

**Александра ВИШЕКРУНА, мастер
истраживач сарадник у Институту за упоредно право**

МОДЕЛИ ПОДСТИЦАЊА АКТИВНОСТИ УЗБУЊИВАЧА НА ФИНАНСИЈСКОМ ТРЖИШТУ

Резиме

У раду се анализирају одредбе које се баве заштитом запослених – узбуњивача у компанијама које послују у финансијском сектору. Овај механизам контроле над радом компаније је препознат као изузетно битан у светлу великих турбуленција на финансијском тржишту од почетка 21. века. Међутим, пријава послодавца због незаконитог понашања је по правилу изузетно тешка за запосленог, па је неопходно створити одређене механизме који ће подстаћи овакво деловање. Сигурност запосленог је препозната као један од кључних мотива који стоје иза одлуке запосленог, тако да се заштитом од одмазде послодавца настоји превазићи ова препрека пријављивању. Међутим, време је показало да ова мера не мора увек бити ефикасна, те се уводе додатни подстицаји – новчане награде, што је изазвало доста контроверзи због потенцијалних негативних ефеката овог механизма. Питање заштите узбуњивача данас посебно добија на значају, јер на нивоу ЕУ ступа на снагу Уредба о злоупотреби тржишта која између осталог уређује и заштиту узбуњивача.

Кључне речи: *узбуњивач, финансијско тржиште, Сарбејнс-Окли закон, Дод-Франк закон, ЕУ, заштита од одмазде, новчане награде.*

I Уводна разматрања

Током последње деценије више него једном је постало јасно колико је заправо крхко финансијско тржиште и како и најмање промене и недостаци могу да угрозе његову стабилност и поверење инвеститора. Велики скандали који су започели са компанијом Енрон и наставили са великом финансијском кризом чији се ефекти и данас осећају најбољи су подсетник потребе за ефикасним системом заштите тржишта. Реформе које су вршене након случаја Енрон настојале су да оснаже контролне ме-

ханизме помоћу којих би се брже и лакше училе малверзације у компанији и спречиле негативне последице које оне могу проузроковати. Међутим, показало се да и ови механизми имају своје недостатке.¹ Највећи проблем је чињеница да постоји снажна информациона асиметрија између оних који играју улогу екстерног контролора пословања компаније и управе која је задужена за свакодневно вођење послова.² Контролори зависе од информација које им пружи управа, тако да је ефикасност њиховог надзора условљена количином и квалитетом информација које су им достављене. Проблем може да настане због тога што традиционални надзорни механизми немају довољно информација, а информације које имају су често искривљене и филтриране.³

II Запослени – узбуњивачи као нови „чуvari капије“

Због овакве ситуације све више пажње поклања могућности да уочавање неправилности потекне изнутра, од лица која су упозната са свакодневним пословима компаније и која у свом раду имају приступ документима која могу показати непоштено пословање привредног субјекта. Држава се стога окренула ка приватним чиниоцима да би јој помогли у извршењу закона у светлу ограничених ресурса које поседује и појаве екстремних примера корпоративних превара.⁴ Корпоративни скандали су показали потенцијал и ефикасност запослених као надзорних тела, али су такође потврдили и да овај потенцијал често није у потпуности искоришћен.⁵

1 О ограничењу ефикасности механизма независних директора вид. Вук Радовић, *Накнада члановима управе акционарског друштва: препоруке добре праксе корпоративног управљања*, Београд, 2011, 307-322.

2 Frederick D. Lipman, *Whistleblowers Incentives, Disincentives, and Protection Strategies*, Hoboken, 2012, 82.

3 Richard E. Moberly, „Sarbanes-Oxley Structural Model to Encourage Corporate Whistleblowers“, *Brigham Young University Law Review*, 2006, 1115.

4 Geoffrey Christopher Rapp, „Beyond Protection: Invigorating Incentives for Sarbanes-Oxley Corporate and Securities Fraud Whistleblowers“, *Boston University Law Review*, Vol. 87, 2007, 100. „Одобравање правне заштите и пружање прилика за дојаву људима који откривају корупцију, превару и друге прекршаје који шкоде интересу јавности је признање да влада и грађани могу бити партнери у неговању одговорности и интегритета у друштву.“ Transparency International, *Whistleblowing in Europe*, 2013, доступно на адреси: https://issuu.com/transparencyninternational/docs/2013_whistleblowingineurope_en, 1.4.2016, 14.

5 R. Moberly (2006), 1107-1108.

1. Ограничавајући фактори деловања запослених као узбуњивача

Имајући на уму вредност запослених као извора информација,⁶ данас се све више пажње поклања томе како их подстаћи да иступе и укажу на било који вид преваре и махинације у раду свог послодавца. Задатак свакако није лак, јер је неопходно пронаћи механизам који ће помоћи запосленом да превазиђе све дилеме које са собом носи овај чин, а које имају у себи и моралну (лојалност према послодавцу и колективу), али и практичну димензију (страх за сигурност запослења).

