**Opinia Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego dotycząca wystąpienia Rzecznika Praw Obywatelskich do Ministra Sprawiedliwości w sprawie działań firm windykacyjnych, noszących znamiona nękania dłużników.**

Pismem z dnia 17 lipca 2023 r. (II.501.2.2023.MM) Rzecznik Praw Obywatelskich – Marcin Więcek zwrócił się do Ministra Sprawiedliwości „z uprzejmą prośbą o poinformowanie (…) o przyczynach rezygnacji Ministerstwa Sprawiedliwości z pierwotnie zaproponowanej zmiany legislacyjnej polegającej na dodaniu do art. 190a k.k. formy popełnienia tego czynu w celu wymuszenia zwrotu wierzytelności” oraz o „informację, czy w ocenie Pana Ministra obowiązujące przepisy pozwalają obecnie na dostateczną ochronę obywateli przed opisanymi w niniejszym wystąpieniu praktykami, czy też znajduje uzasadnienie potrzeba podjęcia stosownej inicjatywy legislacyjnej dla jej prawnego zagwarantowania”. W piśmie RPO przywołał niedoszłą nowelizację z 2019 r. i jej uzasadnienie, zgodnie z którym „działanie sprawcy w celu wymuszenia zwrotu wierzytelności winien być zagrożony surowszą karą pozbawienia wolności od 6 miesięcy do 8 lat, jak w przypadku innych przestępstw o podobnym społecznym zagrożeniu. Jako przykład można wskazać przestępstwo zmuszania do określonego zachowania w art. 191 § 2 k.k.”. Zdaniem RPO „(o)statecznie więc stalking w celu zwrotu wierzytelności nie został wprowadzony do Kodeksu karnego”, ponieważ „aktualnie osobom nękanym przez firmy windykacyjne, których działania wypełniają znamiona przestępstwa określonego w art. 190a § 1 k.k., nie przysługuje ochrona z uwagi na to, że poszczególne czynności dokonywane są przez wiele różnych osób”, co oznacza, że nie realizują one znamienia uporczywości. Ponadto RPO zauważył, że wobec firm windykacyjnych nie można zastosować ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary.

W świetle przywołanego pisma Komisja Kodyfikacyjna zidentyfikowała trzy problemy dotyczące decyzji legislacyjnej:

1. wprowadzenie typu kwalifikowanego stalkingu popełnionego przez windykatora,
2. odpowiedzialność windykatora za jednorazowe naruszenie „komfortu” dłużnika,
3. odpowiedzialność pracodawcy windykatorów, którzy „w sumie” uporczywie nękali dłużnika.

Sformułowanie ostatecznej konkluzji poprzedzić musi przedstawienie następujące zagadnień: zasad pracy windykatora (reguł postępowania), rozpoznanie nieakceptowalnych zachowań windykacyjnych (analiza kryminologiczna) oraz prezentacja obowiązującego stanu prawnego.

Zacząć należy od uwagi, iż działania wierzyciela dzielą się na dwa etapy: windykację polubowną oraz sądową i komorniczą; cechą pierwszej jest współpraca wierzyciela z dłużnikiem, drugiej – przymus. Przymusowy charakter egzekwowania wierzytelności na drodze sądowej i komorniczej – jako zgodny z prawem – nie może być uznany za nękanie (zarówno *de lege lata*, jak i w sferze postulatów *de lege ferenda*). Zasady pracy windykatora *de lege lata* nie zostały normatywnie określone. Dostępne publikacje mają charakter poradnikowy, których celem jest wskazanie najskuteczniejszych legalnych działań windykacyjnych (M. Bekas, Windykacja. Praktyczny poradnik dla wierzycieli, Warszawa 2021, s. 158 i 126). Wskazuje się m.in., iż „nie ilość listów, telefonów, e-maili rozstrzyga, czy mamy do czynienia ze stalkingiem, ale to czy dłużnik nie sprzeciwia się ich kierowaniu do siebie. Gdy dłużnik oświadczy, iż nie życzy sobie dalszego nagabywania, wierzycielowi nie pozostanie nic innego, jak skierować sprawę do sądu” (<https://www.rp.pl/prawo-w-firmie/art14243691-windykacja-wierzytelnosci-bez-obawy-oskarzenia-o-stalking>).

