



NACZELNA RADA ADWOKACKA
Instytut Legislacji i Prac Parlamentarnych

ul. Świętojerska 16, 00-202 Warszawa
tel. 22 505 25 02, fax 22 505 25 08
e-mail: nra@nra.pl www.nra.pl

Warszawa, dnia 11 stycznia 2022 r.

NRA.015-23.35.2021

**Ministerstwo Rodziny i Polityki
Społecznej
Departament Prawa Pracy
ul. Nowogrodzka 1/3/5
00-513 Warszawa**

Szanowni Państwo,

W załączeniu uprzejmie przesyłam opinię Instytutu Legislacji i Prac Parlamentarnych Naczelnej Rady Adwokackiej do projektu ustawy o projekt ustawy o ochronie osób zgłaszających naruszenie prawa (projekt z dnia 14 października 2021 r.).

Dyrektor Instytutu Legislacji i Prac
Parlamentarnych Naczelnej Rady Adwokackiej


Adw. Dorota Kulińska



NACZELNA RADA ADWOKACKA
Instytut Legislacji i Prac Parlamentarnych

ul. Świętojerska 16, 00-202 Warszawa
tel. 22 505 25 02, fax 22 505 25 08
e-mail: nra@nra.pl www.nra.pl

Warszawa, dnia 10 stycznia 2022 r.

NRA.015-23.35.2021

OPINIA

dotycząca projektu ustawy o ochronie osób zgłaszających naruszenia prawa
wdrażającego w systemie prawa polskiego Dyrektywę Parlamentu Europejskiego i
Rady (UE) 2019/1937 z dnia 23 października 2019 r. w sprawie ochrony osób
zgłaszających naruszenie prawa Unii

Instytut Legislacji i Praw Parlamentarnych Naczelnej Rady Adwokackiej niniejszym przedkłada opinię dotyczącą rządowego projektu ustawy o ochronie osób zgłaszających naruszenia prawa (projekt z dnia 14 października 2021 r., dalej jako „ustawa” lub „projekt”), który wdraża Dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/1937 z dnia 23 października 2019 r. w sprawie ochrony osób zgłaszających naruszenia prawa Unii (dalej jako „Dyrektywa”).

Projekt zakłada nałożenie obowiązku wprowadzenia przez różnego rodzaju podmioty zarówno prywatne jak i państwowe regulacji wewnętrznych umożliwiających zgłaszanie naruszeń prawa w określonym przedmiotowo zakresie. Regulacje te są podstawą dla wprowadzenia do porządku prawnego instytucji tzw. sygnalistów w odniesieniu szerszym niż tylko wybrany zakres funkcjonowania podmiotów gospodarczych (np. usług finansowe w zakresie przeciwdziałania praniu pieniędzy i finansowaniu terroryzmu). Tym samym jego

poprawne uregulowanie i określenie zasad funkcjonowania, jak również praw i obowiązków osób zgłaszających naruszenia prawa jest kluczowy dla zbudowania prawidłowo funkcjonującego systemu, wspierającego usuwanie naruszeń prawa.

Bez uszczerbku dla rangi i znaczenia przedstawionych uwag, dla klarowności prezentacji zostały one podzielone na odnoszące się do przepisów karnych (art. 56 - 60 projektu) oraz do pozostałych przepisów ustawy.

Tytułem uwag ogólnych wskazujemy, że nie zawsze jasna, a w każdy przypadku złożona, pozostaje relacja przepisów ustawy do kanałów raportowania nieprawidłowości przewidzianych w innych przepisach, w szczególności w:

- art. 3b ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o nadzorze nad rynkiem kapitałowym,
- art. 9 ust. 1, 2a i 2b ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. - Prawo bankowe, z którym wiąże się § 45 i n. rozporządzenia Ministra Rozwoju i Finansów z dnia 6 marca 2017 r. w sprawie systemu zarządzania ryzykiem i systemu kontroli wewnętrznej, polityki wynagrodzeń oraz szczegółowego sposobu szacowania kapitału wewnętrznego w bankach,
- art. 53 ustawy z dnia 1 marca 2018 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu, z którym wiąże się rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 16 maja 2018 r. w sprawie odbierania zgłoszeń naruszeń przepisów z zakresu przeciwdziałania praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu,
- art. 97d ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o ofercie publicznej i warunkach wprowadzania instrumentów finansowych do zorganizowanego systemu obrotu oraz o spółkach publicznych,

- art. 25e ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi,
- a także, w zakresie zagrożenia dla ludzi, zakładu górniczego lub jego ruchu, uszkodzenia albo nieprawidłowego działania urządzeń tego zakładu, w art. 119 ust. 1 ustawy z dnia 9 czerwca 2011 r. - Prawo geologiczne i górnicze.

