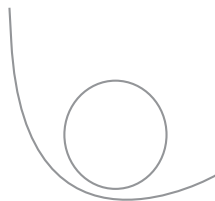




Jak zdemaskować szwindel?

Czyli krótki przewodnik po *whistle-blowingu*

Anna Wojciechowska-Nowak



Warszawa 2008

Opracowanie redakcyjne:

Izabella Sariusz-Skqpska

Ilustracje i projekt graficzny okładki:

Piotr Kanarek

ISBN 978-83-89406-95-8

Publikacja jest rozpowszechniana bezpłatnie.

© Copyright by Fundacja im. Stefana Batorego, Warszawa 2008

Wydawca:

Fundacja im. Stefana Batorego

ul. Sapieżyńska 10a, 00-215 Warszawa

tel. |48| 22 536 02 00

e-mail: batory@batory.org.pl

www.batory.org.pl/korupcja

Niniejsza publikacja powstała dzięki pomocy finansowej Unii Europejskiej.

Za treść tego dokumentu odpowiada Fundacja im. Stefana Batorego;
poglądy w nim wyrażone nie odzwierciedlają w żadnym razie
oficjalnego stanowiska Unii Europejskiej.



Łamanie:

„TYRSA” Sp. z o.o.

ul. Kościeliska 7, 03-614 Warszawa

e-mail: tyrsa@hotmail.pl

Druk i oprawa:

„EFEKT” s.j.

Spis treści

| | |
|--|----|
| Wstęp | 5 |
| <i>Whistle-blowing</i> po polsku | 11 |
| Demaskator w sądzie pracy | 17 |
| Regulacje prawne w innych krajach | 25 |
| Stany Zjednoczone | 26 |
| Ustawa o ochronie demaskatorów (<i>Whistleblower Protection Act</i>) | 26 |
| Ustawa <i>Sarbanes-Oxley</i> | 31 |
| Wielka Brytania | 36 |
| Ustawa o ujawnianiu w interesie publicznym informacji poufnych (<i>Public Interest Disclosure Act</i>) | 37 |
| <i>Whistle-blowing</i> w przedsiębiorstwie i instytucji publicznej | 51 |

Wstęp

„*Whistle-blower* to aktywny obywatel, który będąc świadkiem bezprawnego działania, zabiega o jego wyeliminowanie. Takie osoby odgrywają żywotną rolę w społeczeństwie otwartym, społeczeństwie demokratycznym. Zmuszają bowiem nasze instytucje publiczne do odpowiedzialności wobec ludzi, którym z założenia mają one służyć. Zbyt często jednak okazuje się, że osoby te są raczej karane niż nagradzane za swoje zasługi, prowadzące do wyciągnięcia na światło dzienne zachowań łamiących prawo, zagrożeń dla zdrowia publicznego, oszustw, nadużyć władzy lub błędów stwarzających ryzyko dla bezpieczeństwa narodowego” – te słowa Gregory’ego R. Watchmana, szefa organizacji amerykańskiej *Government Accountability Project*, chyba najzwięźlejszy i najtrafniejszy opisują zagadnienie, któremu poświęcona jest ta publikacja. Chcemy przedstawić, czym jest obco brzmiący, choć przecież nieobcy w polskich realiach, *whistle-blowing*, jaka jest waga tego zjawiska dla ochrony interesu społecznego, na jakie ryzyko naraża się osoba, która w obronie tego interesu powie „Nie!” i w końcu – przekonanie polskiego ustawodawcy, pracodawców i innych decydentów do refleksji nad możliwością otoczenia *whistle-blowera* ochroną prawną.

Kiedy 29 września 2008 roku w „Dużym Formacie” „Gazety Wyborczej” pojawił się reportaż autorstwa Zbigniewa Domaszewicza i Piotra Mączyńskiego, *Obywatel kapuś, czyli samotność demaskatora*, opisujący trzy historie, których bohaterowie, widząc nepotyzm, tolerowanie łamania przepisów o ochronie środowiska naturalnego, narażanie zdrowia i życia pracowników poprzez łamanie zasad bezpieczeństwa, zdecydowali się sprzeciwić swoim przełożonym i powiadomić



właściwe organy lub opinię publiczną¹, na forum internetowym rozgorzała dyskusja między zwolennikami poglądu: „Kapuś zawsze pozostanie kapusiem, choćby kapował w najlepszej sprawie” a czytelnikami podziwiającymi „ludzi mówiących prawdę i reagujących na nieuczciwość”. Spory toczone na forum internetowym

¹ Postępowania sądowe bohaterów publikacji są objęte projektem pomocy prawnej w ramach Programu Przeciw Korupcji Fundacji im. Stefana Batorego.

w istocie wydobyły różnorodne nieporozumienia, jakie pojawiają się w odniesieniu do *whistle-blowingu*, a zarazem wskazują przyczyny, dla których budzi on takie kontrowersje i niejednoznaczne oceny, dlaczego jest potrzebny oraz na jakie napotyka bariery.

Interes publiczny, czyli nie mój

„Jeśli jakaś nielegalna sytuacja nie godzi odczuwalnie w interesy moje bądź innych osób, zaś ujawnienie jej ugodziłoby odczuwalnie ofiarę takiego donosu, to się nie donosi i kropka” – ta wypowiedź podsumowuje perspektywę krytyków aktywnego sprzeciwu na działania godzące w interes publiczny. U podłoża takiego dystansu często leży więc ograniczona perspektywa spojrzenia na interes indywidualny oraz niedostrzeżenie, że dobrze chroniony interes publiczny może procentować w wymiarze jednostkowym. „Uciekanie od podatków – zauważa jedna z uczestniczek dyskusji – czyli niepłacenie za szkoły, drogi i inne rzeczy, z których korzystasz na co dzień i taki jesteś sprytny, bo inni za to zapłacili – to jest zwykła kradzież”, a inna internautka dodaje: „Bo nie ma znaczenia, czy ktoś okrada mój dom, czy to, na co wspólnie się z innymi ludźmi złożyłam”.

W jakim kraju chcę żyć?

Osoby gotowe do zareagowania na sytuację bulwersującą to często ludzie, którzy chcą mieć wpływ na to, co się dzieje w ich otoczeniu. Poczucie odpowiedzialności za sprawy wspólne idzie więc w parze z poczuciem sprawczości. Zwolennicy „nierobienia hałasu” nie stawiają sobie pytań: W jakim kraju chcę żyć? Jakie ma być moje miasto? Czy chcę pracować w toksycznym środowisku? Oponenci – tak: „Jak widzę, że niewyżyta młodzież kopie samochody, to ‘drę japę’ z balkonu i dzwonię na policję”.

Czarna owca, powiedzą...

„Niestety, to prawda! Tak postrzegają takie osoby nie tylko przełożeni, ale też współpracownicy – bo czy takiemu można zaufać, co własne gniazdo kła, nawet jak jest tam szambo?!!!” – z goryczą pisze internauta. *Whistle-blowing* prowokuje więc pytania o prawdziwe znaczenie takich pojęć jak lojalność, zdrada, odwaga czy działanie w interesie pracodawcy lub wspólnoty.

Cena odwagi, koszt milczenia

Dziś, bez skutecznej ochrony prawnej, każda decyzja osoby będącej świadkiem nadużyć, których dopuszcza się przełożony lub kolega, niesie koszty. Decyzja o zawiadomieniu właściwego organu lub przełożonych podejmowana jest ze świadomością nie tylko ryzyka narażenia się na ostracyzm, ale przede wszystkim na utratę pracy. „Takie gwizdnięcie niesie za sobą dużo. [...] Ja zagwizdałam... i wylali mnie. PIP nie widział w tym niczego wyjątkowego. [...] Na nic interwencje w jednostce nadzorującej”.

Milczenie natomiast oznacza frustrację i kompromis podważający poczucie godności: „Gdybym wykonała jeden telefon do NIK-u, byłby niezły skandal [...]. Nie wykonam. Muszę mieć na chleb. Czuję się wściekła i bezsilna, kiedy widzę, co się dzieje, i słyszę tylko kasa, kasa, kasa. Ale strach jest większy. Podziwiam tych, którzy zdecydowali się mówić”. W innych wypadkach pracownik może stać przed wyborem: ujawnić nadużycia i narazić się na utratę pracy albo milczeć i stać się współuczestnikiem.

Stąd też wśród badanych różnych grup zawodowych 52% deklaruje, że nie ujawniłoby żadnych informacji, z czego 19% ze strachu przed utratą pracy, 14% w związku z brakiem odpowiedniej ochrony prawnej, a 19% z powodu niewiary w skuteczność działania policji i sądów².

Język wartościuje

Spór o ocenę moralną działań ujawniających bezprawie lub inne nieprawidłowości toczy się również na poziomie języka, którym się posługujemy w codziennej komunikacji. Na pytanie internauty: „Czemu *whistle-blower* a nie donosiciel? Źle brzmi czy co?”, pada odpowiedź: „Donosiło się okupantowi, a denuncjowało działacza opozycji; w przypadku złodzieja/przestępcy się nie donosi, ale spełnia obywatelski obowiązek, w imię wspólnego dobra”.

Na przeciwnym biegunie takich pojęć jak *donosiciel*, *kapuś*, *denuncjator* czy *sprzedawczyk* stoi *uczciwość*, *odwaga*, *bezkompromisowość* oraz wartości niezbędne do budowania społeczeństwa demokratycznego – *poczucie wspólnoty* i *odpowiedzialności za to, co jest budowane wspólnym wysiłkiem*.

² Marek Arszułowicz, Materiały pokonferencyjne, Czwarta doroczna konferencja European Academy of Business in Society (EABIS) pod tytułem „Odpowiedzialność biznesu i konkurencyjność: Rozwój kapitału ludzkiego dla zrównoważonego rozwoju”, Wyższa Szkoła Przedsiębiorczości i Zarządzania im. L. Koźmińskiego, Szkoła Główna Handlowa, Forum Odpowiedzialnego Biznesu.

Język, jak widać, ma znaczenie dla ocen etycznych, którym postawa *whistle-blowera* jest poddawana, i najwyraźniej wpływa na akceptację społeczną tego rodzaju postaw. Trudno też znaleźć w języku polskim odpowiednik, który miałby naturalne brzmienie i jednocześnie nie przywoływałby negatywnych skojarzeń. Słowo *whistle-blower* to w dosłownym tłumaczeniu *dmuchający w gwizdek* i nawiązuje do angielskich policjantów, którzy na widok przestępstwa posługiwali się gwizdkami, aby zaalarmować kolegów i sprowadzić pomoc. Jedną z nielicznych propozycji to *sygnaliści*, a więc osoby sygnalizujące właściwym organom lub opinii publicznej pewne nieprawidłowości. Określenie *sygnaliści* jest o tyle trafne, że z góry definiuje rolę osoby informującej o nieprawidłowościach. W większości przypadków osoby te dysponują jedynie podejrzeniami, fragmentami informacji budzącymi niepokój, pojedynczymi częściami całej układanki, a więc pewnymi *sygnalami* o nieprawidłowościach. Określenie *sygnalista* wskazywałoby zatem, że jego rola to przede wszystkim *zasygnalizowanie* swoich podejrzeń komuś, kto będzie miał kompetencje i możliwości, aby je zweryfikować i ewentualnie zgromadzić dowody na ich potwierdzenie. Alternatywnie proponuje się, aby w języku polskim *whistle-blower* został *demaskatorem*³. Być może spośród różnych określeń, z których chyba żadne nie oddaje istoty rzeczy tak trafnie, jak termin angielski, to jest najbardziej adekwatne. Cel, jaki sobie stawia pracownik mający na uwadze dobro społeczne, to *zdemaskowanie* nadużyć godzących w to dobro. *Demaskator* ma także tę zaletę, że nie jest słowem często używanym w codziennym języku. Nie są więc przypisane do niego żadne sprecyzowane skojarzenia. Można zatem liczyć, że *demaskator* obrośnie konotacjami związanymi z – motywowanym interesem publicznym – ujawnianiem nieprawidłowości, nadużyć, marnotrawstwa i korupcji. W dalszej części dla określenia osoby będziemy starali się używać słowa *demaskator*, pozostając jednocześnie przy słowie *whistle-blowingu* określającym działania demaskatora.

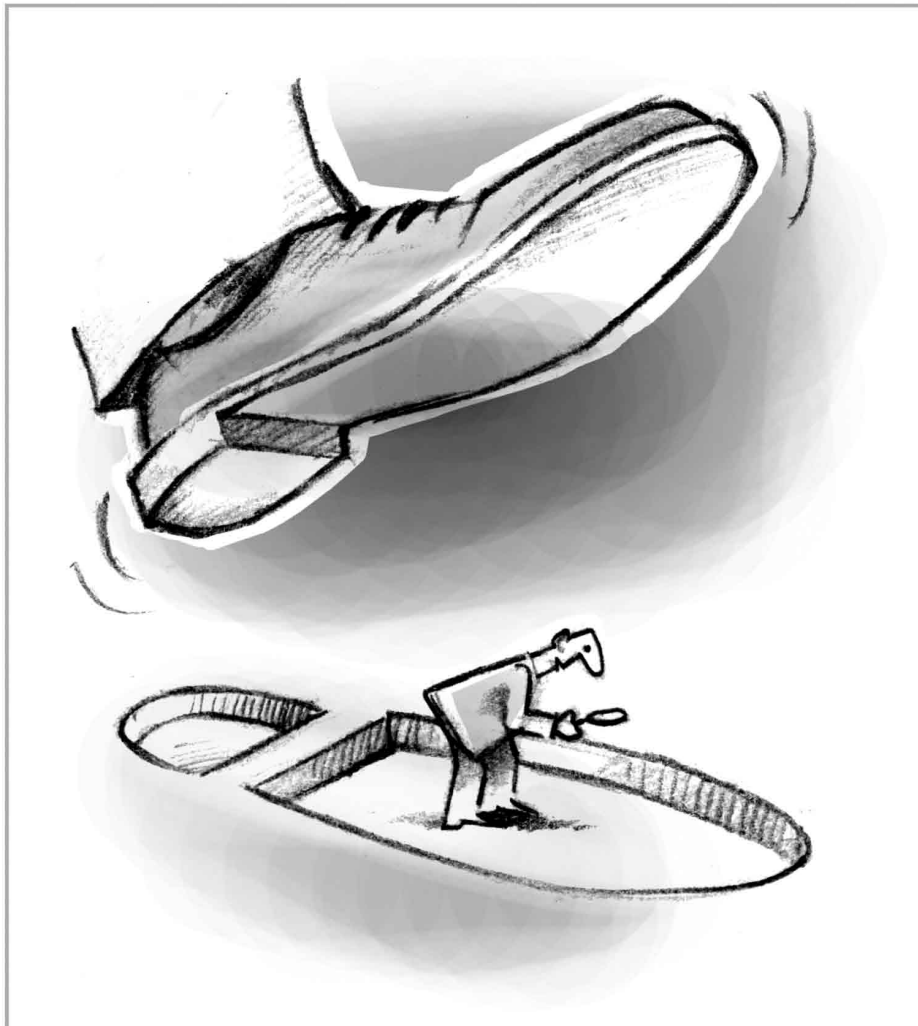
³ *Demaskator w dobrej wierze* to propozycja Wojciecha Rogowskiego (W. Rogowski, *Whistle-blowing: bohaterstwo, zdrada czy interes?*, „Przegląd Corporate Governance” 2007, nr 1).



Whistle-blowing po polsku

W 2000 roku Program Przeciw Korupcji działający w ramach Fundacji Batorego rozpoczął poradnictwo prawne w zakresie przepisów antykorupcyjnych. Wśród różnorodnych skarg zaczęły również wpływać skargi osób, których historie układały się według pewnego powtarzalnego schematu. Były to skargi ludzi, którzy zauważyli nieprawidłowości lub byli świadkami nadużyć w swoim miejscu pracy lub środowisku i nie mogąc przejść obojętnie postanowili zawiadomić właściwe organy. Krótko po swojej decyzji tracili pracę. Przy czym wypowiedzenie umowy o pracę rzadko było pierwszą reakcją pracodawcy. Na początku osoby te były odsuwane na „boczny tor” – na drodze tak zwanego wypowiedzenia zmieniającego przesuwano je na niższe stanowisko (na przykład do archiwum lub magazynu), z którym najczęściej wiązało się niższe wynagrodzenie. W niektórych przypadkach pracodawca odcinał w ten sposób dostęp pracownika do dokumentów i informacji stanowiących źródło niepokojących sygnałów. W innych wypadkach alienował od reszty pracowników, marginalizując jednocześnie jego rolę w instytucji i w zespole. O ile te konsekwencje nie były wystarczającym ostrzeżeniem dla demaskatora, następnym krokiem stawało się wypowiedzenie umowy o pracę.

Kolejny element typowego scenariusza to przyczyna wypowiedzenia. Pracodawcy często uciekali się do likwidacji stanowiska pracy, utraty zaufania do pracownika lub jego konfliktowego charakteru, a więc przyczyn, które w sądzie pracy okazywały się trudne do podważenia. W jednej ze spraw pracodawca powołał się na zarzut, że pracownik ujawniając informacje o nieprawidłowościach wobec organów ścigania i organu właścicielskiego działał na szkodę spółki.



Zanim jednak nastąpiło rozwiązanie stosunku pracy pracownicy-demaskatorzy nierzadko byli poddawani szykanom. Przełożeni prowokowali ostracyzm wśród pozostałych pracowników oraz wykluczenie demaskatora. Przysłowiowa „czarna owca” to określenie żywe, do którego chętnie odwołują się przełożeni osób informujących o nieprawidłowościach. Demaskatorom, których sprawy wspieraliśmy, odmawiano premii uznaniowej lub próbowano pozbawiać prawa do zajmowanego mieszkania zakładowego. W kilku wypadkach wszczęto postępowanie dyscypli-

narne. Niezależnie jednak od problemów na polu zawodowym osoba, która nie godzi się na bierne obserwowanie nadużyć, nierzadko musi stawić czoła pozwom o naruszenie dóbr osobistych. Pozwy takie, podobnie jak prywatne akty oskarżenia o pomówienie, wytaczają ci, których dotyczą zarzuty o nadużycia.

