

WHISTLEBLOWING

Fra en arbejdstagervinkel

From the view of the employee

af HANS L. TOFTDAHL

Whistleblowing er de seneste år vundet frem som et anerkendelsesværdigt middel til at forebygge og bekæmpe uretmæssige forhold i både den private og offentlige sektor uden videre regulering heraf. Whistleblowing behandles typisk fra en samfundsmæssig eller kommerciel vinkel mens forholdene for den ene person – lønmodtageren – som er en forudsætning for overhovedet at tale om whistleblowing, generelt ikke fylder meget.

Lønmodtagerens whistleblowing skal ses i relation til spørgsmålet om lønmodtagerens ytringsfrihed eftersom denne begrænses i kraft af ansættelsesforholdet af hensyn til arbejdsgiverens brede interesser. Heroverfor står hensynet til lønmodtagerens principielle ytringsfrihed og hensynet til en bredere offentligheds interesse. Afvejningen af, om en ytring falder inden for rammerne af lønmodtagerens ytringsfrihed, er konkret og beror i alle tilfælde på en kompliceret hensynsafvejning. Problemet med whistleblowing fra en ansættelsesretlig vinkel er den risiko, lønmodtageren i alle tilfælde løber ved at ytre sig kritisk i ansættelsesforholdet. En ting er ansvarsreaktioner som følge af ulovlige ytringer. Noget andet er negative ledelsesreaktioner inden for grænsen af arbejdsgiverens skønsmæssige beføjelser ved lovlige ytringer. Dertil kommer en række teoretiske problemer forbundet med anonymitet og den selvregulering som er kendetegnende for retsstillingen vedrørende whistleblowing i dag.

Afhandlingen konkluderer at det trods nuanceforskelle savner mening at sondre mellem lønmodtagergrupper i relation til negative ansættelsesretlige konsekvenser ved whistleblowing og at den nuværende retsstilling taler for at anerkende et vist behov for særlig ansættelsesretlig beskyttelse. De ansættelsesretlige usikkerheder forbundet med whistleblowing sammenholdt med de seneste tendenser i speciallovgivningen og det brede fokus på whistleblowing kalder desuden på en overordnet tilgang til reguleringen af whistleblowing set fra lønmodtagerens perspektiv. Med hensyn til særlige ansættelsesretlige beskyttelsesregler kan der skeles til eksisterende ansættelsesretlig diskriminationslovgivning.

Over the last couple of years whistleblowing has come forward as a mean to prevent and fight unlawful matters. Both in the private and public sector one see an increasing tendency towards facilitating whistleblowing. Whistleblowing is typically looked upon from a societal or commercial angle. The one person who is a prerequisite for speaking about whistleblowing - the employee - one does not speak much about.

The issue of the employee's whistleblowing has to be looked upon in relation to the employee's freedom of speech. Due to the conditions of the employment the employee's freedom of speech is curbed in consideration of the employers broad interests. Opposite of this is the consideration to the employee's freedom of speech and the public interest. The weighting of these considerations differs from case to case and is much complicated. In regards of the potential negative consequences for the employee the question is, if this situation is fair. One thing is reactions of responsibility due to the unlawful comments. Another thing is the negative consequences the employer can inflict on the employee in terms of discretionary remedies, even when the comments are lawful. In addition there is a number of theoretical problems associated with the anonymity and self regulation which is characteristic for whistleblowing today.

Subsequently, it should be considered to regulate the protection of the whistleblower's employment in general by law with inspiration from special employment discrimination law. Especially, in regards to negative reactions from the management or board of directors this seems like a proper solution.

Indholdsfortegnelse

Indholdsfortegnelse	2
Forkortelser	4
Kapitel 1 – Indledning.....	5
1.1 Problemformulering	5
1.2 Afgrænsning.....	6
Kapitel 2 – Whistleblowing som begreb.....	6
2.1 Corporate Governance og debatten om aktivt lederskab	7
2.2 Hvad er whistleblowing	8
2.2.1. Hvem kan foretage whistleblowing	8
2.2.2 Hvad kan der ”blæses” om.....	9
2.2.3. Intern og ekstern whistleblowing.....	10
2.3 Regulering af whistleblowing	10
2.3.1. Selskabsretten.....	11
2.3.2. Datatilsynet	12
2.3.3. Finanssektoren	12
2.3.4. Offentlige tilsyn	13
2.4 Opsummering.....	14
Kapitel 3 – Lønmodtagerens ytringsfrihed	15
3.1 Den ideelle ramme for lønmodtagerens ytringsfrihed	15
3.1.1. GRL § 77.....	16
3.1.1.1. Formel og materiel ytringsfrihed.....	17
3.1.2. EMRK art. 10.....	18
3.1.2.1 Praksis fra EMD	19
3.1.2.1.1. Guja v. Moldova.....	19
3.1.2.1.2. Heinisch v. Germany	20
3.1.2.1.3 Bucur and Toma v. Romania.....	20
3.2 Indskrænkninger i lønmodtagerens ytringsfrihed	21

3.2.1.	Loyalitetspligt	21
3.2.1.1.	Folketingets Ombudsmand om ytringsfrihed og loyalitet	22
3.2.1.1.1.	FOB 1987.237	23
3.2.1.1.2.	FOB 2012.26	24
3.2.1.2.	Privatansattes loyalitetspligt	24
3.2.1.2.1.	ØLD af 28. februar 2013: Kritikret i forhold til loyalitetspligten	25
3.2.1.3.	Loyalitetspligt som lønmodtagers pligt til at sige fra	26
3.2.2.	Tavshedspligt	27
3.2.2.1.	FVL § 27	27
3.2.2.2.	STRFL §§ 152 og 152a-152f	28
3.2.2.2.1.	U2006.65Ø: Brud på lovbestemt tavshedspligt	28
3.2.2.3.	MFL § 19	29
3.4.	Opsummering	30
Kapitel 4 – Det ansættelsesretlige problem		31
4.1.	Ansvarsreaktioner	31
4.2.	Negative ledelsesreaktioner	31
4.3.	Saglighedsværn	33
4.3.1.	Saglighedsværnets utilstrækkelighed i forhold til whistleblowing	33
4.4.	Særlige problemstillinger	34
4.4.1.	Anonym whistleblowing	34
4.4.2.	Selvregulering i relation til ansættelsesretlig beskyttelse	34
4.5.	Opsummering	35
Kapitel 5 – Behov for særlig arbejdsretlig regulering?		36
5.1.	Fokus på ansættelsesretlig beskyttelse af whistleblowere	36
5.1.1	Danske betænkninger	36
5.1.2.	Europarådets anbefaling	37
5.1.3.	Opsummering	38
5.2.	Særlig ansættelsesretlig regulering	38
Kapitel 6 – Konklusion		39
Kildeliste		41
Litteratur		41
Tidsskriftsartikler		42

Betænkninger, anbefalinger m.v.	43
Domme, administrative afgørelser og ombudsmandsudtalelser.....	43
Love, lovbekendtgørelser, lovforslag og EU-ret	45
Overenskomst.....	47
Internethenvisninger.....	47
Bilag	48

Forkortelser

AN	Afskedigelsesnævnets tilkendegivelse
Art.	Artikel
CSR	Corporate Social Responsibility
Ctr.	Contra
EMD	Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol
EMRK	Den Europæiske Menneskerettighedskonvention
F.eks.	For eksempel
FOB	Ombudsmandsudtalelse
Jf.	Jævnfør
M.fl.	Med flere
Mv.	Med videre
Nr.	Nummer
Osv.	Og så videre
Pkt.	Punkt
Pr.	Præmis
S.	Side
Sml.	Sammenlign
Stk.	Stykke
V.	Versus
Vedr.	Vedrørende
VLD	Vestre Landsretsdom
ØLD	Østre Landsretsdom

Se desuden kildelisten for korte henvisninger til love som nævnes i afhandlingen.

Kapitel 1 – Indledning

Corporate Governance er den overordnede betegnelse for teorier, der beskæftiger sig med selskabsforhold, og problemstillingen om hvordan selskaber indrettes og reguleres på den bedste måde¹. Siden årtusindskiftet har udviklingen i den internationale selskabsret været præget af denne debat, og udviklingen er ikke gået Danmark forbi.

Disse teorier om selskabsforhold rækker selvsagt ud over selskabsretten, og især på ét punkt rejses flere arbejds- og ansættelsesretlige problemstillinger.

1.1 Problemformulering

Gennem Corporate Governance er der kommet fokus på det engelske ord og begreb whistleblowing, hvilket i denne umiddelbare kontekst forstås som det, at en medarbejder i et selskab retter opmærksomhed mod et forhold, som synes uretmæssigt. Rammerne herom kan være alsidige, og jeg vil i min afhandling redegøre nærmere for, hvad begrebet indebærer. Whistleblowing anvendt aktivt som ledelsesinstrument anses som et af mange midler til at opnå den bedste drift og styring af et selskab, og gennem indførelse af en whistleblowerordning opnår selskabet at kunne inddrage medarbejderne på en måde, som rækker ud over det sædvanlige forhold mellem arbejdsgiver/lønmodtager, idet lønmodtageren tillige indtræder i en kontrolfunktion.

