

Oryginalny artykuł naukowy
Original article

Data wpływu/Received: **7.06.2018**

Data recenzji/Accepted: **30.10.2018**

Data publikacji/Published: **30.12.2018**

Źródła finansowania publikacji: **środki własne Autora**

DOI: 10.5604/01.3001.0013.1774

Authors' Contribution:

(A) **Study Design (projekt badania)**

(B) Data Collection (zbieranie danych)

(C) Statistical Analysis (analiza statystyczna)

(D) Data Interpretation (interpretacja danych)

(E) Manuscript Preparation (redagowanie opracowania)

(F) **Literature Search (badania literaturowe)**

Łucja Kobroń-Gąsiorowska*

WHISTLEBLOWER W PRAWIE EUROPEJSKIM – OCHRONA WHISTLEBLOWERA CZY INFORMACJI

UWAGI WSTĘPNE

Osoby zgłaszające przypadki naruszenia – nie tylko w miejscach pracy, ale także w kluczowych instytucjach państwowych są bardzo ważnymi graczami w krajowych i globalnych wysiłkach mających na celu wykrywanie i zapobieganie korupcji lub innym nadużyciom. Ujawnienie takich nieprawidłowości może prowadzić do zapobiegania katastrofom społecznym czy ekonomicznym. Takie postępowanie często wiąże się z wysoką ceną: osoby, które ujawniają nieprawidłowości, narażają się na niebezpieczeństwo wykluczenia z życia społecznego, publicznego lub tracą zatrudnienie i odchodzą z tzw. „wilczym biletem”.

* adwokat, dr nauk prawnych, adiunkt w Instytucie Prawa, Administracji i Ekonomii na Uniwersytecie Pedagogicznym w Krakowie.

Ustawodawstwo europejskie w bardzo ograniczonym zakresie chroni informatorów. Ochrona ta jest albo fragmentaryczna, albo jej nie ma¹. W niektórych przypadkach (Polska) ochrona taka znajduje oparcie w przepisach prawa pracy, które nie są związane z nową polskiemu ustawodawstwu prawa pracy instytucją.

Projekt dyrektywy w sprawie ochrony osób zgłaszających (whistleblowers) w Unii Europejskiej² po raz kolejny pokazuje, że demaskatorzy ujawniający przestępstwa popełniane zarówno w sektorze prywatnym, jak i publicznym ryzykują nie tylko utratą pracy, ale także kariery, a w niektórych przypadkach cierpią z powodu poważnych i długotrwałych konsekwencji finansowych, zdrowotnych, wizerunkowych i społecznych. Niejednokrotnie jest tak, że osoby decydujące się na zgłoszenie nieprawidłowości w pierwszej kolejności zwracają się z tym do dziennikarzy, którzy odgrywają kluczową rolę w zakresie ochrony dobrego imienia informatora.

W komunikacie Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady i Europejskiego Komitetu Społeczno-Ekonomicznego w sprawie wzmocnienia ochrony demaskatorów na poziomie Unii Europejskiej czytamy, iż skandale ostatnich lat, tj. LuxLeaks, Panama i ParadisePapers, Dieselgate czy Cambridge Analytica, stały się motorem napędowym w ostatecznym rozwiązaniu problemu minimalizowania skutków przestępstw popełnianych przez organizacje lub firmy zarówno w sektorze publicznym, jak i prywatnym, które poważnie szkodzą wszystkim interesom publicznym nie tylko na poziomie krajowym, ale przede wszystkim Unii Europejskiej. Jak podkreśliła Komisja, w wielu przypadkach przestępstwa te wyrządzają szkody w obszarach takich, jak: zdrowie publiczne, bezpieczeństwo, finanse krajowe i unijne. Jednocześnie informatorzy – zgłaszający te nieprawidłowości – często ryzykują swoją karierę oraz dobre imię nie tylko w miejscu pracy, ale także poza nim, a odczuwalne konsekwencje działania są długotrwałe. W tym kontekście Komisja wskazała, że priorytetem jej obecnych działań powinno zostać zapewnienie odpowiedniej ochrony wszystkim osobom zgłaszającym nieprawidłowości. Projekt dyrektywy w sprawie ochrony osób zgłaszających naruszenia prawa Unii Europejskiej ma na celu ujednoczenie ram prawnych ochrony osób zgłaszających przypadki naruszenia na poziomie UE. Ma odwoływać się do tzw. standardów prawa Unii Europejskiej, tj.: orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka dotyczącego prawa do wolności wypowiedzi, zaleceń Rady Europy z 2014 r. w sprawie ochrony informatorów określających zasady, którymi mają kierować się państwa wprowadzające lub dokonujące przeglądu przepisów dotyczących informatorów, ujawniających informacje na temat zagrożeń dla interesu publicznego. Komisja zwróciła uwagę, że niektóre z tych standardów zostały wcielone przez kilka państw członkowskich UE i państwa te

¹ D. Huseynova, K. Piperigos, *Justice for justice: Protecting whistleblowers in the EU protection of whistleblowers – the why and the how*, http://transparency.eu/wp-content/uploads/2018/04/WB_Transparency-Group-CoE-17-18.pdf [dostęp: 28.06.2018].