Na czym polega waga działań demaskatora? Nadużycia oraz inne nieprawidłowości, o których informują demaskatorzy, nie mają skonkretyzowanej ofiary, która motywowana ochroną swojego interesu dążyłaby do wykrycia sprawcy, naprawienia szkody oraz przywrócenia stanu zgodnego z prawem. Stąd w kryminologii dla przestępstw takich jak na przykład korupcja czy inne przestępstwa skierowane przeciwko działalności instytucji publicznych używa się pojęcia „przestępstwa bez ofiar”. Charakteryzuje je tak zwana wysoka ciemna liczba. Brak ofiary będącej osobą fizyczną powoduje, że wiedza o większości z nich w ogóle nie trafia do organów ścigania. Stąd też tego rodzaju przestępczość umyka oficjalnym statystykom, które ujawniają jedynie czubek przystłowiowej góry lodowej. Bywa, że demaskator jest jedyną osobą w danej instytucji, przedsiębiorstwie lub środowisku, która jest zdeterminowana przerwać milczenie. Potencjał *whistle-blowingu* polega również na tym, że demaskator funkcjonując wewnątrz danej instytucji, znając jej uwarunkowania i nierzadko dysponując wąskowyspecjalizowaną wiedzą jest w stanie – często w przeciwieństwie do organów ścigania, a nawet działu audytu – uchwycić i zrozumieć mechanizm nadużycia.

Role *whistle-blowingu* osłabia nie tylko brak dostatecznej ochrony prawnej na gruncie prawa pracy. Bariery w wykorzystaniu potencjału, jaki kryje się w gotowości pracowników do ujawniania nadużyć, są również przepisy procedury karnej. W wypadku gdy pracownik określonego podmiotu zawiadomi organy ścigania o nadużyciach lub innych nieprawidłowościach, a te odmówią wszczęcia postępowania lub je umorzą, demaskator nie ma uprawnień do kwestionowania tych decyzji. Zażalenie w aktualnym stanie prawnym przysługuje bowiem wyłącznie pokrzywdzonemu oraz instytucji państwowej, samorządowej lub społecznej, która złożyła zawiadomienie o podejrzeniu popełnienia przestępstwa. Nie przysługuje natomiast osobie fizycznej, która takie zawiadomienie złożyła. Demaskator nie mieści się również w wąskiej definicji pokrzywdzonego. Sąd Najwyższy stwierdza bowiem, że „pokrzywdzonym może być w procesie karnym jedynie ten, kogo przestępstwo dotyka *bezpośrednio*, naruszając lub zagrażając w taki sposób *jego* dobru prywatnemu, chronionemu przez naruszony przez sprawę przepis”⁴. W świetle tej interpretacji pokrzywdzonym jest pracodawca i jedynie on sam może złożyć

⁴ Postanowienie SN z 17 XI 2005, II KK 108/05, OSN w SK 2005/1/2094.



zażalenie. Z obserwacji Fundacji Batorego wynika jednak, że niezwykle rzadko do tego dochodzi. Wydaje się, że kwestionowanie wadliwych decyzji umarzających postępowania karne, nie leży w interesie osób kierujących daną instytucją. Część skarg, z którymi mieliśmy do czynienia wprost oskarżała kierowników o nadużycia. W pozostałych wypadkach niechęć do dogłębnego zbadania nadużyć wynikać może z ogólnej odpowiedzialności kierownika za funkcjonowanie jednostki.

Poniżej przedstawiamy dwie sprawy, które monitorowała Fundacja i które obrazują powyższą problematykę.

Barbara Donecka pod koniec lat dziewięćdziesiątych podjęła pracę w jednym z inspektoratów Państwowej Inspekcji Handlowej na stanowisku inspektora. Niemalże od początku docierały do niej sygnały o wypadkach korupcji. Przykładowo w czasie jednej z kontroli właściciel sklepu poskarżył się, że kierowca zatrudniony w PIH wyłudza haracze wśród przedsiębiorców w zamian za rzekome powstrzymanie planowanej kontroli. Własne doświadczenia Doneckiej utwierdzały ją w przekonaniu, że łapownictwa dopuszczają się również inspektorzy, którzy w zamian za korzyści odstępują od wymierzania mandatów oraz fałszują protokoły kontroli. Podczas jednej z inspekcji, kiedy wspólnie ze współpracownikiem sporządzała protokół pokontrolny, kierownik sklepu postawił przy biurku dwie torby, w których, jak się później okazało, znalazły się czekoladki, alkohol i kawa. Niepokój budziła również procedura pracy w samym inspektoracie. Wbrew przepisom pracownikom delegowanym do przeprowadzenia kontroli wręczano upoważnienie *in blanco*, co oznaczało, że miejsce w formularzu przeznaczone na wskazanie kontrolowanego podmiotu pozostawało puste. Taka praktyka umożliwiała kontrolerom wybór tej placówki handlowej spośród funkcjonujących na danym terenie, której można było zarzucić nieprawidłowości, a następnie negocjować wysokość mandatów. Donecka podejrzewała, że kierownictwo inspektoratu przymyka oko, a być może nawet toleruje praktyki korupcyjne. Wątpliwości te pogłębiła kolejna kontrola, w której uczestniczyła, tym razem hurtowni alkoholu. Ze względu na liczne nieprawidłowości ujawnione w czasie pierwszego dnia, w tym brak koncesji, prowadzący je inspektorzy zwrócili się do kierownictwa PIH o przedłużenie terminu zakończenia czynności. Mocą decyzji kierownictwa kontrola została wstrzymana na jeden dzień. Po ponownym wszczęciu czynności hurtownia przedstawiła kontrolerom uporządkowane dokumenty oraz koncesję wydaną w dniu, w którym trwała przerwa (!). Przedsiębiorcy udało się zamknąć całą procedurę w ciągu zaledwie jednego dnia. O obserwowanych przez siebie nieprawidłowościach Donecka informowała Wojewódzkiego Inspektora PIH, wojewodę, Szefa Służby Cywilnej, a w końcu również prokuraturę. Jej samotna walka nie przynosiła rezultatów aż do dnia, w którym ku zadowoleniu Doneckiej w inspektoracie wybuchła wiadomość, że prokuratura wszczęła postępowanie o przestępstwa korupcyjne. Zadowolenie i wiara Doneckiej w zmiany trwała do momentu, kiedy okazało się, że wśród osób, którym prokuratura stawia zarzuty znalazła się ona sama. W następstwie jako jedyna spośród kilkunastu oskarżonych inspektorów straciła pracę. Pracodawca w wypowiedzeniu umowy o pracę stwierdził, że toczące się postępowanie karne podważa zaufanie publiczne niezbędne do wykonywania funkcji inspektora. Nie zostało natomiast wyjaśnione – chociażby przed sądem pracy, do którego odwołała się Donecka – dlaczego to samo postępowanie nie podważało zaufania wobec pozostałych oskarżonych.

Fundacja Batorego działając w charakterze przedstawiciela społecznego monitoruje postępowanie karne. Sąd apelacyjny uchylił wyrok skazujący pierwszej instancji, postępowanie jest w toku.

Jan Małecki był pracownikiem biura gospodarczego jednej z państwowych uczelni. W zakres jego obowiązków wchodziło realizowanie zakupów osprzętu elektrycznego na podstawie zamówień spływających ze wszystkich jednostek uczelni. Pewnego dnia kierownik biura zasugerował Małeckiemu, aby od dziś dokonywał zakupów w określonej firmie, firmie X. Taką samą sugestią usłyszeli pozostali pracownicy biura. Tymczasem oferta tej firmy była dużo mniej korzystna niż inne oferty na rynku zarówno pod względem zróżnicowania asortymentu, jak i wysokości cen. Kiedy Małecki odmówił prowadzenia współpracy z firmą X, kierownik przejął od niego tę część obowiązków, podobnie jak od innych pracowników i już na własną rękę realizował zakupy. Wobec faktu, że protesty Małeckiego nie przynosiły rezultatów, zawiadomił on Dyrektora Administracyjnego i Rektora uczelni. W następstwie tej interwencji wszczęto kontrolę wewnętrzną. Toczyła się ona jednak bez udziału Małeckiego – kontrolujący nie byli zainteresowani jego wiedzą na temat tego, w jaki sposób przebiegał proces realizacji zamówień. Odmówiono mu również dostępu do dokumentów pokontrolnych twierdząc, że stawiane zarzuty nie zostały potwierdzone. Raport ostatecznie trafił w ręce Małeckiego dopiero kilka miesięcy później, gdy jego ujawnienia zażądał sąd. Zawarte w nim wnioski nie były tak jednoznaczne, jak twierdziły władze uczelni. Zanim jednak to nastąpiło, Małecki rozczarowany jałowością wewnętrznego postępowania, zawiadomił prokuraturę o podejrzeniu popełnienia przestępstwa. Postępowanie karne po kilku tygodniach zostało umorzone. Powodem jednak było nie tyle niepotwierdzenie się faktów podnoszonych przez demaskatora, co zbyt niska wysokość szkody stanowiąca znamię przestępstwa niegospodarności. Pomimo że w ocenie prokuratury nieprawidłowości nie wypełniały znamion przestępstwa, to kwalifikowały się jako przewinienia pracownicze. Jednocześnie z uzasadnienia postanowienia o umorzeniu wynikało, że postępowanie przygotowawcze objęło tylko część nadużyć. Można więc było zakładać, że gdyby przeprowadzono je w pełnym zakresie, szkoda byłaby wyższa. Małecki kierując się tą argumentacją, zaskarżył decyzję umarzającą. Prokuratura odmówiła przyjęcia zażalenia – Małecki nie był pokrzywdzonym. Podmiotem uprawnionym do złożenia zażalenia były wyłącznie władze uczelni. Małecki został przeniesiony do pracy w archiwum, a po kilkunastu miesiącach zwolniony z powodu konfliktowego charakteru i braku umiejętności współpracy z innymi pracownikami.

Demaskator w sądzie pracy

Polskie prawo pracy pomija milczeniem problematykę *whistle-blowingu*. Demaskator, który wykrył nieprawidłowości w swoim miejscu pracy i został zwolniony lub przesunięty na niższe stanowisko, może bronić się w sądzie pracy, powołując się na przepisy Oddziału II i następnych, dotyczące rozwiązania umowy o pracę, a więc przepisy nie uwzględniające specyfiki spraw demaskatorów.

Przykładem przepisów, które dostrzegają odrębności określonej kategorii spraw, jest rozdział IIa Kodeksu Pracy, mówiący o równym traktowaniu w zatrudnieniu. W sprawach o dyskryminację odmiennie niż w pozostałych sprawach ciężar dowodu został przesunięty z pracownika na pracodawcę. Uchylona zostaje zasada, według której ciężar udowodnienia faktu (tu: dyskryminacji) spoczywa na tym, kto wywodzi z niego skutki prawne. W sprawach o dyskryminację to pracodawca, chcąc zwolnić się z odpowiedzialności, musi udowodnić, że nie dyskryminuje pracownika, czyli przykładowo że wykluczając pracownika ze szkoleń zawodowych, kierował się obiektywnymi powodami. Przesunięcie ciężaru dowodu jest dużym udogodnieniem dla pracownika w sądzie pracy i wynika właśnie ze specyfiki problemu dyskryminacji. Przykład ten zostaje tu przywołany z tego powodu, że (o czym będzie mowa w dalszej części) według takiego modelu ustawodawcy innych krajów rozwiązują kwestię ciężaru dowodu również w sprawach demaskatorów.

Mimo że polski ustawodawca nie dostrzega roli demaskatorów i potencjału ich działań dla interesu publicznego, a co za tym idzie i specyfiki potrzeb pracowników broniących swych praw w sądzie pracy, można by wychodzić z założenia, że na bazie obecnych przepisów rozwinie się orzecznictwo, które wspomnianą specyfikę dostrzeże i zagwarantuje demaskatorom ochronę przed odwetowymi działaniami



pracodawcy. Z obserwacji spraw byłych pracowników, którzy zwrócili się do Fundacji Batorego o pomoc, wynika jednak, że po pierwsze – polscy demaskatorzy rzadko wygrywają w sądzie pracy, po drugie – sądy pracy, badając prawidłowość wypowiedzenia, najczęściej unikają odpowiedzi na pytanie, czy rozwiązanie stosunku pracy stanowiło formę odwetu za ujawnienie przez pracownika informacji o nieprawidłowościach. W wypadkach gdy zapada orzeczenie uwzględniające roszczenie demaskatora, uzasadnienie zazwyczaj w ogóle pomija powyższą kwestię.

Oczekiwanie, że zbudowanie ochrony prawnej *whistle-blowingu* w Polsce możliwe będzie na drodze orzecznictwa i na podstawie aktualnego stanu prawnego, podważać może stan dotychczasowego orzecznictwa. W kilku obszarach istotnych z punktu widzenia ochrony prawnej demaskatorów ukształtowały się w orzecznictwie poglądy, czasem zyskując status wiążącej zasady prawnej, które mogą czynić obronę racji byłego pracownika trudną do zrealizowania.

Rozwiązanie za wypowiedzeniem jako zwykły sposób rozwiązania stosunku pracy. Rozwiązanie umowy o pracę poprzez wręczenie pracownikowi wypowiedzenia jest zwykłym sposobem zakończenia stosunku pracy. Stąd przyczyna tego wypowiedzenia nie musi być szczególnie doniosta, w przeciwieństwie, na przykład, do rozwiązania umowy o pracę bez wypowiedzenia z winy pracownika. Z tego też powodu sądy dużo bardziej liberalnie podchodzą do badania prawidłowości wypowiedzenia niż w wypadku tak zwanego dyscyplinarnego zwolnienia.

Ekonomiczna zasadność likwidacji stanowiska pracy. Sądy pracy nie badają, czy likwidacja stanowiska pracy była uzasadniona z gospodarczego punktu widzenia. Przyjmuje się, że kształtowanie wewnętrznej struktury organizacyjnej oraz ocena, jaka struktura najlepiej służy pracodawcy, należy do wyłącznej domeny pracodawcy. Jest to zasada prawna – zawarta w uchwale Sądu Najwyższego, zawierającej wytyczne dotyczące badania zasadności wypowiedzenia (III PZP 10/85, OSNC 1985/11/164). Sąd stwierdza, że „Zmniejszenie stanu zatrudnienia w zakładzie pracy stanowi uzasadnioną przyczynę wypowiedzenia. Organ rozpatrujący spory pracownicze nie jest powołany do badania zasadności i celowości zmniejszenia stanu zatrudnienia”. W tym też duchu mieści się późniejsze orzecznictwo, np. wyrok Sądu Najwyższego z 4 września 2007 (I PK 92/07): „Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem likwidacja stanowiska pracy w ramach rzeczywistych zmian organizacyjnych uzasadnia wypowiedzenie pracownikowi umowy o pracę, a decyzje co do przydatności i celowości utrzymywania danego stanowiska mieszczą się w uprawnieniach pracodawcy i nie podlegają ocenie sądów pracy”¹.

Tymczasem likwidacja stanowiska pracy, jak wcześniej wspomniano, to jedna z najczęściej powoływanych przez pracodawców przyczyn wypowiedzenia. Natomiast w świetle powyższego pominięta zostanie argumentacja demaskatora, że likwidacja zajmowanego przez niego miejsca pracy nastąpiła wyłącznie w odwecie za ujawnione przez niego nadużycia, bowiem z ekonomicznego punktu widzenia nic nie uzasadniało takiej decyzji.

¹ Por. również: wyrok SN z 23 V 1997, I PKN 176/97, OSNAPiUS NR 9/1998, poz. 263.

Wypowiedzenie umowy o pracę z pracownikiem na stanowisku kierowniczym a utrata zaufania do pracownika. Zgodnie z cytowaną wcześniej uchwałą Sądu Najwyższego: „Pracownikom na stanowiskach kierowniczych lub samodzielnych stawiane są wyższe wymagania niż pozostałym. [...] Pracownicy ci, ze względu na zajmowane stanowiska, powinni dawać przykład dobrej roboty i właściwej postawy. Odpowiadają oni także za brak efektów komórki organizacyjnej, którą kierują. Dlatego też ich zachowanie musi być oceniane według ostrzejszych kryteriów, co należy również odnieść do jednorazowych drobnych uchybień” (III PZP 10/85).

Powyższa uchwała – przypomnijmy: mająca moc zasady prawnej – ma istotne znaczenie wobec faktu, że utrata zaufania do pracownika to druga obok likwidacji stanowiska pracy najczęściej eksploatowana przyczyna wypowiedzeń. Przy tym pracodawcy często twierdzą, że utrata zaufania wynika właśnie z faktu, że pracownik głośno mówił o swoich wątpliwościach. W jednej ze spraw monitorowanych przez Fundację Batorego pracodawca w piśmie do demaskatora wypowiadając umowę powołuje się na „utratę zaufania Dyrekcji Zakładu w stosunku do Pana – pracownika należącego do kadry kierowniczej zakładu, który działał na szkodę zakładu pracy poprzez rozpowszechnianie nieprawdziwych informacji na temat organizacji pracy oraz stosunków panujących w zakładzie [...]”. *Rozpowszechnianie* w tym wypadku polegało na tym, że demaskator powiadomił dwie instytucje: organ właścicielski oraz prokuraturę.

