

Szanowny Pan

Mariusz Kamiński

Minister – członek Rady Ministrów
Koordynator Służb Specjalnych

Dot.: Stanowisko Komisji ds. compliance AHK Polska
do projektu ustawy o jawności życia publicznego (UD 314)

Szanowny Panie,

w związku z przekazaniem do konsultacji publicznych projektu ustawy o jawności życia publicznego (nr w wykazie prac legislacyjnych i programowych Rady Ministrów UD 314, dalej: „Projekt”) Komisja ds. compliance przy Polsko-Niemieckiej Izbie Przemysłowo-Handlowej (dalej: Komisja) przedstawia poniższe uwagi.

1. Uwagi wstępne

Projekt przewiduje połączenie w ramach jednego aktu prawnego obowiązujących dotychczas samodzielnie regulacji dotyczących działalności lobbingowej w procesie stanowienia prawa, dostępu do informacji publicznej i ograniczeń w prowadzeniu działalności gospodarczej przez osoby pełniące funkcje publiczne.

W ocenie Komisji na szczególną uwagę zasługuje – niemająca precedensu w polskim ustawodawstwie – próba systemowego ujęcia problematyki ochrony sygnalistów, czyli osób ujawniających informacje o nieprawidłowościach występujących w środowisku zawodowym. Inicjatywę tę należy przyjąć z aprobatą – postulaty wprowadzenia systemowej ochrony sygnalistów do polskiego porządku prawnego od wielu lat zgłaszały środowiska eksperckie, organizacje społeczne i branżowe. Zastrzeżenia budzi jednak przyjęty w Projekcie „jednostopniowy” model sygnalizacji, a także zakres podmiotowy, przestanki i tryb udzielania sygnalistom ochrony (zob. pkt 2 niniejszego stanowiska).

Wątpliwości rodzi też konstrukcja sankcji za niewykonanie lub nienależyte wykonanie przewidzianego w Projekcie obowiązku wprowadzenia procedur antykorupcyjnych przez wszystkich co najmniej średnich przedsiębiorców, w tym nieostry charakter przesłanek odpowiedzialności za ich niestosowanie, nieskuteczność lub pozorność (zob. pkt 3 niniejszego stanowiska).

2. Ochrona sygnalistów

Nie ulega wątpliwości, że istnieje pilna potrzeba stworzenia wszechstronnej, spójnej regulacji problematyki ujawniania nieprawidłowości w środowisku zawodowym oraz systemu efektywnej ochrony sygnalistów. Obowiązujące obecnie przepisy mają charakter rozproszony i fragmentaryczny, zostały usytuowane w różnych aktach prawnych i nie zapewniają sygnalistom skutecznej ochrony. Brak kompleksowego uregulowania problematyki sygnalizacji przekłada się na niski poziom świadomości społecznej, który skutkuje wysoką tolerancją dla występujących w miejscu pracy nieprawidłowości oraz bierną postawą ich świadków. Jest to zjawisko o istotnym potencjale korupcyjnym, w sposób oczywisty niekorzystne z punktu widzenia prawidłowego funkcjonowania państwa i gospodarki.

2.1. Powiązanie statusu sygnalisty z ochroną prokuratorską i brak zachęt do wprowadzania wewnętrznych systemów zgłaszania nieprawidłowości

Jednym z warunków efektywności ochrony sygnalistów i pełnego wykorzystania antykorupcyjnego potencjału działalności sygnalizacyjnej jest przewyższenie paradygmatu sygnalisty-donosiciela i budowa środowiska organizacyjnego sprzyjającego sygnalizowaniu nieprawidłowości. Jedynie wówczas osoby, które chcą zgłosić nieprawidłowości nie będą czyniły tego w obawie, „że z powodu poinformowania o nieprawidłowościach spotkają je negatywne skutki, czy inne działania odwetowe”¹. Kulturę organizacyjną, w której sygnalizowanie nieprawidłowości jest traktowane jako wyraz pracowniczej odpowiedzialności za los przedsiębiorstwa i lojalności wobec pracodawcy należy uznać za jedno z najskuteczniejszych narzędzi zapobiegania korupcji. W związku z tym w ocenie Komisji zaproponowany w Projekcie model ochrony sygnalistów – skoncentrowany na działaniach następczych i realizacji funkcji ochronnej – wymaga uzupełnienia o instrumenty regulacji pozytywnej i mechanizmy prewencyjne, których celem będzie stworzenie systemu zachęt do wdrażania w organizacjach wewnętrznych systemów zgłaszania nieprawidłowości.