² https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/initiatives/com-2018-218_en [dostęp: 28.05.2018].

dysponują już kompleksowym prawodawstwem. Z kolei inne państwa członkowskie oferują jedynie ochronę sektorową, np. w walce z korupcją lub wyłącznie w sektorze publicznym, choć niektóre zasady ochrony demaskatorów zostały już wprowadzone w konkretnych instrumentach UE w obszarach takich jak usługi finansowe, bezpieczeństwo transportu i ochrona środowiska (np. Francja, Węgry, Irlandia, Włochy, Litwa, Malta, Holandia, Szwecja, Słowacja oraz Wielka Brytania)³.

Istotnym problemem pojawiającym się na kanwie rozszerzania ochrony informatorów jest fakt, iż niejako automatycznie zmienia się pozycja przede wszystkim osób zatrudnionych w wielkich korporacjach. Celowo używam tu określenia „zatrudniony”, bowiem redefinicja pojęcia pracownika jest zjawiskiem powszechnie akceptowanym. Nie ma obecnie takiego miejsca pracy czy instytucji, która byłaby wolna od ryzyka wystąpienia jakichkolwiek nadużyć czy patologii. Whistleblowing, czyli informowanie w dobrej wierze, występuje głównie tam, gdzie w ramach sformalizowanej struktury organizacyjnej pojawiają się zagrożenia, czyli w strukturach podmiotów publicznych, prywatnych czy społecznych.

DEFINICJA ORAZ HISTORIA WHISTLEBLOWINGU

Zjawisko whistleblowingu bardzo często definiowane jest przez wiele różnych typów ludzkich działań. Działanie mające na celu zdemaskowanie nieprawidłowości w miejscu pracy czy instytucji może być działaniem wewnętrznym, zewnętrznym, anonimowym czy nawet dobrowolnym. Mogą to być również działania prowadzone przez obecnych członków różnych instytucji, pracowników, choć niewykluczone jest zgłaszanie nieprawidłowości także przez byłych pracowników czy osób związanych z daną instytucją czy miejscem pracy). Bardzo istotny jest fakt, że proces ujawniania nieprawidłowości może być bardzo długi, dlatego też bardzo trudno jest rozpoznać osobę, która podjęła się tego zadania, bowiem może ona chcieć pozostać anonimowa⁴. W literaturze można spotkać się z ciekawym określeniem whistleblowingu jako swego rodzaju „głosu sumienia”⁵.

Whistleblowingiem określa się zjawisko ujawnienia przez pracownika wszelkich nagannych i zakazanych działań, mających miejsce w instytucjach czy miejscach pracy. O anomaliiach zasadniczo informowane są osoby uprawnione do podjęcia stosownych kroków, zmierzających do ochrony zatrudnionych, a także innych osób

³ Zob. Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady i Europejskiego Komitetu Społeczno-Ekonomicznego w sprawie wzmocnienia ochrony demaskatorów na poziomie Unii Europejskiej z 2018 r., <https://g8fip1kplyr33r3krz5b97d1-wpengine.netdna-ssl.com/wp-content/uploads/2018/04/WhistleCommunication.pdf> [dostęp: 28.05.2018].

⁴ J.C. Peterson, D. Farrell, *Whistleblowing Ethical and Legal Issues in Expressing Dissent*, Dubuque – Iowa 1986, s. 4.

⁵ B. Berry, *Organizational Culture. A Framework and Strategies for Facilitating Employee Whistleblowing*, „Employee Responsibilities and Rights Journal” 2004, Vol. 16, No. 1, s. 1.

mających wiedzę o zachodzących tam patologiach, destabilizujących prawidłowe funkcjonowanie instytucji czy miejsca pracy. Podkreślenia wymaga fakt, iż w miejscu pracy może dojść do całkowicie spontanicznego ujawnienia przez danego pracownika nieprawidłowości. Taki whistleblowing określany jest jako whistleblowing naturalny⁶.

Pierwsza regulacja dotycząca whistleblowingu pochodzi z roku 1863 i została wydana w Stanach Zjednoczonych. Pierwotnie The False Claims Act zapewniał ochronę legalnym donosicielom, ujawniającym oszustwa dokonywane względem wojsk Unii podczas wojny secesyjnej⁷. W Stanach Zjednoczonych – kraju o dość długiej tradycji ochrony informatorów – pojawiały się kolejne akty federalne chroniące informatorów, takie jak: The Whistleblower Protection Act wydany w 1989 roku, który zapewnił ochronę pracownikom federalnym, ujawniającym niewłaściwe i nielegalne działania rządu⁸, oraz The Sarbanes Oxley Act z roku 2002, na którego powstanie miała bezpośrednio wpływ sprawa ENRON⁹.

Whistleblowing nawet w krajach o bardzo długiej tradycji ujawniania nieprawidłowości i ochrony informatorów nie zawsze prowadzi do gloryfikacji takiej osoby, wręcz przeciwnie – jest ona izolowana, np. w miejscu pracy, a nawet szykanowana. Na uwagę zasługują tutaj m.in. sprawa ujawnienia nieprawidłowości w Stanach Zjednoczonych. Na przykład sprawa Keer – McGee z roku 1974 dotyczyła ujawnienia nieprawidłowości przez 28-letnią pracownicę korporacji Keer – McGee zajmującą się produkcją paliwa jądrowego i utylizacją odpadów radioaktywnych. Karen Silkwood odkryła, że pracuje w warunkach wysokiego stężenia plutonu. Ujawniła te niewygodne informacje dla korporacji – m.in. stosowanie nieodpowiednich zabezpieczeń, a także fałszowania stopnia stężenia radioaktywnego plutonu. W wyniku ogromnego skandalu Karen Silkwood zginęła w tragicznym wypadku 13 listopada 1974 roku – w dniu, w którym jechała na badanie stężenia plutonu w organizmie, które miało być dowodem w sprawie¹⁰.

