

Agnieszka Barczak-Oplustil

**Wejście w życie regulacji prawa Unii Europejskiej
a zakres odpowiedzialności karnej za czyn zabroniony
opisany w formie blankietu
(studium przypadku)***

W dn. 3 lipca 2016 r. zaczęło obowiązywać w całości Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady nr 596/2014 z dn. 16 kwietnia 2014 r. w sprawie nadużyć na rynku oraz uchylające dyrektywę 2003/6/WE Parlamentu Europejskiego i Rady i dyrektywy Komisji 2003/124/WE, 2003/125/WE i 2004/72/WE¹. W rozporządzeniu tym zdefiniowano m.in. informacje poufne, jak też określono, w jakich sytuacjach można mówić o ich zakazanym wykorzystaniu. Jednocześnie została uchwalona Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2014/57/UE z dn. 16 kwietnia 2014 r. w sprawie sankcji karnych za nadużycia na rynku – tzw. MAD II, która miała na celu ujednoczenie odpowiedzialności karnej za wykorzystywanie informacji poufnych, nieuprawnione ujawnianie informacji oraz manipulacje na rynku na obszarze Unii Europejskiej. W dyrektywie tej określone zostały tzw. normy minimalne. Tym samym poszczególne państwa członkowskie mogą według własnego uznania wprowadzić lub utrzymać bardziej rygorystyczne przepisy karne w zakresie nadużyć dokonywanych na rynku. Termin, jaki państwa członkowskie miały na implementację tej dyrektywy, upłynął 3 lipca 2016 r. Dyrektywa ta nie została jednak implementowana w wyznaczonym terminie. Ustawa o zmianie ustawy o obrocie instrumentami finansowymi oraz niektó-

* Opracowanie jest rezultatem seminarium „Blankiety w prawie karnym”, które zostało sfinansowane przez Krakowski Instytut Prawa Karnego w ramach działalności grupy badawczej „Prawo karne jutra”, < www.kipk.pl >.

¹ Dalej: „rozporządzenie MAR”.

rych innych ustaw², której podstawowym celem jest wdrożenie dyrektywy MAD II, została uchwalona przez Sejm dopiero w dn. 10 lutego 2017 r., przyjęta przez Senat bez poprawek i czeka aktualnie na podpis prezydenta.

Z momentem wejścia w życie rozporządzenia MAR (przy braku implementacji dyrektywy MAD II) pojawił się problem z odpowiedzialnością karną za naruszenie zakazów związanych przykładowo z wykorzystywaniem informacji poufnych³. Do tej pory zarówno definicję informacji poufnych, zakaz ich wykorzystywania, jak też karalność za naruszenie tego zakazu regulowały przepisy ustawy z dn. 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi⁴. Zgodnie z art. 181 tej ustawy⁵ podlega grzywnie do 5 000 000 zł albo karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5, albo obu tym karom łącznie ten, kto wbrew zakazowi, o którym mowa w art. 156 ust. 1, wykorzystuje informację poufną. Zgodnie zaś z art. 156 ust. 1 ustawy, każdy kto:

- 1) posiada informację poufną w związku z pełnieniem funkcji w organach spółki, posiadaniem w spółce akcji lub udziałów lub w związku z dostępem do informacji poufnej z racji zatrudnienia, wykonywania zawodu, a także stosunku zlecenia lub innego stosunku prawnego o podobnym charakterze, a w szczególności: [...]
- 2) posiada informację poufną w wyniku popełnienia przestępstwa, albo
- 3) posiada informację poufną pozyskaną w sposób inny niż określony w pkt 1 i 2, jeżeli wiedział lub przy dołożeniu należytej staranności mógł się dowiedzieć, że jest to informacja poufna

– nie może wykorzystywać takiej informacji.

Ustawa o obrocie instrumentami finansowymi definiuje także w art. 154 definicję poufną. Definicja ta nie jest tożsama z definicją zawartą w rozporządzeniu MAR. Ograniczając się tylko do porównania jednej z wyróżnionych kategorii informacji poufnych, wskazać należy, że z art. 7 ust. 1 pkt b rozporządzenia MAR wynika, że informacje poufne obejmują następujące rodzaje informacji:

w odniesieniu do towarowych instrumentów pochodnych, określone w sposób precyzyjny informacje, które nie zostały podane do wiadomości publicznej, dotyczące bezpośrednio lub pośrednio jednego lub większej liczby takich in-

² Druk nr 1097, Sejm VIII kadencji, dalej: „ustawa wdrażająca dyrektywę MAD II”.

³ Zwrócił na to uwagę J. Dybiński, w: *System Prawa Handlowego. Prawo instrumentów finansowych*, red. M. Stec, Warszawa 2016, s. 1357.

⁴ Dz.U. 2005, nr 183, poz. 1538, dalej: „u.o.i.f.”

⁵ Treść przepisów ustawy o obrocie instrumentami finansowymi podawana jest w brzmieniu obowiązującym w dniu wejścia w życie rozporządzenia MAR.

strumentów pochodnych lub dotyczące bezpośrednio powiązanych kontraktów towarowych na rynku kasowym, a które w przypadku podania ich do wiadomości publicznej miałyby prawdopodobnie znaczący wpływ na ceny takich instrumentów pochodnych lub powiązanych kontraktów towarowych na rynku kasowym, oraz gdy można zasadnie oczekiwać, że dane informacje zostaną ujawnione lub ich ujawnienie jest wymagane zgodnie z przepisami ustawowymi lub wykonawczymi na szczeblu unijnym lub krajowym, zasadami rynku, umową, praktyką lub zwyczajem, na odpowiednich rynkach towarowych instrumentów pochodnych lub rynkach kasowych.

Artykuł 154 ust. 2 u.o.i.f. stanowi zaś, że:

w przypadku pochodnych instrumentów finansowych, których instrumentem bazowym jest towar, za informację poufną uważa się określoną w sposób precyzyjny informację dotyczącą bezpośrednio lub pośrednio jednego lub kilku takich instrumentów, która nie została przekazana do publicznej wiadomości, a której przekazania, zgodnie z przyjętymi praktykami rynkowymi, mogliby oczekiwać uczestnicy tego rynku. W szczególności mogą oni oczekiwać przekazywania takich informacji, które powinny podlegać regularnemu udostępnianiu uczestnikom rynku lub których ujawnienie jest wymagane zgodnie z przepisami, umowami i zwyczajami obowiązującymi na danym rynku.

Definicja zawarta w ustawie w przypadku tej kategorii instrumentów finansowych nie wymaga, aby ujawnienie informacji oznaczało wysokie prawdopodobieństwo wywarcia znaczącego wpływu na cenę takich instrumentów. Podobnie porównanie definicji „wykorzystania” zawartej w prawie polskim i w prawie unijnym z opisanym w tych aktach zakresem dozwolonego wykorzystania informacji poufnych pozwala postawić wstępnie tezę o kolizji między prawem polskim a prawem unijnym.

Aby uniknąć jednak nieporozumień związanych z posługiwaniem się terminem „kolizja”, który ma ustalone pojęcie na gruncie teorii prawa, należy przynajmniej spróbować wytłumaczyć, jak powinno być rozumiane to pojęcie na gruncie art. 91 ust. 3 Konstytucji⁶. Sposób rozstrzygania kolizji norm prawa polskiego z prawem unijnym został bowiem – w uproszczeniu⁷ – ustalony w art. 91 ust. 3 Konstytucji, zgodnie z którym:

⁶ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dn. 2 IV 1997 r., Dz.U. 1997, nr 78, poz. 483 ze zm., dalej: „Konstytucja RP”, „Konstytucja”.

⁷ Na temat problemów związanych z zakresem pierwszeństwa prawa unijnego zob. M. Rams, *O sposobach rozwiązywania kolizji między prawem Unii Europejskiej a prawem krajowym (na przykładzie penalizacji niezachowania w tajemnicy informacji*

Jeżeli wynika to z ratyfikowanej przez Rzeczpospolitą Polską umowy konstytuującej organizację międzynarodową, prawo przez nią stanowione jest stosowane bezpośrednio, mając pierwszeństwo w przypadku kolizji z ustawami.