Jakkolwiek samą inicjatywę systemowego uregulowania statusu prawnego sygnalistów należy ocenić pozytywnie, w obecnym brzmieniu Projekt:

¹ Uzasadnienie do Projektu ustawy o jawności życia publicznego, s. 26.

- 1) ze względu na przyjętą koncepcję zgłaszania nieprawidłowości bezpośrednio do organów ścigania, przy jednoczesnym uwarunkowaniu możliwości uzyskania statusu sygnalisty od przyznania ochrony prokuratorskiej może sprzyjać utrwaleniu paradygmatu sygnalisty-donosiciela i dalszej stygmatyzacji osób zgłaszających nieprawidłowości,
- 2) w żaden sposób nie adresuje problematyki wprowadzania wewnętrznych procedur sygnalizowania nieprawidłowości w przedsiębiorstwach, co obniża funkcjonalność projektowanego systemu ochrony sygnalistów i efektywność tej ochrony oraz uniemożliwia pełne wykorzystanie antykorupcyjnego, prewencyjnego potencjału wewnętrznych systemów zgłaszania nieprawidłowości,
- 3) nie zapewnia efektywnej ochrony osób sygnalizujących nieprawidłowości ze względu na przewidywany tryb wydawania i uchylania postanowienia o nadaniu statusu sygnalisty, zakres podmiotowy ochrony i konstrukcję katalogu sygnalizowanych naruszeń,
- 4) cechuje brak pragmatyzmu, gdyż może prowadzić do „zasypania” prokuratora zgłoszeniami w drobnych sprawach, które powinny zostać zbadane i usankcjonowane w trybie wewnętrznych reguł postępowania etycznego obowiązującego w spółkach i umożliwiające im „samo-poprawę” ograniczając obowiązek zgłaszania naruszeń władzom ścigania jedynie do naruszeń przekraczających próg „znikomej szkodliwości społecznej”.

2.2. Zakres i efektywność projektowanej ochrony sygnalistów

Projekt przewiduje, że uzyskanie przez sygnalistę ochrony zależy od uprzedniego wydania przez prokuratora postanowienia o nadaniu statusu sygnalisty. Warunkiem realnego skorzystania z mechanizmów ochronnych przewidzianych w projektowanej ustawie jest przy tym nie tylko przekazanie wiarygodnych informacji o podejrzeniu popełnienia przestępstwa przez pracownika lub kontrahenta podmiotu, którego informacje te dotyczą, ale też istnienie podstaw do wszczęcia postępowania przygotowawczego. Jeśli przesłanki te nie zostaną kumulatywnie spełnione, sygnalista nie podlega ochronie państwa. A zatem nawet jeśli sygnalista działał w dobrej wierze, tj. w szczerym i uzasadnionym okolicznościach przekonaniu, że przekazywane przez niego informacje są prawdziwe i dają podstawę do ścigania sprawcy zgłaszanego przestępstwa, osobie takiej nie przysługuje żadna ochrona – i to nawet gdy informacje te okazały się prawdziwe, jednak niewystarczające dla wszczęcia postępowania przygotowawczego.

Komisja pragnie zwrócić uwagę projektodawców, że pracownicy i kontrahenci nie dysponują środkami umożliwiającymi jednoznaczną ocenę czy przekazywane przez nich informacje dają podstawę do wszczęcia postępowania przygotowawczego. Ocena taka wymaga nie tylko specyficznej wiedzy prawniczej, ale też odpowiednich zasobów organizacyjnych umożliwiających zebranie i analizę informacji o podejrzanym przestępstwie, w tym m.in. dowodów jego popełnienia. Ze względu na przyjętą w Projekcie konstrukcję przesłanek udzielenia ochrony osoby, wbrew twierdzeniom zawartym w uzasadnieniu, osoby dokonujące zgłoszenia nie będą więc mogły działać bez obaw przed retorsjami ze strony pracodawcy