Największe znaczenie dla ochrony informatorów w Unii Europejskiej miała sprawa zwolnienia dziennikarza telewizyjnego Gábora Matúza, pracującego dla państwowej telewizji Magyar Televízió Zrt, rozpatrywana przez ETPCz w 2014 r. Dziennikarz skontaktował się prezesem spółki telewizyjnej i wysłał list do zarządu, informując, że zachowanie reżysera programu kulturalnego polegające na modyfikowaniu i cięciu pewnych treści z Éjjeli Menedék ma cechy cenzury przekazywanych informacji. Kilka miesięcy później Matúz opublikował książkę zatytułowaną „Az antifasisztaés a hungarista. Titkok sé Magyar Televízióból” (Antyfaszysta i Hungarysta. Tajemnice telewizji węgierskiej), zawierające

⁶ W. Rogowski, *Whistleblowing, czyli czego się nie robi dla pozyskania zaufania inwestorów*, „Przegląd Corpora-teGovernance” 2007, nr 2, s. 1.

⁷ Tekst ustawy dostępny na stronie: http://www.justice.gov/civil/docs_forms/C-FRAUDS_FCA_Primer.pdf [dostęp: 11.05.2018].

⁸ Zob. *The Whistleblower Protection Act: An Overview*, CRS Report for Congress, 2007, nr 3, s. 2.

⁹ Zob. *Whistleblowing, Not an Easy Thing to Do*, Effective Executive 2011, nr 7, s. 46.

¹⁰ Sprawa Keer – McGee, <http://www.pbs.org/wgbh/pages/frontline/shows/reaction/interact/silkwood.html> [dostęp: 11.07.2013].

szczegółowe dowody cenzury dokonywanej w państwowej telewizji. Po tym wydarzeniu telewizja zwolniła skarżącego ze skutkiem natychmiastowym. Powodem zwolnienia było zdaniem pracodawcy naruszenie klauzuli poufności zawartej w umowie o pracę dziennikarza. Trybunał uznał, iż doszło do naruszenia art. 10 Konwencji z dnia 4 listopada 1950 r. o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, a środek zastosowany względem skarżącego w postaci zwolnienia z pracy był nieproporcjonalny względem dwóch dóbr chronionych prawem, tj. wolności wypowiedzi oraz interesu publicznego.

Whistleblowing jest niestety zjawiskiem bardzo złożonym, bowiem na jego postrzeganie w krajach postkomunistycznych ma wpływ całkowicie odmienna historia Stanów Zjednoczonych od historii Europy (w tym okres okupacji niemieckiej podczas II wojny światowej). Każdy informator był traktowany w krajach totalitarnych jako „zdrajca narodu”. W literaturze wskazuje się, że whistleblowing może być postrzegany pozytywnie także w krajach z totalitarną przeszłością, przez pryzmat ujawnionych informacji i motywacji informatora¹¹. Kontrowersje, jakie wzbudza zjawisko whistleblowingu, są ogromne i nieobce państwom o bardzo długiej tradycji ochrony „etycznych donosicieli”¹².

W. Rogowski wskazuje, że „warunkiem powodzenia (whistleblowingu) jest przede wszystkim wbudowanie demaskacji pracowniczej w spójny system etyczny strategicznego zarządzania spółką”¹³ [zakładem pracy – dop. ŁKG]. Na podobne spostrzeżenia, choć przez pryzmat nierównomiernej ochrony informatorów, wskazuje Komisja w w. komunikacie, gdzie podkreśla, że dostępna obecnie w Unii Europejskiej ochrona jest nierównomiernie podzielona między państwami członkowskimi, co więcej, jest niewystarczająca, a ochrona w jednym kraju może nie tylko negatywnie wpłynąć na funkcjonowanie tam polityki unijnej, ale także zagrozić innym krajom członkowskim.

Korzyści wynikające z wprowadzenia ochrony prawnej informatorów w Unii Europejskiej mogą być znaczące. Informowanie o nieprawidłowościach jest korzystne dla przedsiębiorstw, czyli głównie pracodawców. Badania pokazują, że średnio ponad 25% wartości rynkowej firmy jest bezpośrednio związane z jej reputacją. Reputacja przedsiębiorstwa podnosi zaufanie nie tylko samych pracowników, ale także klientów. Jak dowodzą przykłady wskazane w niniejszym artykule, znaczna część informatorów to pracownicy. Informator będący pracownikiem pomaga chronić nie tylko prawa pracowników, ale również przyczynia się do poprawy ich miejsca pracy. Informowanie o nieprawidłowościach może zapobiegać uchylaniu się od opodatkowania, a zatem przyczynia się do ochrony interesu publicznego¹⁴.

¹¹ S. Dasgupta, A. Kesharwani, *Whistleblowing: A Survey of Literature*, „The IUP Journal of Corporate Governance” 2010, Vol. 9, No. 4, s. 57-70.

¹² W. Rogowski, *Whistleblowing, czyli czego się nie robi...*, s. 1.

¹³ Ibidem.