Zgodnie z powszechnie przyjętym w teorii prawa poglądem pomiędzy dwoma zakazami zasadniczo nie może zachodzić kolizja⁸. Stosowanie tej zasady także na płaszczyźnie relacji między prawem krajowym a prawem europejskim prowadzi do sytuacji, w której gdyby polski ustawodawca zdecydował się szerzej określić zakres zakazów w obszarze uregulowanym przez akty prawa unijnego, nie znajdowałby zasadniczo zastosowania art. 91 ust. 3 Konstytucji. Szerzej (niż przykładowo w rozporządzeniu MAR) określony zakaz wykorzystania informacji poufnych obowiązywałby (i znajdowałby zastosowanie) w przypadku przedsiębiorców działających na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. W takim kierunku zdaje się zmierzać orzecznictwo zarówno Sądu Najwyższego, jak i Trybunału Konstytucyjnego. Jak stwierdził Sąd Najwyższy w postanowieniu z 28 listopada 2013 r.⁹:

Reguła kolizyjna wyrażona w treści art. 91 ust. 3 Konstytucji RP skonstruowana została na zasadzie znanej i powszechnie akceptowanej w polskim systemie prawa dyrektywie *lex superior* [...] Owa kolizja oznacza, że nie jest możliwe stosowanie obu tych norm równocześnie, co zakłada konieczność porównania elementów treściowych obu norm, bowiem warunkiem kolizji jest ustalenie wspólnego zakresu zastosowania (hipotezy) kolidujących norm przy rozbieżnych zakresach normowania (dyspozycjach) obu tych norm. Tak rozumianą kolizję podkreśla także odwołanie się w treści art. 91 ust. 3 Konstytucji RP do zasady pierwszeństwa, co musi oznaczać zastąpienie treści normatywnych wynikających z normy ustawowej, regulacją prawną wynikającą z prawa organizacji międzynarodowej.

Z kolei Trybunał Konstytucyjny w postanowieniu z 19 grudnia 2006 r.¹⁰ wskazał:

poufnych), „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2017, z. 1 (publikowany w niniejszym zeszycie) i powołana tam literatura i orzecznictwo. Zob. ponadto rozważania M. Derka o tym, kiedy występuje konflikt pomiędzy prawem polskim a prawem unijnym, zawarte w opracowaniu: M. Derek, *Przepis karny odsyłający do regulacji kolidującej z rozporządzeniem Unii Europejskiej (konsekwencje w perspektywie zasady nullum crimen sine lege)*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2017, z. 1 (publikowany w niniejszym zeszycie).

⁸ Na temat kolizji w prawie karnym zob. W. Wróbel, *Zmiana normatywna i zasady intertemporalne w prawie karnym*, Zakamycze 2003, s. 48 i n. i cytowana tam literatura.

⁹ I KZP 15/13, OSNKW 2016, nr 3, poz. 17.

¹⁰ P 37/05, OTK ZU nr 11/A/2006, poz. 177.

Sądy krajowe mają też prawo i obowiązek odmówienia zastosowania normy krajowej, jeżeli koliduje ona z normami prawa wspólnotowego. Sąd krajowy nie orzeka w takim wypadku o uchyleniu normy prawa krajowego, lecz tylko odmawia jej zastosowania w takim zakresie, w jakim jest on obowiązany do dania pierwszeństwa normie prawa wspólnotowego. Przedmiotowy akt prawny nie jest dotknięty nieważnością, obowiązuje i jest stosowany w zakresie nieobjętym przedmiotowym i czasowym obowiązaniem regulacji wspólnotowej.

Wydaje się jednak, że wskazane fragmenty uzasadnień nie uwzględniają zmian, jakie zaszły w ostatnich kilkunastu latach, a które związane są z rozszerzeniem zakresu źródeł prawa bezpośrednio obowiązującego na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej¹¹. Prezentowane rozumienie terminu kolizja, o ile słuszne w przypadku tzw. układów monocentrycznych, o tyle musi budzić wątpliwości w przypadku systemów zwanych „policentrycznymi” („multicentrycznymi”, „wielocentrycznymi”)¹². Zwrócić należy uwagę na specyfikę prawa Unii Europejskiej. Celem wprowadzenia konkretnego aktu (np. rozporządzenia unijnego) może być m.in. tzw. *h a r m o n i z a c j a c a ł k o w i t a* (zupełna). Ma ona miejsce wtedy, kiedy akt prawa unijnego ma na celu wprowadzenie standardów unijnych w danej dziedzinie, od stosowania

¹¹ Także M. Wierzbowski (w: *Rozporządzenie UE Nr 596/2014 w sprawie nadużyć na rynku. Prawo rynku kapitałowego. Komentarz*, red. M. Wierzbowski, Warszawa 2016, „Wprowadzenie”, teza 10) wskazał, że przytoczony wyrok Sądu Najwyższego nieco odmiennie ocenia sytuację kolizji, o której mowa w art. 91 ust. 3 Konstytucji. Zdaniem tego autora: „Konflikt taki powstanie w sytuacji, w której nie można jednocześnie dostosować zachowania uczestników obrotu obu omawianych systemów prawnych, mający choćby częściowo jednakowy zakres normowania”. W dalszej części rozważań wskazuje, że: „Opisany przepis [tj. art. 91 ust. 3 Konstytucji – dop. mój, A.B.-O.] znajdzie swoje zastosowanie w razie zaistnienia konfliktu norm w konkretnym postępowaniu i stanowi nakaz skierowany do organu stosującego prawo do zastosowania przepisów prawa wtórnego. Nie stanowi więc podstawy bezpośredniej derogacji przepisu, ale konstytuuje obowiązek odmowy zastosowania przez organy krajowe (sądy, administrację – spr. *Costanzo* przeciwko *Comune di Milano*) normy krajowej sprzecznej z unijną. Norma krajowa w wewnętrznym porządku prawnym obowiązuje jednak dalej, lecz może być stosowana tylko w sytuacji obszaru nienormowanego przez ustawodawcę unijnego (zob. wyr. TSWE z 22 VI 1989 r. w spr. 103/88 *Fratelli Costanzo SpA* przeciwko *Comune di Milano*, Zb.Orz. 1989, s. 01839)”.

¹² Na temat systemów multicentrycznych zob. m.in.: E. Łętowska, *Multicentryczność współczesnego systemu prawa i jej konsekwencje*, „Państwo i Prawo” 2005, z. 4 s. 3 i n.; A. Kustra, *Wokół problemu multicentryczności systemu prawa. Polemika*, „Państwo i Prawo” 2006, z. 6, s. 85 i n.; A. Kalisz, *Multicentryczność systemu prawa polskiego a działalność orzecznicza Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości i Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2007, z. 4, s. 35.

których co do zasady nie przewiduje się wyjątków. Przeciwnieństwem jest tzw. harmonizacja minimalna, która zezwala państwu członkowskiemu na wprowadzenie surowszych wymagań niż te określone w prawie wspólnotowym¹³. W przypadku rozporządzeń podnosi się, że jeżeli w danej dziedzinie wydano rozporządzenie, którego celem jest harmonizacja całkowita, to państwa członkowskie tracą uprawnienie do stosowania prawa w tym obszarze, jak też że muszą uchylić prawo sprzeczne z rozporządzeniem i nie mogą przyjmować takiego prawa nawet w kwestiach nieuregulowanych w rozporządzeniu¹⁴. Racjonalna wykładnia art. 91 ust. 3 Konstytucji wymagałaby zatem: albo przyjęcia, że kolizja między prawem krajowym a przepisami rozporządzenia, którego celem jest harmonizacja całkowita, zachodzi także wtedy, kiedy prawo krajowe – przy tym samym przedmiocie regulacji¹⁵ – szerzej ujmowałoby zakres zakazów¹⁶; albo uznania, iż terminowi „kolizja” użytymu w art. 91 ust. 3 Konstytucji trzeba wprawdzie nadać znaczenie, jakie przypisuje mu teoria prawa, natomiast przy pomocy odmiennego instrumentarium badać należy, czy akt normatywny Unii Europejskiej (a przede wszystkim rozporządzenie) ustanawia tzw. wolność prawnie chronioną¹⁷. Innymi słowy, w przypadku, w którym dane zagadnienie reguluje zarówno ustawa, jak też rozporządzenie unijne, należy dopuścić odmienne od do-

¹³ Zob. M.M. Kenig-Witkowska, *Prawo środowiska Unii Europejskiej*, Warszawa 2011, s. 153–154.

¹⁴ Zob. J. Barcz, M. Górka, A. Wyrozumska, *Instytucje i prawo Unii Europejskiej*, Warszawa 2015, s. 232.