Odnotować przy tym należy, że zadania i zasady prowadzenia windykacji były przewidziane w projekcie ustawy o działalności windykacyjnej i zawodzie windykatora z 2022 r. (<https://www.gov.pl/web/premier/projekt-ustawy-o-dzialalnosci-windykacyjnej-i-zawodzie-windykatora-oraz-zmianie-niektorych-innych-ustaw>). Przykładowo, w myśl art. 26 ust.1 osoba zobowiązana na każdym etapie windykacji może wnieść sprzeciw wobec podejmowanych w stosunku do niej czynności windykacyjnych. Najpóźniej przy pierwszej czynności należy osobę zobowiązaną pouczyć o prawie żądania zaprzestania czynności windykacyjnych (sprzeciwu). Samo zaś złożenie sprzeciwu miało obligować windykatora do natychmiastowego zaprzestania czynności windykacyjnych wobec osoby zobowiązanej (art. 26 ust. 2 projektowanej ustawy). Kolejne przepisy przewidywały dalsze zasady prowadzenia działalności windykacyjnej:

***Art. 29.*** *1. Niedopuszczalny jest kontakt telefoniczny z osobą zobowiązaną* *w dniach ustawowo wolnych od pracy oraz w pozostałych dniach tygodnia w godzinach od 17 do 9. Dotyczy to także przesyłania wiadomości tekstowych oraz połączeń realizowanych przy użyciu automatycznego urządzenia.*

*2. Niedopuszczalne jest wykonanie przez windykatorów jednego przedsiębiorstwa windykacyjnego w ciągu tygodnia więcej niż 3 połączeń telefonicznych lub przesłania więcej niż 3 wiadomości tekstowych do osoby zobowiązanej. Dotyczy to także połączeń realizowanych przy użyciu automatycznego urządzenia.*

***Art. 31.*** *W toku czynności windykacyjnych, niedopuszczalne jest w szczególności:*

*1) naruszanie godności ludzkiej, prawa do prywatności, prawa do leczenia, prawa do wypoczynku, prawa do wykonywania czynności zarobkowych oraz innych praw osobistych osoby zobowiązanej;*

*2) udostępnianie informacji zarówno o stanie majątkowym, zadłużeniu osoby zobowiązanej, jak i o podejmowanych wobec tej osoby czynnościach windykacyjnych w sposób, który umożliwia zapoznanie się z tymi informacjami przez osoby trzecie (…).*

Równocześnie jako nieakceptowalne zachowania windykatorów wymienia się: samosądy i „egzekucje” długów, które bardzo często przybierają brutalne formy (np. przemocy w postaci pobicia lub powoduje u ofiary tzw. ciężki, czy też średni uszczerbek na zdrowiu) lub groźby, nachodzenie dłużnika w domu i „szacowanie”/lustrację majątku, niepokojenie częstymi telefonami lub pismami – zazwyczaj kilka, a nawet kilkanaście telefonów w tygodniu, zawiadomienie sąsiadów i/lub pracodawcy o zadłużeniu o kłopotach z odzyskaniem wierzytelności, podszywanie się pod komorników (wprost lub pośrednio), korzystanie ze środków dostępnych wyłącznie dla komorników. Częstymi praktykami podmiotów zajmujących się odzyskiwaniem długów są m.in. żądanie uiszczenia dodatkowej opłaty za podejmowane wobec tej osoby czynności windykacyjne. Wskazuje się także przykłady niedopuszczalnych praktyk windykacyjnych, potwierdzonych orzeczeniami sądów powszechnych: stosowanie lustracji mieszkań przez tzw. windykatorów terenowych (wyrok SA w Warszawie z 11 października 2018 r. I ACa 387/18); kierowanie czynności windykacyjnych przeciwko krewnym i sąsiadom dłużnika (wyrok SA we Wrocławiu z 4 maca 2014 r. I ACa 45/14), stwarzanie pozorów podejmowania czynności, które są dopuszczalne jedynie po wszczęciu egzekucji przez uprawnione organy, (wyrok SA w Warszawie z 10 czerwca 2011 r. VI ACa 84/11); nękanie pokrzywdzonego telefonami i wezwaniami wysyłanymi drogą pocztową po prawomocnym oddaleniu przeciwko niemu powództwa, kontaktowanie się telefoniczne z dłużnikiem w godzinach wieczornych lub nocnych, w tym przy wykorzystaniu automatycznej sekretarki (wyrok SA we Wrocławiu z 15 lutego 2013 r. I ACa 31/13) (pismo z 3 czerwca 2024 r. K. R. Karsznickiego, Prokuratura Krajowa, M. Budyn-Kulik, Komentarz do art. 190a KK, teza 40, Uzasadnienie projektu ustawy z 2022 r.).