(kontrahenta). Zgodnie z art. 65 ust. 7 Projektu wydając postanowienie o nadaniu statusu sygnalisty, prokurator informuje o tym pracodawcę lub kontrahenta osoby obejmowanej ochroną. Jednocześnie zgodnie z art. 65 ust. 5 Projektu prokurator ma obowiązek uchylenia postanowienia o nadaniu statusu sygnalisty, jeżeli przekazane informacje nie umożliwiły wszczęcia postępowania przygotowawczego. Uchylenie postanowienia jest równoznaczne z pozbawieniem ochrony przewidzianej w ustawie. W sytuacji takiej pracownik (kontrahent) pozbawiony statusu sygnalisty może być obiektem działań odwetowych ze strony pracodawcy, uprzednio poinformowanego o fakcie zgłoszenia przez niego podejrzenia popełnienia przestępstwa w związku z wykonywaną umową. W ocenie Komisji przesądza to o dysfunkcjonalności projektowanej regulacji we wskazanym zakresie. Nie tylko nie umożliwia ona bowiem osiągnięcia deklarowanego w uzasadnieniu celu ustawy (ochrona sygnalistów), ale prowadzi do skutku zgoła przeciwnego, narażając sygnalistów na retorsje, a osoby posiadające informacje o przestępstwie zniechęcając do ich zgłaszania w obawie o konsekwencje takiego działania.

2.3. Katalog naruszeń podlegających zgłoszeniu

Projekt zakłada, że podstawą do udzielenia sygnaliście ochrony jest zgłoszenie informacji o podejrzeniu popełnienia wybranych czynów stypizowanych w Kodeksie karnym. Katalog przestępstw podlegających zgłoszeniu przez sygnalistów nie jest przy tym tożsamy z katalogiem przestępstw korupcyjnych, którym zapobieganiu mają służyć wewnętrzne procedury antykorupcyjne wprowadzane przez wszystkich co najmniej średnich przedsiębiorców i jednostki sektora finansów publicznych zgodnie z przepisami projektowanego Rozdziału 10 ustawy.

Wskazany w art. 65 ust. 1 zakres przedmiotowy sygnalizacji budzi wątpliwości jako zbyt wąski. Efektywna systemowa ochrona sygnalistów wymaga bowiem stworzenia ustawowych gwarancji bezpiecznego i poufnego informowania nie tylko o podejrzeniu popełnienia wskazanych w tym przepisie przestępstw, ale też występowania innych – równie poważnych – nieprawidłowości, takich jak działania stwarzające zagrożenia dla życia lub zdrowia ludzi, zagrożenia dla bezpieczeństwa publicznego lub środowiska, naruszenia praw pracowniczych, naruszenia obowiązków publicznoprawnych (w tym podatkowych) oraz wszelkie działania zmierzające do zatajenia faktu ich popełnienia. W tym kontekście wskazane wydaje się również lepsze wewnętrzne skoordynowanie projektowanych przepisów, tj. uzgodnienie katalogów przestępstw podlegających zgłaszaniu przez sygnalistów i katalogu przestępstw, których zapobieganiu mają służyć obowiązkowe wewnętrzne procedury antykorupcyjne.

2.4. Zakres podmiotowy ochrony

W ocenie Komisji uzupełnienia wymaga też zakres podmiotowy przewidzianej w Projekcie ochrony sygnalistów. O ochronę taką, zgodnie z art. 65 ust. 3, może się ubiegać wyłącznie

pracownik, jeśli zgłasza informacje dotyczące jego pracodawcy, albo osoba fizyczna wykonująca zawód lub prowadząca działalność w ramach jego wykonywania lub przedsiębiorca – jeśli zgłaszają informacje dotyczące podmiotu, z którym łączą ich stosunek umowny.

Wydaje się, że możliwość uzyskania statusu sygnalisty należy stworzyć również funkcjonariuszom pozostającym w stosunku służbowym – działalność formacji mundurowych jest źródłem nie mniejszego zagrożenia korupcyjnego niż działalność podmiotów wskazanych w art. 65 ust. 3 Projektu.

3. Obowiązkowe procedury antykorupcyjne

W związku z przewidzianym w art. 71 i art. 72 zobowiązaniem wszystkich co najmniej średnich przedsiębiorców i jednostek sektora finansów publicznych do stosowania wewnętrznych procedur antykorupcyjnych, Projekt przewiduje mechanizm kontroli i sankcjonowania wykonania wynikających stąd obowiązków. W razie postawienia zarzutu popełnienia jednego z przestępstw określonych w art. 71 ust. 1 osobie działającej w imieniu lub na rzecz przedsiębiorcy, Szef CBA wszczyna kontrolę tego przedsiębiorcy w zakresie stosowania ww. procedur. Jeżeli w wyniku kontroli okaże się, że procedury te nie były stosowane albo były pozorne lub nieskuteczne, Szef CBA sporządza wniosek o ukaranie, w którym określa wysokość wnioskowanej kary – w granicach określonych w art. 85 ust. 1 (od 10.000 do 10.000.000 zł). Projekt przewiduje, że przedsiębiorca może w ciągu 30 dni dobrowolnie uiścić proponowaną we wniosku karę na rzecz Skarbu Państwa – wówczas Szef CBA nie kieruje wniosku o ukaranie do Prezesa UOKiK, właściwego do jej nałożenia w drodze decyzji administracyjnej.