¹⁵ Jeżeli celem MAR jest uregulowanie nadużyć na rynku obrotu instrumentami finansowymi, to ustawodawca polski w ustawie, w zakresie, w jakim reguluje ona te same zagadnienia co rozporządzenie MAR, nie może wprowadzać szerszych zakazów związanych z ujawnieniem informacji poufnych. Nie oznacza to jednak, że regulując np. zakres ochrony danych osobowych (celem zapewnienia ochrony konstytucyjnego prawa do prywatności) i zakazując ujawniania określonych kategorii informacji, nie może zakazać ujawniania informacji pojawiających się na rynku instrumentów finansowych (bez znaczenia wtedy będzie okoliczność, czy mają one charakter informacji poufnej, o której mowa w rozporządzeniu MAR, czy też nie).

¹⁶ Aleksandra Kustra (*Wokół problemu...*, s. 92), podając przykłady kolizji normatywnych pojawiających się na etapie stosowania prawa (w przypadku systemów multicentrycznych), wskazuje, że można przez nie rozumieć także „zastosowanie, w takim samym czasie, czy też podobnym stanie faktycznym, różnych norm przez różne organy [...]”, co uzasadniać może twierdzenie, że termin ten jest bardziej wieloznaczny i budzi więcej wątpliwości, niż mogłoby się to *prima facie* wydawać.

¹⁷ Na temat wolności prawnie chronionej zob. m.in. M. Szydło, *Wolność prawnie chroniona jako modalność prawa*, w: *Między tradycją a przeszłością w nauce prawa administracyjnego. Księga jubileuszowa dedykowana prof. J. Bociowi*, red. J. Supernat, Wrocław 2009, s. 736 i n. i powołana tam literatura.

tychczas przyjmowanych w teorii prawa instrumenty argumentacyjne dla wykazania, że wejście w życie danego aktu normatywnego, przykładowo rozporządzenia unijnego, skutkuje nie tylko obowiązywaniem w systemie prawa polskiego wprost wyrażonych w tym rozporządzeniu zakazów/nakazów, ale także – w zakresie wyznaczanym przez zakres przedmiotowy tego aktu unijnego – może skutkować (nawet jeżeli nie zostało to wyraźnie wskazane w rozporządzeniu, lecz wynika z określenia jego celów wskazujących na konieczność dokonania w danym obszarze tzw. harmonizacji całkowitej) wprowadzeniem tzw. wolności prawnie chronionej. Niezależnie od przyjęcia którejs z proponowanych opcji – jeżeli stwierdzimy, że wprowadzenie rozporządzenia MAR (przynajmniej w zakresie dotyczącym zakazu wykorzystania i ujawniania informacji poufnej) miało na celu dokonanie tzw. harmonizacji całkowitej, wprowadzenie przez ustawę polską zakazów w szerszym zakresie niż ten wyznaczony przez przepisy tego rozporządzenia stanowiłoby kolizję w rozumieniu art. 91 ust. 3 Konstytucji (czy to ze względu na odmienne rozumienie terminu „kolizja” na gruncie art. 91 ust. 3 Konstytucji, czy też ze względu na zastosowane w przypadku konkurencji prawa Unii Europejskiej i prawa polskiego kryteria wyznaczania tzw. wolności prawnie chronionej).

Pytanie, które należy sobie w tym miejscu postawić, brzmi: czy rozporządzenie MAR wyznacza tylko pewien standard minimum (obowiązujący bezpośrednio), a państwa członkowskie mogą poziom ochrony wzmocnić, czy też mamy do czynienia z całościowym uregulowaniem problematyki nadużyć na rynku finansowym? W preambule rozporządzenia MAR wskazano, że:

(3) Nowy instrument ustawodawczy jest także potrzebny, aby zapewnić jednolite zasady i jasność kluczowych pojęć oraz jednolity zbiór przepisów, zgodnie z wnioskami ze sprawozdania z dnia 25 lutego 2009 r. sporządzonego przez grupę wysokiego szczebla ds. nadzoru finansowego w UE, pod przewodnictwem Jacquesa de Larosièrè’a („grupa de Larosièrè’a”).

Jak też:

(5) W celu usunięcia pozostałych barier w handlu i znacznych zakłóceń konkurencji wynikających z rozbieżności między przepisami krajowymi oraz w celu zapobieżenia powstawaniu wszelkich dalszych wynikających stąd barier w handlu i znacznych zakłóceń konkurencji należy zatem przyjąć rozporządzenie ustanawiające bardziej jednolitą interpretację unijnych ram dotyczących nadużyć na rynku, jaśniej określającą zasady mające zastosowanie we wszystkich państwach członkowskich. Nadanie formy rozporządzenia wymogom dotyczącym zwalczania nadużyć na rynku zapewni bezpośrednio stosowanie tych wymogów. Powinno to zapewnić jednolite warunki, zapobiegając rozbieżnościom między

wymogami krajowymi, jakie mogą wystąpić w wyniku transpozycji dyrektywy. Niniejsze rozporządzenie wymagać będzie przestrzegania tych samych zasad przez wszystkie osoby w całej Unii. Ograniczy ono także złożoność przepisów i koszty ich przestrzegania ponoszone przez przedsiębiorstwa, szczególnie przedsiębiorstwa prowadzące działalność transgraniczną, oraz przyczyni do wyeliminowania zakłóceń konkurencji.

W pkt 24 preambuły ustawodawca unijny jeszcze raz podkreśla, że celem rozporządzenia jest:

ochrona integralności rynku finansowego i podnoszenie zaufania inwestorów, które z kolei opiera się na zapewnieniu inwestorom równych warunków działania i ochrony przed nadużywaniem informacji poufnych¹⁸.

Sięgając dalej – w poszukiwaniu odpowiedzi na pytanie, jaki charakter miała przeprowadzona harmonizacja – do opracowań dotyczących rozporządzenia MAR, wskazać należy, że w komentarzu do preambuły podnosi się, iż uregulowania tego aktu prawnego mają służyć m.in. temu, by:

poszczególne przedsiębiorcy nie poszukiwali rynków ze względu na mniejsze obciążenia administracyjne lub zakazy związane z funkcjonowaniem w obrocie, a byli zainteresowani rynkami ze względu na ich płynność i zdolność finansowania prowadzonej działalności gospodarczej¹⁹.

Ponadto wskazuje się jednoznacznie, że wprowadzając rozporządzenie „prawodawca unijny zdecydował się na harmonizację całkowitą prowadzącą do ujednoczenia norm prawnych w ramach systemu wspólnotowego”²⁰. Powyższe stwierdzenia nie oznaczają jednak, że rozporządzenie

¹⁸ Jeżeli chodzi jednak o poziom sprawozdawczości, to MAR zdaje się przewidywać standard minimum (zob. pkt 62 preambuły: „Zestaw skutecznych narzędzi, uprawnień i zasobów dla właściwych organów każdego z państw członkowskich gwarantuje skuteczność nadzoru. Dlatego też w niniejszym rozporządzeniu przewidziano w szczególności minimalny zestaw uprawnień nadzorczych i uprawnień do czynności wyjaśniających, jakie należy powierzyć właściwym organom państw członkowskich zgodnie z prawem krajowym. Jeżeli wymaga tego prawo krajowe, uprawnienia te powinny być wykonywane na podstawie wniosku do właściwych organów sądowych. Wykonując swoje uprawnienia zgodnie z niniejszym rozporządzeniem, właściwe organy powinny działać obiektywnie i bezstronnie oraz zachować niezależność w procesie podejmowania decyzji”).

¹⁹ M. Królikowski, M. Wierzbowski, w: *Rozporządzenie...*, rozdział I, preambuła, t. 4.

²⁰ M. Królikowski, M. Wierzbowski, w: *Rozporządzenie...*, rozdział I, preambuła, t. 3. Zob. też A. Stokłosa, Sz. Syp, *MAR. Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie nadużyć na rynku. Komentarz*, Warszawa 2017, s. 22.

MAR jest jedyną regulacją zajmującą się problemem nadużyć na rynku finansowym. Jak wskazano bowiem dalej:

Rozporządzenie nie jest regulacją zupełną ani prawnie samowystarczającą. Dla kompleksowego odtworzenia statuowanych norm wymaga łącznej analizy z innymi przepisami unijnymi, jak np. z dyrektywą MAD II, która przewiduje uzupełniające przepisy karne za działania stanowiące postać manipulacji na rynku będące najpoważniejszymi deliktami statuowanymi treścią rozporządzenia. Po czwarte, Rozporządzenie MAR przewiduje wydawanie przez Komisję Europejską aktów wykonawczych na podstawie art. 291 TFUE oraz wydawanie wykonawczych standardów technicznych na podstawie art. 15 rozporządzenia Nr 1095/2010. Szczególną rolę powierzono również tzw. ESMIE, czyli organowi o charakterze ekspercko-audytorskim, który uprawniony jest do wydawania tzw. *soft law* w postaci raportów zawierających wskazania co do sposobu funkcjonowania przewidzianego w Rozporządzeniu MAR reżimu regulacyjnego rynków regulowanych²¹ (podkreśl. moje, A. B.-O.).