¹⁴ D. Huseynova, K. Piperigos, *Justice for justice...*

STANDARDY OCHRONY INFORMATORÓW W PRAWIE MIĘDZYNARODOWYM I PRAWIE UNII EUROPEJSKIEJ

W pierwszej kolejności na uwagę zasługuje uchwalona w roku 2003 Konwencja Narodów Zjednoczonych przeciwko korupcji¹⁵. W akapicie pierwszym Konwencji wskazano zjawisko towarzyszące ludziom od tysięcy lat, tj. korupcję, która w dalszym ciągu stanowi poważny problem dla stabilności i bezpieczeństwa społeczeństw, przynosi szkodę instytucjom, wartościom demokratycznym, wartościom etycznym, zagraża trwałości rozwojowi i rządowi prawa. Art. 33 Konwencji stanowi jedynie „propozycję” dla państw – stron. Podkreślam tutaj propozycję, bowiem w treści tego przepisu odnaleźć można zwrot „rozważyć”. Pozostawiono stronom pełną swobodę odnoszącą się do kwestii ochrony osób – „strażników wartości” poprzez możliwość włączenia do swojego wewnętrznego systemu prawnego środków ochronnych przed każdym niesprawiedliwym traktowaniem osoby, która zgłosi w dobrej wierze właściwemu organowi zdarzenia związane z przestępstwami określonymi w tejże Konwencji¹⁶.

Wskazać również należy na art. 10 Europejskiej konwencji praw człowieka¹⁷, który stanowi, iż każdy ma prawo do wolności wyrażania opinii. Prawo to obejmuje wolność posiadania poglądów oraz otrzymywania i przekazywania informacji i idei bez ingerencji władz publicznych i bez względu na granice państwowe. Niniejszy przepis nie wyklucza prawa państw do poddania procedurze zezwoleń przedsięwzięciom radiowych, telewizyjnym lub kinematograficznym. Korzystanie z tych wolności pociągających za sobą obowiązki i odpowiedzialność może podlegać takim wymogom formalnym, warunkom, ograniczeniom i sankcjom, jakie są przewidziane przez ustawę i niezbędne w społeczeństwie demokratycznym w interesie bezpieczeństwa państwowego, integralności terytorialnej lub bezpieczeństwa publicznego ze względu na konieczność zapobieżenia zakłóceniu porządku lub przestępstwu, z uwagi na ochronę zdrowia i moralności, ochronę dobrego imienia i praw innych osób oraz ze względu na zapobieżenie ujawnieniu informacji poufnych lub na zagwarantowanie powagi i bezstronności władzy sądowej.

Kolejnym aktem o zasięgu międzynarodowym jest sprawozdanie OECD z 2016 r. *Committing to Effective Whistleblower Protection*, zobowiązujące wszystkie kraje członkowskie do ochrony informatorów. We wstępie sprawozdania zdefiniowano „ochronę” whistleblowera jako ochronę prawną przed dyskryminacją lub po-

¹⁵ Tekst Konwencji dostępny na stronie: <http://bip.ms.gov.pl/pl/ministerstwo/wspolpraca-miedzynarodowa/wspolpraca-w-ramach-onz-i-obwe/konwencja-narodow-zjednoczonych-przeciwko-korupcji> [dostęp: 11.05.2018].

¹⁶ Konwencja została ratyfikowana przez Polskę w dniu 15 września 2006 roku (Dz.U. z 2007 r., nr 84, poz. 563).

¹⁷ Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2 (Dz.U. 1993, nr 61, poz. 284).

stępowaniem dyscyplinarnym wobec pracowników, którzy ujawniają właściwym organom w dobrej wierze i na uzasadnionych podstawach wszelkiego rodzaju przestępstwa w kontekście ich miejsca pracy¹⁸. Na marginesie należy wskazać na podkreślenie szczególnej roli i statusu pracowników w ujawnianiu patologii w miejscu pracy. Na poziomie Unii Europejskiej jak dotychczas jedyne znaczeniema art. 11 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej¹⁹, w którym każdemu zapewniono prawo do wolności wypowiedzi. Prawo to obejmuje wolność posiadania poglądów oraz otrzymywania i przekazywania informacji i idei bez ingerencji władz publicznych i bez względu na granice państwowe.

Przełomowym momentem dla ostatecznego sprecyzowania podstawy prawnej ochrony informatorów było uchwalenie przez Parlament Europejski niewiążącej rezolucji w sprawie środków ochrony informatorów działających w interesie publicznym przy ujawnianiu poufnych informacji firm i organów publicznych (rezolucja 2016/2224 (INI))²⁰. Głównym adresatem tej rezolucji była Komisja Europejska, która miała przygotować propozycję skutecznej ochrony osób zgłaszających przypadki naruszenia prawa na poziomie Unii Europejskiej w niezwykle szybkim czasie.

Jak wskazuje D. Kafteranis, Europejski Trybunał Praw Człowieka w swoim utrwalonym orzecznictwie dotyczącym ochrony informatorów wskazał, że whistleblower powinien skorzystać z gradacji metod ujawnienia nieprawidłowości. W pierwszej kolejności ma skorzystać z wewnętrznego kanału zgłoszenia nieprawidłowości, np. przełożonemu czy pracodawcy w miejscu pracy, a jeżeli nie jest to możliwe, powinien zwrócić się do właściwych organów. Jedynie w ostateczności powinien się zwrócić do opinii publicznej. Zdaniem ETPCz w sektorze prywatnym wykorzystanie pierwszego sposobu jest konieczne, aby chronić nazwę i wizerunek firmy. Trybunał wskazał jednakże, że ewentualnie jeżeli procedura wewnętrzna nie jest skuteczna, informator może wybrać zgłoszenie właściwym organom. W związku z tym składanie sprawozdań do wiadomości publicznej powinno być planowane jako ostateczność²¹.