Projektowana regulacja nie wskazuje przy tym żadnych kryteriów oceny skuteczności lub realności (niepozorności) stosowanych procedur, co stwarza ryzyko arbitralności nakładania przewidzianych w niej kar. Określając przesłanki odpowiedzialności przedsiębiorcy (lub kierownika jednostki sektora finansów publicznych – w przypadku, o którym mowa w art. 88) Projekt posługuje się zwrotami nieostrymi („pozorność”, „nieskuteczność”), co nie odpowiada standardom wynikającym z zasad prawidłowej legislacji. Zastosowanie zwrotów niedookreślonych w przepisie sankcjonującym powinno zostać zrównoważone stworzeniem odpowiednich „gwarancji proceduralnych, zapewniających przejrzystość i ocenność praktyki wypełniania nieostrego zwrotu konkretną treścią przez organ decydujący o tym wypełnieniu”². Gwarancji takich brak w konsultowanym Projekcie. Wprawdzie w art. 85 ust. 11 przewiduje się sądową kontrolę decyzji wydawanych przez Prezesa UOKiK w następstwie wniosku o ukaranie, kontroli takiej nie podlega jednak treść, ani fakt sporządzenia wniosku Szefa CBA.

² Wyrok TK z dnia 16 stycznia 2006 r., sygn. SK 30/05 (OTK ZU nr 1/A/2006, poz. 2, cz. III, pkt 5).

Również przewidziana w Projekcie wysokość górnej granicy kary (do 10.000.000 zł) rodzi wątpliwości co do proporcjonalności projektowanych sankcji. Należy podkreślić, że sporządzając wniosek o ukaranie Szef CBA nie jest związany przesłankami miarkowania kary, które powinien brać pod uwagę Prezes UOKiK, wydając decyzję administracyjną w tej sprawie (waga nieprawidłowości, rozmiar korzyści uzyskanej przez przedsiębiorcę, sytuacja majątkowa przedsiębiorcy oraz społeczne następstwa ukarania). W istocie oznacza to, że proponowana przedsiębiorcy do dobrowolnego uiszczenia kara może być miarkowana w sposób całkowicie dowolny, i to niezależnie od tego, czy naruszenie polegało na niesposowaniu procedur, na ich pozorności, czy na ich nieskuteczności.

4. Podsumowanie

Mając na uwadze powyższe, w naszej ocenie wskazane jest podjęcie pogłębionej dyskusji w celu rozważenia wprowadzenia w Projekcie zmian zmierzających do objęcia sygnalistów realną, efektywną ochroną (zarówno na poziomie zatrudniających ich organizacji, jak i poza nimi) oraz do odpowiedniego dostosowania regulacji dotyczących obowiązkowych procedur antykorupcyjnych.

Za wskazane uważamy w szczególności przyjęcie modelu regulacji pozytywnej i stworzenie na poziomie ustawy systemu adresowanych do przedsiębiorców zachęt, które skłonią do skutecznego wprowadzania rozwiązań antykorupcyjnych w przedsiębiorstwach i będą promowały budowanie kultury organizacyjnej opartej na filozofii Compliance. Regulacja ta mogłaby zakładać obowiązek dla przedsiębiorców zaimplementowania funkcji Compliance według przyjętej normy uwzględniającej ochronę sygnalistów w ramach organizacji. Przedsiębiorcy mieliby też obowiązek utrzymywać działanie tej funkcji i audytować te funkcje w ustalonych odstępach czasowych. Dopiero takie zachowanie przedsiębiorcy stanowiłoby, wraz z innymi okolicznościami takimi jak: współpraca z organami ścigania czy tzw. „czynny żal” - okoliczność wyłączająca bądź ograniczająca odpowiedzialność przedsiębiorcy za zaistniałe w jego przedsiębiorstwie przestępstwa korupcyjne.

Z wyrazami szacunku


Marcin Gomoła
Przewodniczący Komisji
ds. compliance przy AHK Polska


Agnieszka Ozubko
Government Affairs
AHK Polska