Овај унутрашњи конфликт се појављује као препрека ефикасности овог механизма надзора, те стога законодавци раде на стварању адекватних подстицаја који би нагнали запослене да се одваже на овај корак. На том путу морају се превазићи бројни негативни подстицаји који спречавају да број пријава против послодавца буде већи:⁷

- *Страх од одмазде* – потенцијални узбуњивачи страхују од губитка посла у случају да пријаве послодавца. Не само да је могуће да ће због таквог чина добити отказ, већ ако су у питању велике преваре, послодавац неретко престаје и да постоји.
- *Остракизам* – запослени је у компанији у којој ради део колектива. Када се одлучи да пријави послодавца, могуће је да ће због таквог чина трпети „одмазду“ и од стране колега. Он може бити искључен из значајних пословних и ванпословних активности, изолован од средине чији је донедавно био интегрални део, што може имати снажне негативне ефекте на његову психу.
- *Стављање на црну листу* – ако запослени престане да ради код једног послодавца, врло је могуће да у тој грани (нпр. сектору финансијских услуга) више неће моћи да пронађе запослење. Не постоји ефикасан механизам који би га заштитио од ове негативне последице, јер се заштита везује само за одмазду од стране његовог послодавца, а не свих потенцијалних послодаваца.

6 „Узбуњивачи чувају државна средства усмеравајући истрагу и дајући тајне податке, или су кључ разумевања доступних података који би се у другим условима могли прибавити само уз високе трошкове.“ James Fisher, Ellen Harshman, William Gillespie, Henry Ordower, Leland Ware, Frederick Yeager, „Privatizing Regulation: Whistleblowing and Bounty Hunting in the Financial Services Industries“, *Dickinson Journal of International Law*, Vol. 19, No. 1/ 2000, 129.

7 G. Rapp (2007), 119-125; F. Lipman, 58-65.

- *Уговорне обавезе и фидуцијарне дужности* – запосленог често демотивише и страх од личне одговорности због тога што је уговором или законом обавезан да неће откривати информације.

2. Механизми подстицања узбуњивача

Истраживања су указала да постоји неколико основних механизма који могу допринети повећању броја пријава: 1) заштита од одмазде; 2) законска обавеза пријављивања; 3) казне због непријављивања и 4) новчани подстицаји⁸ (тзв. *Protect-Command-Fine-Pay* систем).⁹

У покушају да повећају број запослених који ће пријавити злоупотребе и преваре у компанији, од напред наведених модела посебно су се искристалисала два – заштита од одмазде и новчане награде за оне који поднесу пријаву.

а) Заштита од одмазде

Заштита узбуњивача је установљена да би подржала грађанску дужност појединца у промовисању јавног здравља, безбедности и благостања охрабрујући раднике да пријаве незаконите активности својих послодаваца.¹⁰ После великих финансијских скандала постало је јасно да треба подстаћи запослене на пријаву нелегалних радњи послодавца у финансијском сектору због снажних последица које финансијски крах може да има не само на локалном, већ и на глобалном нивоу.¹¹

Један од највећих страхова са којима се запослени суочавају је да ће након што поднесу пријаву трпети различите последице због таквог поступка. Најоштрија последица је свакако отказ, али послодавац може прибећи и суптилнијим механизмима кажњавања запосленог због таквог понашања.

8 Yuval Feldman, Orly Lobel, „The Incentives Matrix: The Comparative Effectiveness of Rewards, Liabilities, Duties, and Protections for Reporting Illegality“, *Texas Law Review*, Vol. 88, 2010, 1154.

9 Y. Feldman, O. Lobel, 1157.

10 J. Fisher *et al.*, 132.

11 Гране у којима се највише пријављују малверзације су здравствена заштита, образовање, добротворне установе, локална самоуправа и финансијске услуге, док су најчешћи прекршаји етичке, финансијске и безбедносне природе. Peter Yeoh, „Whistleblowing: motivations, corporate self-regulation, and the law“, *International Journal of Law and Management*, Vol. 56, No. 6/2014, 465.

Као одговор на скандал компаније Енрон и сличне скандале у том периоду, донет је Сарбејнс-Оклијев закон.¹² Закон штити запосленог који је пружио информацију, допринео њеном пружању или на други начин помогао у истрази, покренуо поступак, допринео његовом покретању, сведочио, учествовао или на други начин помогао у покренутом поступку (чл. 806(a)). Након што је претрпео неки вид одмазде од стране послодавца, запослени има право да у року од 90 дана од када се тај чин догодио поднесе жалбу Министарству рада – Управи за безбедност и здравље на раду (*Occupational Safety and Health Administration* – OSHA) ради спровођења истраге. Тек након што не успе да оствари своје право пред овим органом, запослени може да поднесе тужбу суду. Овај механизам се појављује као „јединствена процедурална иновација која комбинује ефикасност административне истраге са заштитом коју пружа поступак пред федералним судом“.¹³ Успешно окончан поступак запосленом-узбуњивачу може донети враћање на посао, исплату заостале зараде са каматама и накнаду „посебних штета“ које укључују и трошкове парнице, вештака и разумне трошкове адвоката.

Јавност је полагала веру у SOX да ће успети да спречи нове финансијске скандале и крахове далекосежних последица. Међутим, хипотекарна криза која је уздрмала темеље тржишта 2008. године, показала је да је оптимизам био преурањен. Након скандала открило се да је постојао велики број запослених који су упозоравали своје послодавце – водеће компаније у овој области – на бројне проблеме у вези са хипотекарним кредитима и обвезницама.¹⁴ Таква упозорења су наишла на зид и неразумевање надређених и довела су запослене у прилично тешку ситуацију.

Као одговор на новонасталу кризу (опет) се реаговало доношењем новог закона који је требало да изврши реформу постојећег законодавног

12 Сарбејнс-Оклијев закон из 2002. године (*Sarbanes-Oxley Act*, даље у тексту: SOX).