Tu pojawia się pierwsza wątpliwość i zarazem sprzeczność ww. rezolucji, bowiem wskazano w niej, że ochrona informatora nie może być kwestionowana, nawet jeżeli informator nie wykorzysta procedury wewnętrznej.

¹⁸ Zob. <http://bip.ms.gov.pl/pl/ministerstwo/wspolpraca-miedzynarodowa/wspolpraca-w-ramach-onz-i-obwe/konwencja-narodow-zjednoczonych-przeciwko-korupcji> [dostęp: 11.05.2018].

¹⁹ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?uri=CELEX%3A12012P%2FTXT> [dostęp: 20.05.2018].

²⁰ Rezolucja Parlamentu Europejskiego z dnia 24 października 2017 r. w sprawie uzasadnionych środków ochrony sygnalistów działających w interesie publicznym podczas ujawniania poufnych informacji posiadanych przez przedsiębiorstwa i organy publiczne (2016/2224 (INI)), <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+p8-TA-2017-0402+0+DOC+PDF+V0//PL> [dostęp: 25.05.2018].

²¹ D. Kafteranis, *Protection of Whistleblowers in the European Union: The Promising Parliament Resolution and the Challenge for the European Commission*, <https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2017/12/protection-whistleblowers-european-union-promising-parliament> [dostęp: 28.06.2018].

Rezolucja w par. 14 wskazała na istnienie tzw. europejskiego interesu publicznego – nie definiując go jednak, wskazując jedynie, że informatorem jest każdy, kto ujawnia nieprawidłowości w interesie publicznym lub europejskim interesie publicznym. Należy jednak podkreślić, że pojęcie interesu publicznego nie będzie łatwe do zdefiniowania. Interes publiczny może mieć ogromne znaczenie np. w przypadku ujawnienia nieprawidłowości w dużym zakładzie pracy, ale także i w małym przedsiębiorstwie. W par. 17 wskazano otwarty katalog przypadków naruszenia interesu publicznego.

Zdaniem Parlamentu każdy pracownik powinien być informowany o odpowiedniej procedurze składania sprawozdań, która powinna gwarantować poufność i traktowanie wpisu w rozsądnych ramach czasowych. Co istotne – osoba odpowiedzialna za demaskowanie musi mieć możliwość zwrócenia się do właściwych organów publicznych, organizacji pozarządowych lub mediów, zwłaszcza w przypadku braku pozytywnej reakcji ze strony organizacji, lub jeżeli składanie zgłoszeń wewnętrznie lub właściwym organom w sposób oczywisty zagrażałoby skuteczność wpisu, jeżeli osoba zgłaszająca nieprawidłowość jest zagrożona lub w trybie pilnym musi zgłosić informacje. Ten wymóg ma jednak kilka sprzecznych założeń, bowiem Parlament wskazał na kolejny element ochrony informatorów, jakim ma być anonimowość. Po pierwsze, o ile anonimowość na etapie procedury wewnętrznej jest możliwa, o tyle ujawnienie nieprawidłowości do wiadomości publicznej już nie. Po drugie, ujawnienie niepełnych lub nieprawdziwych informacji może prowadzić do naruszenia dóbr osobistych przedsiębiorstwa, które może ich bronić w procesie sądowym, a wtedy informator nie pozostanie anonimowy.

OCHRONA „INFORMATORA” W ROZUMIENIU PROJEKTU DYREKTYWY

We wskazanym na początku artykułu komunikacie Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady i Europejskiego Komitetu Społeczno-Ekonomicznego w sprawie wzmocnienia ochrony demaskatorów na poziomie Unii Europejskiej Komisja jednoznacznie podkreśliła jednolitą definicję „pracownika” w prawie Unii Europejskiej. Zdaniem Komisji ochrona ta powinna obejmować w pierwszej kolejności osoby o statusie „pracowników” w rozumieniu art. 45 TFUE zgodnie z wykładnią Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, tj. osoby, które przez pewien czas wykonują na rzecz innej osoby i pod jej kierownictwem określone świadczenia w zamian za wynagrodzenie. Ochrona ta powinna zatem obejmować również osoby zatrudnione na podstawie niestandardowych stosunków pracy, w tym osoby zatrudnione w niepełnym wymiarze czasu pracy i osoby zatrudnione na podstawie umowy o pracę na czas określony, a także osoby zatrudnione na podstawie umowy o pracę lub na podstawie stosunku pracy z agencją pracy tymczasowej, ponieważ w przypadku wszystkich tych stosunków standardowe środki ochrony przed nieuczciwym traktowaniem są często trudne do zastosowania.

Zdaniem A. Świątkowskiego to właśnie język angielski jako lingua franca Unii Europejskiej dał szansę TSUE zmiany stanowiska w sprawie definiowania zakresu podmiotowego art. 45 TfUE i objęcia jego zakresem osób zatrudnionych, ale jednocześnie niebędących pracownikami w świetle krajowych przepisów prawa pracy państw członkowskich UE. Zdaniem autora proces ten spowodował wypracowanie w judykaturze europejskiego prawa pracy autonomicznej definicji pracownika. Dzięki autonomicznej definicji pracownika zaliczono do kręgu oddziaływania europejskiego prawa pracy wszystkich zatrudnionych (wykonujących pracę na podstawie cywilnoprawnych stosunków zatrudnienia), pracowników oraz osób jednoosobowo prowadzących działalność gospodarczą (samozatrudnionych). Obecnie stanowisko TSUE w zakresie definicji pracownika nie kieruje się krajowymi przepisami prawa pracy, lecz wskazuje, że bez względu na podstawę prawną zatrudnienia oraz inne elementy charakterystyczne dla stosunku pracy każda praca świadczona przez osobę fizyczną ma cechy zatrudnienia pracowniczego²². Na to stanowisko wskazała również Komisja, podkreślając, że ochrona powinna również objąć inne kategorie osób fizycznych lub prawnych, które, mimo że nie są „pracownikami” w rozumieniu art. 45 TFUE, odgrywają kluczową rolę w ujawnianiu nieprawidłowości.