W świetle cytowanej wytycznej Sądu Najwyższego pracodawcy stosunkowo łatwo jest obronić zasadność wypowiedzenia. Im wyższe stanowisko, tym mniejsze „przewinienie” wystarcza, aby pracownika zwolnić. Innymi słowy, im wyżej pracownik znajduje się w hierarchii, a co za tym idzie, im bardziej odpowiedzialną funkcję pełni i im większy posiada dostęp do informacji o sprawach pracodawcy, tym wyżej stawia się mu poprzeczkę. Przyjmuje się bowiem, że pracownik, któremu powierza się samodzielne stanowisko lub istotne kompetencje, powinien wiedzieć, jakie zachowania podważają zaufanie między nim a pracodawcą.

Tymczasem demaskatorzy dość często rekrutują się właśnie spośród pracowników merytorycznych, posiadających samodzielne kompetencje. Być może fakt, że posiadają lepszą niż szeregowi pracownicy wiedzę oraz doświadczenie zawodowe, a w końcu lepszy dostęp do informacji oraz dokumentów, umożliwia im bardziej krytyczne spojrzenie na to, co dzieje się w zakładzie pracy. Zgodnie z tym zakładać można, że niektóre nadużycia, w szczególności te „wyrafinowane”, będą w stanie wykryć wyłącznie pracownicy na stanowiskach zarządzających lub wymagających wiedzy fachowej. Mniejsze jest prawdopodobieństwo, że skomplikowane malwersacje wyplłyną na światło dzienne za sprawą szeregowych pracowników. Stąd



linia orzecznicza, która wydaje się pozostawiać pracodawcy więcej swobody, jeśli chodzi o rozwiązanie stosunku pracy z pracownikiem należącym do kadry kierowniczej, może przyczyniać się do hamowania *whistle-blowingu* ukierunkowanego na poważne naruszenia, mogące przynosić istotne szkody.

Sprawy, które monitorowała Fundacja Batorego potwierdzają korelację między samodzielnym charakterem wykonywanych obowiązków a gotowością zareagowania na nieprawidłowości (inspektor Państwowej Inspekcji Handlowej,

główna księgową, lekarz, główny specjalista w parku krajobrazowym, dyżurny inżynier ruchu). Jedynie w dwóch wypadkach w rolę demaskatora weszły osoby nie należące do personelu merytorycznego (osoba sprzątająca, pracownik działu zaopatrzenia).

Czy pracownik ujawniając nieprawidłowości powinien najpierw wykorzystać drogę służbową? Powyższe pytanie stawiamy jako zagadnienie dopiero do rozwiązania. W obserwowanych postępowaniach sądy bowiem prezentowały niekonsekwentne podejście do tej kwestii. W jednej ze spraw sąd podzielił argument pracodawcy, że pracownik pomijając drogę służbową i kierując swoje kroki bezpośrednio do organów ścigania, naruszył zaufanie pracodawcy w stopniu uzasadniającym wypowiedzenie. Tymczasem nie jest to rzadka praktyka, ani też pozbawiona podstaw, że demaskatorzy w obawie przed represjami rezygnują z próby rozwiązania problemu przed kierownictwem zakładu. Wspomniana sprawa dotyczyła kradzieży drewna w Lasach Państwowych przez bezpośredniego przełożonego zwolnionego pracownika. Sąd nie badał, czy pracownik miał możliwość w poczuciu bezpieczeństwa o swoje miejsce pracy zawiadomić przełożonych. Natomiast w innej monitorowanej sprawie, w której demaskator najpierw poruszył problem na zebraniu zespołu, następnie – wobec braku reakcji kierownictwa – zwrócił się do organu założycielskiego, a dopiero na końcu do organów ścigania, kolejność działań demaskatora nie została przez sąd zauważona. Tymczasem wydaje się, że mogła ona świadczyć o powściągliwości w ujawnianiu na forum zewnętrznym tego, co dzieje się za murami instytucji oraz o trosce o poufny charakter ujawnianych informacji.

Jedną przyczyną wypowiedzenia umowy o pracę. W orzecznictwie przyjmuje się, że dla uznania wypowiedzenia za uzasadnione wystarczy, aby choć jedna ze wskazanych przyczyn była usprawiedliwiona (wyrok SN 5 X 2005, I PK 61/05). Z tego też powodu w wypadku, gdy pracodawca jako przyczynę uzasadniającą wypowiedzenie podaje likwidację stanowiska pracy, sądy ograniczają się do zbadania, czy likwidacja stanowiska była rzeczywista. *Rzeczywista* oznacza, że pracodawca nie zatrudnił nowego pracownika czy to na miejsce pracy demaskatora, czy też przydzielając nowej osobie zakres obowiązków uprzednio wykonywanych przez demaskatora, ani też, że stanowisko demaskatora nie zostało po pewnym czasie odtworzone. O ile likwidacja stanowiska pracy okaże się rzeczywista, sąd pracy w myśl powyższej zasady nie będzie dochodził, czy w tle decyzji pracodawcy o likwidacji konkretnego stanowiska jako przyczyna pierwotna leżała chęć pozbycia się niewygodnego pracownika.

To pozostawia pracodawcy duży margines swobody. Pracodawca może, chcąc zgodnie z prawem pozbyć się niewygodnego pracownika, włączyć jego stanowisko

pracy do planowanej większej reorganizacji, a nawet zlikwidować wyłącznie jego stanowisko pracy. Takie pozbycie się pracownika pozostaje skuteczne, ponieważ poza perspektywą sądu będzie pierwotna przyczyna, którą w tym wypadku była lub mogła być działalność interwencyjna demaskatora.

Ponadto przeprowadzenie likwidacji stanowiska *rzeczywistej* w rozumieniu orzecznictwa może okazać się nietrudne w szczególności u dużych pracodawców, u których większa liczba pracowników umożliwia podział i rozproszenie dotychczasowych obowiązków demaskatora między pozostałych pracowników. Przy tym wydaje się, że takie przeniesienie obowiązków może mieć nawet charakter tymczasowy. Rzeczywista przyczyna wyklucza wprawdzie odtworzenie stanowiska demaskatora w najbliższej przyszłości, pracodawca może jednak stworzyć nowe stanowisko, któremu przypisana zostanie część obowiązków pracowników, na których scedowano obowiązki zwolnionego, jednak nie te same, które wykonywał zwolniony. Z pewnością jest to tym łatwiejsze, im mniej wyspecjalizowane są przesuwane obowiązki. W wielu wypadkach rozwiązaniem będzie przyuczenie do nowych obowiązków. W innych – objęcie dotychczasowych obowiązków demaskatora przez jego zastępcę bądź młodego pracownika z krótszym stażem, który dotychczas wdrażał się do zawodu.

Konflikt pomiędzy pracodawcą a pracownikiem jako przyczyna wypowiedzenia. W orzecznictwie dominuje pogląd, że konflikt, zwłaszcza sprowokowany przez pracownika, może być uzasadnioną przyczyną wypowiedzenia. W szczególności dotyczy to nieporozumień, które uniemożliwiają koordynowanie działań przez przełożonego i sprawne zarządzanie. W wypadkach gdy demaskator ujawnia informacje, które podważają uczciwość czy chociażby kompetencje jego przełożonego, konflikt o charakterze personalnym staje się bardzo prawdopodobny.

Trudny powrót na zajmowane dotychczas stanowisko. Odrębny problem to przywrócenie do pracy. Sądy uznając roszczenie demaskatora za zasadne najczęściej przyznają odszkodowanie, odmawiają natomiast przywrócenia do pracy jako niecelowe lub niemożliwe. W praktyce na przeszkodzie staje fakt, że stanowisko zostało już obsadzone przez nowozatrudnionego pracownika, a demaskator przez czas pozostawania poza nurtem spraw służbowych niejako „wypadł” z życia zawodowego. Przyczyną, dla której sądy ograniczają się do zasądzenia odszkodowania, jest również eskalacja konfliktu między pracodawcą a pracownikiem. W takich wypadkach przyjmuje się, że złe relacje uniemożliwią będą prawidłową współpracę. Szczególnym przykładem są konflikty powstające w szkole, np. między dyrektorem a nauczycielem. Przyjmuje się, że dobro uczniów wymaga, aby ich uwaga koncentrowała się na nauce, oraz że konflikty w kadrze nauczycielskiej mogą

być powodem zgorzienia wśród podopiecznych. Z tego powodu w wypadkach, gdy sąd uzna, iż wypowiedzenie nie było zgodne z prawem, najczęściej zasądzone jest odszkodowanie, nie zaś przywrócenie do pracy. Dzieje się tak niezależnie od tego, że często nauczyciel podnosi różnego rodzaju zarzuty wobec dyrekcji (czy to w odniesieniu do zarządzania szkołą, czy też stosowanych metod dydaktycznych), kierując się interesem szkoły i jej uczniów. Fundacja Batorego, prowadząc projekt pomocy prawnej, nie spotkała się z wypadkiem, aby sąd rozważył ugodę czy też próbował nakłaniać strony do ugody polegającej na przywróceniu pracownika nie tyle na to samo stanowisko, co na stanowisko równorzędne lub zbliżone, jednak już niepodlegające przełożonemu, którego dotyczyły zarzuty o nadużycia.

Przedstawione powyżej uwagi dotyczą tylko części problemów, z jakimi borykają się demaskatorzy. Poza powyższymi uwagami pozostają inne zagadnienia, w szczególności możliwość obrony przed szykanami pracodawcy, przełożonego lub pracowników, przed ograniczaniem możliwości rozwoju kariery zawodowej i zamykaniem dostępu do szkoleń. W końcu poza ochroną pozostają demaskatorzy zatrudnieni na podstawie umowy o pracę na czas określony bądź umów cywilno-prawnych (umowy o dzieło lub umowy zlecenia). Te ostatnie bowiem nie podlegają prawu pracy i właściwości sądów pracy.

Regulacje prawne w innych krajach

Rzut oka na ustawodawstwa innych krajów nasuwa wniosek, że problem *whistle-blowingu* jest uniwersalny. Nie tylko w Polsce osoba demaskująca nadużycia w swoim miejscu pracy naraża się na negatywne konsekwencje dla swojego zatrudnienia i rozwoju kariery zawodowej. Typowy scenariusz, według którego rozwija się sytuacja zawodowa demaskatora po ujawnieniu nieprawidłowości, nie jest polską specyfiką. Wyróżnia nas jednak to, że potrzeba zbudowania ochrony prawnej dla tego rodzaju postaw nie zyskała do tej pory uwagi ustawodawcy. Tymczasem problematyka ta jest obecna w systemach prawnych różnych krajów. Silną reprezentację w tej grupie stanowią kraje systemu *common law*: Stany Zjednoczone, Wielka Brytania, Kanada, Australia, Nowa Zelandia. Ponadto specjalne regulacje posiadają Japonia, Korea, Norwegia czy też Rumunia.

Poniżej przedstawiamy przykładowe regulacje obowiązujące w Stanach Zjednoczonych, jako kraju posiadającego najdłuższą tradycję i najbogatsze doświadczenie w budowaniu i ciągłym rozwijaniu ustawodawstwa na tym polu, oraz ustawę brytyjską, jako przykład regulacji opartej na zupełnie odmiennych założeniach.



Stany Zjednoczone

Ustawa o ochronie demaskatorów (*Whistleblower Protection Act*)

Ustawa weszła w życie w 1989 roku. Wpisuje ona działania represyjne podejmowane w związku z ujawnieniem przez demaskatora nadużyć na liście tak zwanych praktyk zakazanych wobec personelu. Lista ta obejmuje dwanaście enumeratywnie

wymienionych praktyk, w tym stosowanie dyskryminacji w zatrudnieniu, nepotyzm, wymuszanie na kimkolwiek aktywności politycznej, naruszanie przepisów przyznających pierwszeństwo weteranom i in., a w końcu:

angażowanie się w działania odwetowe w związku ze zdemaskowaniem nieprawidłowości, tj. działania polegające na podjęciu lub zaniechaniu bądź też groźbie podjęcia lub zaniechania działań wobec pracownika lub kandydata na stanowisko w związku z jakimkolwiek ujawnieniem przez pracownika lub kandydata na stanowisko informacji, która według ich racjonalnej oceny dowodzi naruszenia ustawy, rozporządzenia, regulaminu, wielkich nadużyć w zarządzaniu, wielkiego marnotrawstwa środków finansowych, nadużycia władzy, znaczącego i realnego zagrożenia dla bezpieczeństwa lub zdrowia publicznego².

Obok pracowników federalnych oraz kandydatów na stanowiska w administracji federalnej ochroną objęci są również byli pracownicy. Zakaz działań odwetowych obowiązuje nie tylko w administracji rządowej, lecz również w wyszczególnionych przedsiębiorstwach państwowych (np. *Federal Crop Insurance Corporation, Federal Prison Industries, Incorporated, Pension Benefit Guaranty Corporation, Rural Telephone Bank*) lub spółkach, w których udziały posiada państwo (np. *Central Bank for Cooperatives, Federal Deposit Insurance Corporation, Federal Land Banks*)³. Natomiast z zakresu działania Ustawy wyjęci zostali m.in. pracownicy FBI, CIA, Poczty USA, Głównego Inspektoratu Finansowego.

Organem wykonującym zadania przewidziane w Ustawie o ochronie demaskatorów jest Biuro Rady Specjalnej (*Office of Special Counsel*). Jest to organ o szerszych kompetencjach niż te, które wynikałyby wyłącznie z powyższej regulacji. Rada zajmuje się przestrzeganiem systemów zarządzania jakością w administracji federalnej. W zakres jej kompetencji wchodzi jeszcze dwie inne ustawy: tak zwana Ustawa Hetcha, ograniczająca aktywność polityczną członków korpusu służby cywilnej, oraz Ustawa o reformie służby cywilnej. Natomiast w obszarze Ustawy o ochronie demaskatorów Rada pełni dwie zasadnicze funkcje. Po pierwsze, dysponuje kompetencjami, które pozwalają chronić demaskatora przed działaniami odwetowymi pracodawcy; po drugie, ma ona służyć jako bezpieczne forum, za pośrednictwem którego możliwe byłoby zgłaszanie i weryfikowanie nadużyć w administracji publicznej. Obie funkcje zostaną omówione poniżej.

² Tytuł 5 § 2302 (b) Kodeksu Stanów Zjednoczonych.

³ Pełną listę podmiotów wymienia Tytuł 31 Artykuł 9101 Kodeksu Stanów Zjednoczonych.

Biuro Rady Specjalnej w ochronie interesów demaskatora

Rada została wyposażona w dwa rodzaje kompetencji, które pozwalają reagować na zasadne skargi pracowników o stosowanie przez pracodawcę niedozwolonych praktyk. Są to działania korygujące, których celem jest zrekompensowanie pracownikowi strat, jakie poniósł w wyniku działań represyjnych pracodawcy, i w miarę możliwości odwrócenie ich skutków, oraz środki dyscyplinarne, które Rada podejmuje wobec konkretnej osoby dopuszczającej się represji.

Działania korygujące. W pierwszym kroku, o ile fakt stosowania przez pracodawcę praktyk zakazanych uznany zostanie za oczywisty, Rada rekomenduje pracodawcy działania korygujące, które ten powinien podjąć w celu usunięcia skutków zakazanych praktyk. Jeżeli dana agencja federalna, do której skierowane zostały rekomendacje, nie dostosuje się do nich, Rada składa skargę do Komisji do spraw Standardów w Służbie Cywilnej (*Merit Systems Protection Board*). Ta zaś, o ile podziela opinię Rady, iż istnieją zasadne podstawy, aby sądzić, że doszło do stosowania praktyk zakazanych wobec pracowników, wydaje nakaz obejmujący w zależności od okoliczności: przywrócenie pracownika do pracy, cofnięcie zawieszenia pracownika lub innych krzywdzących środków dyscyplinarnych, wypłatę wynagrodzenia za czas pozostawania bez pracy, zwrot kosztów pomocy prawnej, kosztów leczenia lub innych poniesionych strat.

Natomiast w wypadku gdy Rada nie uwzględni skargi demaskatora lub też nie zareaguje na skargę w ciągu 120 dni, demaskator może we własnym zakresie złożyć skargę do Komisji ds. Standardów w Służbie Cywilnej z żądaniem wydania wobec pracodawcy nakazu określonych działań korygujących.

Środki dyscyplinarne. Poza działaniami korygującymi Rada może żądać wymierzenia środków dyscyplinarnych wobec pracownika (np. przełożonego, kierownika działu, dyrektora działu kadr, dyrektora generalnego), któremu przypisać można podejmowanie działań represyjnych wobec demaskatora. W tym celu Rada składa skargę w Komisji ds. Standardów w Służbie Cywilnej przeciwko konkretnej osobie. W sytuacji gdy Komisja uznaje skargę za zasadną, w wachlarzu dostępnych jej środków pozostają: rozwiązanie z pracownikiem umowy o pracę, degradacja, zakaz pracy w administracji federalnej do siedmiu lat, zawieszenie pracownika, nagana, grzywna w wysokości do 1000 USD.