W kontekście przynajmniej niektórych z tych regulacji przewidziano możliwość anonimowego dokonywania zgłoszeń, co z kolei omawiany projekt wyklucza. Istnieje zatem ryzyko systemowego rozdźwięku przy braku pogłębionych analiz legislacyjnych poświęconych relacji między ustawą a innymi regulacjami dotyczącymi whistleblowingu. Wydaje się również celowe pochylenie się nad zagadnieniem ochrony danych osobowych, w tym zakresu danych, których przetwarzanie jest dopuszczalne (np. dane wrażliwe w zgłoszeniach dotyczących naruszeń prawa krajowego) czy, np.: momentu, sposobu i zakresu realizacji obowiązku informacyjnego.

Ponadto zwrócić uwagę należy na język jakim posługuje się projekt, który często w sposób widoczny stanowi literalne tłumaczenie przepisów Dyrektywy bez odniesienia siatki pojęciowej do polskiego systemu prawa. Szczególnie istotne jest to w kontekście definicji zawartych w art. 2 projektu, w tym pojęcia organu centralnego oraz organu publicznego. Pojęcia te odnoszą się do pojęć zdefiniowanych w wyniku wieloletniego dorobku orzeczniczego oraz doktryny i nadawanie im autonomicznego pojęcia na potrzeby niniejszej ustawy jest nie tylko niezgodne z zasadami techniki legislacyjnej, lecz także w praktyce może budzić wątpliwości interpretacyjne oraz odmienne rozumienie istoty niektórych rozwiązań. Tym samym wskazane jest rozważenie użycia innych pojęć, które nie niosą ze sobą znaczenia wynikającego dotychczasowego stosowania prawa.

1. Uwagi dot. przepisów karnych (art. art. 56 - 60 ustawy).

Projekt ustawy przewiduje jedynie odpowiedzialność kamą za niedochowanie konkretnych obowiązków wynikających z ustawy.

Przed przejściem do szczegółowych rozważań w zakresie poszczególnych projektowanych przepisów poczynić należy kilka uwag dotyczących zasadności wyboru właśnie tego rodzaju odpowiedzialności za niedochowanie obowiązków wynikających z ustawy.

Jakkolwiek sposób wyróżnienia i zdefiniowania kryteriów konkretnych rodzajów odpowiedzialności prawnej budzi trudności, tak zarówno na poziomie unijnym, jak i polskim, w zasadzie brak jest wątpliwości, że kategorie odpowiedzialności powinny korespondować z istotą danej gałęzi. O ich wyodrębnieniu decyduje przynależność regulacji stanowiących podstawę odpowiedzialności do jednej z nich. Z kolei o dziedzinie prawa decyduje właściwość regulowanych przez normy danej gałęzi prawa oraz metody regulacji prawnej.

Tym elementem charakterystyki odpowiedzialności, który różnicuje tę odpowiedzialność, a który stanowić będzie przedmiot dalszych wywodów jest funkcja odpowiedzialności, którą należy rozumieć jako rzeczywisty kierunek oddziaływania odpowiedzialności oraz faktyczne skutki, jakie ma wywoływać.

Podstawową funkcją odpowiedzialności karnej jest niewątpliwie funkcja represyjna, której najistotniejszym elementem jest kara. Kara, która nieodłącznie wiąże się ze sprawianiem dolegliwości. W odniesieniu do funkcji odpowiedzialności karnej, mówi się również o funkcji sprawiedliwościowej, co związane jest bardziej z celem stosowania takiej odpowiedzialności. W każdym

przypadku jednak, jest to również istotny dla niniejszych rozwiązań sposób postrzegania i definiowania odpowiedzialności karnej. Kolejna funkcja odpowiedzialności karnej wynika z głównego celu kary, jakim jest ochrona dóbr prawnych poprzez zapobieżenie ponownemu popełnieniu czynu, zarówno na poziomie jednostki (prewencja indywidualna), jak i społeczeństwa (prewencja ogólna).