Wyraźnie jednak wskazuje się w doktrynie prawa rynków kapitałowych, że od dnia wejścia w życie rozporządzenia MAR poszczególne państwa członkowskie nie posiadają już kompetencji do stanowienia prawa krajowego w obszarze uregulowanym przepisami rozporządzenia MAR z wyjątkiem wyraźnie wskazanym w przepisach rozporządzenia²².

Analiza rozporządzenia MAR pozwala stwierdzić, że przynajmniej w zakresie dotyczącym wykorzystania i ujawniania informacji poufnych miało ono na celu dokonanie harmonizacji całkowitej, a tym samym prawo krajowe będzie w kolizji z rozporządzeniem MAR w sytuacji, w której przyjmie odmienny (także szerszy) od tego przewidzianego w rozporządzeniu zakres zakazów dotyczących ujawniania i wykorzystywania informacji poufnych.

Pojawia się pytanie, czy skoro zasady wykorzystywania informacji poufnych reguluje rozporządzenie MAR, a zatem zakres zachowań bezprawnych wyznaczany jest zasadniczo przez przepisy aktu wyższego rzędu, to czy

²¹ M. Królikowski, M. Wierzbowski, w: *Rozporządzenie...*, rozdział I, preambuła, t. 5.

²² Zob. A. Stokłosa, Sz. Syp, *MAR...*, s. 33–34. Podobnie M. Wierzbowski, w: *Rozporządzenie...*, wprowadzenie, pkt 8 stwierdził: „W konsekwencji, w zakresie przedmiotowo normowanym Rozporządzeniem MAR (m.in. przepisy terminologiczne, jak definicja informacji poufnej, przekazanie informacji poufnej do publicznej wiadomości, ujawnianie, wykorzystywanie informacji poufnej, transakcje insiderów, opóźnianie publikacji informacji poufnej itp.), państwa członkowskie tracą uprawnienie (imperium) do samodzielnej regulacji tych zagadnień w swoim porządku prawnym [zob. wyrok TSWE z 15 VII 1964 r. wydany w trybie prejudycjalnym w spr. 6/64 Flaminio Costa przeciwko E.N.E.L. (Zb.Orz. 1964, s. 1141)]”.

przepisy karne odwołujące się *expressis verbis* do zakazu wyrażonego w ustawie o obrocie instrumentami finansowymi (przykładowo art. 181 u.o.i.f.) mogą stanowić podstawę do dekodowania typu czynu zabronionego pod groźbą kary. Wstępnie można wskazać na trzy możliwości.

Po pierwsze, zakres zachowań zabronionych pod groźbą kary, a odnoszących się do wykorzystania informacji poufnych, ustalać należy, odwołując się do przepisów rozporządzenia MAR (dla określenia treści zakazu). Takie rozwiązanie *prima facie* zdaje się jednak sprzeczne z zasadami prawa karnego i konstytucyjną zasadą *nullum crimen sine lege*, dlatego że prowadzi do karalności za zachowania nieopisane w przepisach ustawy o obrocie instrumentami finansowymi, a objęte zakazem wynikającym z rozporządzenia MAR.

Po drugie, zachowanie stanowiące zakazane wykorzystanie informacji poufnych nie jest czynem zabronionym pod groźbą kary ze względu na okoliczność, że o tym, co stanowi informację poufną oraz w jakim przypadkach zakazane jest jej wykorzystanie, rozstrzyga rozporządzenie MAR, a art. 181 u.o.i.f. odwołuje się nie do przepisów rozporządzenia, ale do art. 156 ust. 1 u.o.i.f. W doktrynie prawa handlowego prezentowane jest stanowisko, że z momentem wejścia w życie MAR stało się ono podstawowym aktem regulującym reżim nadużyć na rynkach kapitałowych, który jest stosowany bezpośrednio w systemach państw członkowskich²³. Twierdzi się, że „skuteczne bezpośrednio przepisy rozporządzenia Mar zastąpiły przepisy prawa krajowego normujące te same instytucje”²⁴, jak też że normy karne (tj. art. 180, 181, 183 u.o.i.f.) odwołują się do przepisów, które nie obowiązują, co uzasadnia przyjęcie braku odpowiedzialności karnej ze względu na fakt, że czyn nie był zabroniony pod groźbą kary w czasie jego popełnienia²⁵. Zdaniem autora tego stanowiska w tym przypadku znajduje zastosowanie reguła kolizyjna *lex superior posteriori derogat legi priori inferiori*. Twierdzenie przez Komisję Nadzoru Finansowego, że zostaje jedynie ograniczony zakres zastosowania danego przepisu, jest z tego powodu w jego ocenie trudne do zaakceptowania, ponieważ oznaczać będzie „całkowity brak pewności prawa, gdyż adresat nawet nie wie, jaką normą (bądź jakim «jej zakresem») jest związany”²⁶. Nie rozstrzygając w tym momencie o zasadności powyższego poglądu, trzeba wyraźnie podkreślić jego konsekwencje na

²³ Zob. J. Dybiński, w: *System...*, s. 1333.

²⁴ J. Dybiński, w: *System...*, s. 1357.

²⁵ Zob. J. Dybiński, w: *System...*, s. 1357.

²⁶ Zob. J. Dybiński, w: *System...*, s. 1357.

płaszczyźnie prawa karnego. Jeżeli od 3 lipca 2016 r. zachowania stanowiące naruszenie zakazu opisanego w art. 156 u.o.i.f. nie są zabronione pod groźbą kary, to wchodzi w grę regulacje art. 4 k.k. (a zatem zasada stosowania ustawy, względniejszej, czyli – w tym przypadku – aktualnie obowiązującej, w toczących się postępowaniach dotyczących czynów zabronionych popełnionych przed dniem wejścia w życie rozporządzenia MAR).

Po trzecie, najbardziej intuicyjne stanowisko głosi, że odpowiedzialności karnej podlega tylko wykorzystanie informacji poufnych objętych zakazem zarówno na gruncie ustawy karnej polskiej, jak i rozporządzenia MAR. Taki pogląd może znaleźć uzasadnienie w stanowisku zajęтым przez Komisję Nadzoru Finansowego w sprawie niektórych skutków niedostosowania do dn. 3 lipca 2016 r. polskiego porządku prawnego do przepisów rozporządzenia MAR²⁷. Komisja Nadzoru Finansowego stwierdziła w nim, że przepisy m.in. ustawy o obrocie instrumentami finansowymi:

w razie ich kolizji z przepisami rozporządzenia zachowują ważność, lecz zawężony zostaje zakres ich stosowania. Dla uczestników rynku oznacza to konieczność stosowania przepisów rozporządzenia i pomijania przepisów wyżej wskazanych ustaw oraz wydanych na ich podstawie aktów wykonawczych sprzecznych z rozporządzeniem MAR²⁸.

Komisja nie odniosła się wprawdzie do przepisów karnych i zakresu ich zastosowania, ale można z tego stanowiska wywodzić, że w zakresie, w jakim przepisy te są zgodne z rozporządzeniem MAR, nie tylko obowiązują, ale i można je stosować w konkretnej sprawie²⁹.

Truizmem jest stwierdzenie, że gdyby ustawa wdrażająca dyrektywę MAD II weszła w życie przed 3 lipca 2016 r., nie powstałyby opisane powyżej wątpliwości. Wykorzystanie informacji poufnych w dalszym ciągu stanowiłoby czyn zabroniony pod groźbą kary, pomimo inaczej określonego źródła zakazu (przepis rozporządzenia, a nie przepis ustawy). Mielibyśmy formalnie uchylony art. 181 u.o.i.f. w starym brzmieniu, w którego miejsce weszłaby nowa regulacja. Pozostałby oczywiście problem oceny, która z ustaw jest względniejsza dla sprawcy w przypadku czynów popełnionych przed 3 lipca 2016 r.

²⁷ Zob. stanowisko Urzędu Komisji Nadzoru Finansowego w sprawie niektórych skutków niedostosowania do dn. 3 VII 2016 r. polskiego porządku prawnego do przepisów rozporządzenia MAR, < https://www.knf.gov.pl/Images/przepisy_uchylane_przez_MAR_stanowisko_28_06_2016_tcm75-47398.pdf >.