Det er imidlertid bemærkelsesværdigt, at tilgangen til whistleblowing og debatten om Corporate Governance typisk belyses fra en selskabsretlig eller overordnet samfundsmæssig vinkel. I litteraturen er der ikke det store fokus på den arbejdsretlige side af sagen, hvor de ansatte under alle omstændigheder og, uanset hvilken form whistleblowing antager, selvsagt vil være primære interessenter.

Med hensyn til offentlige ansatte har der sideløbende med Corporate Governance debatten været en tilsvarende debat. Generelt har udviklingen i de seneste år cementeret, at åbenhed i forvaltningen², demokrati og medindflydelse samt ansattes ytringsfrihed vægtes højt. De offentligt ansattes whistleblowing har haft større politisk fokus, og senest og mest aktuelt har Justitsministeriet i foråret 2015 udgivet en betænkning³ om offentligt ansattes ytringsfrihed og whistleblowerordninger. På samme måde som i private selskaber kan whistleblowing i det offentlige være med til at afsløre uretmæssige forhold. Whistleblowing og de dertil knyttede ansættelsesretlige problematikker er således også relevant at belyse i relation til denne lønmodtagergruppe.

Jeg antager som udgangspunkt, at problematikken om lønmodtagerens retlige stilling ved whistleblowing er kendetegnet ved i sidste ende at være fælles for samtlige lønmodtagergrupper; det være sig offentligt og privat ansatte, funktionærer og ikke-funktionærer, ledere og medarbejdere osv. Mit fokus er personer ansat i et tjenesteforhold, som faktisk foretager whistleblowing. Forskelle og graden heraf i bl.a. ledelsesstruktur, arbejdskultur mv. mellem private og offentlige ansættelsesforhold synes ikke at berettige en videre sondring mellem de to grupper af lønmodtagere henset til de potentielle ansættelsesretlige konsekvenser af whistleblowing. Hermed ikke sagt, at der ikke kan være faktiske forskelle og juridiske nuancer i de konkrete tilfælde af whistleblowing i henholdsvis et økonomisk og et politisk drevet selskab eller organisation.

Det fremgår, at begrebet whistleblowing befinder sig i et krydsfelt mellem arbejdstagerens ytringsfrihed på den ene side og arbejdstagerens forpligtelser i ansættelsesforhold på den anden side, hvorfor jeg vil belyse begge dele. I denne sammenhæng må man have for øje, at der kan være visse forskelle på offentligt og privat ansatte.

¹ Paul Krüger Andersen: Aktie og anpartsselskabsret s. 63

² Jf. debatten om offentlighedsloven og dens særligt omdiskuterede § 24 om begrænsning af aktindsigt. Se f.eks. politiken.dk (2013)

³ Betænkning 1553/2015

Jeg vil med afhandlingen undersøge og redegøre for, hvordan whistleblowing reguleres. Umiddelbart er der ingen overordnet og generel regulering, og jeg vil i den forbindelse vurdere, om whistleblowere savner regulering og ikke mindst ansættelsesretlig beskyttelse henset til det stigende fokus på whistleblowing. Problemstillingen rejser spørgsmålet, hvad der præcist vil udgøre en hensigtsmæssig ansættelsesretlig beskyttelse af lønmodtagere som whistleblowere henset til de potentielle konsekvenser af at påtage sig rollen som whistleblower. En ting er beskyttelse mod afskedigelse – noget andet er beskyttelse i det daglige arbejdsliv. Det vil i den forbindelse være relevant kort at skele til eksisterende ansættelsesretlige beskyttelsesregler vedr. uligebehandling med hensyn til bevisbyrde, godtgørelse o.l.

1.2. Afgrænsning

Følgende er en negativ afgrænsning af områder, som ikke vil blive behandlet i forhold til begrebet whistleblowing. Der er tale om en bredt begreb, og overordnet set vil whistleblowing give anledning til overvejelser og problemstillinger, som nemt rækker ud over sigtet med afhandlingen.

Afhandlingen er ikke en videre analyse af udbredelsen af whistleblowing og ikke en empirisk undersøgelse af omfang og virkning. Ej heller en normativ vurdering for eller imod. Jeg søger at belyse de arbejdsretlige implikationer, der teoretisk knytter sig til whistleblowing når denne faktisk foretages. Ud over arbejdsretlige implikationer knytter der sig til begrebet en række forvaltningsretlige spørgsmål om især partshøring, aktindsigt osv., når denne involverer offentlige myndigheder. Dertil kommer spørgsmål om især indhentning og behandling af fortroligt materiale og mere specielle problematikker vedr. persondatabeskyttelse. Visse emner vil blive berørt overordnet, men min vinkling er ren arbejdsretlig i forhold til retsstillingen for en lønmodtager, som foretager whistleblowing. Jeg vil således ikke beskæftige mig nærmere med forvaltningsretlige og persondataretlige problemstillinger eller mere specielle praktiske og etiske overvejelser.

Afhandlingen vil ej heller beskæftige sig yderligere med det selskabsretlige begreb corporate governance end nødvendigt for at redegøre for begrebet whistleblowing i en arbejdsretlig kontekst.

Min opgave med at undersøge retstilstanden for lønmodtagere, som foretager whistleblowing, indebærer en beskrivelse og analyse af gældende dansk ret⁴ på tværs af lovgivningen med en arbejdsretlig vinkel. Jeg anvender retsdogmatisk metode, hvor min analyse vil tage afsæt i gældende lovgivning og retspraksis i det omfang, det konkret har bidraget til afklaring på området.

Kapitel 2 – Whistleblowing som begreb

Deciderede whistleblowerordninger er kommet i fokus i kølvandet på internationale og nationale erhvervs-skandaler de seneste årtier som et middel til at hindre økonomisk misbrug og ulovligheder i det hele taget⁵. Internationalt kan nævnes Enron-sagen fra USA, mens IT-Factory og senest OW Bunker er de mest markante nyere danske sager. I tilfældet med OW Bunker har det været foreslået, om en adgang til en formel whistleblowerordning kunne have afsløret forløbet, der ledte til selskabets konkurs og dermed have forhindret eller begrænset omfanget af konkursen⁶. Skandaler og ulovligheder er i sagens natur ikke begrænset til det private erhvervsliv. I sommeren 2015 har man kunnet læse om mulig bestikkelse af ansatte i såvel Region

⁴ Corporate Governance og whistleblowing er selvsagt begreber som har international rækkevidde. En komparativ vinkel i forhold til udenlandsk ret er udeladt af pladshensyn

⁵ Antallet af whistleblowerordninger i danske virksomheder registreret hos Datatilsynet er vokset fra 50 til over 400 siden 2009. Se Business.dk (2015). Om denne registrering se nærmere i afsnit 2.3.2.

⁶ Business.dk (2014)

Sjælland som Politiet⁷, og det er blevet afsløret at SKAT potentielt er blevet svindlet for milliarder i udbytte-skat på grund af manglende intern kontrol og dårlig ledelse⁸. Der kan findes sager om kriminelle forhold, uredelig forvaltning og tvivlsom anvendelse af både magt og ressourcer inden for såvel det private erhvervs-liv som den offentlige sektor.

Det er i de nævnte forhold, at whistleblowing ses som et middel til – om ikke at forhindre – så i hvert fald at inddæmme og begrænse omfanget af disse. Fra et kommercielt såvel som et samfundsmæssigt perspektiv giver dette god mening, men i alle tilfælde kræves det, at en person, som måtte have kendskab til de tvivl-somme forhold, rent faktisk påtager sig rollen som whistleblower. Typisk vil denne person være en ansat, som har fået kendskab til forholdene i kraft af sin ansættelse. Jeg vil i det følgende indkredse begrebet og redegøre for, hvordan whistleblowing reguleres fra en lønmodtagervinkel.

2.1. Corporate Governance og debatten om aktivt lederskab

Corporate Governance som overordnet begreb for udviklingen inden for selskabsretten er ikke gået Danmark forbi. Internationalt siden 1990'erne og i Danmark siden årtusindskiftet er der udviklet forskellige teorier og modeller af juridisk og økonomisk karakter for indretningen og reguleringen af primært større kapitalselska-ber⁹. Disse har været styrende for den interne og eksterne regulering, om end udviklingen ikke har været begrænset til de store kapitalselskaber. Som en gennemgående tendens har udviklingen været præget af fri-villighed og selvregulering snarere end decideret lovgivning jf. nedenfor og afsnit 2.3.1.

Selskabsretligt er der med Paul Krüger Andersens ord sket et paradigmeskift, hvor fokus er flyttet fra at for-hindre misbrug til at fremme økonomisk effektivitet og samfundsmæssig vækst¹⁰. Hermed forstås et fokus-skifte fra kreditorers og kapitalejeres (shareholders) interesse til en bredere flade af interessenters (stakehol-ders) interesse. Ud over kreditorer og kapitalejere består denne bredere interessentgruppe bl.a. af selskabsle-delsen, kunder, leverandører, offentlige myndigheder og ikke mindst de ansatte¹¹. Man fokuserer med andre ord på selskabets rolle i samfundet i et bredt perspektiv.