Odpowiedzialność karna jest działaniem państwa wobec jednostki w związku z naruszeniem konkretnych powszechnie obowiązujących zakazów lub nakazów, na zasadach określonych w prawie. Działanie państwa wobec jednostki możliwe jest również poprzez rygor odpowiedzialności administracyjnej, przy czym wskazanie funkcji prawa administracyjnego ze względu na dynamiczny rozwój tej gałęzi, różnorodność przewidzianych w tym prawie sankcji, budzi daleko idące wątpliwości. Prawdopodobnie z tego również powodu coraz większą dyskusję wzbudza kwestia odpowiedzialności karno - administracyjnej.

Jakkolwiek funkcja odpowiedzialności administracyjnej jest trudna do zdefiniowania, tak w sposób widoczny różne są reżimy tej odpowiedzialności. Odpowiedzialność karna jest co do zasady odpowiedzialnością indywidualną, odnoszącą się do osoby fizycznej¹, skutkującą konsekwencjami - w tym najdalej idącymi związanymi z pobawieniem wolności - wobec poszczególnej, pojedynczej osoby. Odpowiedzialność karna wiąże się również z ustaleniem zamiaru, a więc nastawienia sprawcy wobec czynu. Odpowiedzialność administracyjna może odnosić się zarówno do osób prawnych, fizycznych, jak i jednostek organizacyjnych posiadających zdolność prawną, i wiąże się przede wszystkim z

¹ Oczywiście ustawa o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych umożliwia zastosowanie reżimu odpowiedzialności karnej wobec osób prawnych, jednakże jest ona uzależniona od uprzedniej odpowiedzialności karnej jednostki, jak również jest ograniczona przedmiotowo. W praktyce nie funkcjonuje.

odpowiedzialnością o charakterze finansowym. Odpowiedzialność administracyjna jest co do zasady ponoszona za działania bądź zaniechania stanowiące naruszenia nakazów lub zakazów ustanowionych w przepisach prawa powszechnie obowiązującego, aktach administracyjnych, niezależnie od winy i zamiaru osoby karanej.

Jakkolwiek powyższe uwagi wydają się oczywiste, wymagają skrótowego przedstawienia celem rozważenia zasadności zastosowania reżimu odpowiedzialności karnej do naruszeń obowiązków wynikających z projektu.

Dyrektywa w pkt. 102 preambuły stanowi, że zapewnienie skuteczności przepisów dotyczących ochrony sygnalistów wymaga wprowadzenia sankcji o charakterze karnym, cywilnym lub administracyjnym. Wskazano, że sankcje dla osób podejmujących działania odwetowe lub inne niepożądane działania wobec osób dokonujących zgłoszenia mogą zniechęcać do podejmowania takich działań. Zaś sankcje dla osób, które dokonały zgłoszenia lub ujawnienia publicznego informacji na temat naruszeń, w przypadku których wykazano, że osoby te wiedziały, że są one nieprawdziwe, są też konieczne do zapobieżenia zgłaszaniu w złej wierze i zachowania wiarygodności systemu. Jednakże, zarówno pkt 102 preambuły Dyrektywy, jak i art. 23 Dyrektywy odnoszący się do sankcji, wprost stanowią, że wszelkie sankcje mają być proporcjonalne.

Mając powyższe na uwadze, rozważyć należy, jaki charakter mają obowiązki nakładane na podstawie ustawy. Dla rozważenia tej kwestii wskazać należy w pierwszej kolejności, że obowiązki wskazane w ustawie dotyczą przede wszystkim pracodawców (a więc podmiotów gospodarczych, czyli osób prawnych i jednostek organizacyjnych nieposiadających osobowości prawnej), nie są zaś adresowane do osób fizycznych. Dotyczą one sposobu organizacji podmiotu gospodarczego

oraz podejmowania określonych działań w sytuacji powzięcia informacji o potencjalnym naruszeniu prawa. Działania te mają charakter wyjaśniający, śledczy, a w związku z zakresem przedmiotowym naruszeń, które mają powodować takie działania, uznać należy, że pośrednio wspierają one obowiązki państwa związane z zapewnieniem porządku prawnego. Oczywiście inny charakter mają obowiązki i prawa osób zgłaszających naruszenia prawa, którymi są osoby fizyczne. Projekt reguluje jednakże głównie ich prawa oraz zasady ochrony. Wydaje się, że jedyny obowiązek jaki nakłada na osoby zgłaszające naruszenia prawa to dokonywanie zgłoszenia jedynie, jeżeli miały uzasadnione podstawy sądzić, że będąca przedmiotem zgłoszenia lub ujawnienia publicznego informacja o naruszeniu prawa jest prawdziwa w momencie dokonywania zgłoszenia lub ujawnienia publicznego, i że informacja taka stanowi informację o naruszeniu prawa.