*De lege lata* istnieje wiele regulacji prawnokarnych, które mogą stać się podstawą karnoprawnego wartościowania niepożądanych zachowań windykatorów.

Przede wszystkim jest to przepis art. 190 a k.k. (potocznie nazywanym przestępstwem stalkingu). Przy czym podkreślić należy, że „motyw działania sprawcy nie musi więc być społecznie naganny” (J. Giezek (red.), Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz-Lex do art. 190a k.k.), a to oznacza, że uporczywe nękanie w celu uzyskania zwrotu wierzytelności mieści się w zakresie tego przepisu. SN w wyroku z 2 grudnia 2020 r. zauważył, iż „(n)awet jeśli pokrzywdzona dążyła do renegocjacji zawartej z bratem ugody, to sposób jej zachowania – jak wynika z dokonanych w sprawie ustaleń faktycznych – mógł mieć charakter zachowania opisanego w art. 190a § 1 kk. Realizacja celu, który sam w sobie nie zasługuje na negatywną ocenę, środkami stanowiącymi uporczywe nękanie innej osoby prowadzące do wzbudzenia w niej poczucia zagrożenia, poniżenia lub udręczenia lub naruszające jej prywatność może wypełniać znamiona przestępstwa z art. 190a kk. Renegocjacja zawartych porozumień zależy od woli ich stron. Jeśli zatem druga strona wyraża niechęć do jego zmiany, dążenie do uzyskania takiego rezultatu przez drugą stronę nie usprawiedliwia skorzystania w tym celu z każdego możliwego sposobu jego realizacji.” (sygn. akt III KK 266/20).

Ponieważ zaniepokojenie RPO budziło także zachowanie windykatorów (najczęściej pracujących w jednej kancelarii windykacyjnej), którzy kolejno dzwoniąc do dłużnika, w razem osiągali efekt nękania, należy wskazać na konstrukcje prawnokarne, umożliwiające pociągnięcie do odpowiedzialności karnej w sytuacji, gdy konkretna osoba nie zrealizowała swoim zachowaniem kompletu znamion typu czynu zabronionego.

Po pierwsze wskazać należy – odnośnie do odpowiedzialności poszczególnych windykatorów – iż zdaniem SN „(c)echą współsprawstwa właściwego jest to, że każdy ze współdziałających wypełnia tylko część znamion czynu zabronionego, jednak łącznie ich zachowania stanowią na tyle pełne wyczerpanie ustawowego opisu czynu, określonego typu przestępstwa, że pozwala to na postawienie wszystkim współdziałającym zarzutu co najmniej usiłowania albo dokonania przestępstwa. Przy współsprawstwie właściwym zachowania naganne poszczególnych osób mogą się wzajemnie dopełniać lub też w mniejszym lub większym stopniu ze sobą pokrywać, przy czym udział poszczególnych współsprawców w realizacji znamion wspólnie popełnionego przestępstwa nie musi być równy. Może być również tak, że jeden ze współsprawców zrealizuje całość znamion, cechujących dany typ przestępstwa, a drugi tylko część z nich. Jednak z racji zawartego porozumienia wszyscy **będą odpowiadać za całość** popełnionego wspólnie przestępstwa, z tej racji, że je zaakceptowali. (…). **Wszyscy współsprawcy nie muszą się ze sobą stykać, a nawet znać i nie muszą posiadać szczegółowej wiedzy o działaniach innych**” (Postanowienie SN z dnia 30 marca 2022 r. sygn. IV KK 99/22). Nie można jednak tracić z pola widzenia faktu, że niewątpliwie nie można mówić o współsprawstwie wówczas, gdy obiektywnie zachowania pojedynczych sprawców się dopełniają, łącznie stanowiąc realizację znamion typu czynu zabronionego, ale zabrakło pomiędzy sprawcami porozumienia (por. W. Wróbel, A. Zoll, Polskie prawo karne, Kraków 2010, s. 257).

Równocześnie charakter pracy windykatorów oraz ich podstawowe zadanie (odzyskanie wierzytelności) powodują, że ewentualną kryminalizację zachowań, polegających na jednorazowym nawiązaniu kontaktu z dłużnikiem, nawet bez wcześniejszego wyrażenia zgody na kontakt przez dłużnika, **nie można uznać na racjonalną**.