13 Richard Moberly, „Sarbanes–Oxley's whistleblower provisions: ten years later“, *South Carolina Law Review*, Vol. 64, 2012, 9.

14 Најпознатији примери су *Eileen Foster* потпредседник задужен за преваре у компанији *Countrywide Financial* и најмање тридесет других запослених исте компаније који су пријављивали нерегуларности. Ту су такође и *Richard Bowen* потпредседник компаније *Citigroup*, као и бројни запослени из компанија *Lehman Brothers*, *General Electric*, *Wells Fargo*, *Ameritrust*, *Washington Mutual*. Један новинар је успео да пронађе више од 60 запослених из више од двадесет финансијских институција који су испричали о пријављивању огромних превара у вези са хипотекама у својим компанијама. R. Moberly (2012), 26-27.

система и отклони уочене недостатке.¹⁵ Овај акт такође познаје механизам заштите од одмазде који унапређује заштиту у односу на SOX у неколико аспеката.¹⁶

- Шири се персонални домен заштите. Она се сада примењује на све запослене у финансијском сектору, а не само у јавним компанијама. Штавише, одредбе о заштити од одмазде штите чак и узбуњиваче чија пријава не доведе до успешног спровођења поступка.¹⁷
- DFA не тражи да се исцрпу сва административна средства да би се водио поступак пред судом, већ даје право на директно подношење тужбе. Узбуњивачима се даје и право на суђење пред поротом.
- Рок који предвиђа SOX за тражење заштите од надлежног управног органа је продужен са 90 на 180 дана након учињене повреде права или након што је запослени за њу сазнао. DFA уводи и посебне рокове застарелости за тужбе које се подносе директно суду – рок застарелости је шест година од када је дошло до повреде права запосленог или три године од када је запослени за њу сазнао, а апсолутна застарелост наступа за 10 година.
- Судови сада могу да захтевају од компаније да врати запосленог на посао и плати му *двоструки* износ заосталих зарада са каматом, трошкове поступка, вештака и разумне трошкове адвоката.
- Узбуњивачи се не могу одрећи гарантованих права и правних средстава путем било ког споразума, политике, или услова запошљавања, укључујући и арбитражни споразум. Такође, арбитражни споразум који предвиђа решавање спора у вези заштитом узбуњивача путем арбитраже, биће ништав (чл. 922 (е)).¹⁸

15 Дод-Франков закон из 2010. године (*Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act*, у даљем тексту: DFA).

16 DFA, чл. 922 (h).

17 Овај закључак се изводи из чињенице да се у тексту закона не тражи да је запослени дао *тачну* информацију. Ова одредба може створити велике проблеме у пракси, јер запослени који страхују од дисциплинских мера или отказа могу да дају лажну дојаву само да би добили заштиту која се пружа узбуњивачима. Dave Ebersole, „Blowing the Whistle on the Dodd-Frank Whistleblower Provisions“, *Ohio State Entrepreneurial Business Law Journal*, Vol. 6, 2011, 145.

18 SEC је у 2015. години изрекла казну компанији *KBR Inc.* због кршења ове одредбе, јер је компанија захтевала да се потпише изјава о поверљивости чији је језик био такав да је упозоравао запослене да могу да се суоче са дисциплинским мерама или отказом ако расправљају одређена питања са неким споља без претходног одобрења правне службе компаније. Компанија је на крају платила казну и изменила изјаве о поверљивости података. Securities Exchange Commission, 2015 Annual Report to Congress on the Dodd-Frank Whistleblower Program, до-

- DFA посебним чланом даје запосленима у сектору финансијских услуга право на заштиту ако трпе одмазду за објављивање информација о преварном понашању које је повезано са нуђењем или пружањем финансијских услуга или производа потрошачу.¹⁹ Поступак се спроводи пред Министарством рада и жалба мора бити поднета у року од 180 дана.

б) Новчане награде

После избијања финансијске кризе 2008. године постало јасно да тада постојећи законодавни оквир иако пружа заштиту од одмазде, даје мало позитивних подстицаја да би охрабрио узбуњиваче, те је као такав неадекватна мотивација за оне који имају приступ информацијама о озбиљним преварама у компанији.²⁰ Запослени су имали мало разлога да верују да до тада постојећи механизми заштите заиста и функционишу.²¹ SOX је штитио потенцијалног узбуњивача само од неких очигледнијих метода одмазде у вези са запослењем, а нудио је мало или нимало наде да ће се други негативни подстицаји попут страха од остракизма или стављања на црну листу моћи уклонити.²² Ни статистика није ишла у прилог успешности овог механизма – за десет година примене закона (тј. до 2012. године) запослени су добијали случајеве везане за одмазду у нешто мање од 2% случајева.²³

SOX не успева радикално да повећа подстицаје за инсајдере са знањима о текућим корпоративним преварама да поделе то знање, јер његовим одредбама недостају јаки финансијски подстицаји да би узбуњивачи разоткрили превару.²⁴ Подстицаји у виду атрактивне награде би могли да превагну у анализи трошкова и користи у корист пријављивања.²⁵ Овај механизам постаје посебно значајан у оним случајевима када је

ступно на адреси: <https://www.sec.gov/whistleblower/reportspubs/annual-reports/owb-annual-report-2015.pdf>, 7.4.2016, 19.