Już ta krótka analiza charakteru obowiązków nakładanych przede wszystkim na pracodawców prowadzi do wniosku, że zakres regulacji ma charakter przede wszystkim administracyjny a nie karny. Jakkolwiek ta okoliczność sama w sobie nie przesądza jaki reżim odpowiedzialności powinien zostać zastosowany wobec podmiotów nie przestrzegających tych obowiązków, tak jednak w sposób oczywisty wskazuje właściwy kierunek.

Na marginesie można odnieść się w tym kontekście do ustawy z 1 marca 2018 roku, z późn. zm., o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy i finansowaniu terroryzmu. Obowiązki tzw. instytucji zobowiązanych mają - patrząc z perspektywy ogólnej - podobny charakter. Wiążą się z potrzebą wprowadzenia odpowiednich regulacji wewnętrznych, które mają stanowić drogowskaz w zakresie analizowania informacji wynikających z codziennej aktywności pod kątem wykrywania przestępstwa niezwykle istotnych z punktu widzenia potrzeby

zapewnienia bezpieczeństwa fizycznego, jak i finansowego. Innymi słowy nakładają na różnego rodzaju podmioty obowiązki związane z wykrywaniem i ściganiem określonej kategorii przestępstw. Przepisy ww. ustawy przewidują jednocześnie szeroki zakres odpowiedzialności administracyjnej, o charakterze finansowym, zaś odpowiedzialność karną jedynie w określonych przypadkach, które *de facto* świadczyć mogą o współdziałaniu ze sprawcami przestępstw prania pieniędzy i finansowania terroryzmu.

Analiza poszczególnych przepisów karnych projektu również wskazuje, że reżim odpowiedzialności karnej nie jest co do zasady właściwym rozwiązaniem.

Zgodnie z art. 23 Dyrektywy państwa członkowskie ustanawiają sankcje wobec osób fizycznych lub prawnych, które:

- a) utrudniają lub usiłują utrudniać dokonywanie zgłoszeń,
- b) podejmują działania odwetowe wobec sygnalistów,
- c) wszczynają uciążliwe postępowania przeciwko sygnalistom,
- d) dopuszczają się naruszeń obowiązku zachowania poufności sygnalistów,
- e) świadomie dokonują zgłoszenia lub ujawnienia publicznego nieprawdziwych informacji.

Projekt przewiduje odpowiedzialność karną za:

- a) utrudnianie dokonania zgłoszenia,
- b) podejmowanie działań odwetowych wbrew przepisom ustawy,
- c) naruszenie obowiązku zachowania poufności tożsamości sygnalisty wbrew

przepisom ustawy,

- d) dokonanie zgłoszenia lub ujawnienia publicznego nieprawdziwych informacji,
- e) nieustanowienie wewnętrznej procedury zgłaszania naruszeń prawa i podejmowania działań następnych albo za to, że ustanowiona przez niego procedura narusza wymogi ustawowe.

Co do zasady zakres naruszeń wymagających sankcji przewidziany projektem jest tożsamy ze standardem wynikającym z Dyrektywy. Wyjątkiem jest jedynie wprowadzenie sankcji za brak wprowadzenia odpowiedniej procedury zgłaszania naruszeń. Jednocześnie ten przypadek odpowiedzialności karnej wzbudza najdalej idące wątpliwości.

Art. 56 projektu

Przepis penalizuje utrudnianie dokonania zgłoszenia, nie wskazując wprost również uniemożliwienia dokonania zgłoszenia, co może wzbudzić wątpliwości w interpretacji, w świetle zasady *nullum crimen sine lege*.

W kontekście wprowadzenia odpowiedzialności karnej za podejmowanie tego typu działań rozważyć należy przede wszystkim o jakich potencjalnie sytuacjach mówimy, szczególnie w świetle innych przepisów prawa karnego. Sytuacja, do której w pierwszej kolejności należy się odnieść to sytuacja wywierania presji, aby odstąpić od zgłoszenia naruszenia prawa. Presja ta może mieć różny charakter - przede wszystkim presji psychicznej wywołanej określonym działaniem, które może nosić znamiona nękania, jak również stosowania przymusu w postaci gróźb lub, w najdalej idącym przypadku, przemocy. Te formy działań są zaś objęte penalizacją przepisami kodeksu karnego