Wskazana wyżej autonomiczna definicja pracownika została zaznaczona w art. 2 projektu ww. projekcie dyrektywy zatytułowanym: zakres podmiotowy. W tym miejscu uzasadnione będzie wskazanie na bardzo istotną kwestię, bowiem w art. 2 jednoznacznie zaznaczono, że projekt będzie miał zastosowanie do osób, które uzyskają informacje na temat naruszeń związanych z pracą, tj. osób posiadających status pracownika w rozumieniu art. 45 TFUE; osób posiadających status osób prowadzących działalność na własny rachunek w rozumieniu art. 49 TFUE; udziałowców lub akcjonariuszy oraz osób będących członkami organu zarządzającego przedsiębiorstwa, w tym członków niewykonawczych, a także wolontariuszy i stażystów nieotrzymujących wynagrodzenia; wszelkich osób pracujących pod nadzorem i kierownictwem wykonawców, podwykonawców i dostawców, oraz dyrektywa będzie miała zastosowanie do osób zgłaszających, których stosunek pracy zostanie dopiero nawiązany – wówczas, gdy informacje dotyczące naruszenia uzyskano w trakcie rekrutacji.

W systemie kontynentalnego prawa pracy konieczne będzie zatem rozszerzenie pojęcia pracownika dla celów ochrony także innych osób, które nie wykonują pracy w rozumieniu przepisów prawa pracy. W polskiej doktrynie prawa pracy podkreśla się, że w naszym systemie prawnym występują obecnie dwa rodzaje zatrudnienia: pracownicze i niepracownicze (nazywane również cywilnoprawnym). Zatrudnienie cywilnoprawne uważane jest jednak za tzw. drugorzędną formę zatrudnienia²³. W tym miejscu uzasad-

²² A. Świątkowski, *Swoboda przepływu „pracy”: pracowników czy zatrudnionych wewnątrz Unii Europejskiej*, „Roczniki Administracji i Prawa” 2014, s. 187-188.

²³ M. Gersdorf, *Prawo zatrudnienia*, Warszawa 2013, s. 75 i nast.; A.M. Świątkowski, *Niepracownicze (cywilno-prawne) stosunki zatrudnienia*, [w:] K.W. Baran (red.), *System prawa pracy*, t. VII, Warszawa 2015.

niona będzie konstatacja, że ogromnym wyzwaniem, przed jakim stanie ustawodawca polski, będzie stworzenie definicji zatrudnionego, bowiem obecnie takowa nie istnieje w polskim prawie pracy. Silna dyferencjacja w polskim prawie pracy pracowników oraz zatrudnionych może znacznie osłabić ochronę whistleblowera oraz status takiej osoby, którą może być zarówno pracownik w rozumieniu kodeksu pracy, jak i zatrudniony na podstawie umowy cywilnoprawnej. Wskazać również należy, że pojęcia te się krzyżują i wzajemnie uzupełniają, co jednakże nie prowadzi do minimalizowania różnic między nimi. Polskie przepisy prawa pracy wykazują w tym zakresie znaczne niedostosowanie do przyjętej przez Unię Europejską definicji pracownika, która w wyraźny sposób odbiega od standardów wyznaczonych przez Unię Europejską²⁴.

Projekt dyrektywy nakłada na państwa członkowskie obowiązek zapewnienia, by podmioty prawne w sektorach prywatnym i publicznym ustanowiły wewnętrzne kanały zgłaszania nieprawidłowości oraz wewnętrzne procedury przyjmowania zgłoszeń i podejmowania działań następczych w związku ze zgłoszeniami, po przeprowadzeniu, w stosownych przypadkach, konsultacji z partnerami społecznymi. Istotnym mankamentem projektu jest to, że pracownik –whistleblower nie dozna ochrony w trzech sytuacjach: gdy będzie zatrudniony przez prywatny podmiot prawny zatrudniający co najmniej 50 pracowników; prywatny podmiot prawny o rocznym obrocie handlowym lub rocznej sumie bilansowej w wysokości co najmniej 10 mln EUR oraz prywatny podmiot prawny dowolnej wielkości prowadzący działalność w obszarze usług finansowych lub podmioty narażone na ryzyko związane z praniem pieniędzy lub finansowaniem terroryzmu. Wskazać należy, że ograniczenie to całkowicie rozmija się z istotą ochrony informatora, która zasadniczo zakłada ochronę każdego, kto może doznać dyskryminacji czy prześladowania w związku z ujawnieniem nieprawidłowości. Rozumowanie Komisji można uzasadnić poprzez wskazanie głównego celu samej dyrektywy, tj. jej zakresu przedmiotowego – obszarów ochrony, jakimi są: zamówienia publiczne; usługi finansowe, zapobieganie praniu pieniędzy i finansowaniu terroryzmu; bezpieczeństwo produktów; bezpieczeństwo transportu; ochrona środowiska; bezpieczeństwo jądrowe; bezpieczeństwo żywności i pasz, zdrowie i dobrostan zwierząt; zdrowie publiczne; ochrona konsumentów; ochrona prywatności i danych osobowych oraz bezpieczeństwo sieci i systemów informacyjnych. Jednocześnie odnosi się nieodparte wrażenie, że celem projektu dyrektywy nie jest do końca ochrona zatrudnionego, a jedynie ochrona istotnych interesów Unii Europejskiej. Uzasadnieniem takiego stanu rzeczy jest wyraźnie ograniczony zakres przedmiotowy, który automatycznie pozbawi ochrony pracownika u pracodawcy zatrudniającego np. 35 osób.