Med en bred og dynamisk definition af begrebet Corporate Governance omfatter det selvsagt de fleste af selskabets retlige og økonomiske forhold. Når det kommer til whistleblowing nævnes dette ofte i forbindelse med Risk Management¹² (risikostyring) og Compliance¹³ (overholdelse af ekstern lovgivning og/eller interne regler) som et ideelt middel til at afdække uregelmæssigheder af forskellig art.

I Danmark er Corporate Governance bl.a. kommet til udtryk ved et tværministerielt debatoplæg i 1999¹⁴, på baggrund af hvilken Komitéen for god Selskabsledelse under Erhvervsstyrelsen har udsendt sine anbefalin-ger¹⁵ siden 2001. Whistleblowing optræder her konkret i og med det anbefales, at selskabsledelsen aktivt skal tage stilling til en eventuel whistleblowerordning som en del af selskabets risikostyring¹⁶. Der er tale om en anbefaling og ikke en juridisk forpligtelse, og anbefalingen går alene på, at selskabets øverste ledelse skal

⁷ Børsen.dk (2015)

⁸ DR.dk (2015)

⁹ Paul Krüger Andersen: Aktie og anpartsselskabsret s. 61ff inkl. note 4

¹⁰ Paul Krüger Andersen: Aktie og anpartsselskabsret s. 62

¹¹ Steen Thomsen & Martin Conyon: Illustreret ved "The extended agency problem" s. 7

¹² Paul Krüger Andersen: Aktie og anpartsselskabsret s. 95 om whistleblowing som middel til at bekæmpe korrupsion

¹³ Steen Thomsen & Martin Conyon: s. 331 om whistleblowing som en foranstaltning til at sikre compliance

¹⁴ Debatoplæg om aktivt lederskab

¹⁵ Anbefalinger for god selskabsledelse

¹⁶ Anbefalinger for god selskabsledelse afsnit 5.2, s. 25

tage stilling til, hvorvidt der overhovedet skal etableres en whistleblowerordning¹⁷. Målgruppen for komitéens anbefalinger er primært børsnoterede selskaber.

2.2. Hvad er whistleblowing

De engelske ord whistleblowing og whistleblower oversættes direkte til det at blæse i en fløjte og den som blæser i en fløjte, og kan henvise til en sportsdommer, som med et fløjt kan stoppe en kamp, eller betjenten, som fløjter for at rette offerets og omverdenens opmærksomhed mod et givent kriminelt forhold.¹⁸ Analogien med en fodbold dommer, der fløjter for at afbryde en kamp ved urent spil, giver et klart billede af, hvordan begrebet skal forstås i overført betydning.

Der er med det engelske ord whistleblowing tale om et fast udtryk, som har fundet vej til det danske sprog. Whistleblowing defineres ifølge Dansk Sprognævn som ”*det at en medarbejder informerer om ulovlige forhold i fx en organisation*”, mens whistlebloweren er den ”*medarbejder der informerer om ulovlige forhold i fx en organisation*”¹⁹. Uden en nærmere sproglig analyse kan det fastslås, at de engelske udtryk anvendes som låneord i mangel af dækkende danske ord og begreber, og at der således er tale om et relativt nyt begreb. Rent sprogligt kan udtrykket whistleblower ses som en mindre negativ ladet betegnelse for dels en sladre-hank²⁰, dels en meddeler eller stikker, som typisk vil være synonyme udtryk for en person som netop sladrer uanset sammenhængen i øvrigt.

Med billedsproget får man en ide om at whistleblowing som begreb generelt handler om at sige fra ved og/eller henlede opmærksomheden på et konstateret uretmæssigt forhold. For lønmodtageren vil det indebære at vedkommende oplyser om eller videregiver faktiske oplysninger om forholdet som vedkommende er blevet bekendt med qua sin ansættelsesrelation ud fra en subjektiv vurdering af uretmæssigheden. Som eksempler på anvendelsen af begrebet og en vis nærmere indkredsning kan nævnes, at Ole Hasselbalch anvender udtrykket ”varsler”²¹ til at forklare whistleblowerens rolle. I Betænkning 1472/2006 tales der om ytringsfrihed og meddeleret for offentlige ansatte, jf. betænkningens titel, hvor meddeleret defineres som ”[...] en ret for offentligt ansatte til at give pressen og andre eksterne parter oplysninger i tilfælde, hvor der kan være spørgsmål om ulovlig forvaltning eller anden uredelighed i den offentlige forvaltning, herunder åbenbart misbrug af offentlige midler”²². I Betænkning 1553/2015 om offentligt ansattes ytringsfrihed og whistleblowerordninger behandles whistleblowing som et selvstændigt begreb, jf. titlen.

Whistleblowing er som det fremgår et overordnet begreb. I forhold til den faktiske handling som vil falde under begrebet whistleblowing, vil det give mening at se på den konkrete sag som det også vil fremgå i kapitel 3.

2.2.1. Hvem kan foretage whistleblowing

Sprogligt indbefatter betegnelsen whistleblower ikke nogen personel afgrænsning. Hvem der konkret foretager whistleblowing og gør begrebet interessant i en arbejdsretlig kontekst, skal anskues i forhold til lønmodtagerbegrebet generelt. Lønmodtagerbegrebet er ikke en entydig størrelse inden for arbejdsretten,²³ men en lønmodtager kan defineres som en person, der modtager vederlag for personligt arbejde i et tjenesteforhold.²⁴

¹⁷ Uddybes nærmere i afsnit 2.3.1.

¹⁸ Martin Gräs Lind: Whistleblowing i kontekst, afsnit 1, s. 317

¹⁹ Dansk Sprognævn: dsu.dk (opslag på henholdsvis whistleblowing og whistleblower)

²⁰ Hanne S. Birkmose: Whistleblowerordninger, afsnit 2, s. 52

²¹ Ole Hasselbalch: Ytringsfrihed, ansættelse og retssystemets grænser, afsnit I, 2, s. 5

²² Betænkning 1472/2006, afsnit 2.3., s. 17

²³ Ole Hasselbalch: Arbejdsret I s. 67ff

²⁴ Jf. Ansættelsesbevisloven § 1, stk. 2

Hermed opstår spørgsmålet om personel afgrænsning i forhold til eksterne konsulenter, freelancere, frivillige o.l. som kan indgå i en mere eller mindre fast relation med en arbejdsgiver. Uden at foretage en nærmere redegørelse af lønmodtagerbegrebet er det givet, at enhver tænkelig lønmodtager eller anden med nogenlunde fast tjenstlig tilknytning til en arbejdsgiver kan indtræde i rollen som whistleblower. Dette gælder uanset stillingstype og ansættelsesform, og uanset hvilken lønmodtagergruppe, den pågældende tilhører.

2.2.2 Hvad kan der ”blæses” om

Et overordnet begreb som whistleblowing vil selvsagt dække over flerartede situationer, hvor en medarbejder siger fra over for en uretmæssighed begået af arbejdsgiveren som sådan eller af en større eller mindre kreds af personer i arbejdsgiverens regi.

Whistleblowing kan finde sted inden for et vidt spænd af tilfælde fra konstatering af åbenlyse ulovligheder over konstatering af potentielle ulovligheder til blotte mistanker herom. Ulovligheder skal forstås som handlinger i strid med præceptiv lovgivning uanset den retlige karakter. Tilsvarende kan uoverensstemmelser og modstrid med interne retningslinjer og målsætninger medføre et behov for at sige fra. Dette gælder ikke mindst i en Corporate Governance sammenhæng, jf. afsnit 2.1 og afsnit 2.3.1.

Større selskaber er forpligtet til at redegøre for samfundsansvar, jf. ÅRL § 99a, stk. 1, som dækker over at selskaber frivilligt integrerer hensyn til bl.a. menneskerettigheder, sociale forhold, miljø- og klimamæssige forhold samt bekæmpelse af korrupsion i deres strategi og aktiviteter. Redegørelsen skal dels indeholde hvilke politikker for samfundsansvar, selskabet anvender, dels hvordan disse politikker omsættes til handling, jf. ÅRL § 99a, stk. 2. Whistleblowing i en formaliseret ramme udgør som nævnt et ledelsesredskab i forhold til at forebygge og afdække uretmæssigheder inden for de nævnte områder. Det kan være i tilfælde, hvor der af arbejdsgiveren handles på en måde, medarbejderen opfatter som værende uetisk eller moralsk forkert i strid med interne retningslinjer eller i øvrigt i en grad der berettiger en intervention.

Den afgørende motivation for medarbejderen til at foretage whistleblowing vil i alle tilfælde være, at medarbejderen har en subjektiv opfattelse af, at noget er forkert og ønsker at henlede arbejdsgiverens eller endog omverdenens opmærksom herpå. En udtømmende opremsning lader sig rimeligvis ikke gøre, men det kan være situationer som: potentielle som åbenlyse ulovligheder (typisk korrupsion og økonomisk kriminalitet i bred forstand), magtmisbrug, ressourcemisbrug, kompetencebrud (habilitet, sving m.v.) samt mistanke om eller kendskab til fortielser vedr. nævnte forhold.