- należy tu wspomnieć o art. 190 § 1 k.k., art. 190a § 1 k.k., art. 191 § 1 k.k., zaś w odniesieniu do pracodawcy można rozważać art. 218 § 1a k.k. Jeżeli zaś rozważalibyśmy utrudnienia natury formalnej - nieprzyjęcie zgłoszenia lub rozmowy prowadzące bez naruszenia przepisów kodeksu karnego mające na celu wywarcie presji psychicznej należy postawić pytanie, czy reakcja o charakterze karnym jest proporcjonalna do tego typu działań, nawet przy uwzględnieniu dobra chronionego. Wydaje się, że niekoniecznie. Mając zatem na względzie szerokie spectrum zachowań, które mogą być interpretowane jako utrudnianie dokonania zgłoszenia wskazać należy, że te wymagające reakcji prawnokarnej są uregulowane poprzez przepisy ogólne. Inne formy zaś nie niosą za sobą potrzeby wprowadzania reżimu odpowiedzialności karnej mając na względzie charakter całej materii regulowanej ustawą.

Art. 57 projektu

Przepis ten penalizuje stosowanie działań odwetowych, określonych w art. 10 projektu. Jakkolwiek art. 10 ustawy zawiera katalog otwarty tego typu działań, to niewątpliwie wymienione formy działań odwetowych odnoszą się do kwestii bezprawnego naruszenia praw pracowniczych. Tym samym sfery szeroko rozumianego prawa cywilnego, nie zaś karnego. Oczywiście nie sposób wykluczyć sytuacji, w których działania odwetowe będą nosiły znamiona przestępstw powszechnych, jednakże w takim przypadku zastosowanie będą miały przede wszystkim przepisy ogólne.

Naruszenie praw pracowniczych będzie, co do zasady, rodziło odpowiedzialność o charakterze cywilny lub administracyjnym.

Mając powyższe na względzie ponowne wprowadzenie reżimu odpowiedzialności karnej wydaje się nieproporcjonalne, szczególnie przy uwzględnieniu charakteru regulacji wprowadzanych przez ustawę.

Art. 58 projektu

Przesłanki odpowiedzialności prawnej określone w art. 58 projektu mogą budzić największe problemy z odpowiednim zaklasyfikowaniem w kategoriach odpowiedzialności karnej lub administracyjnej. Zgodnie z treścią projektowanego przepisu penalizowane jest naruszenie obowiązku zachowania poufności tożsamości osoby, która dokonała zgłoszenia.

Wydaje się, że celem zdefiniowania rozwiązania, które będzie spełniało standard proporcjonalności jest rozróżnienie dwóch kategorii sytuacji, które potencjalnie przepis może obejmować. Pierwsza z nich to celowe, świadome ujawnienie tożsamości osoby, która dokonała zgłoszenia. Druga - to sytuacje obejmujące przypadkowe ujawnienie tożsamości sygnalisty, wynikające z niewłaściwego przechowywania danych, czy też nieuwagi osób mających do nich dostęp. O ile pierwsza kategoria spraw obejmować będzie zatem świadome działania konkretnych osób, mające na celu zaszkodzenie sygnaliście, o tyle druga może wiązać się przede wszystkim z zaniedbaniem po stronie pracodawcy w zakresie dostarczenia właściwych systemów przechowywania danych sygnalistów, lub nienależytym wykonywaniem obowiązków służbowych przez pracownika. Te dwie kategorie sytuacji, w szczególności zaś odpowiedzialność karna pracownika za brak dostarczenia narzędzi przez pracodawcę do prawidłowego wykonywania obowiązków, wymagają odrębnego podejścia i prawdopodobnie zastosowania dwóch reżimów odpowiedzialności. Odpowiednio - karnego odnoszącego się do świadomego ujawnienia tożsamości sygnalisty

celem rozpowszechnienia informacji o nim/niej i administracyjnego w zakresie pozostałych przypadków.

Art. 59 projektu

Przepis penalizuje dokonanie zgłoszenia lub ujawnienia publicznego nieprawdziwych informacji i tym samym jest analogiczny do art. 234 k.k. określającego przesłanki odpowiedzialności za fałszywe oskarżenie innej osoby. Jakkolwiek w tym przypadku zastosowany reżim odpowiedzialności można uznać za zasadny, to celem zapewnienia sygnalistom poczucia bezpieczeństwa niezbędnego dla podjęcia przez nich decyzji o zgłoszeniu naruszenia powinien on zostać doprecyzowany.