Ponadto za nietrafne należy uznać stanowisko RPO: „(o) dokonaniu przestępstwa w formie sprawstwa polecającego można jednak mówić dopiero wtedy, gdy bezpośredni wykonawca zrealizuje czyn zabroniony będący przedmiotem polecenia” czy „(p)onieważ żaden z pracowników firmy windykacyjnej nie popełnia przestępstwa uporczywego nękania (brak wypełnienia znamion), sprawca polecający również go nie popełnia.”. Nie ma bowiem przeszkód w uznaniu za sprawstwo kierownicze lub poleceniowe, sytuacji, gdy **kierujący pracą kilku wierzycieli, zaplanuje ich pracę tak, aby ich łączne zachowanie (nawet nie objęte porozumieniem) realizowało komplet ustawowych znamion.**

Wszystkie zachowania windykatorów (czy ich pracodawców) przekraczające przedmiotowy zakres nękania, mogą być oceniane na podstawie innych przepisów. Wśród nich szczególne znaczenie ma przepis art. 191 § 2 k.k., który przewiduje odpowiedzialność karną za stosowanie przemocy wobec osoby lub groźby bezprawnej w celu wymuszenia zwrotu wierzytelności. Podkreślić zaś w tym miejscu należy, „przemoc” obejmuje zarówno przemoc fizyczną, jak i psychiczną (por. uchwała SN z 31 marca 2021, sygn. akt I KZP 7/20, która dot. art. 41a § 1 k.k., nie ma jednak podstaw, aby w przypadku przywołanej typizacji zwrot ten rozumieć inaczej). Inne regulacje, adekwatne dla oceny pracy windykatora, odnoszą się do groźby karalnej (art. 190 k.k.), naruszenia miru domowego (art. 193 § 1), zniesławienia i zniewagi (art. 212 i art. 216 k.k.), wymuszenie rozbójnicze, którego środkiem przymusu jest groźba rozgłoszenia dotyczącej innej osoby lub osoby dla niej najbliższej wiadomości uwłaczającej czci lub istotnie naruszającej prywatność lub zarzutu, który może poniżyć w opinii publicznej lub narazić na utratę zaufania potrzebnego dla danego stanowiska, zawodu lub rodzaju działalności (art. 282 § 2), lichwa (art. 304 k.k.). Ocenę niewłaściwej pracy windykatora oprzeć można także o treść przepisu art. 107 k.w., którego znamiona obejmują złośliwe niepokojenie w celu jej dokuczeniu. W myśl bowiem tezy sformułowanej przez SA w Gdańsku „(z)łośliwe niepokojenie to wzbudzanie niepokoju, obawy, lęku w różny sposób. Niepokojenie może polegać na zakłóceniu spokoju lub innych zachowaniach wyprowadzających pokrzywdzonego z równowagi psychicznej. Istotne w zachowaniu sprawcy jest to, że kieruje się on chęcią dokuczenia innej osobie, sprawienia jej przykrości, przysporzenia trosk i zmartwień. Pobudką działania sprawcy jest nieżyczliwość, ponieważ chodzi o »dotknięcie« ofiary, wyprowadzenie jej z równowagi, spowodowanie zdenerwowania” (wyrok SA w Gdańsku z 23 lipca 2019 roku, I ACa 851/18). Złośliwe niepokojenie w rozumieniu art. 107 k.w. to wzbudzanie niepokoju, obawy, lęku, polegające na zakłóceniu spokoju lub innych zachowaniach wyprowadzających pokrzywdzonego z równowagi psychicznej (wyrok Sądu Najwyższego z 30 stycznia 2013 r., sygn. akt III KK 213/12).

Ponadto nie można tracić z pola widzenia, że nierzetelne zachowania windykatora może rodzić odpowiedzialność na gruncie prawa cywilnego w oparciu o przepisy dotyczące naruszenia dóbr osobistych. Przykładowo SA we Wrocławiu uznał, iż „(s)ą granice, których wierzycielowi przekroczyć nie wolno. […] działanie firmy windykacyjnej, która lekceważy obywatela i niezgodnie z zasadami współżycia społecznego, dobrymi obyczajami wymusza na nim przez nękanie go w różny sposób, spłatę długu, co do którego zgłosi on zarzut przedawnienia lub uznał żądanie za bezpodstawne, jest naruszeniem dóbr osobistych, a konkretnie wolności, miru domowego i prywatności” (Wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu – I Wydział Cywilny z 15 lutego 2013 roku, I ACa 31/13).