19 DFA, чл. 1057.

20 Geoffrey Christopher Rapp, „Mutiny by the Bounties? The Attempt to Reform Wall Street by the New Whistleblower Provisions of the Dodd-Frank Act“, *Brigham Young University Law Review*, Vol. 73, 2012, 75; G. Rapp (2007), 95.

21 R. Moberly (2012), 4.

22 G. Rapp (2007), 154.

23 R. Moberly (2012), 28-29.

24 G. Rapp (2007), 95.

25 Holger Fleischer, Klaus Ulrich Schmolke, „Financial Incentives for Whistleblowers in European Capital Markets Law – Legal Policy Considerations on the Reform of the Market Abuse Regime“, *ECGI – Law Working Paper*, No. 189/2012, доступно на адреси: <http://ssrn.com/abstract=2124678>, 1.4.2016, 8.

највиши менаџмент уплетен у превару и када настоји да спречи да је власти открију и санкционишу. Тада новац представља додатни подстицај да се превара која вероватно не би била пријављена обзнани јавности.²⁶ Новчана награда помаже да се избалансирају психолошки, економски и друштвени трошкови чињенице да је неко узбуњивач.²⁷ Оно о чему треба водити рачуна је да њена висина буде адекватно одређена, јер то утиче на степен пријављивања. Постоји и додатни елемент који треба узети у обзир – перцепција неморалности чина послодавца. Када се сматра да су предузете радње морално увредљиве, висина награде има минимални утицај на делање. Међутим, када је етички значај који се придаје пријављивању одсутан, износ новчане накнаде који се нуди је одлучујући. У таквим околностима, увођење малих награда може заправо да смањи број пријава (*crowding out* ефекат).²⁸

Режим новчаних награда није новина у законима који се баве заштитом узбуњивача. У неколико наврата су законодавци покушавали да пронађу адекватан режим награђивања који би повећао број пријава које запослени подносе. У тим механизмима влада у суштини постаје партнер са грађанима у спровођењу одређеног закона.²⁹ У овим режимима појединцима који истакну информацију о прекршају плаћа се деривативна награда – новчана накнада одвојена од било које штете коју је појединац претрпео.³⁰

1) Insider Trading and Securities Fraud Enforcement Act

Овај акт даје узбуњивачима право на до 10% од износа казни које Комисија за хартије од вредности (у даљем тексту: SEC или Комисија) изрекне лицима која су трговала повлашћеним информацијама. Систем није имао великог успеха у пракси због ниског процента накнаде, ограниченог материјалног домена примене, могућности да се награда уопште и не

26 Justin Robert Blount, Spencer Markel, „The End of the Internal Compliance World as We Know It, or an Enhancement of the Effectiveness of Securities Law Enforcement? Bounty Hunting Under the Dodd-Frank Act’s Whistleblower Provisions“, *Fordham Journal of Corporate and Financial Law*, Vol. XVII (Spring), 2012, 1053.

27 G. Rapp (2007), 96; G. Rapp (2012), 152.

28 Y. Feldman, O. Lobel, 1202.

29 J. Blount, S. Markel, 1028.

30 David Freeman Engstrom, „Whither Whistleblowing? Bounty Regimes, Regulatory Context, and the Challenge of Optimal Design“, *Theoretical Inquiries in Law*, Vol. 15, 2014, 611. За разлику од оваквог система одређивања награде, систем заштите који се усваја за узбуњиваче у пореском сектору висину награде повезује са штетом која је проузрокована таквом радњом. G. Rapp (2012), 132.

додели и немогућности покретања судског поступка против одлуке SEC-a. Неуспех овог акта лежао је у томе што је „пружао средства за узбуњиваче, али не и подстицаје.“³¹

2) False Claims Act³²

Модел који познаје FCA заснован је на тзв. *qui tam* тужби (парници) која подразумева да било које лице (*relator*) може да покрене поступак у име државе против оног ко је предузео радњу штетну за државу, чак иако сам није претрпео штету. Министарство правде има рок од 60 дана (током којих је предмет запечаћен) да процени да ли ће учествовати у спору. Чак иако Министарство одлучи да неће узети учешћа у спору, *relator* може сам да покрене парницу. У случају успеха, тужилац може да добије 15-30% од повраћених средстава, а коначни износ одређује суд.³³ Тужиоцу се такође исплаћују и накнада трошкова поступка и трошкова адвоката.

3) Dodd-Frank Act

Модел из DFA позајмљује успешне аспекте својих претходника, док истовремено исправља значајне мане које су учиниле друге програме неефикасним.³⁴ DFA гарантује узбуњивачима награду од 10 до 30 процената од било које новчане санкције која прелази милион долара, које влада успева да поврати кроз судске или управне поступке или повезане радње као резултат помоћи узбуњивача. У овом моделу не постоји могућност да сам узбуњивач покрене парницу, већ је та одлука искључиво у рукама надлежног органа. У том смислу ово је (у односу на FCA) много више ограничен механизам „приватне правде“ у томе што не допушта да приватна лица туже за штете нанете влади, али ипак ангажује грађане у повећању опсега и ефикасности спровођења закона.³⁵ Сматра се да је изостављање *qui tam* одредби озбиљан проблем успостављеног модела који може да утиче на ефикасност његовог спровођења. Проблем је што у си-

31 Lucienne M. Hartmann, „Whistle While You Work: The Fairytale-Like Whistleblower Provisions of the Dodd-Frank Act and the Emergence of ‘Greedy’ the Eighth Dwarf“, *Mercer Law Review*, Vol. 62, 2011, 1282.