Zgodnie z art. 6 projektu zgłaszający podlega ochronie pod warunkiem, że miał uzasadnione podstawy sądzić, że będąca przedmiotem zgłoszenia lub ujawnienia publicznego informacja o naruszeniu prawa jest prawdziwa w momencie dokonywania zgłoszenia lub ujawnienia publicznego i, że informacja taka stanowi informację o naruszeniu prawa. Określenie odnosi się zatem nie do kryterium prawdy i nieprawdy, lecz uzasadnionego przekonania o prawdziwości posiadanych informacji. Jednocześnie należy mieć na względzie definicję zamiaru ewentualnego, który ma miejsce w sytuacji, w której sprawca przewidując możliwość popełnienia przestępstwa i godzi się na to. W świetle definicji zamiaru ewentualnego zgłoszenie informacji posiadanych przez sygnalistę, które w toku postępowania wszczętego w wyniku zgłoszenia okażą się nieprawdziwe będzie można rozważać jako informacje, które sygnalista powinien był oceniać jako nieprawdziwe. Tym samym będzie można rozważać, czy sygnalista nie powinien był się liczyć z możliwością popełnienia przestępstwa określonego w projektowanym art. 59 ustawy.

Jednocześnie uznać należy - chociażby w świetle przytoczonego art. 6 projektu, jak i przepisów Dyrektywy i doktryny - że wolą ustawodawcy jest wprowadzenie sankcji jedynie za świadome, celowe dokonanie zgłoszenia nieprawdziwych informacji. Tym samym przepis wymagałby doprecyzowania poprzez wskazanie, że każdy kto świadomie podaje nieprawdziwe informacje podlega sankcji karnej, mając wiedzę lub uzasadnione podstawy by sądzić, że informacje są nieprawdziwe.

Art. 60 projektu

Przepis ten wprowadza odpowiedzialność kamą za niewprowadzenie procedury zgłaszania naruszeń lub wprowadzenie jej w sposób nie spełniający wymogów co do jej treści określonych w ustawie. Biorąc pod uwagę charakter tego obowiązku, jak również cele wprowadzenia ochrony sygnalistów, wprowadzenie odpowiedzialności karnej za tego typu naruszenie jest nieuzasadnione. Szczególnie w sytuacji, w której część podmiotów będzie musiała zmierzyć się z obowiązkiem wprowadzenia wewnętrznych regulacji w bardzo krótkim czasie, co wynika z opieszałości ustawodawcy w implementacji Dyrektywy.

Obowiązek ustanowienia wewnętrznych procedur ma charakter administracyjny, związany jest z dostosowaniem struktur działania podmiotu gospodarczego do wymogów ustawowych. Podobny charakter - zarówno co do charakteru, funkcji, jak i celu - ma obowiązek wprowadzenia procedur dotyczących przeciwdziałania praniu pieniędzy i finansowaniu terroryzmu wynikający z ustawy z 1 marca 2018 roku, z późn. zm. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy i finansowaniu terroryzmu. Za niewywiązanie się z tego obowiązku grozi odpowiedzialność finansowa o charakterze administracyjnym. Takie

ukształtowanie reżimu odpowiedzialności wydaje się proporcjonalne i odpowiednie do potrzeb.

Niezależnie wskazać należy, że użycie sformułowania „wbrew przepisom ustawy” może budzić wątpliwości w zakresie prawidłowego, precyzyjnie określającego przesłanki odpowiedzialności karnej, wyznaczenia ram odpowiedzialności karnej.

2. Uwagi dot. pozostałych przepisów.

Art. 2 pkt 12 projektu (wraz z art. 27 ust. 1 projektu)

Uwzględnienie w definicji wyłącznie pracownika w rozumieniu polskiego Kodeksu pracy oraz polskich przepisów o zatrudnieniu pracowników tymczasowych może nie wyczerpywać złożoności praktyki gospodarczej w dobie internacjonalizacji działalności gospodarczej oraz coraz szerzej stosowanej pracy zdalnej, dzięki której pracownik zatrudniony na podstawie umowy o pracę, pod prawem właściwym dla siedziby zakładu pracy, świadczy pracę w innym państwie członkowskim UE (w którym może mieć w konsekwencji rezydencję podatkową i podlegać obowiązkowemu ubezpieczeniu społecznemu). Trzeba też zwrócić uwagę, że pracownik tymczasowy może być sygnalistą w odniesieniu i do zatrudniającej go agencji pracy tymczasowej, i do pracodawcy użytkownika.