Datatilsynets standardanmeldelsesblanketter²⁵ til anmeldelse af whistleblowerordninger indbefatter en vis indsnævring af whistleblowerbegrebet jf. blanketternes pkt. 4. Den gælder også i forhold til medarbejderen ved opremsning af, hvem ordningen omfatter og hvilke indberetninger, som accepteres efter tilsynets praksis. Det gælder herefter at der alene kan indberettes af personer tilknyttet virksomheden, ligesom der kun kan indberettes om personer med tilknytning til virksomheden²⁶. Dernæst bl.a. at indberetning kan ske ”*hvor der er tale om alvorlige forseelser – eller mistanke herom – der kan få betydning for virksomheden som helhed, eller som kan have afgørende betydning for enkeltpersoners liv eller helbred.*”. Som eksempler nævnes alvorlig økonomisk kriminalitet, miljøforurening, alvorlige brud på arbejdssikkerheden samt alvorlige forhold som f.eks. vold og sexchikane rettet mod en ansat. Dertil kommer forhold som er omfattet af den amerikanske Sarbannes Oxley Act, hvilket primært vil sige uregelmæssigheder inden for regnskabsføring og revision.

Mindre alvorlige forseelser kan derimod ikke indberettes og afgrænses negativt med eksempelvis mobning, samarbejdsvanskeligheder, inkompetence m.fl., som henvises til de ”*normale kommunikationsveje*”. Datatilsynets standardblanketter er dog netop kun standardblanketter, og en de facto whistleblowerordning kan

²⁵ Datatilsynets standardanmeldelsesblanketter (WB1 og WB2 fra datatilsynet.dk)

²⁶ F.eks. ansatte, bestyrelsesmedlemmer, revisorer, leverandører, kunder m.fl.

tænkes at antage andre former med eller uden Datatilsynets formelle godkendelse, og whistleblowing vil definitorisk også kunne finde sted uden for en formel ordning såvel internt som eksternt.

Med Datatilsynets henvisning af visse ansættelsesretlige tvister til de ”normale kommunikationsveje” indikeres en kvalitativ sondring. Sondringen understreger at whistleblowing ikke er et hverdagsfænomen, men et ekstraordinært middel for lønmodtageren til at rette opmærksomhed mod et givent forhold²⁷. I overensstemmelse med den sproglige forståelse vil whistleblowing som udgangspunkt være forbeholdt alvorlige forhold og først finde anvendelse, når gængse midler til kommunikation og problemløsning på arbejdspladsen er udtømt jf. nærmere i afsnit 3.2.1. om lønmodtagerens loyalitetspligt.

2.2.3. Intern og ekstern whistleblowing

Whistleblowing efter en decideret ordning, hvad enten den har afsæt i Corporate Governance eller lignende ideelle overvejelser, vil typisk vedrøre intern whistleblowing.²⁸ Der vil være tale om en formel og organiseret intern ordning, som er aktivt og bevidst etableret med henblik på at fremme eller i det mindste systematisere lønmodtagerens whistleblowing.²⁹ En intern whistleblowerordning kan være etableret frivilligt på administrativt grundlag inden for både den private³⁰ og offentlige sektor³¹ eller med hjemmel i lovgivning, men indebærer under alle omstændigheder at et selskabs eller en myndigheds ledelse aktivt har taget stilling hertil og formodentlig har gjort sig nogle overvejelser om hvordan denne skal administreres, hvilket formål, den tjener, og hvem og hvilke forhold den skal omfatte. Intern whistleblowing kan imidlertid også finde sted uden for en formel ordning.

Ekstern whistleblowing dækker over de situationer, hvor der foretages whistleblowing af og/eller til parter uden for selskabet som f.eks. journalister, revisorer eller myndigheder. Ekstern whistleblowing forstået som en insiders særlige ytring til en ekstern part udgør endvidere en mere traditionel forståelse af begrebet whistleblowing³².

Man må have for øje, at sondringen mellem intern og ekstern whistleblowing efter omstændighederne kan have betydning, jf. nedenfor i afsnit 3.2.1.2. Retlig regulering vil også forudsætte og indebære, at der er tale om en decideret formaliseret ordning for whistleblowing jf. straks nedenfor.

2.3. Regulering af whistleblowing

Uanset hvilken form whistleblowing antager, indebærer whistleblowing at lønmodtageren indtræder i en rolle som kontrolfunktion i relation til arbejdsgiveren og dennes virke. Dette gælder hvad enten der er tale om intern eller ekstern whistleblowing, om det sker efter en decideret ordning eller ej eller om det sker i et privat selskab eller i en offentlig myndighed. Denne involvering rejser spørgsmålet om hvorvidt og i hvilket omfang whistleblowing reguleres fra en lønmodtagervinkel.

Deciderede ordninger som sigter til at kontrollere lønmodtageren fordrer i såvel det offentlige som i det private krav om saglighed og proportionalitet i deres udformning og virke for overhovedet at være legitime.

²⁷ Samme sondring er et gennemgående træk ved de af betækningsudvalget undersøgte whistleblowerordninger, da de fleste af disse er ”udtrykkeligt afgrænset nedadgående”, jf. Betænkning 1553/2015 afsnit 6.1., s. 277.

²⁸ Om end en formaliseret whistleblowerordning ligeledes kan facilitere whistleblowing til eksterne parter – se afsnit 2.3. med underafsnit

²⁹ Hanne S. Birkmose: Whistleblower-ordninger, afsnit 2, s. 53

³⁰ Dette vil f.eks. være tilfældet for whistleblowerordninger etableret under Corporate Governance eftersom disse som udgangspunkt ikke lovreguleres, jf. ovenfor i afsnit 2.1. og nedenfor i afsnit 2.3.1.

³¹ Frivillige whistleblowerordninger findes også i det offentlige jf. Betænkning 1553/2015, afsnit 2.4.1., s. 44ff.

³² Martin Gräs Lind: Whistleblowing i kontekst, afsnit 1, s. 317

Dette følger af såvel arbejdsretlige som forvaltningsretlige principper³³ og må således også gælde i ordninger, hvor det er lønmodtageren selv, der pålægges at kontrollere.

I forhold til hvad der findes af formel regulering, kan der fra en lønmodtagervinkel sondres mellem: (1) regulering som faciliterer whistleblowing og (2) ansættelsesretlige beskyttelsesregler ved whistleblowing. Ved (1) forstås hvem-, hvad-, og hvordan-regler som faciliterer whistleblowing i en mere eller mindre formel ramme. Herunder falder særlige procedure- og forholdsregler samt omfanget af selve whistleblowerordningen. Ved (2) forstås regulering til sikring af whistleblowerens ansættelsesretlige forhold. Herunder falder særlig ansættelsesretlig beskyttelse samt regler til sikring af den ansattes personlige integritet.

2.3.1. Selskabsretten

Selskabsrettens primære retsgrundlag findes i SEL og ÅRL om end whistleblowing ikke nævnes i lovene. Spørgsmålet er om, og i hvilket omfang, den selskabsretlige regulering forpligter selskaberne i relation til de ansattes whistleblowing.

Det kan diskuteres hvorvidt anbefalinger, og øvrige soft law instrumenter som kan henføres til Corporate Governance, jf. ovenfor i afsnit 2.1., er retliggjort i en grad der skaber forpligtelser for selskaberne, og i så fald hvorvidt disse kan udstrækkes til ansattes whistleblowing. En sådan diskussion falder uden for denne opgaves formål, men det skal nævnes at Hanne S. Birkemose har påpeget en indirekte sammenhæng mellem whistleblowing og CSR som udtrykt i ÅRL § 99a og dennes pligt for selskaber til at redegøre for selskabets samfundsansvar³⁴.

Reglen i ÅRL § 99a er alene et krav om rapportering af selskabets CSR-politikker og herunder eventuelle whistleblowerordninger, hvilket betyder at selskaberne er forpligtet til at gøre sig visse overvejelser herom på øverste ledelsesplan. Af bestemmelsen følger ikke nogen pligt til udarbejde politikker af den nævnte karakter, og Hanne S. Birkemose konkluderede at ÅRL § 99a ikke omfatter nogle forpligtelser i relation til whistleblowing, og at det efter bestemmelsens forarbejder alene er hensigten at tilskynde selskaberne til at forholde sig til CSR uden konkret at styre selskabernes adfærd.³⁵ Det er op til selskaberne selv at vælge om, og hvordan de vil arbejde med CSR.

SEL indeholder regler om risikostyring, hvorefter den øverste ledelse er forpligtet til ”at påse”, at der er etableret de fornødne procedurer for risikostyring og interne kontroller, jf. SEL §§ 115, nr. 2 og 116, nr. 2. SEL’s regler om risikostyring skal ses i relation til udviklingen inden for Corporate Governance, hvorfor disse regler i stigende grad også omfatter risikostyring i en bredere forstand. Om en whistleblowerordning konkret kan være en nødvendig procedure i relation til risikostyring og intern kontrol må bero på de konkrete omstændigheder. En pligt ifølge SEL til ”at påse” statuerer en vis handlepligt, som kan efterprøves retligt³⁶, men nogen positiv forpligtelse i forhold til whistleblowing som en del af selskabets risikostyring er der på ingen måde ikke tale om.

Det må konstateres at SEL og ÅRL ikke retligt forpligter selskaberne i relation til whistleblowing. Så meget desto mindre kan selskabsretten siges at regulere forholdene for selskabernes medarbejdere såfremt de foretager whistleblowing³⁷.