Biuro Rady Specjalnej jako organ badający zarzuty o nadużycia

Jak wspomniano wcześniej, drugą obok ochronnej funkcji Rady jest stworzenie bezpiecznego forum, poprzez które pracownicy zaniepokojeni tym, co dzieje się

w zatrudniających ich urzędach, będą mogli zgłaszać swoje wątpliwości. Powyższy podtytuł został sformułowany nieco na wyrost, bowiem Rada ma w tym zakresie funkcję wyłącznie koordynującą i monitorującą. Mimo że, przedstawiając swoją misję, mianuje się organem dochodzeniowo-śledczym, *de facto* we własnym zakresie nie weryfikuje ona, na ile trafne i prawdziwe pozostają zarzuty o nadużycia zawarte w skargach pracowników federalnych. Kompetencje, które przyznaje jej Ustawa o ochronie demaskatorów, przewidują jedynie, że Rada, mając do czynienia ze skargą wskazującą na duże prawdopodobieństwo nieprawidłowości, zwraca się do szefa danej agencji federalnej, której skarga dotyczy. Szef agencji jest natomiast zobligowany do przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego i zdania Radzie pisemnego raportu. Raport taki musi opisywać, w jaki sposób postępowanie wyjaśniające zostało przeprowadzone, zawierać zestawienie zebranego materiału dowodowego oraz podsumowanie naruszeń, których wystąpienie nie budzi wątpliwości, i w końcu działania podjęte w wyniku przeprowadzonego postępowania. Rada nie ma też wpływu na to, kto w ramach agencji będzie prowadził postępowanie wyjaśniające. Najczęstszą praktyką jest powierzenie tego zadania Głównemu Inspektorowi danej instytucji. Ustawa przewiduje sześćdziesięciodniowy termin na przeprowadzenie postępowania wyjaśniającego i przedstawienie raportu końcowego. Co do zasady przedłużenie tego terminu może nastąpić wyłącznie w wypadku wykazania uzasadnionej przyczyny. Niemniej jest to termin instrukcyjny, którego przekroczenie nie wiąże się z istotnymi konsekwencjami. Urzędnicy Rady nie mogą prowadzić własnego dochodzenia i nie mają też wpływu na przebieg postępowania wyjaśniającego w ramach samej agencji, której zarzuty dotyczą, niemniej do nich należy weryfikacja raportu końcowego. Prawo do zgłoszenia zastrzeżeń i uwag przysługuje również demaskatorowi, który zainicjował cały proces. To uprawnienie może mieć istotne znaczenie z punktu widzenia rzetelności raportu. O ile agencji, której zarzuca się nieprawidłowości, nie musi towarzyszyć silna motywacja do gruntownego badania zarzutów, to determinacja demaskatora ma zazwyczaj charakter osobisty i związany z chęcią ochrony własnego słusznego interesu w postaci zachowania miejsca pracy. Raport, którego ustalenia według oceny Rady są zasadne, zostaje wraz z uwagami i rekomendacjami Komisji oraz zastrzeżeniami demaskatora przesłany Prezydentowi oraz właściwym rzeczowo komisjom Kongresu. Ponadto raport podlega upublicznieniu.

Odmienne przebiega procedura w wypadku, gdy w wyniku postępowania wyjaśniającego wykryte zostają naruszenia o charakterze kryminalnym. Wówczas raport zostaje utajniony. Również demaskator nie ma do niego wglądu oraz, co za tym idzie, prawa wniesienia zastrzeżeń do jego ustaleń, co jednak nie powinno

mieć istotnego wpływu na rzetelność, bo od tej pory postępowanie wkracza na ścieżkę karną. Dana agencja zobowiązana jest przestać dokument bezpośrednio do Prokuratora Generalnego, a o okolicznościach powiadomić Urząd Służby Cywilnej (*Office of Personnel Management*) oraz działające w Białym Domu Biuro Zarządzania i Budżetu (*Office of Management and Budget*).

Kilka przykładów spraw, które Rada podjęła w 2007 roku, pozwoli zobaczyć, jakiego rodzaju sprawami Rada się zajmuje, oraz zakres ochrony, jaki demaskatorzy uzyskali w konkretnych przypadkach.

Sprawa kontroli celnych na lotnisku międzynarodowym w Salt Lake City. Według informacji demaskatora zmiana zasad przeprowadzania kontroli celnych w porcie transferowym spowodowała zagrożenie dla bezpieczeństwa publicznego. W wyniku zmian kontrole były przeprowadzane rzadziej i w węższym zakresie niż wcześniej. Rada nakazała Sekretarzowi Bezpieczeństwa Wewnętrznego (*Secretary of Homeland Security*) zbadanie zarzutów. Postępowanie wyjaśniające potwierdziło zarzuty. Równolegle stwierdzono jednak, że dyrektor portów nie naruszył prawa. Przepisy bowiem nie określały minimalnej liczby kontroli ani też jej zakresu. Nie zmieniło to jednak ostatecznej konkluzji raportu, że nowa polityka kontrolna wprowadziła istotne i konkretne zagrożenie dla bezpieczeństwa publicznego w związku z faktem, że kontrole celne odgrywają istotną rolę w rządowej strategii zapobiegania terroryzmowi.

Sprawa przesunięcia środków finansowych wyasygnowanych przez Kongres na zakup bezprzewodowego sprzętu telekomunikacyjnego. W tej sprawie demaskator informował, że w latach 2004 i 2005 Departament Bezpieczeństwa Wewnętrznego (*Department of Homeland Security*) bez podstawy prawnej przesunął na inne cele środki finansowe przeznaczone przez Kongres na zakup bezprzewodowego sprzętu telekomunikacyjnego, wbrew wytycznym Kongresu dokonano zakupów technologii tradycyjnych. Demaskator ocenił, że w wyniku takiego przesunięcia budżetowego zachodnio-południowa granica kraju nie ma koniecznej infrastruktury technicznej i tym samym jest narażona na infiltrację agentów obcego wywiadu oraz terrorystów. Departament Bezpieczeństwa, do którego Rada zwróciła się o przeprowadzenie postępowania wyjaśniającego, w raporcie końcowym odrzucił zarzuty. Autorzy raportu podzielili pogląd, że na granicy zachodnio-południowej potrzebne są odpowiednie technologie, jednocześnie jednak stwierdzili, że „w ostatnim czasie podejmowane były starania, aby wyposażyć agentów patrolujących granicę w środki umożliwiające obronę osobistą w obliczu przestępczości granicznej”. Raport został zaakceptowany przez Radę i przesłany do Prezydenta i właściwej komisji Kongresu.

Sprawa fałszowania baz danych przez pracowników portu lotniczego w Sanford. Sześciu demaskatorów – funkcjonariuszy służby celnej – powiadomiło Radę, że członkowie kierownictwa tej służby w Sanford wydawali nieformalne instrukcje nakazujące celnikom wprowadzanie do systemu informatycznego fikcyjnych danych, takich jak rasa, długość planowanego pobytu, ilość sztuk bagażu, które w normalnym trybie uzyskiwane były w toku kontroli celnych lub bezpośrednich wywiadów z podróżnymi oraz członkami załóg samolotów. Wprowadzanie fikcyjnych danych miało poprawić statystyki przeprowadzanych kontroli celnych. Wprowadzane dane potwierdzały nieprawdę, że dana osoba została zatrzymana, przesłuchana, a jej bagaż przeszukany w związku z podejrzeniem o posiadanie kontrabandy lub zamieszanie w inną nielegalną działalność. Raport przygotowany przez Departament Bezpieczeństwa Wewnętrznego tylko częściowo potwierdził zarzuty demaskatorów. Według raportu pracownicy wyznaczeni do wprowadzania danych otrzymywali nieprawidłowe instrukcje, aby wpisywać dane na podstawie domysłów, a ponadto, aby wprowadzać dane przy użyciu kodów identyfikacyjnych haseł przypisanych innym pracownikom. Departament podjął zarówno środki dyscyplinarne, jak i działania korygujące.

Ustawa Sarbanes-Oxley

Ustawa o reformie zasad księgowości spółek publicznych oraz o ochronie inwestorów, popularnie nazywana od jej projektodawców, senatora Paula Sarbanesa oraz członka Kongresu Michaela Oxleya, *Sarbanes-Oxley Act*, to ustawa dotycząca ładu korporacyjnego w spółkach publicznych. Ustawę przyjęto w odpowiedzi na spektakularne bankructwa takich gigantów jak Enron, Tyco czy WorldCom, które wstrząsnęły rynkiem i podważyły zaufanie inwestorów. To zmobilizowało Kongres USA do szukania narzędzi, które wzmacniałyby wiarygodność i rzetelność informacji podlegających upublicznieniu zgodnie z amerykańskim prawem papierów wartościowych. Ustawa reguluje m.in. kwestie związane z niezależnością audytorów, zasady odpowiedzialności korporacyjnej (w tym odpowiedzialność za raporty finansowe, odpowiedzialność za wywieranie bezprawnego wpływu na wyniki audytu prowadzonego w firmie, przepadek korzyści). Przykładowo w rozdziale czwartym ustawy zawarto kodeks etyczny osób zajmujących wysokie stanowiska związane z finansami spółki. W kolejnych rozdziałach ustawa reguluje konflikt interesów, zasady odpowiedzialności karnej i korporacyjnej za oszustwa, kary związane z przestępczością tak zwanych białych kołnierzyków. Wśród tych zagadnień – które, jak wcześniej wspomniano, mają wzmacniać ład korporacyjny – znalazły się również przepisy dotyczące ochrony demaskatorów. *Ratio legis* tych przepisów polega więc przede

wszystkim na ochronie interesów spółki, w której są ujawniane nieprawdliwości, a co za tym idzie – ochronie jej akcjonariuszy. *Whistle-blowing* jest więc traktowany w tej regulacji jako alternatywne narzędzie kontroli nad działalnością spółek publicznych, jako system wczesnego ostrzegania o zagrożeniach.

Ustawa *Sarbanes-Oxley* weszła w życie w 2002 roku. Niezależnie od faktu, że została uznana za jedną z największych reform amerykańskiego prawa papierów wartościowych, to przeto, jaki wywarła w obszarze ochrony praw demaskatorów, porównywany jest przez organizacje pozarządowe do lądowania człowieka na Księżycu. Przed jej uchwaleniem w wielu stanach dopuszczalne było zwolnienie pracownika, który występował w interesie akcjonariuszy, ze skutkiem natychmiastowym, zgodnie z doktryną „zatrudnienia swobodnego” (*at-will employment*)⁴. Demaskator zmuszony był do poszukiwania ochrony w gąszczu przepisów, czy to na poziomie stanowym, czy federalnym, oraz w orzecznictwie. Stąd też mówi się, że Ustawa *Sarbanes-Oxley* wprowadziła rewolucję w zakresie wolności wypowiedzi w korporacjach.

Ochronie podlega pracownik, który ujawnił naruszenie prawa federalnego dotyczącego oszustw na szkodę akcjonariuszy bądź też zasad przyjętych przez Komisję Papierów Wartościowych, nakazujących ujawnianie wszelkich informacji świadczących o realnym zagrożeniu lub mających realny wpływ na wartość giełdową spółki. Dotychczasowe orzecznictwo zaczyna dookreślać, jakim działaniom demaskatorów ustawa zapewnia ochronę, a jakim nie. Przykładowo w sprawie *Hopkins v. ATK Tactica Systems* sędzia administracyjny stwierdził, że „bezprawne wypuszczenie zanieczyszczonej wody przemysłowej do systemu wód gruntowych nie może być objęte ochroną z tej przyczyny, że nie stanowiło ono oszustwa ani też nie wywarło skutku w postaci oszustwa wobec akcjonariuszy. Koncepcja oszustwa ujęta w Ustawie *Sarbanes-Oxley* zakłada istnienie po stronie pozwanej spółki elementu świadomego wprowadzenia w błąd”. W innej sprawie, *Lerbs v. Buca Di Beppo* (2004), sędzia oddalił

⁴ Doktryna „zatrudnienia swobodnego” przyjmuje, że zatrudnienie opiera się na stosunku prawnym, który każda ze stron może zakończyć bez zobowiązań wobec drugiej strony, chyba że umowa zawiera jednoznaczne postanowienie, że została zawarta na czas określony bądź też w wypadku, gdy umowa objęta jest zbiorowym układem pracy. Innymi słowy, przyjmuje się, że zatrudnienie ma charakter dobrowolny, co oznacza, że pracodawca korzysta z pełnej swobody w zakresie zwalniania pracowników niezależnie od tego, czy u podstaw zwolnienia leży przyczyna ważna, nieważna, czy też nie ma żadnej przyczyny. Podobnie pracownik zachowuje swobodę co do zakończenia pracy w danym podmiocie. Obecnie doktryna ta jest coraz częściej ograniczana. Poza 9 stanami wszystkie stany wprowadziły w swoich politykach zatrudnienia przepisy zawężające stosowanie tej doktryny (źródło: Mark A. Rothstein, Andria S. Knapp, Lance Liebman, *Cases and Materials on Employment Law*, New York: Foundation Press, 1987, s. 738). W szczególności doktrynę swobodnego zatrudnienia ogranicza ustawodawstwo antydyskryminacyjne.

skargę demaskatora, uzasadniając swoją decyzję następująco: „Aby demaskator mógł skorzystać z systemu ochrony oferowanego przez Ustawę *Sarbanes-Oxley*, informacja, którą ujawnia, musi spełniać minimalny standard konkretności; podniesienie przez demaskatora wątpliwości natury ogólnej co do prawidłowości określonych transakcji bez wskazania konkretnych powodów niepokoju nie jest wystarczające”. W kolejnej sprawie negatywnie rozstrzygniętej dla demaskatora, *Harvey v. The Home Depot Inc.* (2004), sędzia administracyjny wyszedł z założenia, że „o ile utajnianie systemowej dyskryminacji w zatrudnieniu może osiągnąć takie rozmiary, iż w świetle Ustawy *Sarbanes-Oxley* potencjalna odpowiedzialność spółki może wyrzucić niekorzystny wpływ na jej sytuację finansową, to zatajenie pojedynczego aktu dyskryminacji takiego wpływu nie wywiera”. W ocenie organizacji pozarządowych obszary, w których powstające nieprawidłowości mogą być kwalifikowane jako zagrażające interesom akcjonariuszy, to: zasady bezpieczeństwa i higieny pracy, problemy związane z odpowiedzialnością za produkt, oszustwo konsumenckie, naruszenia przepisów ochrony środowiska oraz prawa pracy.

Warto podkreślić, że demaskator nie musi wykazywać, iż jego podejrzenia były prawdziwe. Ustawa wymaga jedynie, aby pracownik kierował się uzasadnionym przekonaniem (*reasonable belief*), że domniemywane nieprawidłowości stanowią naruszenie prawa federalnego bądź też regulacji Komisji Papierów Wartościowych. W sprawie *Halloum v. Intel Corp* sędzia administracyjny zauważył, że: „Przekonanie o bezprawności może pozostawać *uzasadnione* również w wypadkach, gdy późniejsze dochodzenie wykaże, że skarżący zupełnie nie miał racji. To, czy zarzuty okażą się zasadne, czy nie, pozostaje bez znaczenia. Ustawa w sposób klarowny rozstrzyga, że aby uruchomić przewidzianą w niej ochronę, wymagane jest wyłącznie obiektywnie uzasadnione przekonanie, iż akcjonariusze byli oszukiwani”.

Regulacja wyznacza demaskatorowi szeroką swobodę, jeśli chodzi o wybór forum, na którym ujawnione zostają nieprawidłowości. Decyzji demaskatora pozostawia się, czy zwróci się on do swojego zwierzchnika, właściwego organu kontroli państwowej lub organu kontrolnego funkcjonującego w strukturze korporacji, czy też ujawni swoją wiedzę przed funkcjonariuszem publicznym albo w mediach. Ochroną objęte jest ujawnianie zarówno na forum wewnętrznym spółki, jak i na szerokim forum zewnętrznym. Warto zwrócić uwagę na duży margines swobody pozostawiony demaskatorowi w tym zakresie, ponieważ inne ustawodawstwa, w tym brytyjskie, wychodzą z odmiennego założenia. Ustawa *Sarbanes-Oxley* nie uzależnia ochrony gwarantowanej pracownikowi od tego, jak szerokie forum zdecydował się on powiadomić.

Równie szeroko zostały ujęte przejawy działań odwetowych. Ustawa zabrania pracodawcy rozwiązania stosunku pracy z demaskatorem, jego zdegradowania lub zawieszenia, stosowania gróźb lub mobbingu oraz stosowania innych form dyskryminacji w zakresie warunków zatrudnienia. Jednak w praktyce orzecznictwo nie daje jednoznacznej odpowiedzi, które działania pracodawcy należy uznać za akcję odwetową. Czy są to wszelkie decyzje personalne podejmowane wobec demaskatora, które ten ocenia jako niekorzystne dla siebie? Przykładowo w sprawie *Halloum v. Intel Corp.* (2003), gdzie szeroko zinterpretowany został zakres ochrony, stwierdza się, że „Ustawa *Sarbanes-Oxley* chroni pracowników przed wszelkimi działaniami pracodawcy, które w racjonalnej ocenie niosą prawdopodobieństwo, iż zniechęcą pracownika do ujawnienia nieprawidłowości”. Natomiast rok później w sprawie *Dolan v. EMC Corp.* przyjmuje się, że „negatywna ocena okresowa nie stanowi działania zakazanego w rozumieniu Ustawy *Sarbanes-Oxley*, skoro nie miała ona wymiernego wpływu na pogorszenie warunków zatrudnienia pracownika”. Jeszcze jeden przykład zawężającej interpretacji działań zakazanych przedstawia sprawa *Willis v. Vie Financial Group, Inc.*, gdzie sąd wyjaśnił, iż „ograniczenie zakresu obowiązków pracownika nie stanowi działań odwetowych w rozumieniu Ustawy *Sarbanes-Oxley*, chyba że pociąga za sobą negatywną zmianę w warunkach zatrudnienia”.

