sprawuje jakąkolwiek funkcję kierowniczą w podmiocie działającym w sektorze prywatnym lub w nim pracuje.

Penalizacja łapownictwa gospodarczego zawarta w art. 296a k.k. w zakresie podmiotowym jest zatem węższa niż wynikająca z wymienionych aktów prawa wspólnotowego.

Należy również zauważyć, że Konwencja w sprawie zwalczania korupcji, w którą zaangażowani są urzędnicy Wspólnot Europejskich lub urzędnicy Państw Członkowskich Unii Europejskiej³⁷ nałożyła na państwa członkowskie Unii obowiązek uznania dyrektorów przedsiębiorstw lub dowolnych osób w przedsiębiorstwie, posiadających kompetencje do podejmowania decyzji lub wykonywania kontroli, za podlegające odpowiedzialności karnej, w przypadku przekupywania dowolnego urzędnika szczebla wspólnotowego lub krajowego oraz urzędnika krajowego każdego innego państwa członkowskiego przez osoby im podległe, działające w imieniu przedsiębiorstwa (art. 6 Konwencji).

Omówione wcześniej typy przestępstw korupcyjnych nie spełniają wymienionego wymogu konwencyjnego. Zakresy zastosowania norm zawartych w przepisach określających typy przestępstw korupcyjnych nie przewidują odpowiedzialności karnej za kogo innego. A z takim rodzajem odpowiedzialności karnej mamy do czynienia w art. 6 wymienionej Konwencji. Przepis ten przewiduje jednak odpowiedzialność karną dyrektora lub innej osoby w przedsiębiorstwie posiadającej kompetencje do podejmowania decyzji lub wykonywania kontroli za akt przekupstwa dowolnego urzędnika szczebla wspólnotowego lub krajowego oraz urzędnika krajowego każdego innego państwa członkowskiego dokonany przez osoby im podległe, działające w imieniu przedsiębiorstwa.

³⁵ OJ Nr L 358 z 31 grudnia 1998.

³⁶ OJ, L 192 z 31 lipca 2003, s. 54–56.

³⁷ OJ, Nr C 195 z 25 czerwca 1997, s. 2.