32 Закон о лажним потраживањима из 1863. године (*False Claims Act*, у даљем тексту: FCA).

33 Тужилац има право на 15-25% када држава (Министарство правде) интервенише, а 25-30% процената ако Министарство одбије да учествује у поступку.

34 J. Blount, S. Markel, 1036.

35 Julie Rose O’Sullivan, „Private Justice’ and FCPA Enforcement: Should the SEC Whistleblower Program Include a Qui Tam Provision?“, *American Criminal Law Review*, Vol. 53, No. 67/2016, 74.

стему који уводи DFA SEC може да постане потенцијална препрека за могуће истраге тиме што не реагује на пријаве узбуњивача.³⁶

Да би узбуњивач остварио право на награду морају бити испуњени одређени услови.

- Информација мора бити оригинална тј. изведена из независног знања или анализе узбуњивача, не сме бити позната Комисији од раније (осим ако је узбуњивач оригинални извор информације), нити искључиво изведена из навода изнетих у судском или управном поступку, из извештаја владе, саслушања, ревизије или истраге, или из медија.
- Информација мора бити добровољно пружена.
- Информација мора довести до успешног спровођења поступка.
- Санкција која је изречена у поступку мора прелазити износ од милион долара.

Круг лица која имају право на накнаду је релативно широко постављен тако да скоро свако ко има оригиналну информацију, осим ограниченог броја искључених лица,³⁷ може да иступи и добије награду, што даје повода за бригу и критику.³⁸ Закон гарантује и анонимност узбуњивача (у ком случају мора да га представља адвокат), али ће узбуњивач морати да открије идентитет ако жели да прими награду.

36 G. Rapp (2012), 134. Могу се уочити четири разлога зашто је вероватно да ће SEC бити препрека узбуњивачима који траже награде по новом закону: 1) SEC има ограничена средства; 2) двострука одговорност за узбуњиваче (Министарство рада решава захтеве у вези са одмаздом по SOX-у, а SEC у вези са наградама); 3) лоби и притисак оних које треба контролисати на оне који доносе буџет агенције може утицати на способност агенције да ефикасно спроводи закон (*regulatory capture*); 4) програми заштите узбуњивача се могу посматрати као имплицитно оспоравање ефикасности регулаторне агенције. G. Rapp (2012), 136-138.

37 Право на награду не може оствари лице које је информацију добио као члан, службеник или запослени у одговарајућим регулаторним агенцијама, Министарству правде, саморегулаторним организацијама, ПСАОВ-у, или органима реда; лице које је осуђено за кривично дело у вези са поступком по основу чијег спровођења би иначе имао право да прими награду; лице које је добило информације вршењем ревизије финансијских извештаја која се захтева према прописима о вредносницама и за кога би таква пријава била супротна закону; лице које није пружило информације у форми коју SEC захтева. DFA, чл. 922(c)(2). Такође лице које свесно поднесе лажну пријаву или пријаву заснује на лажним документима губи право на награду. DFA, чл. 922 (i).

38 J. Blount, S. Markel, 1038.

4) Аргументи против награда – критике успостављеног система

Иако уведени систем финансијских подстицаја настоји да поспеши број успешних пријава и да пружи додатне подстицаје за узбуњиваче, он ипак није наишао на топао пријем код целокупне јавности. Режиму који познаје DFA упућују се бројне замерке везане за садржину и процедуру спровођења нормe. Препознаје се да начин на који су постављени услови за стицање награде може довести до бројних нежељених ефеката – утркивање узбуњивача да што пре поднесу пријаву које резултира великим бројем непоузданих и непотребних дојава, повећање трошкова рада органа услед повећаног броја парница, подривање система интерног пријављивања.³⁹ Начину на који је одређен износ награде се такође упућују замерке. Како се право на награду стиче тек када санкција достигне износ од најмање милион долара, постоји могућност да ће потенцијални узбуњивачи одлагати пријављивање док се не учини да је величина преваре таква да ће активирати одредбе о наградама.⁴⁰ Такође, могуће је да запослени неће бити заинтересовани да поднесу пријаву ако се учини да је мало вероватно да ће се изрећи новчане казне (јер само тада и имају право на награду).⁴¹ Критичари нису ни благонаклони према доњем прагу који активира право на награду. Сматра се да је овај износ произвољан и да није повезан са просечном висином санкција које SEC иначе изриче, а и да не постоји чврста веза са озбиљношћу повреде коју узбуњивач пријављује.⁴² Тренутни програм заштите узбуњивача охрабрује дојаве скоро без икаквих трошкова, што може да подстакне пружање великог броја информација слабог квалитета, а ограничења SEC-а у погледу ресурса могу да значе да нема капацитета да се изврши ефикасно филтрирање приспелих пријава, парадоксално резултирајући у нижем квалитету извршења и слабијем одвраћању од прекршаја.⁴³ Ово је и један од аргумената у корист *qui tam* модела који намеће потенцијалним узбуњивачима одређене трошкове (пре свега везане за спровођење парнице), који делују

39 J. Blount, S. Markel, 1039-1040; D. Ebersole, 135.

40 Овај проблем се решава тиме што одуговлачење у подношењу пријаве може довести до изрицања мање награде. Правила Комисије за хартије од вредности из 2011. године (*SEC Final Rules*, у даљем тексту: SEC Правила), § 240.21F -6 (b)(2).