²⁸ Krytycznie na temat tej tezy wypowiadał się J. Dybiński, w: *System...*, s. 1357.

²⁹ Tak zdają się też przyjmować A. Stokłosa, Sz. Syp, *MAR...*, s. 30.

W zakresie, w jakim ustawa polska oraz rozporządzenie MAR pozostają w kolizji, przyjąć należy, że sąd nie może zastosować przepisów ustawy polskiej. Nie budzi jednak wątpliwości, że stosowanie reguł kolizyjnych wywodzonych z art. 91 ust. 3 Konstytucji nie prowadzi do uchylenia tekstu prawnego (ustawy polskiej), który nadal obowiązuje, natomiast ze względu na fakt, iż koliduje z inną normą, nie znajduje zastosowania dotychczas wywodzona z niego norma prawna³⁰. Jeżeli mówimy o obowiązywaniu normy prawnej, to przyjąć należy, że w tym zakresie ta norma też nie obowiązuje. Skoro art. 156 ust. 1 u.o.i.f. obowiązuje i może być stosowany (przynajmniej w zakresie, w jakim nie jest on sprzeczny z przepisami rozporządzenia MAR), to nie ma podstaw do przyjęcia, że wykorzystanie informacji poufnych nie stanowi już czynu zabronionego pod groźbą kary. Pojawia się jednak pytanie, w jakim zakresie wykorzystanie informacji poufnej jest przestępstwem.

Odpowiedź na powyższe pytanie wymaga odwołania się do sposobu sformułowania przepisu zawierającego opis typu czynu zabronionego. Nie budzi bowiem wątpliwości, że w sytuacji, w której art. 181 u.o.i.f. brzmiałby: „Kto wykorzystuje informacje poufne, podlega karze...” i doszłoby jednocześnie do rozszerzenia zakresu zakazu na skutek wejścia w życie rozporządzenia unijnego, problem, o którym mowa w tym opracowaniu, nie powstaje. Dla określenia treści zakazu odwołalibyśmy się bowiem wtedy do aktu wyższego rzędu, czyli do rozporządzenia unijnego. Jeżeli bowiem zakres zachowań bezprawnych opisany jest w akcie regulującym daną sferę życia, to odczytując znamiona typu czynu zabronionego, należy sięgać do przepisów tego aktu³¹ (truizmem jest twierdzenie, że zakres zachowań karalnych nie może być szerszy niż zakres zachowań bezprawnych). Przykładem może być tutaj art. 265 k.k., który penalizuje ujawnienie tajemnicy państwowej. Pomimo tego, że brzmienie przepisu daje podstawy – szczególnie w zakresie znamienia czasownikowego „ujawnia” – do stwierdzenia, że jest to przestępstwo powszechne³² ze względu na okoliczność, iż obowiązek, którego naruszenie penalizowane jest przez wspomniany przepis Kodeksu karnego, nałożony został w ustawie z dn. 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji

³⁰ Zob. T. Grzybowski, *Wpływ zmian prawa na jego wykładnię*, Warszawa 2013, s. 59.

³¹ Na temat możliwości i konieczności stosowania definicji legalnych zawartych w akcie normatywnym przy wykładni przepisów znajdujących się poza tym aktem zob. S. Żółtek, *Znaczenie normatywne ustawowych znamion typu czynu zabronionego. Z zagadnień semantycznej strony zakazu karnego*, Warszawa 2017, s. 339 i n.

³² Zob. uchwała SN z 26 III 2009 r., I KZP 35/08, OSNKW 2009, nr 5, poz. 33 i powołana tam literatura i orzecznictwo.

niejawnych³³ tylko na wyraźnie wskazany w niej zakres podmiotów, typ opisany w art. 265 k.k. należy uznać za indywidualny³⁴. Jeżeli ustawodawca unijny uznałby za celowe uregulowanie tajemnicy państwowej (unijnej) i zmienił w ten sposób zakres zachowań bezprawnych dotyczących ujawniania informacji oznaczonych klauzulą „tajne” lub „ściśle tajne”, to automatycznie zmieniłby się zakres zachowań karalnych.

Raz jeszcze powtórzyć należy, że jeżeli art. 181 u.o.i.f. brzmiałby: „Kto wykorzystuje informacje poufne, podlega karze...”, to po wejściu w życie rozporządzenia MAR nie budziłoby zasadniczo wątpliwości, że zakres zachowań bezprawnych – a w konsekwencji też zakres zachowań karalnych – ustalany jest w oparciu o przepisy tego aktu normatywnego. Osoby, które popełniły czyn zabroniony po wejściu w życie rozporządzenia, odpowiadałaby za czyn zabroniony z art. 181 u.o.i.f., którego znamiona musiałyby być odczytywane z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia MAR; i nie miałyby znaczenia dla tej kategorii przypadków³⁵, czy zakres bezprawności, a w konsekwencji zakres kryminalizacji, będzie szerszy czy też węższy w stosunku do poprzednio obowiązującego stanu prawnego.

Oczywiście taka sytuacja z perspektywy zasad prawa karnego – a przede wszystkim zasady *ultima ratio* prawa karnego³⁶ – jest trudna do zaakceptowania. Rozszerzenie zakresu zachowań bezprawnych nie powinno bowiem prowadzić a u t o m a t y c z n i e do rozszerzenia zakresu zachowań karalnych³⁷. To, że ustawodawca – czy to polski, czy unijny – dochodzi do wniosku, że należy wprowadzić zakaz podejmowania określonych zachowań (dotychczas dozwolonych), nie oznacza, że uznaje je za zachowania na tyle społecznie szkodliwe (na płaszczyźnie abstrakcyjnej), że konsekwencją dopuszczenia się tych zachowań powinno być pociągnięcie sprawcy do odpowiedzialności karnej. Sytuacja, w której automatyczne rozszerzenie zakresu

³³ Dz.U. 2016, poz. 1167 ze zm.

³⁴ Zob. W. Wróbel, w: *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz. Tom 2. Komentarz do art. 117-277*, red. A. Zoll, Warszawa 2013, s. 1470.

³⁵ Miałyby natomiast znaczenie z perspektywy zasady *lex mitior agit*, o której mowa w art. 4 k.k.

³⁶ Na temat zasady *ultima ratio* prawa karnego, zasady subsydiarności prawa karnego zob. S. Żółtek, *Prawo karne gospodarcze w aspekcie zasady subsydiarności*, Warszawa 2009, s. 79 i n.

³⁷ Nie oznacza to, że aktualnie zmiana zakresu zachowań bezprawnych nie prowadzi do zmiany zakresu zachowań karalnych. Istotne jest jednak, aby ustawodawca w konkretnym przypadku miał świadomość, że konsekwencją rozszerzenia zakresu zakazu w ustawie regulującej daną dziedzinę życia jest rozszerzenie zakresu zachowań karalnych (przestępnych).

bezprawności prowadzi do rozszerzenia zakresu karalności (szczególnie gdy zakres bezprawności ustalany jest przez uregulowania kreowane nie przez polskiego ustawodawcę), jest trudna do zaakceptowania. Po wejściu w życie traktatu lizbońskiego ustawodawca unijny wprowadzie ma możliwość stanowienia bezpośrednio obowiązujących norm sankcjonujących prawa karnego³⁸, jednakże truizmem jest twierdzenie, że musi to być zabieg celowy, a nie przypadkowa konsekwencja rozszerzenia zakresu zachowań bezprawnych.

W tym kontekście postulować należałoby posługiwanie się techniką legislacyjną zastosowaną (przynajmniej częściowo) w ustawie o obrocie instrumentami finansowymi, czyli dokładne wskazanie na źródło normy sankcjonowanej, której naruszenie jest zagrożone karą kryminalną. Znajduje to uzasadnienie w § 75 Zasad techniki prawodawczej z 2002 r.³⁹ Wprowadzie zgodnie z pkt 1 pierwszym tego paragrafu w przepisie karnym znamiona czynu zabronionego określa się w sposób wyczerpujący bez odsyłania do nakazów albo zakazów zawartych w pozaustawowych przepisach tej samej ustawy lub w przepisach innych ustaw, w tym ustaw określanych jako „kodeks”, albo w postanowieniach umów międzynarodowych ratyfikowanych za zgodą wyrażoną w ustawie – jednakże pkt 2 stanowi już, że odesłanie, o którym mowa w ust. 1, stosuje się tylko w przypadku, gdy bezprawność czynu polega na naruszeniu nakazów albo zakazów wyraźnie sformułowanych w innych przepisach tej samej ustawy albo postanowieniach umów międzynarodowych ratyfikowanych za zgodą wyrażoną w ustawie. W takim przypadku w przepisie karnym można odesłać do określonego przepisu tej samej ustawy albo do postanowienia oznaczonej umowy międzynarodowej, używając zwrotu: „Kto wbrew przepisom art. ... (postanowieniom art. ... umowy ...)”. Wówczas jednakże trzeba mieć świadomość, że w takim przypadku, w momencie uchylecia zakazu, do którego odwołuje się przepis karny, dochodzi automatycznie do uchylecia karalności zachowań objętych dotychczas zakazem.