Wprawdzie ustawa odnosi się wyłącznie do spółek publicznych, niemniej ochroną zostali objęci również pracownicy spółek zależnych, przedsiębiorców będących kontrahentami spółki publicznej i ich podwykonawcy, jak również podmioty związane ze spółką publiczną umową agencyjną. Przy czym spółki zależne i inne podmioty objęte zakazami, w których zatrudniony jest demaskator, nie muszą mieć statusu spółek publicznych. Przykładowo w sprawie *Gonzalez v. Colonial Bank* sąd rozstrzygnął, że skarżącemu wolno rozszerzyć skargę, włączając w krąg pozwanych również firmę-matkę, w której nie był zatrudniony, jeżeli oba podmioty odpowiedzialne są za podejmowane wobec niego działania odwetowe, a fakt, iż spółka-córka nie jest spółką publiczną, pozostaje bez znaczenia. Konsekwentnie w sprawie *Powers v. Pinnacle Airlines* odrzucony został wniosek o włączenie do pozwu spółki-matki z taką argumentacją, że sama zależność ekonomiczna nie wystarcza, aby egzekwować wobec spółki-matki odpowiedzialność za działania podejmowane przez jej podmiot zależny. W jednym z orzeczeń (*Carnero v. Boston Scientific Corp.*) pojawił się pogląd, że z Ustawy *Sarbanes-Oxley* nie można wywodzić ochrony dla pracowników zatrudnionych poza granicami Stanów Zjednoczonych.

Pracownik, który w związku z ujawnionymi przez niego nieprawidłowościami został zwolniony lub stał się ofiarą dyskryminacji w innej formie, może złożyć

skargę w Departamencie Pracy (*Department of Labor*). Demaskator ma dziewięćdziesiąt dni na podjęcie decyzji. Termin biegnie od dnia, w którym miało miejsce działanie odwetowe podjęte przez pracodawcę. Złożenie skargi po tym terminie nie jest możliwe. Skarga demaskatora trafia do Biura Bezpieczeństwa i Higieny Pracy (*Occupational Safety and Health Administration*), które podejmuje postępowanie wyjaśniające. Zgodnie z rozporządzeniem wykonawczym do ustawy pracownik Biura prowadzący sprawę powinien spotkać się z demaskatorem i wysłuchać jego bezpośredniej relacji. W trakcie postępowania Biuro stara się skłonić obie strony do zawarcia ugody. Podobnie więc jak ma to miejsce w działaniach Rady Specjalnej, powołanej do obrony praw demaskatorów będących pracownikami administracji federalnej, rozstrzygnięcie skarg opiera się na mediacji między pracodawcą a jego pracownikiem-demaskatorem. Celem postępowania jest osiągnięcie rozwiązania, które będzie satysfakcjonujące bądź chociażby akceptowalne dla każdej ze stron. Po dwóch latach funkcjonowania ustawy około dwunastu procent skarg było wycofywane, większość właśnie w związku z zawarciem ugody.

W wypadku gdy nie uda się osiągnąć kompromisu, a skarga demaskatora okaże się zasadna, do kompetencji Biura należy wydanie tymczasowego nakazu o charakterze zabezpieczającym. Nakaz taki może obejmować tymczasowe przywrócenie do pracy, a jeśli w grę wchodziłoby ryzyko przemocy wobec demaskatora – przywrócenie „ekonomiczne”, tj. zwolnienie z obowiązku świadczenia pracy przy zachowaniu prawa do wynagrodzenia. W ramach nakazu demaskator może ponadto otrzymać wynagrodzenie za czas pozostawania bez pracy, zwrot kosztów obsługi prawnej oraz odszkodowanie za inne poniesione straty. Jednocześnie jednak pracownik, który składa skargę oczywiście bezzasadną lub który działa w złej wierze, musi liczyć się z koniecznością zwrotu swojemu pracodawcy kosztów zastępstwa prawnego. Przy czym ustawa ogranicza wysokość odszkodowania na rzecz pracodawcy do niewygórowanej kwoty 1000 USD.

Po zakończeniu postępowania biuro wydaje decyzję, w której uwzględnia lub oddala skargę demaskatora. Obu stronom przysługuje odwołanie do Sędziego Prawa Administracyjnego (*Administrative Law Judge*). Tymczasowy nakaz zabezpieczający wydany przez Biuro pozostaje w mocy. Rozstrzygnięcie wydane przez Sędziego strony mogą zaskarżyć do Administracyjnej Rady Odwoławczej w Departamencie Pracy, która wydaje już decyzję ostateczną.

Ustawa zakłada, że postępowanie w ramach Departamentu Pracy powinno zostać zakończone w ciągu 180 dni. W tym terminie powinna też zapaść ostateczna decyzja. W praktyce Departament Pracy zmaga się z przewlekłością postępowań dotyczących skarg demaskatorów. Opóźnienia sięgają od dwóch do trzech lat.

W wypadku gdy czas trwania postępowania wykracza poza wskazany w ustawie termin, pracownik może złożyć powództwo w sądzie federalnym. Sąd podejmuje wówczas sprawę niezależnie od wartości przedmiotu sporu. W tym wypadku przepisy nie uzależniają prawa wniesienia powództwa od wartości roszczeń.

Właśnie prawo do sądu jest oceniane przez organizacje pozarządowe jako przełomowe w ochronie pracownika przed rewanżem pracodawcy. Sprawa bowiem rozpoznawana jest przed ławą przysięgłych. Na tym też polega wyjątkowość tej regulacji. W przeciwieństwie bowiem do innych ustaw dotyczących demaskatorów, Ustawa *Sarbanes-Oxley* odwołuje się do federalnego prawa antydyskryminacyjnego, które gwarantuje prawo do rzetelnego procesu przed ławą przysięgłych.

Kolejnym udogodnieniem dla pracownika jest typowe dla postępowań sądowych o dyskryminację przeniesienie ciężaru dowodu na pracodawcę. Co to oznacza? Odwrócona zostaje zasada, iż strona, która z danych okoliczności wywodzi skutki prawne, musi je udowodnić przed sądem. W uproszczeniu rzecz ujmując: w postępowaniu, w którym ciężar dowodu zostaje przeniesiony na pozwanego, nie tyle pracownik dowodzi, że został zwolniony w wyniku ujawnienia nadużyć, lecz pracodawca musi wykazać przed sądem, że zwolnienie nie było wynikiem dyskryminacji. W sprawie *Collins v. Beazer Homes, USA, Inc.* Sąd wyjaśnił, że pracownik powinien ograniczyć się do udowodnienia, że: (i) ujawnił nieprawidłowości i uczynił to zgodnie z ustawą, (ii) pracodawca wiedział, że pracownik podjął działania w kierunku ujawnienia nadużyć, (iii) sytuacja pracownika w miejscu pracy uległa pogorszeniu i, najważniejsze, (iv) że istnieją okoliczności sugerujące, iż ujawnienie nadużyć stanowiło współprzyczynę (*a contributing factor*) pogorszenia sytuacji pracownika. Sąd stwierdził również, że niedługi odstęp czasu dzielący ujawnienie nieprawidłowości i zaskarżone działania pracodawcy jest wystarczający dla uprawdopodobnienia związku przyczynowego między działaniami demaskatora a dyskryminacją. Pracodawca może jednak zwolnić się z odpowiedzialności, jeżeli wykaże, że „zaskarżone działania zostałyby podjęte wobec pracownika również w wypadku, gdyby ten nie ujawnił nadużyć”. Przy czym w wypadku demaskatora wystarczy, aby większość zgromadzonych dowodów przemawiała za jego racjami (*preponderance of evidence*), podczas gdy pracodawca musi przedstawić jednoznaczne i przekonujące dowody (*clear and convincing evidence*).

Demaskatorowi, który dowiedzie swoich racji, przysługuje przywrócenie do pracy na to samo stanowisko bądź stanowisko równoważne, wynagrodzenie za czas pozostawania bez pracy lub wyrównanie w przypadku degradacji pracownika wraz z odsetkami, a także odszkodowanie za straty poniesione w wyniku dyskryminacji, w tym koszty sądowe, koszty ekspertyz sądowych oraz uzasadnione koszty zastępstwa procesowego.

Ostatnie niemniej bardzo istotne rozwiązanie w ramach Ustawy *Sarbanes-Oxley*, to przepis nakładający na komórki audytu wewnętrznego obowiązek opracowania procedur umożliwiających informowanie o nieprawidłowościach na forum wewnętrznym korporacji. Chodzi więc o to, aby spółka sama stworzyła swoim pracownikom możliwość reagowania na nieprawidłowości. O tego rodzaju procedurach piszemy w ostatniej części opracowania.

Wielka Brytania

Ustawa o ujawnianiu w interesie publicznym informacji poufnych (*Public Interest Disclosure Act*)

W latach dziewięćdziesiątych brytyjska organizacja pozarządowa *Public Concern At Work* (PCAW) zbadała protokoły pokontrolne sporządzane w ramach oficjalnych dochodzeń mających na celu wykrycie przyczyn skandali i katastrof, które miały miejsce pod koniec poprzedniej dekady i w pierwszej połowie lat dziewięćdziesiątych. W podsumowaniu raportu z analizy tych protokołów czytamy, że w niemal każdym wypadku pracownicy byli świadomi zagrożenia, które doprowadziło do dramatycznych konsekwencji, jednak albo nie mieli odwagi, aby o tym mówić, albo też poruszali problem w niewłaściwy sposób lub wobec niewłaściwej osoby, a jeśli już podnosili wątpliwości, to zostały one zignorowane przez kierownictwo. Do takich przypadków należała sprawa pożaru i eksplozji na platformie wiertniczej Piper Alpha, w wyniku której zginęło 167 osób. Wiedza o ignorowaniu zasad bezpieczeństwa na platformie była tak powszechna, że słowo *piper* wśród pracowników było synonimem bałaganu i chaosu. Raport Cullena sporządzony po katastrofie stwierdzał, że „robotnicy z obawy przed utratą zatrudnienia nie poruszali problemów związanych z bezpieczeństwem, które mogłyby spowodować irytację kierownictwa”. Wśród skandali, którym PCAW przyglądało się w ramach swoich badań, była również sprawa bankructwa jednego z największych banków brytyjskich *Bank of Credit and Commerce International*, który, jak się okazało, był zamieszany w finansowanie terroryzmu, nielegalnego handlu bronią, pranie brudnych pieniędzy, sprzedaż technologii nuklearnych i inne przestępstwa. W tym wypadku Raport Lorda Bingham opisywał autokratyczne środowisko, w którym nikt nie miał odwagi wypowiedzieć się na głos.

Analiza PCAW na przykładzie studium wybranych przypadków wskazywała potencjał, jaki dla bezpieczeństwa instytucji oraz interesu publicznego płynie z wiedzy informatorów wewnętrznych, a także ujawniała konsekwencje braku

swobodnego przepływu informacji. Działania PCAW dały początek przymiarce do stworzenia regulacji prawnej, która wspomniany cel osiągałaby poprzez zapewnienie ochrony prawnej pracownikom danej instytucji, gotowym do przekazania właściwym osobom wiedzy o niepokojących sytuacjach lub działaniach mających miejsce w murach danego przedsiębiorstwa.

Pierwsza taka inicjatywa pojawiła się w 1995 roku, kiedy parlamentarzysta brytyjski, dr Tony Wright, zaprezentował pomysł zbudowania pełnej ochrony prawnej *whistle-blowingu* w przepisach ustawowych, a tym samym odejścia od ówczesnego stanu rzeczy, gdzie demaskator mógł szukać pomocy wyłącznie w prawie precedensowym, które nie tyle rozstrzygało kwestie ochrony demaskatora, co koncentrowało się na dopuszczalności upublicznienia informacji poufnych (np. przez media) lub ujawnienia w inny sposób (przykładowo wobec organu kontroli). Wright zwrócił się do PCAW oraz *Campaign for Freedom of Information* (Kampania na rzecz Wolności Informacji) o przygotowanie projektu ustawy. Projekt ten stał się przyczynkiem do debaty publicznej o ochronie demaskatorów. Przede wszystkim jednak zyskał poparcie kluczowych grup zainteresowanych tą problematyką. Na jego bazie rok później powstał kolejny projekt, który został zgłoszony w Parlamencie jako inicjatywa ustawodawcza Dona Touhiga. Mimo że do uchwalenia nie doszło, można powiedzieć, że był to kolejny etap w forsowaniu i budowaniu poparcia dla idei stworzenia szczególnych warunków dla *whistle-blowingu*. Swoje poparcie zadeklarował m.in. Tony Blair, wówczas lider opozycji, obiecując, że jego przyszły rząd przyjmie ustawę opartą na tych samych założeniach co projekt Touhiga. Zgodnie z tą obietnicą w nowej kadencji powrócono do prac, tym razem z sukcesem. W 1999 roku przy poparciu różnych sił politycznych została uchwalona Ustawa o ujawnianiu w interesie publicznym informacji poufnych (*Public Interest Disclosure Act*).

Celem ustawy, podobnie jak w wypadku regulacji amerykańskich, stało się więc przede wszystkim zabezpieczenie interesu społecznego, polegającego na tym, aby nieprawidłowości czy to w przedsiębiorstwie prywatnym, czy w instytucji publicznej zostały wykryte i powstrzymane w możliwie najwcześniejszym momencie. Najlepiej intencje ustawy oddają słowa Komisji Nolana: „Wszelkie organizacje ludzkie narażone są na ryzyko, że sprawy potoczą się nie tak, jak powinny, bądź że staną się siedliskiem nadużyć. Część odpowiedzialności za wykrycie nadużyć, a następnie podjęcie środków naprawczych spoczywa na właściwym organie regulacyjnym lub założycielskim. Jednak organy regulacyjne zazwyczaj wchodzi w rolę detektywa, ustalając odpowiedzialność za przestępstwo, którego popełnienie zostało już ujawnione. Rozwiązaniem może być promowanie kultury otwartości w ramach organizacji: prewencja jest lepsza niż leczenie. Uderzające jest jednak to,



że w tych wypadkach, gdzie sprawy potoczyły się źle w instytucjach utrzymywanych za pieniądze publiczne, sygnały – czasem anonimowe, czasem nie – często szły do mediów lub parlamentarzysty z danego okręgu – zanim spowodowały podjęcie działań przez organy kontrolne. Stawianie pracowników w sytuacji, w której czują się zmuszeni do zwrócenia się do mediów, aby uwolnić się od niepokoju, nie jest satysfakcjonujące ani z punktu widzenia pracownika, ani organizacji” (Komisja Nolana, *Drugi raport*, maj 1996). Podczas prac legislacyjnych nad ustawą Lord No-

lan stwierdził, że jego komisja została przekonana o „palącej z punktu widzenia interesu publicznego potrzebie ochrony prawnej demaskatorów”, i z uznaniem odniósł się do projektodawców ustawy za „ umiejętne osiągnięcie bardzo istotnej i delikatnej równowagi między interesem publicznym a interesem pracowników”.

Tak więc niezależnie od faktu, że ustawa jest tarczą chroniącą demaskatorów przed działaniami pracodawcy, zmierzającym do pozbycia się lub uciszenia kłopotliwego pracownika (została ona inkorporowana do Ustawy o prawach pracowniczych jako Rozdział 4A), ma ona przede wszystkim zabezpieczać interes publiczny. Być może można nawet pokusić się o stwierdzenie, że ochrona prawna gwarantowana pracownikowi jest narzędziem zabezpieczenia tego interesu.

Skorzystanie z ochrony przewidzianej w ustawie zależy jednak od kilku warunków. Przede wszystkim demaskator musi mieścić się w gronie podmiotów, nad którymi opiekę rozciąga ustawa. Istotne jest też to, jakie informacje, o jakich nieprawidłowościach zostają ujawnione. W końcu trzecia i ostatnia kwestia – z kim demaskator dzieli się swoją wiedzą oraz czy robi to uczciwie? Dopiero po spełnieniu rygorów przewidzianych w przepisach w powyższych obszarach, ujawnienie określonych informacji można – postępując się językiem ustawy – nazwać *kwalifikowanym*, a więc takim, które korzysta z ochrony. Poniżej przedstawiamy zarys regulacji.

Kto informuje o nieprawidłowościach?

Ochrona obejmuje szerokie spektrum osób, zarówno tych zatrudnionych w sektorze publicznym, jak i prywatnym. Mogą z niej skorzystać nie tylko pracownicy w rozumieniu Ustawy o prawach pracowniczych (*Employment Rights Act*), lecz również niezależni podwykonawcy, stażyści, osoby pracujące w domu, pracownicy agencji pracy tymczasowej. Odrębną kategorię osób objętych ochroną stanowią zatrudnieni w publicznej służbie zdrowia (*National Health System*): lekarze, lekarze-stomatolodzy, farmaceuci oraz stażyści, którzy z związku z faktem, że najczęściej są zatrudniani na podstawie kontraktów, nie mieściliby się we wspomnianej definicji pracownika. Nową grupą, która dopiero w 2004 roku została włączona do osób chronionych, są funkcjonariusze policji. Postulaty za rozszerzeniem zgłaszane były właściwie od samego początku i wydawały się tym bardziej zasadne, że jednym z obszarów, którym interesuje się ustawa, jest wymiar sprawiedliwości i zachodzące w nim nieprawidłowości. W dalszej części dla uproszczenia postępuję

się zamiennie słowem *pracownik* lub *zatrudniony*, mając na myśli wszystkie grupy objęte ochroną, niezależnie od prawnej podstawy zatrudnienia.

Pracownik zostaje objęty ochroną już pierwszego dnia zatrudnienia. W przeciwieństwie do innych roszczeń pracowniczych, które stają się dostępne pracownikowi dopiero po rocznym okresie zatrudnienia, roszczenia demaskatora przeciwko pracodawcy przysługują już od dnia zawarcia umowy. Ponadto prawa do dochodzenia roszczeń związanych z niezgodnym z prawem rozwiązaniem stosunku pracy nie traci demaskator, który osiągnął wiek emerytalny.

O czym demaskator informuje?