41 G. Rapp (2012), 94.

42 G. Rapp (2012), 94 и 95.

43 J. O'Sullivan, 69.

као брана за све оне који немају довољно јаке информације и доказе о потенцијалном преварном понашању.⁴⁴

3. Екстерно или интерно пријављивање?

Једна од највећих замерки које се упућују DFA је чињеница да не поставља као услов за давање награде да узбуњивач прво интерно пријави нерегуларности, већ допушта да се пријава подноси директно надлежном органу (SEC). На овај начин настаје парадоксална ситуација – годинама се кроз јавне политике и напоре законодавца промовише успостављање ефикасних система интерне контроле, а новим решењем се сада узбуњивачи подстичу да заобиђу интерне канале и обрате се директно SEC-у.⁴⁵

Модел интерног пријављивања је други стуб заштите узбуњивача на коме је SOX заснивао своју реформу. Успостављени модел је требало да реши проблеме који су раније спречавали запослене да делују као успешно надзорно тело над компанијом – чињеница да запослени нису изражавали своја открића о превари и традиција компаније да блокира и филтрира пријаве запослених.⁴⁶

Разумна политика заштите узбуњивача би требало да охрабрује интерно узбуњивање тако да проблеми могу да се реше пре него што се јавност обавести о нелегалном понашању.⁴⁷ Рано уочавање проблема спречава да за компанију настану велики трошкови услед вођења поступка, изречених казни, потенцијалних затворских санкција, као и настанак штете за пословање и репутацију услед спровођења екстерне истраге.⁴⁸ Компанији се тако пружа прилика да брзо одговори на пријаве, исправи своје грешке и избегне потребу за интервенцијом државе.⁴⁹ Међутим, не

44 J. O'Sullivan, 91 и 94.

45 Michael Diaz Jr., Carlos F. Gonzalez, Xingjian Zhao, Whistle-Blowers, Dodd-Frank and the FCPA: The Perfect 'Anti-Competitive' Storm for U.S. Businesses, доступно на адреси: <http://documents.jdsupra.com/7062c02d-ac97-49a4-a7b7-b8ed185e82d2.pdf>, 7.4.2016, 5; J. O'Sullivan, 78; D. Ebersole, 138; Patrick A. Barthle II, „Whistling Rogues: A Comparative Analysis of the Dodd-Frank Whistleblower Program“, *Washington & Lee Law Review*, Vol. 69, 2012, 1245.

46 R. Moberly (2006), 1109 и 1119-1120. Један од најеклатантнијих примера оваквог понашања је случај *Sherron Watkins* запослене у компанији Енрон која је свом надређеном (генералном директору компаније) указала на нерегуларности у пословању компаније, а он о томе није обавестио одбор директора. Вид. R. Moberly (2006), 1121-1124.

47 F. Lipman, 69.

48 F. Lipman, 93.

49 P. Barthle II, 1249.

треба занемарити ни чињеницу да ово можда није најбоље за друштво као целину, јер компанија може да искористи ове механизме да прикрије скандал, а тржиште тако остаје лишено информација о правом стању ствари.⁵⁰

За одлуку запосленог коме ће поднети пријаву важно је његово виђење организационих процедура за реаговање по притужбама узбуњивача.⁵¹ У оној мери у којој организација има ефикасне интерне системе који су прихваћени и којим се верује од стране запослених, постоји подстицај да се прво пријави интерно.⁵² Екстерна пријава (узбуњивање) се посматра као алтернатива – то је други канал који се користи да се пријаве прекршаји када интерни механизми спречавају или отежавају могућност да се пријави или исправи неприкладно понашање.⁵³

Статистике и докази показују да SOX, изнад свега, није довољно успео да промени корпоративну културу да би се интерно решавало рђаво понашање које запослени пријаве.⁵⁴ Један од разлога зашто пријаве узбуњивача нису могле да зауставе превару може бити тај што модел који је усвојио SOX није створио адекватне канале за прослеђивање пријава онима којима је требало – независним директорима.⁵⁵ Проблем је настао јер су многе компаније успоставиле систем заштите само на папиру, тј. само су испоштовале слово закона, али нису учиниле ништа више да охрабре узбуњиваче да иступе.⁵⁶

Управо зато што је уочена могућа неефикасност успостављених система интерне пријаве, постало је јасно да не треба *a priori* одбацити користи које директно екстерно пријављивање може имати на квалитет корпоративног управљања. Наиме, претња екстерним узбуњивањем је потенцијално ефикасан метод да се компаније подстакну да ефикасније имплементирају и спроводе интерне програме усклађености и покушају да изграде културу интерног пријављивања.⁵⁷ Међутим, не треба сметну-

50 G. Rapp (2007), 126.

51 F. Lipman, 73.

52 J. Blount, S. Markel, 1056.

53 David Schultz, Khachik Harutyunyan, „Combating corruption: The development of whistleblowing laws in the United States, Europe and Armenia“, *International Comparative Jurisprudence*, No. 1/2015, 88.

54 R. Moberly (2012), 38.

55 R. Moberly (2012), 37.

56 „Управа толерише систем, али не охрабрује узбуњиваче.“ F. Lipman, 105; R. Moberly (2006), 1167.