Na marginesie zwrócić należy uwagę na uchwałę składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z 28 stycznia 2016 r. (I KZP 15/15), z której wynika możliwość kwalifikowania z art. 56 ustawy z dn. 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii⁴⁰ zachowań sprzecznych z innymi przepisami niż te wyraźnie

³⁸ Zob. W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2010, s. 103–104. Zob. ponadto A. Lach, *Model wymiaru sprawiedliwości w sprawach karnych w Unii Europejskiej*, „Państwo i Prawo” 2009, nr 6, s. 90–99.

³⁹ Wskazuje na to też Sąd Najwyższy w uzasadnieniu uchwały z 28 I 2016 r., I KZP 15/15, OSNKW 2016, nr 3, poz. 18.

⁴⁰ Dz.U. 2016, poz. 224 ze zm.

wskazane w treści przepisu karnego, uzasadniana koniecznością dochowania zobowiązań międzynarodowych. Takie rozumowanie jest jednak sprzeczne z zasadą *nullum crimen sine lege*. Na marginesie należy raz jeszcze zauważyć⁴¹, że Sąd Najwyższy miesza zagadnienie zakresu kryminalizacji (znamion typu czynu zabronionego) z problematyką prawa karnego międzynarodowego. Uregulowania tego ostatniego wskazują wprost na fakt oddziaływania przepisów prawa polskiego, także tych określających zakres bezprawności, poza terytorium Polski. W innym przypadku bezprzedmiotowe byłoby wyłączenie warunku podwójnej karalności i dopuszczalność skazywania na podstawie prawa polskiego za przestępstwa popełnione za granicą, nawet jeżeli zachowanie danej osoby w perspektywie prawa obowiązującego w miejscu popełnienia przestępstwa było nie tylko niekaralne, ale nawet legalne.

Cytowana powyżej uchwała Sądu Najwyższego, a precyzyjniej zawarte w niej rozumowanie, może mieć znaczenie z perspektywy oceny karalności zachowań penalizowanych w przepisie, który jako znamię typu czynu zabronionego (decydujące o bezprawności zachowania) wskazuje *expressis verbis* konkretny przepis ustawy. Przyjmując je za zasadne, należałoby uznać, że nie ma aktualnie wątpliwości co do karalności wykorzystania informacji poufnych w zakresie wyznaczonym *de facto* przez przepisy rozporządzenia MAR, stanowiące podstawę do dekodowania normy sankcjonowanej. Zobowiązania międzynarodowe – do których nawiązywał Sąd Najwyższy w przywołanej uchwale – czyli w omawianym przypadku regulacje zawarte w dyrektywie MAD II, mogłyby bowiem stanowić doskonałe uzasadnienie dla konieczności odwołania się do przepisów rozporządzenia dla odczytania zakresu zachowań karalnych.

Powracając do zagadnienia związanego ze sposobem sformułowania znamion typu czynu zabronionego w przepisach ustawy o obrocie instrumentami finansowymi, zwrócić należy uwagę, że w analizowanym przypadku mamy do czynienia nie tylko z odesłaniem blankietowym, ale i z posługiwaniem się zarówno w ramach tego odesłania, jak i „poza nim” pojęciami normatywnymi, którym w procesie interpretacji możemy nadać znaczenie albo zawarte w przepisach ustawy nadal obowiązującej (choć nie w pełnym zakresie stosowanej, czyli ustawy o obrocie instrumentami finansowymi), albo w przepisach rozporządzenia unijnego. Przepisy obu aktów normatywnych mogą mieć też odmiennie ukształtowany zakres okoliczności – mówiąc w uproszczeniu – wyłączających bezprawność.

⁴¹ Zob. A. Barczak-Oplustil, *Przegląd orzecznictwa Sądu Najwyższego i sądów apelacyjnych*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2004, nr 2, s. 220.

Zgodnie bowiem z art. 181 u.o.i.f. podlega grzywnie do 5 000 000 zł albo karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5, albo obu tym karom łącznie ten, kto wbrew zakazowi, o którym mowa w art. 156 ust. 1, wykorzystuje informację poufną. O ile przepis, do którego odwołuje się przepis karny, statuuje zakaz wykorzystania informacji poufnych⁴², o tyle definicja tego, czym jest informacja poufna, zawarta już została w art. 154 u.o.i.f., a zakres dozwolonego wykorzystania tej informacji – w art. 156 ust. 7 u.o.i.f. Do obu tych przepisów nie odwołuje się bezpośrednio ani art. 181 u.o.i.f., ani art. 156 ust. 1 u.o.i.f. Postawić sobie zatem należy pytanie: czy po 3 lipca 2016 r. dla określenia, co jest informacją poufną, jak też dla zdekodowania zakresu okoliczności stanowiących dozwolone wykorzystanie informacji poufnych, a w konsekwencji dla ustalenia, czy dane zachowanie stanowi czyn zabroniony, stosujemy przepisy rozporządzenia MAR czy przepisy ustawy? A precyzyjniej: czy jeżeli stosując przepisy rozporządzenia, okazałoby się, że dane zachowanie (legalne na gruncie u.o.i.f.) stanowi czyn zabroniony pod groźbą kary ze względu np. na to, że wykorzystana informacja mieści się w zakresie desygnatów pojęcia „informacja poufna” użytego zarówno w przepisie, do którego odsyła przepis karny, jak i w samym przepisie karnym, to czy skazanie za taki czyn naruszałoby zasadę *nullum crimen sine lege*, czy też nie? Gdyby omawiany przepis brzmiał: „Kto narusza zakaz określony w art. 156 ust. 1 u.o.i.f....”, to wtedy więcej argumentów przemawiałoby za koniecznością odwołania się przy odczytaniu zakresu normy sankcjonowanej do przepisów ustawy o obrocie instrumentami finansowymi, definiującymi m.in. to, co stanowi informację poufną oraz jak rozumieć należy jej wykorzystanie. Jednakże nawet przy takim sformułowaniu przepisu karnego jak obecnie przyjęć należy, że ponieważ treść zakazu wyrażonego w art. 156 ust. 1 u.o.i.f. należy odczytywać z uwzględnieniem przepisów ustawy o obrocie instrumentami finansowymi, to dla dekodowania zakresu karalnego wykorzystania informacji poufnych należy sięgnąć także do regulacji tego aktu. Innymi słowy, o tym, co jest informacją poufną, przesądzają przepisy powołanej ustawy. Fakt użycia w art. 181 u.o.i.f. dodatkowo w znamionach

⁴² Odmienne M. Rams (*O sposobach...*, publikowany w niniejszym zeszycie), w ocenie którego przepis ten określa tylko zakres podmiotowy sprawców przestępstw opisanych w art. 180–182 u.o.i.f. Podobne znaczenie normatywne art. 156 u.o.i.f. przypisano w opracowaniu: G.J. Artymiak, Sz. Tarapata, *Przepis karny odsyłający do regulacji kolidującej z rozporządzeniem Unii Europejskiej (konsekwencje w perspektywie zasad wykładni)*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2017, z. 1 (publikowany w niniejszym zeszycie), jak też w opracowaniu: M. Derek, *Przepis...* (publikowany w niniejszym zeszycie).

typu sformułowania „informacja poufna”, które może być definiowane z odwołaniem się bezpośrednio do prawa unijnego, jest irrelevantny, jako że przepis jednoznacznie wskazuje, że jego celem jest penalizacja naruszenia zakazu wyrażonego w art. 156 ust. 1 u.o.i.f., a dla odczytania tego zakazu konieczne jest odwołanie się do definicji informacji poufnych zawartej w tej ustawie. Jeżeli ten zakaz byłby ujęty szerzej niż w rozporządzeniu MAR, to zgodnie z zasadą pierwszeństwa prawa wspólnotowego norma sankcjonowana w tym zakresie nie może być stosowana, a zatem zachowanie *prima facie* sprzeczne z tym zakazem nie będzie zabronione pod groźbą kary.