Projekt dyrektywy w przeciwieństwie do Rezolucji Parlamentu Europejskiego z 2017 r. przyjął metodę gradacji sposobów zgłaszania nieprawidłowości, cze-

²⁴ Zob. wyrok SN 23.10.2006 r. w sprawie I PK 110/06.

go wyrazem jest dość precyzyjne sformułowanie art. 13, który wskazuje, że osoba dokonująca zgłoszenia zewnętrznego kwalifikuje się do objęcia ochroną na mocy niniejszej dyrektywy, jeżeli spełniony jest jeden z następujących warunków:

a) osoba ta najpierw zgłosiła naruszenie wewnętrznie, ale w odpowiedzi na jej zgłoszenie nie podjęto żadnych odpowiednich działań w rozsądnym terminie;

b) osoba zgłaszająca nie miała dostępu do wewnętrznych kanałów zgłaszania nieprawidłowości lub nie można było racjonalnie oczekiwać, że będzie świadoma dostępności takich kanałów;

c) zgodnie z art. 4 ust. 2 osoba zgłaszająca nie miała obowiązku korzystania z wewnętrznych kanałów zgłaszania nieprawidłowości;

d) w świetle przedmiotu zgłoszenia nie można było racjonalnie oczekiwać, że będzie korzystała z wewnętrznych kanałów zgłaszania nieprawidłowości;

e) osoba ta miała uzasadnione podstawy, aby przypuszczać, że wykorzystanie wewnętrznych kanałów zgłaszania nieprawidłowości może zagrozić skuteczności działań dochodzeniowych prowadzonych przez właściwe organy;

f) na mocy prawa Unii osoba ta była uprawniona do bezpośredniego zgłaszania naruszeń właściwemu organowi za pośrednictwem zewnętrznych kanałów zgłaszania nieprawidłowości.

W tym miejscu uzasadniona będzie konstatacja, że takie sformułowanie przepisu nie tylko pozostaje w sprzeczności z założeniami Rezolucji, ale także z samą ideą ochrony zgłaszających nieprawidłowości. Podkreślić należy, że niejednokrotnie informator (pracownik) może obawiać się skorzystania z tzw. wewnętrznych kanałów, które mogą okazać się całkowicie nieskuteczne.

Druga wątpliwość pojawia się w samej preambule projektu, która wyraźnie powiela pkt 47 Rezolucji Parlamentu, wskazując, że osoby zgłaszające powinny mieć uzasadnione przekonanie, w świetle okoliczności i informacji, jakimi dysponują w momencie zgłaszania, że zgłaszane przez nie kwestie są prawdziwe. Tego rodzaju uzasadnione przekonanie powinno być domniemane, o ile nie udowodniono inaczej. Stanowi to zasadnicze zabezpieczenie przed zgłoszeniami dokonywanymi w złej wierze. Pojęcie dobrej wiary w rozumieniu projektu dyrektywy i samej Rezolucji stanowi istotne *novum*. Dobra wiara informatora w rozumieniu tych dwóch dokumentów to nie intencje samego informatora, ale to, czy ujawnione informacje są prawdziwe. To z kolei prowadzi do wyżej sformułowanej wątpliwości – co będzie w przypadku, kiedy informacje okażą się niepełne lub nieprawdziwe w chwili zgłaszania, ale jednocześnie ich ujawnienie będzie miało poważne konsekwencje biznesowe z uwagi na tajemnice handlowe lub finansowe.

UWAGI KOŃCOWE

Obecna tendencja panująca w Unii Europejskiej może niepokoić. Z jednej strony należy z aprobatą przyjąć fakt pojawienia się koncepcji ujednolicenia ochrony prawnej informatorów w całej Unii Europejskiej. Po drugie, w pełni należy zaaprobować dążenie do wprowadzenia we wszystkich krajach członkowskich jednolitej definicji pracownika i zatrudnionego. W tym miejscu dostrzegam zagrożenia w polskim prawie pracy, polegające na znacznej dyferencjacji pojęcia pracownika i zatrudnionego nie tylko w indywidualnym prawie pracy, ale także w zbiorowym prawie pracy. Z drugiej strony ustawodawca europejski ogranicza istotnie zakres podmiotowy, wprowadzając limity zatrudnionych w sektorze prywatnym, co może negatywnie wpłynąć na proces wskazany wyżej, a co najważniejsze – na istotę ochrony informatorów, która może doznać znacznego ograniczenia poprzez wskazaną limitację.