57 J. Blount, S. Markel, 1043; J. Blount, S. Markel, 1057; J. Fisher *et al.*, 143.

ти са ума да ће пријава екстерним органима функционисати само ако надлежно тело заиста и одговори на поднете пријаве.⁵⁸

Иако у DFA није предвиђена обавеза да се прво изврши интерно пријављивање, SEC је развио механизме усмерене ка јачању ове праксе. Према Правилима SEC-а, узбуњивачи ће и даље моћи да траже награду чак иако су прво пријавили кроз интерне канале код свог послодавца. Да би се ово правило активирало, узбуњивач мора да поднесе пријаву и SEC-у на захтеваном формулару у року од 120 дана од интерне пријаве. За потребе одређивања реда првенства сматраће се да је датум подношења пријаве SEC-у дан подношења интерне пријаве.⁵⁹ Додатни подстицај за узбуњиваче да врше интерне пријаве, може се уочити и кроз различите факторе које SEC може да разматра у одређивању износа награде. Учесће у интерном систему усклађености, које укључује и интерно пријављивање, као и пружање помоћи у интерним истрагама, може да доведе до повећања награде узбуњивача, тј. може одредити SEC да додели виши износ (наравно, у законом предвиђеном распону).⁶⁰ Исто тако, ометање спровођења интерних система усклађености може довести до додељивања нижег износа награде.⁶¹

Износ новчане казне који активира награду такође се може посматрати као вид заштите од заобилажења интерних канала комуникације.⁶² Он обезбеђује да ће запослени подносити директне пријаве SEC-у само у случајевима великих превара, док ће се за мање прекршаје (који не могу да активирају санкцију од милион долара) они обраћати свом послодавцу.⁶³

Данас се сматра да је програм заштите узбуњивача створен не да би заменио, већ да би надопунио постојеће програме усклађености у компанијама. Док пружа подстицаје за оне који поседују информације о незаконитом понашању да иступе, он их такође охрабрује да то учине у оквиру структуре усклађености сопствене компаније, ако је то приклад-

58 R. Moberly (2012), 50.

59 SEC правила, § 240.21F-4 (b)(7).

60 SEC правила, § 240.21F-6 (a)(4).

61 SEC правила, § 240.21F-6 (b)(3).

62 J. Blount, S. Markel, 1055.

63 J. Blount, S. Markel, 1056.

но.⁶⁴ SEC у свом раду настоји да укаже на значај интерних процеса пријављивања, али га понекад у тој намери ограничавају поједини судови. Наиме, SEC стоји на становишту да се заштита запослених од одмазде примењује не само када појединци пријаве потенцијално кршење закона директно Комисији, већ и када пријаву учине свом послодавцу. Међутим, у случају *Asadi v. G.E. Energy (USA) LLC*, суд је нашао да се заштита примењује само у случајевима када је пријава учињена директно Комисији. Тим поводом SEC је издао посебно саопштење у коме истиче да су запослени заштићени од одмазде како год да пријаве могуће кршење права.⁶⁵ Ово становиште подржао је и суд у случају *Berman v. Neo@Ogilvy LLC*, утврђујући да се заштита примењује на запослене који пријаве кршење прописа у вези са хартијама од вредности својим послодавцима, независно од тога да ли су такође поднели пријаву и Комисији.⁶⁶

III Европска регулатива

На нивоу Европске уније препозната је потреба да се оснаже механизми заштите тржишта од манипулација. Из тог разлога донета је Уредба бр. 596/2014 о злоупотреби тржишта⁶⁷ која треба од јула 2016. године да стави ван снаге истоимену Директиву. Нова уредба је препознала значај узбуњивача као лица која могу да упозоре надлежна тела на нове информације, чиме им помажу у откривању и изрицању санкција у случајевима трговине на основу повлашћених информација и манипулисања тржиштем. Како узбуњивачи могу из различитих разлога да не поднесу пријаву, потребно је развити одређене механизме који ће их подстаћи да ипак пријаве информације које поседују. Уредба наводи неколико основних механизма:

- посебни поступци за примање пријава, укључујући успостављање сигурних канала комуникације за подношење пријава;

64 Securities Exchange Commission, 2015 Annual Report to Congress on the Dodd-Frank Whistleblower Program, 5. J. Blount, S. Markel, 1054: „Награде које даје DFA чине се разумно креираним да би представљале додаток интерном пријављивању, не да би га заобилазиле“.

65 Интерпретативно саопштење SEC-а из 2015. године (*Interpretation of the SEC's Whistleblower Rules under Section 21F of the Securities Exchange Act of 1934*, Release no. 34-75592).

66 Securities Exchange Commission, 2015 Annual Report to Congress on the Dodd-Frank Whistleblower Program, 20.

67 Уредба о злоупотреби тржишта из 2014. године (Regulation (EU) No 596/2014 of the European Parliament and of the Council of 16 April 2014 on market abuse (market abuse regulation) and repealing Directive 2003/6/EC of the European Parliament and of the Council and Commission Directives 2003/124/EC, 2003/125/EC and 2004/72/EC, у даљем тексту: Уредба).

- заштита запослених који пријаве кршења, макар од одмазде, дискриминације или других врста непоштеног поступања према њима; и
- заштита личних података, укључујући и очување тајности идентитета у свим фазама поступка (чл. 32, ст. 2).