³³ Ole Hasselbalch: Arbejdsret II s. 1499ff og ligeledes Martin Gräs Lind: Whistleblowing i kontekst, afsnit 4.1, s. 324. Hertil Forvaltningsret – almindelige emner s. 222ff om de forvaltningsretlige retsgrundsætninger som forudsætning for traditionel myndighedsudøvelse

³⁴ Hanne S. Birkemose: Whistleblowerordninger, afsnit 3.2, s. 55

³⁵ Hanne S. Birkemose: Whistleblowerordninger, afsnit 7, s. 71 Konklusion

³⁶ Paul Krüger Andersen: Aktie og anpartsselskabsret s. 511

³⁷ Hermed ikke sagt at der ikke konkret kan findes udførlige regler og vejledninger herom ude i virksomhederne, jf. nærmere herom nedenfor i afsnit 4.4.2.

2.3.2. Datatilsynet

Som nævnt ovenfor beskæftiger Datatilsynet sig med whistleblowing. Deciderede whistleblowerordninger skal anmeldes i overensstemmelse med PDL kapitel 12 og 13 for henholdsvis private selskaber og offentlige myndigheder. Således skal enhver ordning i et selskab eller myndighed med personaleadministration anmeldes, godkendes og registreres hos Datatilsynet³⁸. Anmeldelsesordningen har to primære formål: Dels at sikre fornøden kontrol med og dels åbenhed om etablerede og anmeldte whistleblowerordninger³⁹. Formålet med kontrollen er selvsagt at sikre overholdelse af reglerne i PDL, som i relation til indberetninger ved whistleblowing særligt omfatter sikkerhedsregler vedr. indsamling, behandling og videre håndtering af indberetninger, samt regler om oplysningspligt i forhold til de involverede parter og i det hele taget overholdelse af reglerne om god databehandlingskik, jf. PDL § 5, stk. 1.

Persondataretlig integritetsbeskyttelse ved whistleblowing er en væsentlig del af lønmodtagerens ansættelsesretlige beskyttelse,⁴⁰ men skal ikke behandles nærmere.

Datatilsynets vejledning om whistleblowing kan desuden anses som det nærmeste en formel anvisning til den praktiske udformning af deciderede whistleblowerordninger uanset om disse etableres på lovmæssigt⁴¹ eller administrativt grundlag. Via Datatilsynets standardblanketter⁴² til anmeldelse af whistleblowerordninger angives bl.a. formålet med ordningen, hvem ordningen omfatter, hvilke typer af oplysninger, der behandles, og hvordan de skal behandles.

2.3.3. Finanssektoren

Ved implementeringen af CRD IV direktivet⁴³ i dansk ret blev ansatte i finanssektoren omfattet af et krav om lovbestemte whistleblowerordninger og ansættelsesretlig beskyttelse ved whistleblowing. CRD IV direktivet udgør sammen med CRR forordningen⁴⁴ det EU-retlige fundament for regulering af kreditinstitutter og investeringselskaber. Hovedområdet for reglerne er at skærpe kapitalkravene til disse selskaber og at indføre regler til styrkelse af deres ledelse og tilsyn. Bestemmelsen i direktivets art. 71 om ”Indberetning af overtrædelser” omfatter en pligt for de kompetente myndigheder i medlemsstaterne til at sikre mekanismer, som tilskynder til indberetning af potentielle eller faktiske overtrædelser af de nationale regler der implementerer direktivet og forordningen, jf. art. 71, stk. 1. Reglen indebærer dels et krav om procedurer for intern indberetning af overtrædelser gennem en særlig uafhængig og selvstændig kanal, jf. art. 71, stk. 3, dels en pligt til som minimum at sikre indberettende ansatte mod gengældelse, forskelsbehandling og anden uretfærdig behandling i form af passende beskyttelse, jf. art. 71, stk. 2, litra b.

Direktivet og forordningen er implementeret i dansk ret ved lov om ændring af LFV, VPHL m.fl.⁴⁵, som alle hermed har fået tilføjet mere eller mindre enslydende bestemmelser om adgang for de ansatte til at foretage whistleblowing via en intern ordning. Hertil kan der, under fuld anonymitet i henhold til direktivets art. 71, stk. 2, litra d, indberettes overtrædelser eller potentielle overtrædelser af den finansielle regulering, jf. f.eks. LFV § 75a. Udover interne ordninger er der tillige indført en ordning, hvor de samme overtrædelser kan indberettes direkte til Finanstilsynet. Den danske implementeringslov omfatter hele finanssektoren og alle finansielle virksomheder, hvorfor området for whistleblowerordninger omfatter en større skare af lønmodta-

³⁸ Betænkning 1553/2015, afsnit 6.4.6., s. 363f. Ligeledes Datatilsynet.dk om whistleblowerordninger med undersider

³⁹ Mai-Britt Søndberg og Svend Winther: Whistleblowerordninger, afsnit 4.6 Anmeldelse og tilladelse

⁴⁰ Nærmere om integritetsbeskyttelsen – Martin Gräs Lind: Medarbejderes integritetsbeskyttelse

⁴¹ F.eks. giver de i 2.3.3. nævnte regler om whistleblowing i den finansielle sektor kun i begrænset omfang retningsgivende anvisninger herom, jf. Betænkning 1553/2015, afsnit 6.1., s. 276

⁴² Datatilsynets standardanmeldelsesblanketter (WB1 og WB2) pkt. 4.

⁴³ Direktiv 36/2013 om adgang til at udøve virksomhed som kreditinstitut m.v.

⁴⁴ Forordning 575/2013 om reguleringskrav for kreditinstitutter og investeringselskaber

⁴⁵ Ændringslov nr. 268 af 25/3 2014

gere end direktivet kræver⁴⁶, og der sondres ikke mellem private virksomheder eller offentlige institutioner. Sammen med adgangen til en obligatorisk whistleblowerordning er der i de pågældende love indført bestemmelser om beskyttelse af ansatte, der indberetter hertil. Beskyttelsen omfatter et forbud mod ufordelagtig behandling eller ufordelagtige følger på baggrund af indberetning til en af ovennævnte obligatoriske ordninger, jf. f.eks. LFV § 75b, stk. 1⁴⁷. Som eksempler på krænkelse nævnes repressalier, diskrimination eller anden uretfærdig behandling, og en krænkelse af den ansatte kan medføre tildeling af en godtgørelse, jf. f.eks. LFV § 75b, stk. 2.

Det bemærkes, at der ikke er indført særlige regler om bevisbyrde i krænkelsestilfælde trods bestemmelsens lighed med anden præceptiv ansættelsesretlig diskriminationslovgivning og referencen til lov om ligebehandling af mænd og kvinder i forhold til godtgørelsesudmålingen.⁴⁸ Der er altså tale om sædvanlig, ligefrem bevisbyrde, hvor det er lønmodtageren, der skal løfte bevisbyrden for, at en ufordelagtig behandling eller ufordelagtige følger skyldes en forudgående indberetning under den finansielle whistleblowerordning.

Implementeringen af CRD IV direktivet i LFV, VPHL m.fl. udgør en væsentlig retlig konkretisering af obligatorisk adgang til whistleblowing og whistlebloweres ansættelsesretlige stilling jf. nærmere i afsnit 5.2. Beskyttelsen er forbeholdt ansatte i den finansielle sektor og indberetninger om overtrædelse eller potentiel overtrædelse af den finansielle regulering til de dertil etablerede whistleblowerordninger.

2.3.4. Offentlige tilsyn

Inden for en række speciallove findes regler til facilitering af indberetninger om uretmæssige forhold på områder underlagt offentligt tilsyn. De pågældende ordninger er gennemgående karakteriseret ved at være oprettet hos tilsynsmyndigheden og ved at omfatte en større kreds af personer end blot ansatte.⁴⁹ De indberettende personer kan vælge at være anonyme, og reglerne sikrer de indberettende personers fortrolighed gennem en særlig tavshedspligt vedr. de indberettede forhold⁵⁰.

Inden for den civile luftfart findes i Luftfartsloven en regel, der sikrer et obligatorisk indberetningssystem, hvor personer med tilknytning til luftfarten kan indberette ”om driftsforstyrrelser og andre irregulære forhold af betydning for flyvesikkerheden” til Trafikstyrelsen, jf. lovens § 89b, stk. 1.

Offshoresikkerhedsloven har en lignende bestemmelse, hvor det tilkommer tilsynsmyndigheden for offshoreindustrien at etablere en ordning for fortrolig indberetning til denne ”vedrørende sikkerheds- og sundhedsmæssige problemer i forbindelse med offshore olie- og gasaktiviteter”, jf. lovens § 63a, stk. 2. Tilsynsmyndigheden er Arbejdstilsynet og bestemmelsen er ændret i sommeren 2015 med implementeringen af et offshoresikkerhedsdirektiv som har til formål at forebygge større ulykker ved offshoreaktiviteter og begrænse konsekvenserne heraf, såfremt de sker.⁵¹

⁴⁶ Jf. Bemærkninger til Lovforslag nr. 133 af 7/2 2014, afsnit 2.7.4.3, s. 68 hvorefter kravet om etablering af whistleblowerordninger udstrækkes til alle virksomheder under Finanstilsynets tilsyn for at sikre ensartet regulering og for at imødekomme forventet yderligere direktivbaseret regulering af den finansielle sektor.