Projekt dyrektywy w pozornej szczegółowości pozostawia dużo wątpliwości w zakresie pośredniej zmiany znaczenia pojęcia dobrej wiary czy interesu publicznego. Co więcej, trudne do pogodzenia z ideą ujawnienia nieprawidłowości mogą być dyrektywy Parlamentu i Rady (UE) 2016/943 z dnia 8 czerwca 2016 r. w sprawie ochrony niejawnego know-how i niejawnych informacji handlowych (tajemnic przedsiębiorstwa) przed ich bezprawnym pozyskiwaniem, wykorzystywaniem i ujawnianiem oraz dyrektywa 2014/65 / UE Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) z dnia 15 maja 2014 r. dotycząca zgłaszania nieprawidłowości finansowych.

Podsumowując, wydaje się zatem, że Unia Europejska jest gotowa na ochronę interesu biznesowego, ale nie samego informatora.

Bibliografia

Literatura

- Baran K.W. (red.), *System prawa pracy*, t. VII, Warszawa 2015.
- Berry B., *Organizational Culture. A Framework and Strategies for Facilitating Employee Whistleblowing*, "Employee Responsibilities and Rights Journal" 2004, Vol. 16, No. 1.
- Huseynova D., Piperigos K., *Justice for justice: protecting whistleblowers in the EU Protection of whistleblowers – the why and the how*, http://transparency.eu/wp-content/uploads/2018/04/WB_Transparency-Group-CoE-17-18.pdf.
- Dasgupta S., Kesharwani A., *Whistleblowing: A Survey of Literature*, "The IUP Journal of Corporate Governance" 2010, Vol. 9, No. 4.
- Gersdorf M., *Prawo zatrudnienia*, Warszawa 2013.
- Kafteranis D., *Protection of Whistleblowers in the European Union: The Promising Parliament Resolution and the Challenge for the European Commission*, <https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2017/12/protection-whistleblowers-european-union-promising-parliament>.
- Peterson J.C., Farrell D., *Whistleblowing Ethical and Legal Issues in Expressing Dissent*, Duquesne – Iowa 1986.

Rogowski W., *Whistleblowing, czyli czego się nie robi dla pozyskania zaufania inwestorów*, „Przegląd Corporate Governance” 2007, nr 2.

Świątkowski A., *Swoboda przepływu „pracy”: pracowników czy zatrudnionych wewnątrz Unii Europejskiej*, „Roczniki Administracji i Prawa” 2014.

The Whistleblower Protection Act: An Overview, CRS Report for Congress, 2007, nr 3.

Whistleblowing Not an Easy Thing to Do, Effective Executive, 2011, nr 7.

Źródła prawa

Projekt dyrektywy w sprawie ochrony osób zgłaszających (whistleblowers) w Unii Europejskiej, https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/initiatives/com-2018-218_en [dostęp: 28.05.2018].

Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2 (Dz.U. 1993 nr 61, poz. 284).

Konwencja Narodów Zjednoczonych przeciwko korupcji z roku 2003, <http://bip.ms.gov.pl/pl/ministerstwo/wspolpraca-miedzynarodowa/wspolpraca-w-ramach--onz-i-obwe/konwencja-narodow-zjednoczonych-przeciwko-korupcji> [dostęp: 11.05.2018].

Karty praw podstawowych Unii Europejskiej, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?uri=CELEX%3A12012P%2FTXT> [dostęp: 20.05.2018].

Rezolucja Parlamentu Europejskiego z dnia 24 października 2017 r. w sprawie uzasadnionych środków ochrony sygnalistów działających w interesie publicznym podczas ujawniania poufnych informacji posiadanych przez przedsiębiorstwa i organy publiczne (2016/2224(IN-I)), <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+P8-TA-2017-0402+0+DOC+PDF+V0//PL> [dostęp: 25.05.2018].

The False Claims Act, http://www.justice.gov/civil/docs_forms/C-FRAUDS_FCA_Primer.pdf [dostęp: 11.05.2018].

Źródła internetowe

Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady i Europejskiego Komitetu Społeczno-Ekonomicznego w sprawie wzmocnienia ochrony demaskatorów na poziomie Unii Europejskiej z 2018 r.

Sprawozdanie OECD z 2016 roku, *Committing to Effective Whistleblower Protection* <https://g8fip1kplyr33r3krz5b97d1-wpengine.netdna-ssl.com/wp-content/uploads/2018/04/WhistleCommunication.pdf> [dostęp: 28.05.2018].

Sprawa Keer – McGee, <http://www.pbs.org/wgbh/pages/frontline/shows/reaction/interact/silkwood.html> [dostęp: 11.07.2013].

Streszczenie: Artykuł stanowi próbę prezentacji zmian dotyczących unijnego systemu ochrony prawnej informatorów (whistleblowers), czyli osób, które w dobrej wierze zgłaszają podejrzenia o korupcję zarówno w sektorze prywatnym, jak i publicznym, oraz ich wpływu na prawo krajowe. Autorka rozważa, czy te przepisy mają na celu ochronę informatorów, czy tylko ochronę dostarczonych informacji.

Słowa kluczowe: informator, whistleblowing, pracownik, zatrudniony, miejsce pracy

WHISTLEBLOWER IN THE EUROPEAN LAW – WHISTLEBLOWER PROTECTION OR INFORMATION PROTECTION

Summary: This article attempts to presentation changes in system of protection of whistleblowers who report in good faith suspected acts of corruption in the private and public sector, and their impact on national law. The author considers whether these provisions are intended to protect informers or only to protect the information provided.

Keywords: whistleblower, whistleblowing, employee, employed, workplace