Ujawnienie kwalifikowane dotyczyć może jednego z poniższych problemów:

- popełnienie przestępstwa,
- naruszenie obowiązku prawnego (np. niedopełnienie obowiązku opieki nad osobą przebywającą w domu opieki, sprawa *Chubb v. First Care Partnership*; naruszenie praw konsumenckich, *Staples v. Royal Sun Alliance*),
- nieprawidłowości prowadzące do tak zwanych pomyłek sądowych (stosowanie niedopuszczalnych lub wadliwych technik kryminalistycznych, zatajenie np. przez organy ścigania dowodów niewinności przed obrońcą oskarżonego, składanie fałszywych zeznań, które równolegle będzie się kwalifikowało jako przestępstwo),
- powstanie zagrożenia dla zdrowia lub bezpieczeństwa jakiegokolwiek osoby
 - pracownika lub osoby postronnej (np. narażenie zdrowia pacjentów hospitalizowanych, pasażerów kolei, dzieci pozostających pod opieką przedszkoli lub innych placówek, klientów restauracji czy też nabywców artykułów elektrycznych),
- ochrona środowiska.

Nie tylko wystąpienie nieprawidłowości w powyższych obszarach uprawnia pracownika do działania z gwarancją ochrony prawnej. Ustawa przewiduje również, że ochrona obejmuje pracowników, którzy informują o wypadkach zatajania wymienionych nieprawidłowości lub nadużyć.

W świetle ustawy bez znaczenia pozostaje okoliczność, że naruszenie miało miejsce poza granicami Wielkiej Brytanii bądź dotyczyło prawa obcego. Przykładem może tu być sprawa *Bhatia v. Sterlite Industries* dotycząca naruszeń zasad prowadzenia obrotu giełdowego, obowiązujących w Stanach Zjednoczonych i Australii.

Spod ochrony ustawa wyłącza wypadki, gdy demaskator, ujawniając nieprawidłowości, sam popełnia przestępstwo. Chodzi przede wszystkim o sytuacje, w których dochodzi do naruszenia ustawy o ochronie informacji niejawnych (*Official Secrets Act*). Niemniej nawet w takim wypadku pracownik może ujawnić informacje objęte tajemnicą rządowi albo Komisarzowi Służby Cywilnej.

Nie wszystkie sytuacje, które demaskator podnosi, zostaną uznane za problematyczne również przez trybunał zatrudnienia. Za niewystarczająco poważne orzecznictwo uznało przykładowo sytuację, w której pacjenci szpitala psychiatrycznego byli wizytowani przez siostrę zakonną ubraną w habit (*Bright v. Harrow & Hillingdon NHS Trust*) oraz decyzję o pozostawieniu wakującego stanowiska bez obsady (*Douglas v. Birmingham CC*).

Kogo demaskator informuje?

W przeciwieństwie do wcześniej omawianych dwóch regulacji amerykańskich, Ustawy *Sarbanes-Oxley* oraz Ustawy o ochronie demaskatorów, ustawa brytyjska pozostawia dużo mniej swobody co do wyboru forum, na którym demaskator chciałby ujawnić nadużycia. Ochrona prawna opiera się na założeniu, że im szersze forum ma być powiadomione, tym większą odpowiedzialność pracownik musi wziąć za swoje słowo. Im większą publiczność chce poinformować, tym większą staranność musi wykazać w weryfikowaniu swoich zarzutów. I drugie założenie: demaskatorowi co do zasady nie wolno, bez podjęcia próby wyjaśnienia problemu wewnątrz instytucji lub w ramach organów nadzoru, upubliczniać swojej wiedzy, np. w mediach. Ustawodawca brytyjski w dużo większym stopniu niż amerykański kładzie więc nacisk na ochronę poufności przedsiębiorcy czy instytucji publicznej, w których zatrudniony jest demaskator. Oczekuje też od demaskatora większej odpowiedzialności za podejmowane decyzje i słowo. Chodzi o to, aby nieprzemysłane, niezwerifikowane informacje, mogące szkodzić reputacji danego podmiotu, nie przedostawały się do wiedzy publicznej.

Podstawowym warunkiem uzyskania ochrony przed działaniami odwetowymi pracodawcy jest dobra wiara, która musi towarzyszyć demaskatorowi w jego działaniach. Tak zwany test dobrej wiary jest jedną z kluczowych i chyba najbardziej skomplikowanych kwestii, którą badają trybunały zatrudnienia, rozstrzygające powództwa demaskatorów. Poniżej przedstawiamy podstawowe zagadnienia z tego zakresu.

Ustawa dzieli ujawnienia na trzy kategorie: wewnętrzne (w ramach pracodawcy), zewnętrzne (wobec organu regulacyjnego) oraz ujawnienia na szerokim forum.

Kryteria dobrej wiary ulegają zaostrzeniu na kolejnych etapach. PCAW przestrzega pracowników, którzy chcieliby posłużyć się ustawą niezgodnie z jej intencją, np. wyłącznie w celu wynegocjowania korzystniejszych dla siebie warunków umowy. Tacy pracownicy według organizacji mają nikłe szanse na pomyślne przejście testu dobrej wiary. Na koszty mogą narazić się również demaskatorzy składający skargi lekkomyślne lub złośliwe (*Parkins v. Sodexho Ltd.*).

Ujawnienie wewnętrzne. Niemalże bezwarunkową i automatyczną ochronę uzyskuje demaskator, który podnosi problem na forum wewnętrznym, to jest wobec kierownictwa lub też wobec samej osoby odpowiedzialnej za nieprawidłowość. W takim wypadku do wykazania dobrej wiary wystarcza uzasadnione przekonanie (*reasonable belief*), że nadużycie lub inna nieprawidłowość miała miejsce. Przy czym w komentarzach wyrażany jest pogląd, że *przekonanie* demaskatora nie jest bezwzględnie wymagane, wystarczające będzie nawet uzasadnione *podejrzanie*, że dzieje się coś złego. Ustawa bowiem uprawnia do „ujawnienia każdej informacji, która w uzasadnionym przekonaniu demaskatora *wydaje się* wskazywać na [...] [nieprawidłowości]”. Wyrażenie „wydaje się” nieco obniża poprzeczkę stawianą demaskatorowi. Z orzecznictwa trybunałów zatrudnienia wynika, że pracownik ma prawo zwracać uwagę również na sprawy, o których jedynie zasłyszał (*Frost v. Boyes*). Przykładowo w sprawie *Brown v. Welsh Refugee Council* trybunał objął ochroną pracownika ujawniającego informacje, które *wydawały się* wskazywać na możliwość popełnienia oszustwa. Podobnie w sprawie *Leonard v. Serviceteam*, za kwalifikowane uznano informacje jedynie *mogące wskazywać* na korupcję.

Przykłady te prowadzą do pytania: czy na ochronę może liczyć pracownik, którego zarzuty nie znalazły potwierdzenia w rzeczywistości? W sprawie *Darnton v. University of Surrey* Apelacyjny Trybunał Zatrudnienia z jednej strony stwierdził, że potwierdzenie, iż niepokojące sytuacje zgłaszane przez demaskatora miały rzeczywiście miejsce, może stanowić ważne kryterium oceny, czy przekonanie demaskatora o ich wystąpieniu było uzasadnione. Równocześnie jednak trybunał przyjął, że z ochrony korzysta ujawnienie informacji o nieprawidłowościach, które istotnie miały miejsce, ale nie stanowiły naruszenia prawa.

Te same kryteria dobrej wiary stosuje się do działań demaskatorów zatrudnionych w instytucjach podległych poszczególnym ministerstwom, wówczas gdy zawiadamiają oni organ założycielski. Do takich należą przykładowo tak zwane *gongos*, czyli fundacje rządowe oraz podmioty funkcjonujące w ramach brytyjskiego systemu opieki zdrowotnej (*National Health System*).

Zamierzonym skutkiem rozwiązania, które gwarantuje automatyczną ochronę prawną, ma być przekonanie pracowników, że demaskowanie nadużyć na

forum wewnętrznym jest bezpieczne i akceptowane. Tym samym zakłada się, że kierownictwo danego podmiotu zostanie ostrzeżone przed ewentualnymi nieprawidłowościami, przeprowadzone zostanie postępowanie wyjaśniające, a w końcu podjęte środki w celu usunięcia zagrożenia. Tą drogą ustawa ma wywierać efekt prewencyjny: zniechęcać do działań na szkodę instytucji oraz umożliwiać ich wczesne wykrywanie. Ponadto, jak się podkreśla, taka regulacja wzmacnia skuteczność w jej egzekwowaniu. Jeśli bowiem zarzuty okażą się uzasadnione, łatwiej udowodnić winę po stronie osoby, którą demaskator informował o niepokojących sygnałach. Wówczas bowiem nie pozostawia wątpliwości fakt, że osoba co najmniej tolerowała nadużycia.

Ujawnienie zewnętrzne. Aby wyjść ze swoją wiedzą poza mury spółki lub instytucji publicznej, w których miały one miejsce, demaskator powinien wykazać już bardziej skonkretyzowane podstawy dla swoich podejrzeń. Test dobrej wiary wymaga od pracownika, aby ten kierował się „uzasadnionym przekonaniem, że informacje i wynikające z nich zarzuty co do zasady pozostają prawdziwe”. Działanie demaskatora oprócz tego musi, naturalnie, spełniać kryteria testu dla ujawnień w ramach wewnętrznej struktury pracodawcy, o którym była mowa powyżej. Przy zachowaniu tych warunków pracownikowi wolno zawiadomić właściwy organ nadzoru. Ustawa przy tym wskazuje w załączniku enumeratywną listę organów regulacyjnych. Przykładowo w sprawach o nieprawidłowości dotyczących finansów publicznych jest to Narodowe Biuro Audytu (*National Audit Office*), w sprawach dotyczących prawa spółek – Departament Handlu i Przemysłu (*Department of Trade and Industry*), w sprawach dotyczących uczciwej konkurencji i ochrony praw konsumentów – Urząd Ochrony Konkurencji (*Office of Fair Trading*), sprawy ochrony środowiska – Agencja Środowiska Naturalnego (*Environment Agency*). Kontaktowanie się z organami, które nie znalazły się w wykazie, kwalifikowane jest już jako ujawnienie na szerokim forum. To z kolei łączy się z koniecznością spełnienia zaostrzonych warunków testu dobrej wiary.

Ujawnienie na szerokim forum. Demaskator, który informował o nieprawidłowościach na szerokim forum, zanim uzyska ochronę prawną, musi w pierwszej kolejności wykazać, że zachodziły ważne powody, dla których nie zdecydował się najpierw zwrócić się do swojego pracodawcy czy organu nadzoru. Ustawa dopuszcza cztery okoliczności zwalniające od obowiązku wyczerpania powyższych ścieżek: po pierwsze, demaskator żywił uzasadnioną obawę, że zostanie ukarany, jeśli poruszy sprawę przed pracodawcą lub regulatorem; po drugie, ustawa nie wskazuje właściwego organu nadzoru, a równocześnie zachodziło uzasadnione przypuszczenie, że dowody zostaną ukryte lub zniszczone; po trzecie, sprawa była

poruszana przed pracodawcą lub regulatorem, jednak bez skutku; po czwarte, zarzuty miały wyjątkową wagę.

O ile zachodzi jedna z powyższych okoliczności, demaskator musi następnie spełnić warunki testów: dla ujawnień wewnętrznych oraz wobec organu nadzoru, a ponadto wykazać, że „wszystkie zarzucane okoliczności są wiarygodne, a samo zawiadomienie nie jest dokonywane dla korzyści osobistej”. Zakaz czerpania korzyści wymierzony jest przeciwko dziennikarstwu opierającemu się na płatnych źródłach informacji (*cheque book journalism*), które często uprawiane jest w tabloidach. Chodzi zarówno o korzyść finansową, jak i o korzyści przyjmowane w naturze. Zakaz obejmuje również sytuacje, w których korzyść przekazywana jest członkowi rodziny pracownika. Nie stosuje się go jednak do nagród ustanawianych przez organy administracji publicznej, np. w zamian za pomoc w uzyskaniu informacji umożliwiających wykrycie przestępstw.

Zaskakiwać może fakt, że przez działanie na szerokim forum rozumie się nie tylko sytuację, w której demaskator komunikuje się z mediami, lecz także gdy o pomoc zwraca się do parlamentarzystów, a nawet organów ścigania. Polscy demaskatorzy bardzo często pierwsze kroki, czasem po bezskutecznej próbie załatwienia sprawy na forum wewnętrznym, a czasem z pominięciem tego etapu, kierują właśnie do organów ścigania, zakładając, że to ich rolą, a nie rolą obywatela jest weryfikowanie, czy okoliczności, które obiektywnie budzą potępienie, mogą jednocześnie wypełniać znamiona przestępstwa, czy nie. Tymczasem w orzecznictwie brytyjskich trybunałów zatrudnienia przyjmuje się, że o ile pracownik jest zmuszony ujawnić nadużycia na szerokim forum, to większe szanse na ochronę prawną zyskuje, gdy zwraca się do organu władnego zbadać zarzuty, zamiast na przykład do mediów, które sprawę „jedynie” nagłością. Jeśli natomiast z okoliczności wynika, że dwa organy mogą zagwarantować równie skuteczną ochronę interesu publicznego, wyboru należy dokonać z uwzględnieniem jak najmniejszej szkody, która może w związku z tym wyniknąć dla pracodawcy.

Co do nadużyć opublikowanych w mediach, to prawdopodobieństwo objęcia demaskatora ochroną wynikającą z ustawy spada, gdy ujawni on informacje poufne. Trybunały natomiast łaskawiej patrzeć będą na demaskatora, który upublicznił informację poufną, o ile wcześniej pracodawca próbował ukrywać dowody lub gdy ustawa nie wskazywała organu, który mógł rozwiązać wątpliwości demaskatora w danym wypadku. Podobnie mimo naruszenia poufności informacji, trybunał uwzględni roszczenia pracownika, o ile mniej publiczne ujawnienie nie przyniosło efektu.

Wyjątkiem od wyżej opisanych rygorów jest sytuacja, w której demaskator zwraca się do prawnika w celu zasięgnięcia porady. Jest to jedyny rodzaj ujawnienia informacji, który nie musi być dokonany w dobrej wierze, aby pracownik mógł skorzystać z dobrodziejstw ustawy. O ile jednak pracownik upoważni swojego prawnika do dalszego przekazania informacji, np. mediom czy też samemu pracodawcy, działania prawnika uważa się za podejmowane w imieniu i na rzecz pracownika. W konsekwencji więc objęcie demaskatora ochroną prawną uzależnione będzie od tego, czy działania prawnika spełniają kryteria testu dobrej wiary, o których mowa w ustawie.

Zakaz wiktyimizacji demaskatora

Demaskator, którego działania spełniają omówione rygory, a więc, po pierwsze, sam demaskator należy do grupy, nad którą ustawa rozpiną parasol ochronny; po drugie, nieprawidłowości, które zakwestionował, również ustawa uznaje za poważne i warte wyeliminowania; po trzecie, alarmując o nieprawidłowościach, działał uczciwie i zachował wzgląd dla interesu pracodawcy, może liczyć na ochronę przewidzianą w ustawie.

W pierwszej kolejności ochrona znajduje odzwierciedlenie w zakazie wiktyimizacji demaskatora. Pracodawcy, u którego miało miejsce *kwalfikowane ujawnienie*, nie wolno w związku z ujawnieniem podejmować wobec demaskatora żadnych niekorzystnych działań.

W szczególności ochronie podlega trwałość zatrudnienia. Pracodawca nie może więc zwolnić pracownika na tej podstawie, że pracownik ujawnił nadużycia. Przykładowo w sprawie *Fernandes v. Netcom* trybunał zatrudnienia doszedł do przekonania, że „przyczyny wypowiedzenia podane przez pracodawcę stanowiły jedynie zasłonę dymną”. Ochronie podlegają również demaskatorzy wykonujący pracę na podstawie umów terminowych (w tym na podstawie kontraktów nie będących umowami o pracę), które wygasły, a pracodawca odmówił odnowienia umowy. Do odrębnej kategorii należeć będzie demaskator, który został wytypowany do zwolnień grupowych lub jego stanowisko pracy zostało zlikwidowane.

Za krzywdzące jednak mogą zostać uznane również inne działania nie skutkujące utratą pracy, na przykład wszczęcie postępowania dyscyplinarnego przeciwko demaskatorowi (*Kay v. Northumberland Healthcare NHS Trust*), groźby kierowane do pracownika, że zostanie zniszczony (*Bhatia v. Sterlite Industries*), ogłoszenie o naborze do pracy na stanowisko aktualnie zajmowane przez demaskatora (*Brown v. Welsh Refugee Council*), ujawnienie wbrew woli demaskatora jego tożsamości wobec osoby winnej nadużyć (*Carroll v. Grt. Manchester County Fire Service*).

Zakaz obejmuje nie tylko działania podejmowane, lecz również te, które zostały świadomie zaniechane, a skutkują negatywnymi dla demaskatora konsekwencjami. Do takich orzecznictwo zalicza między innymi oferowanie mniejszej ilości pracy pracownikowi dorywczemu (*Almond v. Alphabet Children's Service*), niedotrzymanie obietnicy zawarcia umowy na czas nieokreślony z demaskatorem (*Bhadresa v. SRA*).

Nie tylko działania wiktyimizujące, które faktycznie miały miejsce, będą naruszały zakaz zawarty w ustawie. Już sama groźba podjęcia takich działań jest wystarczająca dla naruszenia. Taki wniosek nasuwa się także w oparciu o wykładnię celowościowo-historyczną. Podczas prac legislacyjnych przedstawiciel rządu wyjaśniał, że: „Wobec pracownika, który zwrócił pracodawcy uwagę nie nieprawidłowości, mogą być kierowane pogroźki o jego przeniesieniu do odległego oddziału firmy, gdzie możliwości awansu są ograniczone. Takie działanie jest wiktyimizujące, bo jeśli nawet pracownik utwierdziłby się, że przepisy zabraniają pracodawcy realizacji pogroźki, już sam lęk wywołany nią stanowi wystarczającą krzywdę. Jakakolwiek groźba o każdej zmianie sytuacji pracownika na mniej korzystną stanowi działanie wiktyimizujące”. Wniosek taki wydaje się ponadto wyphywać z orzecznictwa sprzed wejścia w życie Ustawy o ujawnianiu w interesie publicznym informacji poufnych. W sprawie *Mennel v. Newell & Wright* Apelacyjny trybunał zatrudnienia podzielił argumentację sądu pierwszej instancji, że o ile zgromadzony materiał dowodowy potwierdza istnienie groźby naruszenia uprawnienia ustawowego pracownika, groźba taka jest działaniem przeciwko prawom pracowniczym.