Dużo więcej wątpliwości budzi odpowiedź na pytanie o sposób wykładni znamienia czasownikowego „wykorzystuje”, dotychczas zdefiniowanego w art. 156 ust. 4 u.o.i.f. Po 3 lipca 2016 r. dla określenia, kiedy mamy do czynienia z „wykorzystaniem” informacji poufnych, należy sięgnąć do art. 8 ust. 1 rozporządzenia MAR. Jednocześnie art. 9 rozporządzenia MAR określa uprawnione zachowania niestanowiące zakazanego wykorzystania informacji poufnych, przy czym – co będzie miało znaczenie z perspektywy ustalenia znaczenia normatywnego tej regulacji – w art. 9 ust. 6 wskazano:

Niezależnie od ust. 1–5 niniejszego artykułu można jednak uznać, że naruszenie zakazu wykorzystywania informacji poufnych określonego w art. 14 miało miejsce, jeżeli właściwy organ ustali, że powody składania zleceń, dokonywania transakcji lub podejmowania innych zachowań były nieuprawnione⁴³.

Artykuł 156 ust. 7 u.o.i.f. wskazuje, kiedy nie mamy do czynienia z wykorzystaniem informacji poufnych – przepis ten może być potraktowany jako doprecyzowujący treść zakazu⁴⁴. Ma to olbrzymie znaczenie z tego względu, że należy przyjąć, iż przy badaniu, czy dane zachowanie zabronione jest pod groźbą kary, zakres zakazu, którego naruszenie penalizowane jest przez ten przepis, wyznaczają zasadniczo regulacje ustawy o obrocie instrumentami finansowymi. Odnośnie innych okoliczności mających znaczenie dla przestępności czynu zabronionego (nieobjętych bezpośrednim odesłaniem zawartym w art. 181 u.o.i.f.) zastosowanie znaleźć powinny nie przepisy ustawy, ale – zgodnie z zasadą pierwszeństwa prawa unijnego – rozporządzenia MAR. Oznacza to, że jeżeli zakres okoliczności wyłączających przestępność czynu, a znajdujących się poza zakresem normy sankcjonowanej, jest węższy ujęty w przepisach rozporządzenia MAR niż w ustawie o obrocie instrumentami

⁴³ J. Dybiński, w: *System...*, s. 1348.

⁴⁴ Zob. M. Glicz, w: *Prawo rynku kapitałowego. Komentarz*, red. M. Wierzbowski, L. Sobolewski, P. Wajda, Warszawa 2012, s. 1501.

finansowymi, to z momentem wejścia w życie rozporządzenia MAR mamy do czynienia z rozszerzeniem zakresu zachowań karalnych. Rozporządzenie MAR – ze względu na sposób sformułowania art. 181 ust. 1 u.o.i.f. – nie może jedynie doprowadzić do rozszerzenia zakresu zakazu ujętego w normie sankcjonowanej, którego naruszenie stanowi czyn zabroniony pod groźbą kary.

W tym kontekście wątpliwości na temat charakteru okoliczności uregulowanych w art. 9 rozporządzenia MAR przestają mieć czysto teoretyczny charakter. Przyjęcie bowiem, że mają one znaczenie dla ustalenia, czy zachowanie stanowiło zakazane wykorzystanie informacji poufnych⁴⁵, a zatem że muszą mieć znaczenie przy badaniu, czy zachowanie sprawcy było bezprawne, nie przesądza jeszcze, że przepis ten stanowi podstawę dekodowania normy sankcjonowanej, a nie – szczególnego rodzaju okoliczność kontratypową. Mając na względzie, że dla przyjęcia dopuszczalnego wykorzystania znaczenie ma element podmiotowy (intencje), można znaleźć argumenty dla uznania tego przepisu za swoistego rodzaju kontratyp ustawowy, znajdujący się poza zakresem znamion typu czynu zabronionego. Ostateczna odpowiedź na to pytanie wymaga jednak doskonałej znajomości funkcjonowania rynku instrumentów finansowych, aby móc ustalić, czy z perspektywy dobra prawnego dana regulacja bliższa jest regułom postępowania z dobrem prawnym (i stanowi znamię normy sankcjonowanej), czy też – w uproszczeniu – opisuje zachowania zagrażające dobru prawnemu i zasadniczo niedozwolone, ale ze względu na konieczność ochrony innych dóbr prawnych wyjątkowo uznane za zgodne z prawem.

Powyższe rozważania stanowią jeden z argumentów wskazujących na niezasadność wyrażanego w doktrynie prawa karnego stanowiska, zgodnie z którym norma sankcjonowana jest wyznaczana w swym zasadniczym aspekcie przez przepis prawa karnego, jako że „nie widać argumentów, które kazałyby zasadniczo wywodzić bezprawność z innych niż prawo gałęzi prawa”⁴⁶. Funkcją prawa karnego nie jest bowiem regulowanie stosunków społecznych, ale ich ochrona. Parafrazując stwierdzenie prof. Cieślaka⁴⁷, należy

⁴⁵ Zob. J. Dybiński, w: *System...*, s. 1347–1348.

⁴⁶ S. Żółtek, *Znaczenie...*, s. 355, przypis 1154. Zob. także S. Żółtek, *Prawo...*, s. 163 i n.

⁴⁷ Prof. M. Cieślak w artykule: *O węzłowych pojęciach związanych z sensem kary* („Nowe Prawo” 1969, nr 12; przedrukowanym w: *Dzieła wybrane. Tom V. Prawo karne materialne. Artykuły, studia i inne prace*, red. S. Waltoś, Kraków 2011, s. 140) stwierdził: „Gdyby więc ludzkość doszła kiedyś do tego stopnia moralnej doskonałości, że uważałaby przebaczenie za wystarczające skwitowanie społecznie szkodliwego czynu lub nawet uznawała za możliwe zapłatę dobrem za zło, wówczas reakcje tego rodzaju czyniłyby zadość społecznemu poczuciu sprawiedliwości, choć pozbawione byłyby elementu dolegliwości”.

stwierdzić, że gdyby ludzkość osiągnęła taki stopień doskonałości, że normy prawne byłyby przestrzegane mocą swojego autorytetu, prawo karne mogłoby – przynajmniej w pewnym zakresie – okazać się zbędne. Z tego powodu prawo karne stanowi jednak „aneks składający się z norm sankcjonujących do ustanawianych czy istniejących poza nim norm sankcjonowanych”⁴⁸.

Na zakończenie kilka zdań należy poświęcić interpretacji art. 11 ustawy wdrażającej dyrektywę MAD II, zgodnie z którym:

Za zachowania zaistniałe przed dniem wejścia w życie ustawy, stanowiące naruszenie przepisów ustawy zmienianej w art. 1 oraz ustawy zmienianej w art. 7, w brzmieniu dotychczasowym, sankcję wymierza się według przepisów dotychczasowych, chyba że sankcja wymierzona według przepisów ustawy zmienianej w art. 1 lub ustawy zmienianej w art. 7, w brzmieniu nadanym niniejszą ustawą, byłaby względniejsza dla strony postępowania.

Pojawia się pytanie, czy przepis ten wchodzi w skład tzw. prawa karnego intertemporalnego i wyłącza – przynajmniej w pewnym zakresie – zastosowanie art. 4 k.k. Przypomnieć należy, że zgodnie z art. 116 k.k.:

Przepisy części ogólnej tego kodeksu stosuje się do innych ustaw przewidujących odpowiedzialność karną, chyba że ustawy te wyraźnie wyłączają ich zastosowanie.

Zgodnie z przyjętym w doktrynie i w orzecznictwie poglądem, dla przyjęcia, że doszło do wyraźnego wyłączenia stosowania przepisu części ogólnej, wystarcza samo odmienne uregulowanie określonej kwestii; nie jest konieczne wymienienie *expressis verbis* przepisu części ogólnej Kodeksu karnego, który nie znajduje zastosowania⁴⁹, przy czym w razie wątpliwości, czy przepis ustawy pozakodeksowej wyłączył zastosowanie przepisu części ogólnej, należy przyjąć, że takie wyłączenie nie nastąpiło⁵⁰.

Takie wątpliwości odnośnie art. 11 ustawy wdrażającej dyrektywę MAD II niewątpliwie występują. Przypomnieć należy, że w jednej z wcześniejszych wersji projektu (z 21 kwietnia 2016 r.)⁵¹ odpowiednik art. 11 – art. 8 ust. 2 –

⁴⁸ Z. Jędrzejewski, *Bezprawność jako element przestępności czynu. Studium na temat struktury przestępstwa*, Warszawa 2009, s. 146. Autor podkreślał, że prawo karne takim aneksem nie jest.