⁴⁷ Jf. Bemærkninger til lovforslag nr. 133 af 7/2 2014, afsnit 2.7.5, s. 69

⁴⁸ Jf. Bemærkninger til Lovforslag nr. 133 af 7/2 2014, afsnit 2.7.5.3, s. 70 hvorefter en krænkelse af ansatte skal kunne tildeles en godtgørelse, som skal fastsættes med udgangspunkt i praksis efter Ligebehandlingslovens § 16, stk. 3. Det understreges i bemærkningerne, at bestemmelsen om godtgørelse er en nyskabelse på det finansielle område, men velkendt inden for det arbejdsretlige system.

⁴⁹ Lønmodtagere vil dog i sagens natur være nærmest til at afdække de problematiske forhold i kraft af deres viden.

⁵⁰ Luftfartslovens § 89b, stk. 2, Offshoresikkerhedslovens § 63a, stk. 3 og Socialtilsynslovens § 11, stk. 3. S 3.2.2. med underafsnit om den almindelige tavshedspligt.

⁵¹ Direktivet og de deraf følgende ændringer i den danske lovgivning er blevet til efter oliespildet i den mexicanske golf i 2010, jf. Arbejdstilsynet.dk (2015)

I Socialtilsynsloven findes en regel som kræver at socialtilsynene har en kontaktordning, hvor bl.a. ansatte kan henvende sig anonymt ”om bekymrende forhold i tilbuddet”, jf. lovens § 11, stk. 1. Formålet med loven, jf. § 1, er at sikre, at borgerne ydes en indsats i overensstemmelse med formålet i Serviceloven med hensyn til offentlige og private tilbud efter denne lov.

Der er tale om nogenlunde enslydende regelsæt inden for juridisk meget forskellige områder, hvor ansatte kan indberette kritisable forhold. Om end de forskellige bestemmelser ikke anvender ordet whistleblowing,⁵² er det ikke svært at drage paralleller til de synspunkter og hensyn, der ligger til baggrund for whistleblowing i en ideel sammenhæng.

2.4. Opsummering

Whistleblowing er et overordnet begreb som bredt dækker over den situation, at en lønmodtager påtager sig rollen som kontrollør over for arbejdsgiverens uretmæssige handlinger. Som nævnt indledningsvist skal whistleblowing konkret i denne afhandlings kontekst anses som det, at en medarbejder retter ledelsens opmærksomhed mod en tilstand som synes uretmæssig. Efter en indkredsning af begrebet kan denne formulering præciseres. Formuleringen dækker således over, at der af medarbejderen eller på dennes foranledning i selskabet, privat såvel som offentligt, og kommercielt såvel som politisk, aktivt rettes opmærksomhed, internt såvel som eksternt, mod en tilstand, ulovlig som lovlige, hvis den af medarbejderen subjektivt og i god tro opfattes som værende uretmæssig. Det er denne forståelse, som vil ligge bag terminologien whistleblowing i bred forstand, og er gennemgående i afhandlingen med mindre andet fremgår konkret.

Fra en lønmodtagervinkel er der tale om et løst reguleret område. Dels er reguleringen i en Corporate Governance sammenhæng præget af selvregulering og frivillighed.⁵³ Dels er de formelle regler, der findes på området, for en umiddelbar betragtning overordnet mere båret af ideelle mål om, at lønmodtageren via facilitering af whistleblowerordninger skal inddrages i at varetage overordnede samfundsmæssige og forretningsmæssige hensyn. Praktikken herom og lønmodtagerens ansættelsesretlige forhold reguleres i mindre grad, og med undtagelse af den direktivbaserede lovgivning gældende for ansatte i den finansielle sektor findes der ikke lovregler, som arbejdsretligt regulerer ansattes whistleblowing.

Det bemærkes, at den sparsomme arbejdsretlige regulering og de sparsomme formelle regler til facilitering af whistleblowing, der trods alt findes, er af nyere dato. Sammenholdes dette med udviklingen inden for Corporate Governance på det private område jf. afsnit 2.1 og det offentliges stigende fokus på whistleblowerordninger på administrativt grundlag, anes en øget generel samfundsmæssig tendens til at lønmodtagere aktivt søges inddraget i whistleblowerrollen.

I en Corporate Governance sammenhæng er det primært privatansatte lønmodtagere i større selskaber, der vil optræde som whistleblowere. Men problematikken omkring ansattes whistleblowing kan ikke begrænses til selskaber af en bestemt størrelse eller type, om end en nedre grænse følger af såvel den sproglige som begrebsmæssige definition. Begrebsmæssigt er der heller ingen grund til at reservere problematikken til ansatte i private selskaber. Behovet for, og motivationen til, at en offentligt ansat i f.eks. forvaltningsorganer, offentlige selskaber o.l. foretager whistleblowing ved konstaterede uretmæssigheder, er båret af de samme hensyn og lignende ideelle overvejelser. Whistleblowing i den forstand at en lønmodtager bringer ulovlige, uetiske eller i øvrigt kritisable forhold frem i dagens lys, kan foregå inden for alle typer af selskaber, organisationer, foreninger og offentlige institutioner.

⁵² Det bemærkes at Socialtilsynene under regionerne anvender betegnelsen whistleblower i forbindelse med de ordninger som er etableret i henhold til § 11 i lov om socialtilsyn – se f.eks. for Region Hovedstaden: Socialtilsyn.frederiksberg.dk (2015)

⁵³ Hvad end der måtte findes af interne regler og vejledninger, er der en række juridiske usikkerheder forbundet hermed jf. nærmere i afsnit 4.4.2.

Problemet med whistleblowing er de implikationer, som opstår, når ansatte finder det nødvendigt at foretage whistleblowing, uanset om det er efter en decideret ordning eller ej. Det forhold, at en lønmodtager på én gang indgår i et traditionelt ansættelsesforhold med arbejdsgiveren og samtidig indtager en mere ideel rolle som kontrolorgan over for selv samme arbejdsgiver, giver anledning til en tilstand med krydsende interesser og hensyn.

En lønmodtager, som siger fra over for arbejdsgiveren vil være bundet af en loyalitetspligt over for denne qua ansættelsesforholdet.⁵⁴ Dertil kommer yderligere begrænsninger i lønmodtagerens ret til at tale frit. Det kan f.eks. være i form af lovbestemt tavshedspligt, som lønmodtageren eventuelt tilsidesætter ved at oplyse om eller viderebringe bestemte oplysninger. I relation til ansættelsesforholdet er det med andre ord i krydsfeltet mellem lønmodtagerens ret til at ytre sig frit og lønmodtagerens brede forpligtelser over for arbejdsgiveren, at whistleblowing befinder sig. Dette gælder hvad enten der er tale om en privat eller offentligt ansat lønmodtager

Kapitel 3 – Lønmodtagerens ytringsfrihed

Ytringsfrihed som overordnet begreb har fyldt meget i den offentlige bevidsthed de seneste årtier. GRL og EMRK udgør det primære retsgrundlag for borgernes ytringsfrihed, men selvom ytringsfrihed således er en grundlæggende rettighed er grænsen herfor ikke altid klar. Lønmodtagerens ytringsfrihed begrænses, som nævnt ovenfor, af en implicit loyalitetspligt over for arbejdsgiveren og efter omstændighederne, herunder ansættelsestype, af lovbestemte regler om tavshedspligt eller indskrænkninger i øvrigt.

Spørgsmålet om en ytrings tilladelighed rummer undertiden en ekstra dimension i form af hensynet til en bredere offentlig interesse over for hensynet til henholdsvis arbejdsgiverens og lønmodtagerens interesser⁵⁵. Især hvor en lønmodtager som whistleblower indtræder i en kontrolfunktion og afslører uretmæssige forhold uanset om det er efter en decideret ordning eller ej. Hvad enten kritiske ytringer er udtryk for whistleblowing eller ej, bliver grænsen for ytringsfriheden såre konkret i det øjeblik, ytringerne får negative konsekvenser for ansættelsesforholdet.

I de følgende afsnit vil jeg nærmere belyse retsgrundlaget og praksis vedr. lønmodtageres ytringsfrihed – herunder retten til at kritisere og afsløre uretmæssige forhold.

3.1. Den ideelle ramme for lønmodtagerens ytringsfrihed

Ytringsfrihed som rettighed er en grundlæggende forudsætning for det demokratiske samfund som kendetegner Danmark og Vesten. Ole Hasselbalch betragter ytringsfriheden, forstået som retten til at frembringe fakta samt meninger herom, som det nødvendige fundament for demokratiet og dermed det udviklede samfund opnået gennem demokratiets åbenhed⁵⁶. Samme betragtning har fundet vej til Betænkning 1553/2015⁵⁷. Den demokratiske samfundsmodel opstilles ideelt som modpol over for det totalitære samfund uden nærmere argumentation for og imod hver samfundstype. Således er de vestlige demokratier bygget på en ideel forudsætning om, at alt er til debat, og at fri udveksling af meninger og fakta er essentielt for udviklingen i de demokratiske samfund. I relation til whistleblowing kan det hævdes, at det alene giver mening overhovedet at tale om whistleblowing, hvis man anerkender at en lønmodtager, som enhver anden borger, har en stemme i samfundet og ikke mindst en ret til at bruge denne stemme.