Dodatkowo, nie uwzględnia to tak powszechnych praktyk w zarządzaniu zasobami ludzkimi jak body leasing / team leasing czy outsourcing. Pracownicy delegowani przez swojego pracodawcę do wykonywania czynności na rzecz podmiotu trzeciego mogą w istocie dysponować wiedzą o nieprawidłowościach dotyczących w pierwszym rzędzie zleceniodawcy (wobec ich pracodawcy).

Zgłoszenie skierowane w takiej sytuacji do ich pracodawcy byłoby bezprzedmiotowe, natomiast do zleceniodawcy - mogłoby narazić na działania odwetowe bez ochrony prawnej przed nim.

Pojawia się tutaj także wątpliwość dotycząca wliczania do liczby pracowników osób zatrudnionych w oddziałach lub przedstawicielstwach, zwłaszcza położonych poza terytorium UE.

Art. 3 ust. 1 pkt 15 projektu

Intencją projektodawców jest objęcie ustawą zgłoszeń dotyczących naruszeń nie tylko prawa unijnego, lecz także prawa krajowego.

Tymczasem, osoby zgłaszające naruszenie prawa konkurencji będą korzystały z ochrony prawnej tylko, jeżeli naruszenie będzie dotyczyło prawa UE, a nie ustawy krajowej o ochronie konkurencji i konsumentów, co może zniechęcić przed zgłaszaniem praktyk stosunkowo rzadko posiadających skutki transgraniczne, jak na przykład zmowy przetargowe.

Art. 3 ust. 2 projektu

Przepis wymaga doprecyzowania co do tego, czy pracodawca, który - w zakresie wykraczającym poza katalog zawarty w ust. 1 tego artykułu - ustanawia mechanizmy zgłaszania nieprawidłowości w odpowiedzi na wymogi przepisów prawa polskiego, unijnego lub jurysdykcji pozaeuropejskich (np. linia do zgłoszeń sankcji amerykańskich u przedsiębiorcy prowadzącego intensywną wymianę handlową z USA) dokonuje w ten sposób rozszerzenia katalogu i ma obowiązek chronić, np. pracownika zgłaszającego podejrzenie mobbingu wobec innej osoby. Doprecyzować należy także, czy takie procedury stanowią materialnie procedury przewidziane w art. 28 ust. 1 projektu.

art. 5 ust. 1 projektu

Artykuł wymaga doprecyzowania w zakresie zdefiniowania chronionych informacji.

Zgodnie z proponowaną treścią przepisu ustawy nie stosuje się do:

- 1) ochrony informacji niejawnych,
- 2) tajemnicy związanej z wykonywaniem zawodu,
- 3) tajemnicy narady sędziowskiej,
- 4) postępowania karnego.

Poszczególne punktu odnoszą się do innych kategorii. O ile bowiem pierwszy punkt odnosi się do informacji, o tyle kolejne do tajemnicy definiowanej poprzez odwołanie do konkretnej osoby i informacji nabytych w ramach konkretnych relacji oraz postępowania karnego. Celem zapewnienia pełnej ochrony tych informacji przepis powinien w każdym przypadku odwoływać się do kategorii informacji (np. informacje objęte tajemnicą narady sędziowskiej czy też informacje objęte postępowaniem karnym).

Ponadto sformułowanie tajemnica związana z wykonywaniem zawodu może być interpretowane zbyt szeroko, odnosząc się do wszelkich zawodów, niezależnie od tego czy tajemnica związana z ich wykonywaniem jest prawnie chroniona, tym samym wypaczać istotę wyłączenia zawartego w art. 5 projektu. Przepis zatem powinien zawierać odwołanie do przepisów odrębnych.

Art. 18 w zw. z art. 5 ust. 1 pkt 2 projektu

Przepis wymaga doprecyzowania w taki sposób, aby uniemożliwić dokonywanie zgłoszeń pracownikom zatrudnionym u osób zobowiązanych do zachowania tajemnicy związanej z wykonywaniem zawodu (np. tajemnicy adwokackiej). Na pracowniku sekretariatu kancelarii adwokackiej obowiązek zachowania w tajemnicy wszystkiego, czego dowiedział się przy świadczeniu pracy, wynika z umownego zobowiązania, o którego zawarcie adwokat obowiązany jest zadbać. Tego rodzaju zobowiązanie umowne prowadzi do powstania „obowiązku zachowania tajemnicy”, który na potrzeby zgłoszenia lub ujawnienia publicznego częściowo uchyla art. 18, podczas gdy - z uwagi na konieczność zapewnienia ochrony tajemnicy zawodowej - nie powinno mieć to miejsca. Alternatywnie, konieczne jest rozszerzenie obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej na osoby zatrudnione przez osobę zobowiązaną do jej zachowania (jednostkę organizacyjną, za pośrednictwem której czynności osoby zobowiązanej do zachowania tajemnicy zawodowej są dokonywane).