Државама чланицама је препуштено да саме одлуче да ли ће предвидети финансијске подстицаје за пријаву кршења Уредбе.⁶⁸ Новчана награда је условљена тиме да та лица немају законске или уговорне обавезе да пријаве такве информације, да су информације нове и да резултирају изрицањем административне или кривичне санкције или предузимањем друге административне мере због кршења Уредбе (чл. 32, ст. 5). Из последњег услова уочава се да се, насупротив америчком моделу, не захтева да је изречена новчана санкција да би узбуњивачи могли да се квалификују за награду.⁶⁹

Од послодаваца који се баве делатностима које су уређене прописима о финансијским услугама ће се захтевати да имају успостављене одговарајуће унутрашње поступке према којима њихови запослени могу да пријаве кршење Уредбе (чл. 32, ст. 3).

Уредба је предвидела доношење посебног акта за њено спровођење у погледу успостављања механизма пријаве њеног кршења, као и заштите запослених-узбуњивача. Тај акт је донет у децембру 2015. године у форми Директиве⁷⁰ како би се постигла максимална флексибилност и уважиле особености националних система. Почетак њене примене ће се поклопити са применом Уредбе (јул 2016).

Директива своје одредбе темељи на три стуба – креирање поступака пријема пријава и поступање по њима,⁷¹ заштита запослених-узбуњивача⁷² и заштита личних података.⁷³

68 Велика Британија изнела став да неће уводити новчане подстицаје већ да ће радити на развоју културе у финансијском сектору да би се постигао већи број пријава. Руководећи се геслом да је боље боља заштита за све него велике исплате за мањину, настојаће да подстиче изградњу ефикасних процедура и успоставиће одговорности управе за њихово спровођење. Доступно на: <http://www.fca.org.uk/static/documents/financial-incentives-for-whistleblowers.pdf>, 14.4.2016.

69 Н. Fleischer, К. Schmolke, 18.

70 Директива за имплементацију Уредбе бр. 596/2014 из 2015. године (Commission Implementing Directive (EU) 2015/2392 of 17 December 2015 on Regulation (EU) No 596/2014 of the European Parliament and of the Council as regards reporting to competent authorities of actual or potential infringements of that Regulation, OJ L 332, даље у тексту: Директива).

71 Директива, чл. 3-7.

Поступак пријема пријава захтева да државе успоставе посебне канале за комуникацију који ће омогућити подношење пријаве у писаном облику (електронски или поштом) или усмено (телефоном или лично службенику) и да именују посебно особље које ће се бавити овим пријавама. Пријава се може поднети и анонимно, али подносилац мора бити упозорен да ће у појединим случајевима његов идентитет морати да се открије. Све информације о поступку подношења пријаве морају бити доступне на интернет страници надлежног органа.

Директива гарантује заштиту најмање у виду приступа свеобухватним информацијама и саветима о правним лековима и поступцима који су доступни у оквиру националног законодавства за заштиту од непоштеног поступања, укључујући и поступке за подношење захтева за новчану накнаду. Гарантује се и помоћ надлежних тела, између осталог и стицањем потврде статуса узбуњивача у споровима повезанима са запошљањем.

У поступку мора бити омогућена заштита личних података, не само узбуњивача, већ и лица против кога је поднета пријава.

IV Закључна разматрања

Велики крахови који уздрмавају финансијске темеље сваке земље и одражавају се на поверење инвеститора и опште благостање грађана указали су да спољни механизми надзора у себи носе инхерентну грешку – немају све потребне информације да би могли да врше ефикасан надзор. Из тог разлога се препознаје значај унутрашњих система надзора, које по правилу чине запослени у компанији. Највећи проблем представља како приволети та лица да се ослободе унутрашњих стега и страхова и изнесу информације у јавност. Могу се уочити два механизма која пружају адекватне подстицаје запосленима – заштита од одмазде послодавца због учињене пријаве и новчана награда у случају успешно спроведеног поступка против послодавца. Питање одабира адекватног механизма посебно добија на значају за европске земље због ступања на снагу нових прописа који у складу са својом природом релативно уопштено постављају основе успостављања заштите узбуњивача у финансијском сектору. Како сваки од ових система има своје предности и мане, неопходно је приликом њиховог увођења направити адекватан баланс између њихове

72 Директива, чл. 8.

73 Директива, чл. 9-11.

примене која ће подстицати активности узбуњивача, али не на штету других вредности које се негују у правном систему.

Aleksandra VIŠEKRUNA, M.A.

Research Associate at the Institute of Comparative Law, Belgrade

MODELS TO INCENTIVISE ACTIONS OF WHISTLEBLOWERS IN THE FINANCIAL MARKETS

Summary

This paper analyses provisions that deal with protection of whistleblowers in companies in the financial sector. This mechanism of control over the company has been recognized as extremely important in the light of big perturbations in the financial market in the 21st century. However, reporting of one's employer for illegal behaviour is extremely hard decision for the employee. Therefore, it is necessary to create certain mechanisms that will instigate employee to report. Job security is one of the key motivators behind the decision of employee, so various anti-retaliation measures have been introduced in order to overcome this obstacle for reporting. However, the time has shown that this measure isn't always efficient, so an additional mechanism for reporting was introduced – money incentives (bounties), which have been very controversial ever since. Protection of whistleblowers today becomes even more interesting because EU Regulation on market abuse that envisions the protection of whistleblowers is about to come into force.

Key words: whistleblower, financial market, Sarbanes-Oxley Act, Dodd-Frank Act, EU, anti-retaliation provisions, bounties.