Orzecznictwo trybunałów na gruncie omawianej ustawy nie podzieliło natomiast oceny o krzywdzącym charakterze działań polegających na przeniesieniu pracownika do wspólnej wieloosobowej sali (*Chattenton v. Sunderland CC*), a w sprawie *Allison v. Sefton MBC* trybunał nie zgodził się z oceną demaskatora, że przedłużające się złe relacje z przełożonym stanowią formę rewanżu za ujawnienie nieprawidłowości.

Roszczenia przysługujące demaskatorowi

Demaskator, którego sytuacja uległa pogorszeniu w wyniku działań odwetowych pracodawcy podjętych w związku z ujawnieniem kwalifikowanym, przede wszystkim może żądać odszkodowania. Jego wysokość ma być odzwierciedleniem tego, co „sprawiedliwe i słuszne z uwzględnieniem wszystkich okoliczności”. W szczególności odszkodowanie powinno pokrywać uzasadnione koszty poniesione przez demaskatora oraz utracone korzyści, których mógł się spodziewać,

gdyby nie utrata pracy lub inne wiktyimizujące działania pracodawcy. Demaskator może więc domagać się wypłaty wynagrodzenia za czas pozostawania bez pracy oraz utraconych zysków z powodu zniszczonej kariery zawodowej, a w końcu zadośćuczynienia za krzywdy moralne.

Pracownik jednocześnie jednak jest zobowiązany zapobiegać powstaniu lub powiększaniu się szkody. To oznacza, że w wypadku, gdy demaskator straci pracę, oczekuje się od niego, że sam będzie intensywnie poszukiwał nowego zatrudnienia. Ponadto, kierując się zasadami sprawiedliwości i słuszności, trybunał obniży odszkodowanie, jeśli uzna, że sam pracownik przyczynił się do zwiększenia doznanych szkód.

Przepisy nie ograniczają górnej wysokości odszkodowania. Najwyższe dotychczas zasądzone odszkodowanie wyniosło 805 tysięcy funtów (*Bhatia v. Sterlite Industries*). Podkreśla się, że pozostawienie w ustawie odszkodowania bez górnego limitu wiąże się z faktem, że jej projekt został poddany bardzo szerokim konsultacjom społecznym, w wyniku których rzeczywiście udało się zachować równowagę między interesami pracodawców i pracowników. Tym samym projekt zyskał poparcie zarówno związków zawodowych, jak i środowisk biznesowych.

Pracownik, który w wyniku ujawnienia nieprawidłowości został zwolniony, może w ciągu siedmiu dni złożyć wniosek o tymczasowe przywrócenie do pracy. Trybunał, o ile uzna roszczenie za uprawdopodobnione (uprawdopodobnione zostanie, że racje demaskatora utrzymają się również po przeprowadzeniu pełnego postępowania), wyda już na początku tymczasowy nakaz ponownego zatrudnienia lub przywróci pracownika na wcześniej zajmowane stanowisko, zwalniając go jednocześnie z obowiązku świadczenia pracy z zachowaniem prawa do wynagrodzenia. W praktyce takie postanowienie wzmacnia pozycję pracownika w negocjacjach z pracodawcą. Ponadto też wówczas, gdy pracownik przez czas procesu pozostaje w zatrudnieniu w danej spółce lub instytucji, mniejsze jest prawdopodobieństwo, że wydając wyrok, trybunał oceni, iż powrót pracownika na stałe jest niecelowy lub niemożliwy. Prawo do tymczasowego przywrócenia do pracy przysługuje jednak wyłącznie pracownikom podlegającym Ustawie o prawach pracowniczych.

Co do zasady odszkodowania i innych roszczeń pracownik może się domagać wyłącznie od pracodawcy, nie zaś od konkretnej osoby, np. przełożonego, współpracownika czy klientów swojego pracodawcy, którzy podjęli wobec niego wiktyimizujące działania. Przy tym pracodawca może ponosić odpowiedzialność za niezapewnienie swoim pracownikom właściwej ochrony przed działaniami stron trzecich, co samo w sobie stanowi krzywdzące w skutkach zaniechanie pracodawcy. W przeciwieństwie też do amerykańskiej Ustawy o ochronie demaskatorów, usta-

wa brytyjska nie przewiduje odpowiedzialności dyscyplinarnej osoby bezpośrednio odpowiedzialnej za szykany lub inne formy działań odwetowych.

Ciężar dowodu

Analogicznie jak w Ustawie *Sarbanes-Oxley* ciężar dowodu zostaje przeniesiony na pracodawcę. Zatem to pracodawca musi wyjaśnić przed trybunałem, z jakich powodów podjął wobec demaskatora kroki skutkujące negatywnymi konsekwencjami, a ponadto wykazać, że powodem nie były podjęte przez demaskatora działania w celu ujawnienia nieprawidłowości. Podobna jest też tutaj konstrukcja – mianowicie Ustawa o ujawnianiu w interesie publicznym informacji poufnych w zakresie ciężaru dowodu odwołuje się do prawa antydyskryminacyjnego, które podobnie zresztą jak inne ustawodawstwa europejskie na takiej modyfikacji w procesie dowodowym się opiera.

Zgłoszenia anonimowe, zgłoszenia kilku demaskatorów

Warto jeszcze zwrócić uwagę na dwie kwestie, które pojawiły się w orzecznictwie trybunałów zatrudnienia, a które dotyczą związku przyczynowego. Mianowicie w wypadku gdy pracownik poddaje określony stan rzeczy czy działania krytyce, nie ujawniając swojej tożsamości, trybunał może mieć trudności w ustaleniu związku przyczynowego między tą krytyką czy też ujawnieniem informacji a krzywdzącym potraktowaniem przez pracodawcę. Powstaje bowiem pytanie, czy pracodawca mógł podejmować działania odwetowe, nie wiedząc, kto jest autorem krytyki lub też ujawnił nieprawidłowości (*Eastelov v. Taylor*)?

Drugie zagadnienie dotyczy sytuacji, gdzie kwestie problematyczne były podnoszone przez więcej niż jedną osobę, a tylko jedna została „ukarana”. W sprawie *March v. The Holiday Place* trybunał uznał, że skoro koledzy powoda, którzy zwracali uwagę na te same, co powód problemy, przy czym czynili to nawet z większą determinacją, a nie zostali potraktowani w sposób krzywdzący, to nie zachodzi związek przyczynowy między wyświetleniem problemów przez pracownika a działaniami pracodawcy, które pracownik ten ocenił jako niekorzystne dla siebie.

Wewnętrzna polityka promująca *whistle-blowing*

Odmienne niż projektodawcy Ustawy *Sarbanes-Oxley*, ustawodawca brytyjski nie zdecydował się nałożyć na firmy i instytucje publiczne podlegające ustawie

obowiązku opracowania i wdrożenia polityki nastawionej na promowanie aktywności pracowników w ujawnianiu nadużyć. Niemniej w praktyce orzeczniczej obecność tego rodzaju polityki ma istotne znaczenie, w szczególności w kontekście przesunięcia ciężaru dowodu na pracodawcę. Mianowicie trybunały zatrudnienia, badając zasadność działań demaskatora, oprócz wcześniej omawianych zagadnień, biorą pod uwagę właśnie istnienie procedury wewnętrznego zawiadamiania o nieprawidłowościach. W ten sposób weryfikuje się, czy pracownikowi stworzono warunki do tego, aby w poczuciu bezpieczeństwa mógł podnieść problem na forum wewnętrznym, czy też może pracodawca, rezygnując z takich procedur, niejako popchnął pracownika do szukania pomocy poza murami własnej firmy.

Drugą kwestią to skuteczna promocja procedur. Pracodawca nie może powoływać się na swoją politykę w tym obszarze, jeśli nie została ona skutecznie rozpropagowana wśród pracowników. Pracodawca musi jasno dać do zrozumienia, że traktuje procedury w sposób poważny i że nie stanowią one jedynie regulacji fasadowej. Dopiero wówczas można mówić o istnieniu realnych możliwości ujawnienia swojej wiedzy o malwersacjach bez obawy narażenia się na utratę pracy lub szykany.

Jeśli w danym wypadku polityka wewnętrznego wykrywania nadużyć istnieje i została wsparta promocją, trybunał sprawdzi, czy demaskator działał zgodnie z tymi procedurami.

Zgłoszenie nieprawidłowości związkom zawodowym funkcjonującym na terenie zakładu pracy traktowane jest jak działanie w ramach procedury wewnętrznego demaskowania nadużyć.

Klauzule ograniczające swobodę wypowiedzi (*gagging clauses*)

Choć ustawa pozostawia swobodę pracodawcy co do podjęcia decyzji o wprowadzeniu polityki promującej *whistle-blowing*, to ogranicza ją w obszarze treści umów o pracę i kontraktów. Zakazuje się mianowicie wprowadzania klauzul lub postanowień umownych, które mogłyby powstrzymać pracowników przed zgodnym z prawem ujawnieniem informacji o nieprawidłowościach lub nadużyciach. Tego rodzaju postanowienia zawarte między stronami uważa się za nieważne z mocy prawa. Zakaz odnosi się nie tylko do umowy, ale również do ugody zawieranej między pracodawcą a demaskatorem, i w tym ostatnim wypadku przejawia się ich właściwe znaczenie. Chodzi bowiem o to, aby pracodawca, zawierając ugodę z demaskatorem, nie ograniczał jego praw do poinformowania organu regulacyjnego wówczas, gdy nadużycia nie zostaną usunięte.

***Whistle-blowing* w przedsiębiorstwie i instytucji publicznej**

Według badań PricewaterhouseCoopers w 2007 roku 8% malwersacji i oszustw, które miały miejsce w przedsiębiorstwach, zostało wykrytych dzięki funkcjonującym w nich procedurom umożliwiającym pracownikom informowanie o niepokojących sygnałach⁵. Dla porównania audytowi wewnętrznemu przedsiębiorstwa zawdzięczały 19% wykrytych nadużyć (26% w 2005). Na pierwszy rzut oka więc polityka promująca *whistle-blowing* wydaje się mieć nie tyle konkurencyjne, co uzupełniające znaczenie. Niemniej inaczej spojrzymy na potencjał wewnętrznych systemów ujawniania nadużyć, gdy uwzględnimy fakt, że 21% nieprawidłowości wyszło na jaw dzięki informacji przekazanej przez osobę funkcjonującą wewnątrz przedsiębiorstwa (*internal tip-off*), a 14% przez osobę z zewnątrz (*external tip-off*).

Uważa się, że prawidłowo wdrożone procedury wewnętrznego ujawniania nieprawidłowości pozwalają zidentyfikować i wyeliminować problem we wczesnym stadium, zapobiec szkodom lub zminimalizować te, które już zaistniały; zdiagnozować nie tylko nadużycia, ale i inne problemy w firmie; ochronić reputację firmy, wzmocnić wiarygodność i zaufanie wśród akcjonariuszy i klientów; a w końcu zapobiec sytuacji, w której nadużycia mogłyby się stać przedmiotem zainteresowania organów ścigania bądź mediów.

Znaczenie polityki wykrywania nadużyć docenił przede wszystkim sektor prywatny. W większości wypadków jest to dobrowolny wybór wynikający z szacowania ryzyka i szukania metod jego ograniczania. Niekiedy obowiązek wdro-

⁵ *Economic Crime: people, culture and controls*, the 4th biennial Global Economic Crime Survey, PricewaterhouseCoopers, 2007, s. 10.

żenia wewnętrznego systemu wynika z przepisów prawa, tak jak w przypadku omawianej Ustawy *Sarbanes-Oxley*, w innych wypadkach – z praktyki orzecniczej sądów rozstrzygających roszczenia pracownicze demaskatorów, jak w wypadku brytyjskiej Ustawy o ujawnianiu w interesie publicznym informacji poufnych, lub wewnętrznych regulaminów. Przykładem tych ostatnich są *Zasady prowadzenia obrotu giełdowego wydane przez Nowojorską Giełdę Papierów Wartościowych (NYSE)*, które w art. 303A.10 stanowią, że: „Spółki notowane na giełdzie zobowiązane są do przyjęcia kodeksów etycznych odrębnych dla dyrektorów, pozostałej kadry zarządzającej oraz pracowników”. W komentarzach jednak podkreśla się, że każdy kodeks etyczny musi zawierać procedury zapewniające jego efektywne funkcjonowanie, w tym procedury wewnętrznego ujawniania informacji o nieprawidłowościach oraz zasad ochrony demaskatorów.

Skoro polityka wykrywania nadużyć uważana jest za jedno z narzędzi zapobiegających nadużyciom, na które narażone są różnego rodzaju organizacje, to jakie kryteria powinna ona spełniać, aby można ją było oceniać jako narzędzie skuteczne? Rekomendacje założeń, jakie powinny towarzyszyć pracodawcy, szukającemu efektywnych rozwiązań, proponują różne środowiska: organizacje pozarządowe świadczące poradnictwo zarówno na rzecz demaskatorów, jak i samych pracodawców, firmy konsultingowe, stowarzyszenia biznesowe oraz kręgi związane z władzą ustawodawczą. Poniżej przedstawiamy zbiór rekomendacji oraz zagadnień nie zawsze jednoznacznie rozstrzygniętych, przygotowany w oparciu o zalecenia wspomianej już wcześniej organizacji pozarządowej *Government Accountability Project (GAP)*, tak zwanej Komisji Nolana, izby handlowej *International Chamber of Commerce (ICC)*, jak również firmy konsultingowej *PricewaterhouseCoopers*.

Szerszy kontekst etyczny

ICC zachęca przedsiębiorców do opracowywania i wdrażania takiego systemu ujawniania nadużyć, który stanowiłby integralną część szerszego programu etycznego. Chodzi o to, aby procedury *whistle-blowingowe* nie „wisały w próżni”, ale żeby funkcjonowały w szerszym kontekście działań pracodawcy na rzecz przejrzystości i uczciwości. Niezależnie od większej efektywności, którą takie holistyczne podejście może przynieść, w oczach zespołu procedura zintegrowana z szerszym stanowiskiem władz firmy w sprawach etyki staje się bardziej wiarygodna.



Nie tylko nadużycia

System ujawniania nieprawidłowości powinien według ICC pełnić dwie funkcje. Pierwsza to naturalnie stworzenie pracownikom możliwości zgłaszania niepokojących sygnałów co do „naruszeń, zarówno stwierdzonych, jak i popartych uzasadnionymi podejrzeniami, obowiązujących przepisów prawa, regulaminów, kodeksu etycznego danego przedsiębiorcy lub „Zasad postępowania i rekomen-

dacji ICC dotyczących zwalczania wymuszeń i łapownictwa”. Druga – nie mniej ważna – to możliwość zgłaszania wątpliwości etycznych, zasięgania porad oraz uzyskania konsultacji z zakresu etyki biznesu.

Potrzeba stworzenia możliwości konsultowania pytań dotyczących etyki zawodowej wypływa również z doświadczeń Fundacji Batorego. Do Fundacji regularnie wpływają zapytania przede wszystkim od pracowników instytucji publicznych, radnych, a niekiedy kierownictwa danej instytucji, dotyczące oceny etycznej konkretnych sytuacji. Część pytań wpływa *post factum*, część jednak dotyczy dopiero planowanych działań lub rozwiązań.

Troska o wiarygodność

Według doświadczeń gromadzonych przez GAP są dwa powody, dla których pracownicy najczęściej wycofują się z zamiaru podniesienia przed pracodawcą nadużyć: po pierwsze, jest to brak wiary, że ich działanie przyniesie jakikolwiek efekt; po drugie – obawa, że działanie to zwróci się przeciwko nim, a w konsekwencji to oni staną się ofiarami szykan lub innych form odwetu. Wiarygodna polityka *whistle-blowingowa* musi więc zawierać jednoznaczny przekaz kierowany zarówno do szeregowych pracowników, jak i kadry zarządzającej: że nieprawidłowości zostaną wyeliminowane oraz że zgłaszanie podejrzeń jest akceptowane i podlega ochronie.

Pracownicy ponadto muszą widzieć aktywne i szczere zaangażowanie kierownictwa. GAP w swoich rekomendacjach podkreśla, że polityka wewnętrznego demaskowania powinna być traktowana przez pracodawcę jako jedno z narzędzi biznesowych, a nie jedynie jako kolejna procedura wprowadzana przez dział audytu i kontroli wewnętrznej.

Niezależne i neutralne forum zgłaszania nieprawidłowości

Jednym z podstawowych warunków efektywności procedury jest odpowiednie forum, na którym pracownicy będą mogli zgłaszać wątpliwości, forum, które spełniać będzie określone kryteria.

W pierwszej kolejności podkreśla się, że powinno być to forum o dużej niezależności. ICC sugeruje, aby osoba powołana do rozpatrywania skarg albo zarządzania działem, któremu takie kompetencje powierzono, należała do wysokiej kadry kierowniczej i podlegała wyłącznie najwyższym władzom w przedsiębiorstwie, a jeśli przedsiębiorstwo należy do większej grupy – władzom grupy. Podobnie

Komisja Nolana rekomenduje, aby pracodawcy zapewnili stworzenie możliwości podniesienia wątpliwości poza pionową strukturą nadrzędności służbowej. PricewaterhouseCoopers zachęca do stworzenia ścieżki, która omijać będzie bezpośredniego przełożonego pracownika, dyrektora departamentu lub szefa oddziału firmy.