Oceną działalności windykatorów zajmuje się także Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów na podstawie ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j.: Dz. U. z 2017 r. poz. 229 ze zm.), często w związku z przepisami ustawy z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym (t.j.Dz. U. z 2017 r. poz. 2070). Przykładowo Prezes UOKiK zdecydował o wszczęciu postępowania w sprawie podejrzenia naruszenia zbiorowych interesów konsumentów przez stosowanie praktyki polegającej na komunikowaniu się z konsumentami w sposób mogący wywoływać uczucia lęku i zastraszenia. Z dotychczasowych ustaleń Urzędu wynika, że spółka z nadzwyczajną intensywnością kontaktuje się z dłużnikami, wywierając na nich dużą presję poprzez liczne wiadomości, telefony czy wizyty windykatorów. Automatycznie wysyłane wiadomości o przyszłych jak i zaległych ratach dotyczą różnych zobowiązań, określają różne wartości długu czy terminy ich uregulowania. Zdaniem ekspertów UOKiK, może to dezorientować konsumentów, którzy mają prawo do pełnej i jasnej informacji na temat ciążącego na nich długu (<https://www.prawo.pl/prawo/nadzwyczajnie-intensywne-metody-windykacji-zarzuty-uokik,518551.html>). Podkreślić więc należy, że zgodnie z art. 26 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów Prezes UOKiK wydaje decyzje o uznaniu praktyki za naruszającą zbiorowe interesy konsumentów i nakazującą zaniechanie jej stosowania.

Informacyjnie dodać także wypday, że we wspomnianym projekcie **ustawy o działalności windykacyjnej i zawodzie windykatora z 2022 r.** przewidziane zostały środki administracyjnoprawne m.in. cofnięcie przez wojewodę licencji windykatora, gdy: została skazana prawomocnym wyrokiem za umyślne przestępstwo lub umyślne przestępstwo skarbowe lub rażąco naruszyła ona zasady prowadzenia czynności windykacyjnych, w szczególności wykonując czynności windykacyjne naruszyła prawa osoby zobowiązanej (art. 17).

**Reasumując powtórzyć wypada:**

1. Praca windykatora powinna być oparta o jasne, precyzyjne reguły postępowania. Rozwiązaniem byłaby ustawa o windykacji/windykatorach, przewidująca m.in. katalog zachowań niedopuszczalnych z sankcją w postaci pozbawienia licencji. Takie rozwiązanie realizowałoby zasadę subsydiarności prawa karnego.
2. Wprowadzenie typu kwalifikowanego stalkingu popełnionego przez windykatora uznać należy za zbędne, nie ma bowiem uzasadnienia kryminologicznego. Ponadto wysokie zagrożenie kary przewidziane w art. 190 § 1 k.k. (stalking „zwykły”), w którym mieści się zachowanie *w celu wymuszenia zwrotu wierzytelności*, pozwalają na adekwatną prawnokarną reakcję w stosunki do windykatorów, stosujących nękające praktyki. W przypadku zachowań przekraczających zakres przedmiotowy przepisu art. 190 § 1 k.k., sąd ma możliwość zastosowania (samoistnie lub w zbiegu) innych przepisów typizujących. I wreszcie wprowadzenie regulacji w postaci typu kwalifikowanego dotyczącego windykacji nie rozwiązuje zgłaszanych problemów związanych z brakiem realizacji znamienia uporczywości przez pojedynczego windykatora.
3. Za niedopuszczalne należy uznać możliwość odpowiedzialności karnej windykatora za jedno naruszenie „komfortu” (spokoju) dłużnika, gdyż uniemożliwiłoby realizację podstawowych obowiązków windykatora.
4. *De lege lata* jest możliwaodpowiedzialność pracodawcy (lub przełożonego) windykatorów, który tak organizuje ich pracę, aby „w sumie” (dopełniająco) uporczywie nękali konkretnego dłużnika.
5. **W konkluzji stwierdzić należy, że postulowane przez RPO zmiany w kodeksie karnym w zakresie windykacji należności zasługują na negatywną ocenę.**

**Sporządziła dr hab. Olga Sitarz, prof. UŚ – członek KKPK**