⁴⁹ Zob. J. Raglewski, w: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz. Tom I. Komentarz do art. 53-116*, red. W. Wróbel, A. Zoll, Warszawa 2016, s. 1085 i cyt. tam literatura.

⁵⁰ Zob. A. Zoll, *Glosa do uchwały składu siedmiu sędziów SN z 27 IX 1985 r., VI KZP 27/85*, „Państwo i Prawo” 1987, z. 2, s. 144.

⁵¹ Zob. < <http://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/12284550/12348364/12348365/dokument-217814.pdf> >.

odwoływał się wprost do określenia „sankcji administracyjnej” (a nie do „sankcji”). Zgodnie z treścią tego przepisu:

Za zachowania zaistniałe przed dniem wejścia w życie ustawy, stanowiące naruszenie przepisów ustawy zmienianej w art. 1, w brzmieniu dotychczasowym, sankcję administracyjną wymierza się według przepisów dotychczasowych, chyba że sankcja administracyjna wymierzona według przepisów ustawy zmienianej w art. 1 w brzmieniu nadanym niniejszą ustawą, byłaby względniejsza dla strony postępowania.

Po przeprowadzeniu uzgodnień w tabeli, w której zawarte były zgłoszone zastrzeżenia, można przeczytać uwagę (l.p. 144) następującej treści:

W art. 8 ust. 2 projektu przewiduje się przepis przejściowy dotyczący sankcji administracyjnych. Wymaga wyjaśnienia, dlaczego przepis ten dotyczy wyłącznie sankcji, o których mowa w ustawie o obrocie, pomijając fakt dokonywania analogicznych zmian w innych ustawach, np. w ustawie o giełdach towarowych (art. 3 projektu) czy ustawie o ofercie (art. 6 projektu)⁵².

Obok tej uwagi można przeczytać adnotację: przyjęta. W wersji projektu z 28 czerwca 2016 r. odpowiednia treść przepisu (oznaczonego już jako art. 10 ust. 2) brzmi:

Za zachowania zaistniałe przed dniem wejścia w życie ustawy, stanowiące naruszenie przepisów ustawy zmienianej w art. 1 oraz ustawy zmienianej w art. 7, w brzmieniu dotychczasowym, sankcję wymierza się według przepisów dotychczasowych, chyba że sankcja wymierzona według przepisów ustawy zmienianej w art. 1 lub ustawy zmienianej w art. 7, w brzmieniu nadanym niniejszą ustawą, byłaby względniejsza dla strony postępowania.

Jak widać projektodawca zmienił zakres zastosowania przepisu nie tylko przez rozszerzenie zakresu ustaw, w przypadku których znajduje on zastosowanie, ale ponadto przez rozszerzenie go na wszystkie sankcje, nie tylko te o charakterze administracyjnym.

Nie wymaga uzasadnienia teza, zgodnie z którą przepis wprowadza zasadę stosowania ustawy obowiązującej dotychczas, chyba że ustawa aktualnie obowiązująca będzie względniejsza dla sprawcy (art. 4 k.k. statuuje zasadę stosowania ustawy nowej, chyba że poprzednio obowiązująca ustawa jest względniejsza dla sprawcy). Nie powinno budzić także najmniejszych

⁵² Raport z konsultacji Projektu ustawy o zmianie ustawy o obrocie instrumentami finansowymi oraz niektórych innych ustaw, < <http://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/1228450/12348364/12348365/dokument230080.pdf> >.

wątpliwości, że – niezależnie od tego, czy w przypadku przestępstw z art. 181 u.o.i.f. znajdzie zastosowanie art. 4 k.k., czy art. 11 ust. 2 ustawy wdrażającej dyrektywę MAD II – za czyny, które stają się przestępstwami dopiero po wejściu w życie ustawy wdrażającej (mimo że w czasie czynu były zachowaniami bezprawnymi ze względu na obowiązywanie regulacji rozporządzenia MAR), nie można być pociągniętym do odpowiedzialności karnej ze względu na zasadę wynikającą z art. 42 ust. 1 Konstytucji (zachowanie musi być w czasie czynu czynem zabronionym pod groźbą kary, a nie tylko czynem bezprawnym).

W prawie karnym zasadnicze znaczenie przypisujemy wykładni językowej, jednakże zastosowanie znajduje także wykładnia celowościowa (funkcjonalna) i historyczna. Z perspektywy wykładni językowej nie budzi wątpliwości, że termin „sankcja” obejmuje także sankcje karne (kary). Wykładnia funkcjonalna i historyczna uzasadniają jednakże twierdzenie, że art. 11 ust. 2 ustawy wdrażającej dyrektywę MAD II nie dotyczy kar wymierzanych na podstawie ustawy o obrocie instrumentami finansowymi (dział X ustawy), co do których znajduje w dalszym ciągu zastosowanie art. 4 k.k. Trudno przede wszystkim znaleźć racjonalne uzasadnienie – przynajmniej z perspektywy sankcji karnych – dlaczego ustawodawca miałby zrezygnować z utrzymania kodeksowego domniemania stosowania ustawy nowej, chyba że poprzednio obowiązująca była względniejsza dla sprawy. Taki stan oznaczałby bowiem konieczność współstosowania (w szerszym zakresie) przez sądy ustawy o obrocie instrumentami finansowymi dla odczytania treści zakazu oraz przepisów rozporządzenia MAR w zakresie pozostałych okoliczności mogących mieć wpływ na przestępność czynu. Mając na względzie brak precyzyjnych kryteriów pozwalających na „odróżnienie” przepisów stanowiących podstawę dla dekodowania zakazu od pozostałych przepisów opisujących okoliczności relewantne dla stwierdzenia przestępności czynu, takie uregulowanie przedłuża stan niepewności prawa. Ponadto historia zmian treści projektowanego przepisu – ostatecznie oznaczonego jako art. 11 ust. 1 – nie uzasadnia twierdzenia, że projektodawcom (w momencie, w którym skreślali doprecyzowanie „administracyjne”) chodziło o objęcie terminem „sankcja” także sankcji karnych, a precyzyjniej – kar wymierzanych na podstawie działu X ustawy. Biorąc powyższe pod uwagę, należy przyjąć, że art. 11 ustawy wdrażającej dyrektywę MAD II nie stosujemy do przepisów karnych ustawy o obrocie instrumentami finansowymi, co do których na zasadzie art. 116 k.k. zastosowanie znajdzie art. 4 k.k. A zatem zarówno do czynów popełnionych przed 3 lipca 2016 r., jak i do czynów popełnionych pomiędzy 3 lipca a dniem wejścia w życie ustawy wdrażającej dyrektywę MAD II stosuje

się przepisy ustawy nowej (czyli obowiązujące po wejściu w życie ustawy wdrażającej dyrektywę MAD II), chyba że w konkretnym stanie faktycznym względniejsza będzie ustawa obowiązująca poprzednio (w przypadku czynów popełnionych przed 3 lipca 2016 r. może to być zarówno stan prawny obowiązujący w czasie czynu – czyli zanim weszło w życie rozporządzenie MAR – jak i tzw. ustawa pośrednia, tj. stan prawny obowiązujący pomiędzy 3 lipca 2016 r. a momentem wejścia w życie ustawy wdrażającej MAD II).

Entry into force of the EU law and the scope of criminal liability for a prohibited act described in the form of a blanket provision (a case study)

Summary

The article is intended to answer the question of the scope of criminal liability for the offenses described in the Act of 29th July 2005 on Trading in Financial Instruments, after the entry into force of the so-called MAR Regulation, and lack of implementation of the so-called MAD II Directive. The problem that arises is the consequence of the blanket criminal provisions, referring to the specific provisions of the above-mentioned Act, whereas, since the entry into force of the MAR Regulation, the scope of unlawfulness will in practice be decoded from the provisions of MAR Regulation. The answer to this question requires analysis of Art. 91 ust. 3 of Polish Constitution, and the possibility of a different understanding of the term „collision”, as used in this provision, in the case in which subjects of such collision are the regulations belonging to different legal systems.

Key words: EU law, trading of financial instruments, prohibition of insider dealing, rules of statutory interpretation

Agnieszka Barczak-Oplustil – dr, Uniwersytet Jagielloński, Katedra Prawa Karnego (adiunkt)