Niezależnie od dużej autonomii, osoba lub zespół, do których mają wpływać skargi i uwagi, powinny cieszyć się niekwestionowaną reputacją, posiadać znaczące doświadczenie zawodowe oraz być wyposażone w realne kompetencje umożliwiające poprowadzenie postępowania wyjaśniającego, tak aby w odbiorze pracowników powierzona funkcja nie miała charakteru wyłącznie fasadowego.

Rodzaj forum powinien być dostosowany do warunków w danym przedsiębiorstwie: wielkości, środków oraz struktury organizacyjnej. Może to być dział audytu i kontroli, rzecznik odpowiedzialności dyscyplinarnej, doradca etyczny, gorąca linia, telefon zaufania lub specjalna skrzynka e-mailowa. Powoływane mogą być zespoły lub komisje mediacyjne. W końcu przedsiębiorstwo może powierzyć przyjmowanie i weryfikowanie skarg firmie zewnętrznej. Firma taka, o ile jej działania mają być skuteczne, powinna posiadać te same cechy, co forum wewnętrzne, a więc nie może pozostawać w stosunku zależności wobec pracodawcy, powinna posiadać ugruntowaną reputację, gwarantować profesjonalizm i poufność swoich działań. Komisja Nolana zachęca pracodawców, aby zapewnili dostęp do anonimowego i bezpłatnego poradnictwa, którego świadczenie można powierzyć organizacji pozarządowej.

Przedsiębiorcy prowadzący działalność w różnych krajach powinni w miarę możliwości zapewnić możliwość zgłaszania nieprawidłowości w języku tego kraju, gdzie funkcjonuje spółka powiązana, której dotyczą zarzuty.

Zgłoszenia anonimowe czy wyłącznie jawne?

Rekomendacje co do kwestii, czy pracodawca powinien dopuścić zgłoszenia anonimowe, nie są jednolite. ICC rozstrzygnięcie tej kwestii pozostawia pracodawcy. Przedsiębiorca powinien uwzględnić uwarunkowania kulturowe, w których funkcjonuje, a też i ryzyko zgłoszeń nieuczciwych. Za taką opcją mogą ponadto przemawiać trudności w prowadzeniu postępowania wyjaśniającego w sytuacji, gdy nie ma możliwości skontaktowania się z demaskatorem, doprecyzowania lub uzupełnienia informacji. Na marginesie przypomnijmy jeszcze, że anonimowi demaskatorzy, którzy doznali działań odwetowych, mogą mieć trudności w wykazaniu związku przyczynowego między ujawnieniem a działaniem pracodawcy.

Na odmiennym stanowisku stoją organizacje pozarządowe – to w gestii pracownika winna pozostać decyzja o ewentualnym ujawnieniu swojej tożsamości. Pracodawca więc powinien umożliwić demaskatorom anonimowe zgłaszanie wątpliwości. Za takim rozwiązaniem z pewnością przemawia fakt, że w konkretnych wypadkach potencjalni demaskatorzy mogą nie chcieć konfrontacji z osobą, której zarzucają nieetyczne działania, lub z innymi członkami zespołu, w interesie których być może pozostaje utrzymywanie aktualnego stanu rzeczy. Wówczas w obawie przed negatywną reakcją pracownik może zrezygnować z poruszania problemu na forum pracodawcy.

Ochrona poufności

O ile zalecenia dotyczące zgłoszeń anonimowych nie są jednomyślne, to nie budzi już wątpliwości ekspertów fakt, iż dane demaskatora, które ten, zgłaszając podejrzenia, zastrzegł do wyłącznej wiadomości pracodawcy, muszą pozostawać poufne. ICC staje na stanowisku, że „Przedsiębiorstwa w możliwie najdalej idącym zakresie powinny utrzymywać w poufności wszelkie dane ujawnione w ramach systemu wewnętrznego wykrywania nadużyć, a w szczególności dane osobowe demaskatora, chyba że co innego wynika z obowiązujących przepisów prawa. Dane takie powinny podlegać ochronie przy zastosowaniu wszelkich dostępnych środków”. Analogicznie PricewaterhouseCoopers zachęca do zachowania poufności w najszerszym możliwym zakresie. W przypadku więc, gdy procedury *whistle-blowingowe* u danego pracodawcy dopuszczają będą wyłącznie zgłoszenia imienne, na dalszych etapach pracodawca nie powinien odmawiać gwarancji poufności.

Szerokie spektrum nadużyć

Rekomenduje się, aby procedury wewnętrznego ujawniania obejmowały jak najszersze spektrum nadużyć, malwersacji, oszustw, sprzeniewierzenia środków, nadużywania funkcji lub innych nieprawidłowości, mogących mieć miejsce w firmie. Komisja Nolana sugeruje ponadto stworzenie listy przykładowych zachowań lub praktyk, nie akceptowanych przez kierownictwo firmy. W szczególności lista taka powinna obejmować sytuacje, co do których wielokrotnie spotkać się można z ambiwalentną oceną zespołu lub na które przyryka się oko. Tym samym ucina się wszelkie wątpliwości co do etycznego wymiaru praktyk, wobec których dotychczas pracownicy mogli zajmować niejednoznaczne postawy etyczne. Jednak lista taka nie powinna mieć zamkniętego charakteru.

Szeroki dostęp do procedur *whistle-blowing*’owych

ICC rekomenduje, aby pracodawca udostępnił procedury *whistle-blowing*’owe nie tylko swoim pracownikom, lecz również podmiotom zależnym, afiliowanym (należącym do grupy), a ponadto – w możliwie szerokim zakresie – również agentom, podwykonawcom, dostawcom i klientom grupy. Postulat ten znajduje uzasadnienie w badaniach: spośród przedsiębiorstw badanych przez PricewaterhouseCoopers, które dotknęły poważne przestępstwa gospodarcze, 76% twierdzi, że w nadużycie zamieszana była osoba spoza przedsiębiorstwa. Podobne wnioski nasuwa ankieta na polskich przedsiębiorstwach przeprowadzona przez Deloitte w 2008 roku⁶. Badani relacjonują, że obok pracowników (67%) odpowiedzialni za popełnienie nadużyć ujawnionych w firmie byli: klient/odbiorca – 32%, dostawca – 18%, firma konkurencyjna – 15%, agent – 12%, urzędnik publiczny – 7%.

Ochrona nie tylko przed utratą pracy

Pracodawca powinien możliwie szeroko sformułować zakaz zachowań odwetowych, a tym samym zapewnić, aby parasol ochronny roztoczony nad demaskatorem był szczelny. Jak wynika z rekomendacji ICC, „przedsiębiorstwo powinno chronić zatrudnienie demaskatora, jego wynagrodzenie oraz możliwości rozwijania kariery przez taki okres czasu, jaki jest uzasadniony okolicznościami”. Gwarancje ochrony nie powinny więc ograniczać się do trwałości zatrudnienia, choć ta kwestia z pewnością powinna zajmować jedno z pierwszych miejsc na liście praktyk zakazanych. Niezależnie jednak od powyższego pracownik powinien mieć również poczucie stabilności warunków pracy. Zakaz powinien więc obejmować również degradację pracownika. Jak wspomniano wcześniej, z doświadczeń Fundacji Batorego wynika, że pierwszą reakcją na ujawnienie nieprawidłowości najczęściej jest zmarginalizowanie i zepchnięcie pracownika na boczny tor, odcięcie dostępu do informacji, które mogą potwierdzać podejrzenia demaskatora, a czasem od reszty zespołu.

Pracodawca powinien chronić demaskatora przed szykanami i molestowaniem psychicznym. GAP zwraca uwagę, że niektóre przejawy działań wiktyimizujących demaskatora mogą wychodzić poza namacalne i skonkretyzowane decyzje personalne podejmowane przez przełożonego. PricewaterhouseCoopers przestrzega przed pogroźkami, napiętnowaniem i szykanami, na które może narazić się pra-

⁶ *Nadużycia – niewidzialny wróg przedsiębiorstw 2008. Raport z badania nadużyć gospodarczych w polskich firmach*; Deloitte 2008, s. 14.

ownik. Tu również potrzebny jest jasny komunikat pracodawcy, że takie reakcje nie są akceptowane.

Pracodawca powinien chronić swojego pracownika nie tylko przed bezpośrednim przełożonym, lecz również przed działaniami, których może doświadczyć ze strony innych osób, w tym współpracowników, kontrahentów firmy lub jej klientów.

Oprócz ustanowienia zakazu stosowania praktyk dyskryminacyjnych lub mobbingu, GAP zachęca pracodawców do udzielania pomocy pracownikom, którzy zostali poddani zakazanym praktykom, w odbudowaniu kariery. Taka pomoc może polegać na zaoferowaniu doradztwa lub szkolenia zawodowego, objęcia innego stanowiska lub przejścia do innego działu.

Komórka lub osoba odpowiedzialna za przyjmowanie zawiadomień o nadużyciach powinny interesować się sytuacją demaskatora i przez tak długo, jak jest to uzasadnione okolicznościami, sprawdzać, czy nie został on poddany dyskryminacji lub innym formom odwetu.

Rzetelne postępowanie wyjaśniające

Zgłoszenie demaskatora nie może pozostać bez reakcji ze strony pracodawcy.

Zarówno Komisja Nolana, PricewaterhouseCoopers, jak i ICC zalecają sformalizowanie procesu zgłaszania nieprawidłowości. Otrzymanie zgłoszenia powinno zostać potwierdzone, np. e-mailem zwrotnym, a następnie zarejestrowane. Następnie zarzuty powinny podlegać weryfikacji w toku postępowania wyjaśniającego, prowadzonego przez powołaną do tego komórkę, np. dział audytu.

GAP nacisk kładzie na obiektywizm postępowania. Postępowanie nie tylko powinno być przeprowadzone w sposób bezstronny, lecz również przekonanie, że z taką intencją było prowadzone, powinno towarzyszyć i demaskatorowi, i ewentualnie innym pracownikom, którzy o toczącym się postępowaniu wiedzieli.

Pracodawca w polityce ujawniania nieprawidłowości powinien dawać jednoznaczny sygnał, że wszystkie nadużycia, niezależnie, czy popełnione przez personel wyższego szczebla, czy przez szeregowych pracowników, będą traktowane z taką samą powagą. Szczególnie szkodliwe dla postawy etycznej pracowników jest uprzywilejowane traktowanie nadużyć, których dopuszczają się przedstawiciele kadry kierowniczej. Z ankiety badającej różnego rodzaju koszty nadużyć w firmach prywatnych, przeprowadzonej przez PricewaterhouseCoopers wynika, że gdy dopuszczają się ich pracownicy szeregowi, 10% badanych firm skarży się na spadek morale wśród



pracowników, podczas gdy 19% – w wypadku nadużyć kadry zarządzającej średniego szczebla i 33% – przy nadużyciach wysokiej kadry kierowniczej⁷.

PricewaterhouseCoopers rekomenduje zawarcie w kodeksie etycznym zobowiązania każdego, niezależnie od rangi stanowiska, pracownika do pełnej współpracy z działem audytu lub z osobą odpowiedzialną za weryfikowanie zarzutów demaskatora.

⁷ *Economic Crime...*, s. 10.

Postępowanie powinno być przeprowadzone w miarę możliwości szybko. Procedury, które ciągną się bez przewidywalnego końca, budują obraz pracodawcy nie radzącego sobie z usuwaniem problemów. Mogą też podważać zaufanie pracowników do rzeczywistej woli wyjaśnienia podejrzeń.

Przyznanie demaskatorowi aktywnej roli w postępowaniu wyjaśniającym

GAP w swoich rekomendacjach zwraca uwagę na potrzebę traktowania demaskatora przede wszystkim jako podmiotu, a nie przedmiotu postępowania wyjaśniającego. Rola demaskatora nie powinna ograniczać się przykładowo do przestania e-maila informującego o podejrzaniach. Osoba lub komórka odpowiedzialna za wyjaśnienie podejrzeń powinna spotkać się z demaskatorem i odebrać od niego relację bezpośrednią. Bezpośredni kontakt pozwala nie tylko na swobodne i możliwie pełne przedstawienie wiedzy demaskatora, lecz również umożliwia uściślenie informacji oraz ich uzupełnienie. Demaskator powinien ponadto mieć możliwość odniesienia się do wyjaśnień osoby odpowiedzialnej za nieprawidłowości.

Polityka ujawniania nadużyć powinna przewidywać informowanie demaskatora o postępach dochodzenia prowadzonego przez pracodawcę. Błędem jest pozostawienie demaskatora własnym domysłom, co się dzieje z jego zawiadomieniem i czy spowodowało ono jakąkolwiek reakcję, czy też może zostało „zamiecione pod dywan”. Z obserwacji Fundacji Batorego wynika, że brak przepływu informacji jest jednym ze źródeł frustracji pracowników oraz powodem utraty zaufania wobec pracodawcy.

Co ciekawe, kwestia aktywnej roli demaskatora nie jest dostrzegana w rekomendacjach formułowanych przez przedstawicieli biznesu. Ten aspekt wiarygodności pracodawcy podnoszą przede wszystkim organizacje społeczne, świadczące poradnictwo na rzecz demaskatorów.

Informowanie zespołu o przypadkach nadużyć

PricewaterhouseCoopers rekomenduje jawność postępowań w nieco innym zakresie niż ten, o którym mowa powyżej. Zaleca się mianowicie informowanie całego zespołu o tym, jakie problemy zostały podniesione w ramach *whistle-blowingu* oraz w jaki sposób zostały rozwiązane. Ten postulat ukierunkowany jest jednak nie tyle na uaktywnienie roli demaskatora, co na jawność wyników postępowań wobec wszystkich pracowników, a co za tym idzie – na prewencję

ogólną. Z takiego właśnie założenia wychodzą przedstawiciele polskich firm badanych przez Deloitte⁸. Znacząca część, bo 52% respondentów stwierdziła, że informowanie całego zespołu o przypadkach nadużyć w firmie jest potrzebne i działa prewencyjnie odstrasząc innych potencjalnych sprawców, a ponadto kładzie kres plotkom i wzmacnia kulturę organizacyjną. Niemniej badani zwrócili również uwagę na ryzyko narażenia firmy na proces o naruszenie dóbr osobistych (14%) oraz wprowadzenia złej atmosfery w pracy (7%).

Docenienie roli demaskatora

Inne zagadnienie pomijane w rekomendacjach organizacji biznesowych to docenienie roli demaskatora działającego w dobrej wierze. Jednak już GAP doradza pracodawcom, aby wyrazili uznanie dla pracownika, który podejmując poważne ryzyko osobiste, ujawnia malwersacje i robi to w dobrej wierze. Postawa pracownika wymaga aprobaty nawet wówczas, gdy późniejsze postępowanie wykaże, że działania, co do których podnoszone były wątpliwości, pozostają zgodne z prawem.

Ochrona przed zarzutami zgłaszanymi w złej wierze

ICC i Komisja Nolana zgodnie stają na stanowisku, że pracodawca, chcąc stworzyć wiarygodną procedurę demaskowania nadużyć, powinien również strzec dobrego imienia pracowników, na których rzucane są bezpodstawne oskarżenia. Demaskator, którego zgłoszenie uznano za nierzetelne, złośliwe lub złożone w złej wierze, powinien być o tym fakcie niezwłocznie poinformowany, a jego zgłoszenie odrzucone. Nadużycie procedury *whistle-blowingowej* powinno skutkować wszczęciem postępowania dyscyplinarnego.

Promocja polityki wewnętrznego ujawniania nadużyć

Wszystkie instytucje formułujące rekomendacje na temat polityki wspierającej demaskatorów pozostają zgodne co do konieczności jej promowania. Samo przyjęcie stosownych procedur nie gwarantuje jej skuteczności.

Po pierwsze, potrzebne są szkolenia. ICC mówi o szkoleniu kadry kierowniczej, jednak PricewaterhouseCoopers rekomenduje szkolenia całego zespołu, w tym pracowników szeregowych.

⁸ Nadużycia – niewidzialny wróg..., s. 19.

Z doświadczeń Fundacji Batorego wynika, że celem takich szkoleń powinno być nie tylko wyjaśnienie kwestii technicznych, takich jak do kogo i w jakiej formie ma zwrócić się osoba, która dostrzegła niepokojące sygnały, na jaką pomoc może liczyć itd. Chodzi również, a może przede wszystkim, o podważenie fałszywych stereotypów funkcjonujących na temat demaskatorów, wyjaśnienie wagi tego rodzaju postaw dla przedsiębiorstwa oraz zespołu ludzi w nim pracujących, a w końcu o pokazanie rzeczywistego zaangażowania pracodawcy w problematykę zwalczania nadużyć.

Po drugie, polityka demaskowania nadużyć oraz towarzyszące jej procedury powinny być regularnie przeglądane i w razie potrzeby nowelizowane.

Na ile popularne są procedury *whistle-blowing*owe wśród przedsiębiorców? Z cytowanej wcześniej ankiety PricewaterhouseCoopers wynika, że na całym świecie w 2007 roku korzystało z nich 42% badanych przedsiębiorstw. Spośród przedsiębiorstw europejskich, które stosowały politykę wewnętrznego ujawniania, znakomita większość, bo aż 79% oceniało ją jako skuteczne narzędzie zwalczania nadużyć. Wyższy odsetek zadowolonych przedsiębiorców notuje się w Ameryce Północnej – 86%, przy czym, o ile w Europie polityka taka wdrożona została w 33% przedsiębiorstw, to za oceanem – aż u 77% badanych⁹.

⁹ *Economic Crime...*, s. 7.