Art. 29 ust. 2 pkt 1 projektu

Przewidziane w przepisie (opcjonalne) rozszerzenie wydaje się, że ma charakter jedynie organizacyjny i porządkowy; potwierdza bowiem, że pracodawca może uwzględnić w regulaminie zgłoszeń obieg korespondencji kierowanej także przez osoby spoza organizacji. Rozważyć należy, czy tak skromna treść normatywna wymaga odrębnego przepisu. W typowej sytuacji regulamin przyjmowany będzie w spółce przez jej zarząd, który w żaden sposób nie ma kompetencji, aby wpłynąć na sytuację organu nadzoru lub wspólnika, ani poprzez uregulowanie jego sytuacji, ani poprzez stosowanie ewentualnych działań odwetowych. Co oczywiste, wewnętrzny regulamin nie będzie także mógł wpłynąć na sytuację prawną kontrahentów zainteresowanego podmiotu. Intencją - skądinąd zrozumiałą - wydaje się szersza detekcja naruszeń.

Regulamin taki stanowił będzie, jak się wydaje, swoiste źródło prawa pracy, z którego może *per se* wynikać określenie osób upoważnionych do przyjmowania zgłoszeń (poprzez odniesienie się do ich stanowisk, niekoniecznie imienną konkretyzację).

Art. 33 projektu

Usankcjonowanie możliwości dzielenia się zasobami stanowi odzwierciedlenie art. 8 ust. 6 Dyrektywy, który przewiduje, że podmioty prawne w sektorze prywatnym, zatrudniające od 50 do 249 pracowników, mogą dzielić się zasobami w zakresie przyjmowania zgłoszeń i wszelkich prowadzonych postępowań wyjaśniających, przy czym pozostaje to bez uszczerbku dla obowiązków nałożonych na te podmioty przez niniejszą Dyrektywę w zakresie zachowania poufności, przekazywania informacji zwrotnych oraz zaradzenia naruszeniu będącemu przedmiotem zgłoszenia. Takie rozwiązanie ocenić należy jako praktyczne, w szczególności z perspektywy mniejszych podmiotów funkcjonujących w realiach holdingów, które w naturalny sposób mogą chcieć wypracować jednolite podejście w tym zakresie. Należy przy tym rozważyć doprecyzowanie przepisu, w szczególności w odniesieniu do relacji „postępowań wyjaśniających” przewidzianych w Dyrektywie i „weryfikacji zgłoszenia”, o czym mówi projekt.

Przedstawione uwagi wskazują, że Projekt wymaga dopracowania, zaś niektóre z zaproponowanych rozwiązań gruntownego przemyślenia. Wśród tych ostatnich wskazać należy przede wszystkim na wybór odpowiedniego systemu odpowiedzialności za brak wprowadzenia wewnętrznych regulacji przez podmioty jak również nieprzestrzegania podstawowych obowiązków wynikających z Projektu przez osoby zgłaszające naruszenia oraz pracodawców w rozumieniu

Ustawy. Ponadto zwrócić należy uwagę na szereg kwestii takich jak zakres chronionej tajemnicy czy wpływ regulacji Projektu na dotychczas stworzone procedury odnoszące się do poszczególnych aspektów funkcjonowania podmiotów.

Podsumowując, przedstawione zastrzeżenia co do Projektu mają na celu wskazanie punktów, wymagających głębszej analizy w zakresie doboru najbardziej optymalnych i uzasadnionych z perspektywy polskiego porządku prawnego rozwiązań.

Autor: adw. Katarzyna Dąbrowska,

adw. Konrad Zawodziński.

*Opinia przyjęta jako stanowisko Okręgowej Rady Adwokackiej w Warszawie
w dniu 16 grudnia 2021 r.*



adwokat Dorota Kulińska

Dyrektor Instytutu Legislacji
i Prac Parlamentarnych
Naczelnej Rady Adwokackiej