⁵⁴ Nærmere om loyalitetspligten i afsnit 3.2.1. med underafsnit

⁵⁵ Ole Hasselbalch: Arbejdsret II s. 843f

⁵⁶ Ole Hasselbalch: Ytringsfrihed, ansættelse og retssystemets grænser, afsnit I, 1, ”Det nødvendige fundament”, s. 4

⁵⁷ Betænkning 1553/2015 kapitel 4.1, ”Hensynet til offentlige debat og demokratiet”, s. 182

Mens det ideelle demokratiske udgangspunkt er en fri og uindskrænket ytringsfrihed, begrænses lønmodtagerens ytringsfrihed. Dels af en generel loyalitetspligt over for arbejdsgiveren, som følger af det obligationsretlige forhold mellem parterne. Der er tale om en gensidig pligt til på saglig vis at tage hensyn til modparten,⁵⁸ hvor den ene parts overskridelse efter omstændighederne vil udgøre sanktionsberettigende mislighold. Dels af materielle regler, som er vedtaget inden for rammerne af demokratiet af hensyn til samfundets orden og effektivitet. Lønmodtagere vil således undertiden være begrænset af regler om tavshedspligt jf. nedenfor i afsnit 3.2.2. Hermed kommer disse begrænsninger til at udgøre en yderste grænse for hvor langt ytringsfriheden kan strækkes.

Whistleblowing vil under alle omstændigheder være udtryk for at en lønmodtager i en given sammenhæng ytrer sig om et bestemt faktisk forhold gennem oplysning om eller videregivelse af faktiske oplysninger. Hertil kommer en mere eller mindre åbenlys meningstilkendegivelse, da vedkommende grundlæggende må have en subjektiv opfattelse af at forholdet er uretmæssigt. Dette giver anledning til en afvejning af lønmodtagerens og arbejdsgiverens interesser over for en række mere overordnede og ideelle hensyn. Der er ikke tale om en ganske ny problemstilling i forhold til hverken private⁵⁹ eller offentligt ansatte lønmodtagere⁶⁰.

3.1.1. GRL § 77

GRL's bestemmelse om ytringsfrihed findes i § 77, og bestemmelsen lyder: *"Enhver er berettiget til på tryk, i skrift og tale at offentliggøre sine tanker, dog under ansvar for domstolene. Censur og andre forebyggende foranstaltninger kan ingensinde på ny indføres."* Bestemmelsen er kortfattet og snarere et udtryk for en bagvedliggende ideologi og politisk hensigtserklæring, end fastlæggelse af en fast retsregel til sikker håndhævelse. GRL § 77 om ytringsfrihed er ingen undtagelse. Fortolkningen af bestemmelsen, og hermed udstrækningen af den retlige beskyttelse af ytringsfriheden, diskuteres statsforfatningsretligt.

Beskyttelsen omfatter efter sin ordlyd retten til at offentliggøre sine tanker på tryk, i skrift og tale. Formuleringen "sine tanker" begrænser ikke omfattede ytringer til subjektive holdninger, men omfatter enhver type af tilkendegivelser af såvel faktisk som fiktiv karakter.⁶¹ På samme måde begrænses mediet ikke til tryk, skrift eller tale, idet denne passage efter en formålsfortolkning omfatter alle former for ytringer uanset meddelelsesform.⁶²

Efter ordlyden af bestemmelsen omfattes "enhver" af den grundlovssikrede beskyttelse, hvorfor der principielt ikke er adgang til at begrænse kredsen af beskyttede personer.⁶³ Under "enhver" falder følgelig lønmodtagere i bred forstand. GRL's historiske ophav i overgangen fra enevælde til demokrati og fremkomsten af borgerrettigheder i kølvandet af den franske revolution har rejst spørgsmålet om bestemmelsens horisontale virkning. Hermed forstås dens udstrækning i private retsforhold og således private ansættelsesforhold kontra den historiske vertikale virkning forstået som beskyttelse af individet mod statsmagten og dermed ansatte i offentlig tjeneste. Spørgsmålet er i høj grad teoretisk. På baggrund af en række teoretiske overvejelser er det

⁵⁸ Ole Hasselbalch: Arbejdsret II s. 845

⁵⁹ Henrik Zahle behandlede særligt privatansattes "kritikret" i Henrik Zahle: Ytringsfrihed for privat ansatte

⁶⁰ Offentligt ansattes ytringsfrihed og kritikret er særligt blevet behandlet af Folketingets Ombudsmand og spørgsmålet har været emne for betænkninger. Se nedenfor under afsnit 3.2.1.1. og afsnit 5.1.1.

⁶¹ Henrik Zahle: Danmarks riges grundlov s. 428

⁶² Peter Germer: Statsforfatningsret s. 382f

⁶³ Peter Germer: Statsforfatningsret s. 386, hvilket også er den betragtning som kommer til udtryk i Betænkning 1553/2015 afsnit 3.1.1. s. 67

ifølge Henrik Zahle ikke et spørgsmål, om den grundlovssikrede ytringsfrihed som grundlæggende rettighed har horisontal virkning, men *hvorledes*,⁶⁴ jf. straks nedenfor.

3.1.1.1. Formel og materiel ytringsfrihed

Der sondres traditionelt mellem formel og materiel ytringsfrihed. Den formelle ytringsfrihed vedrører retten til at ytre sig uden forudgående begrænsninger og fremgår af bestemmelsens 2. pkt., hvorefter censur og andre forebyggende forholdsregler mod ytringer er forbudt. En lønmodtager kan således ikke pålægges forudgående begrænsninger i sin ret til at ytre sig som privatperson.

For offentligt ansatte er dette princip i høj grad fastslået gennem Folketingets Ombudsmands praksis f.eks. FOB 1982.199, hvor ombudsmanden udtalte at censurforbuddet i GRL § 77 også gælder for udtalelser, som offentligt ansatte fremsætter på egne vegne. Desuden udtaltes at der end ikke ved lov kan indføres ordninger, som forpligter de ansatte til på nogen måde at indhente forudgående accept inden offentliggørelse af et debatindlæg. Samme henvisning til censurforbuddet i GRL § 77 er for nyligt kommet til udtryk i FOB 2014.12, hvor ombudsmanden fandt det kritisabelt, at en medarbejder ved Danmarks Radio, efter offentliggørelsen af en religionskritisk kronik, var blevet pålagt fremover at indhente sin leders godkendelse, såfremt han ville foretage sig noget lignende. Derudover havde vedkommende fået en tjenstlig påtale, hvorfor sagen også vedrørte den materielle ytringsfrihed.⁶⁵

For privatansatte er spørgsmålet om den formelle ytringsfrihed mere uklart. Hensynet til den private arbejdsgiver, tilsiger at denne i højere grad kan have en berettiget interesse i at begrænse lønmodtagerens frie ret til at ytre sig som privatperson, jf. nedenfor under afsnit 3.2.1. Zahle behandlede spørgsmålet om lønmodtagerens formelle såvel som materielle ytringsfrihed som en samlet interesseafvejning mellem hensynene til lønmodtageren, arbejdsgiveren og eventuelle samfundsmæssige interesser, hvilket også er Ole Hasselbalchs tilgang⁶⁶.

Spørgsmålet om ytringsfrihedens udstrækning bliver herefter en afvejning af krydsende hensyn, hvor ”*Den privatansattes ytringsfrihed må afstemmes efter virksomhedens interesser, men også efter den individuelle – menneskeretlige – interesse i at ytre sig og den samfundsmæssige interesse for en kyndig og åben debat*”.⁶⁷ Udstrækningen af den privatansattes formelle ytringsfrihed vil således bero på en konkret vurdering og hensynsafvejning, om end det overordnede princip ligger fast.

Den materielle ytringsfrihed vedrører retten til at ytre sig uden efterfølgende sanktioner og følger ikke på samme måde af bestemmelsen i GRL. Tværtimod begrænser ordene ”*dog under ansvar for domstolene*” ytringsfriheden, idet der ikke er tale om en ubetinget ret til at ytre sig. Der er således flere eksempler på lovregulerede indgreb i den materielle ytringsfrihed. F.eks. STRFL’s kapitel 27 om freds- og æreskrænkelser. Dertil kommer en række skrevne såvel som uskrevne begrænsninger i lønmodtagerens ytringsfrihed, jf. nærmere i afsnit 3.2.

Det fremgår, at den materielle ytringsfrihed i GRL § 77 er mere indskrænket.⁶⁸ Peter Germer har påpeget, at det i den historiske kontekst ikke har været grundlovsgivernes hensigt alene at sikre den formelle ytrings-

⁶⁴ Henrik Zahle: Ytringsfrihed for privat ansatte, afsnit 6, s. 367. De samme teoretiske overvejelser gør sig gældende i relation til EMRK og dennes art. 10 om ytringsfrihed

⁶⁵ Ombudsmanden anerkendte visse begrænsninger i medarbejdernes materielle ytringsfrihed af hensyn til DR’s saglighed og upartiskhed.

⁶⁶ Ole Hasselbalch: Ytringsfrihed, ansættelse og retssystemets grænser, afsnit III, 1.4, s. 13f

⁶⁷ Henrik Zahle: Ytringsfrihed for privat ansatte, afsnit 9, s. 369

⁶⁸ Synspunktet om at GRL’s § 77 ikke yder en fuldstændig materiel beskyttelse af ytringer kommer tillige til udtryk i Betænkning 1553/2015, afsnit 3.1.1. s. 67

hed.⁶⁹ Man bør derfor acceptere en grundsætning om uindskrænket ytringsfrihed vedr. offentlige anliggender, hvis man skal tale om Danmark som demokratisk foregangsland⁷⁰. Synspunktet indebærer en forkastelse af interesseafvejningssynspunktet, som ellers har tilslutning i praksis⁷¹, med henvisning til, at den materielle rækkevidde af § 77 bør fastlægges ud fra faste, principielle synspunkter. En videre statsforfatningsretlig analyse af ytringsfrihed, jf. GRL falder uden for formålet med denne afhandling. Det skal her blot konstateres at den materielle ytringsfrihed ikke er ubetinget beskyttet.

3.1.2. EMRK art. 10

EMRK udgør et katalog af grundlæggende menneske- og frihedsrettigheder, som de kontraherende stater er forpligtet til sikre deres borgere. Med hensyn til ytringsfrihed som grundlæggende frihedsrettighed har konventionens bestemmelse på det ideologiske plan meget til fælles med GRL.

EMRK blev inkorporeret i dansk lovgivning i 1992⁷², om end erklæringen har udgjort en væsentlig retskilde inden da⁷³. Sager om rettigheder efter konventionen og krænkelse heraf kan rejses direkte ved de danske domstole eller ved EMD.

EMRK Art. 10 udgør bestemmelsen om ytringsfrihed og fastslår indledningsvist, at ”*Enhver har ret til ytringsfrihed*”, jf. stk. 1, 1. pkt. Principielt giver denne formulering ikke umiddelbart anledning til en sondring mellem offentligt og privat ansatte. Spørgsmålet om horisontal virkning trænger sig dog på henset til, at det er de kontraherende stater, der er pligtsubjekter i forhold til rettighederne efter konventionen, jf. art. 1.⁷⁴ EMD’s praksis har fastslået en vis horisontal virkning⁷⁵.

Efter EMRK art. 10, stk. 1 omfatter ytringsfriheden retten til meningsfrihed og frihed til at modtage eller meddele oplysninger og tanker, hvilket går videre end ytringsfrihedsbestemmelsen i GRL. Det antages i Betænkning 1553/2015 at EMRK art. 10 i højere grad end GRL beskytter både den formelle og materielle ytringsfrihed.⁷⁶ Ytringsfrihed skal forstås i bred forstand i relation til både form og indhold.⁷⁷

Ytringsfrihedsbestemmelsen i EMRK er dog ikke ubetinget, og art. 10 stk. 2 begrænser ytringsfriheden med henvisning til, at ytringsfrihed medfører pligter og ansvar. Herefter gælder det, at der kan ske indskrænkninger i form af legitime indgreb, hvis disse 1) er foreskrevet ved lov, 2) varetager et legitimt formål som er opremset i bestemmelsen og 3) er nødvendige i et demokratisk samfund.

Den første af de tre kumulative betingelser betingelse tilsikrer, at indgrebet er i overensstemmelse med et almindeligt legalitetsprincip, mens den anden betingelse positivt afgrænser hvilke hensyn, der kan begrunde en indskrænkning i ytringsfriheden, om end hensynene har en bred skønmæssig karakter. Den tredje betingelse om nødvendighed i et demokratisk samfund fordrer i sig selv et skøn. Der lægges hermed i hvert tilfæl-

⁶⁹ Peter Germer: Statsforfatningsret s. 368ff

⁷⁰ Peter Germer: Statsforfatningsret s. 378 inkl. note 35 og henvisning til Ytringsfrihedens væsen af samme forfatter

⁷¹ Peter Germer: Statsforfatningsret s. 371-378 med gennemgang af praksis og henvisning til Jørgen Albæk: Ytringsfrihedens grænser set i lyset af nyere praksis

⁷² Inkorporeringsloven

⁷³ Jf. Jens Elo Rytter: Den Europæiske Menneskerettighedskonvention s. 33ff og nærmere om EMRK’s stilling og inkorporering i dansk ret

⁷⁴ Efter EMD’s praksis opererer man dog med et ”*bredt statsbegreb*”, jf. Jon F. Kjølbros: Den Europæiske Menneskerettighedskonvention s. 35f, hvor staten er ansvarlig for enhver person eller myndigheds handlinger. Også når denne handlinger som arbejdsgiver på privatretligt grundlag, jf. C-39293/98 Fuentes Bobo v. Spain

⁷⁵ Nærmere om horisontal virkning (”*Drittwirkung*”), jf. Jens Elo Rytter: Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, s. 54f og 97ff om statens positive forpligtelser. Ligeledes Jon F. Kjølbros: Den Europæiske Menneskerettighedskonvention s. 27.

⁷⁶ Betænkning 1553/2015, afsnit 3.1.2, s. 70

⁷⁷ Jon F. Kjølbros: Den Europæiske Menneskerettighedskonvention s. 749

de op til en konkret vurdering med en afvejning af hensynet til den principielle ytringsfrihed over for kolliderende hensyn som national sikkerhed, offentlig tryghed mv. og andres krydsende rettigheder og friheder. Afvejningen er udtryk for et almindeligt proportionalitetsprincip,⁷⁸ som findes i dansk og europæisk ret. Kravet om nødvendighed ved indgreb i ytringsfriheden efter EMRK udgør imidlertid et skærpet proportionalitetsprincip, eftersom kravet kan opsplittes i tre selvstændige krav om at indgrebet skal være egnet, nødvendigt og proportionelt.⁷⁹

3.1.2.1 Praksis fra EMD

EMRK yder som nævnt en væsentlig beskyttelse af såvel den formelle som materielle ytringsfrihed. EMD har i flere tilfælde understreget, at ytringsfrihed er en væsentlig rettighed i et demokratisk samfund.⁸⁰ EMD har specifikt behandlet ansattes whistleblowing som et spørgsmål om ytringsfrihed i række nyere sager. Af sagerne kan udledes en skabelon for den hensynsafvejning, hvormed EMD behandler sager om whistleblowing. I de nævnte sager har EMD anerkendt de pågældende personers whistleblowing som omfattet af EMRK art. 10 trods åbenlyse brud på almindelige loyalitetsforpligtelser over for arbejdsgiverne ved ytringer om og videregivelse af fortrolige oplysninger. Generelt har hensynet til offentlighedens interesse i sagerne konkret vejet tungere end arbejdsgivernes. Sagerne har alle vedrørt offentligt ansatte.

3.1.2.1.1 Guja v. Moldova

I forhold til whistleblowing og sammenhængen med ytringsfrihed behandlede domstolen for første gang emnet direkte i 2008 i sagen Guja v. Moldova, jf. dommens pr. 72, hvor det slås fast, at *"to this date [...] the Court has not had to deal with cases where a civil servant publicly disclosed internal information. To that extent the present case raises a new issue"*. Sagen omhandlede en offentligt ansat pressechef (Guja) ved det moldoviske rigsadvokatur, der var blevet afskediget efter at have lækket interne dokumenter i form af breve med tvivlsomt indhold til pressen. Brevenes indhold afslørede politisk indblanding i en sag, som involverede undersøgelsen af en gruppe betjente og deres mulige magtmisbrug i tjenesten. Rigsadvokaturen havde stoppet undersøgelsen, og Guja mente, at det var udtryk for uretmæssigt politisk pres, hvilket var et generelt og omfattende samfundsproblem, som offentligheden havde stort fokus på bekæmpe.

EMD understregede, at EMRK art. 10 og retten til ytringsfrihed gælder for ansatte generelt og offentligt ansatte i særdeleshed, jf. pr. 52. Det understregedes samtidigt, at ansatte som sådan har en pligt til loyalitet, tilbageholdenhed og diskretion over for deres arbejdsgiver, jf. pr. 70, og at især offentligt ansatte i højere embeder har en udtalt loyalitetspligt og diskretionspligt qua deres funktion som forvaltningens forlængede arm, jf. pr. 71. Det nævnes samtidigt, at offentligt ansatte kan få kendskab til ulovligheder, og at ytringer om disse forhold under visse omstændigheder skal beskyttes af hensyn til en almen interesse i at få oplysninger om ulovlighederne offentliggjort, jf. pr. 72. I relation til den ansattes tavshedspligt nævnes desuden at: *"The interest which the public may have in particular information can sometimes be so strong as to override even a legally imposed duty of confidence"*, jf. pr. 74. Det gælder herefter at en offentlig interesse i informationen undertiden kan begrunde at selv en lovbestemt tavshedspligt tilsidesættes.

Det var af Moldova anført, at afskedigelsen lå uden for EMRK art. 10's område, men EMD underkendte afskedigelsen af Guja som en krænkelse af EMRK art. 10. Dette skete med henvisning til en afvejning mellem vigtigheden af ytringsfrihed i sager af generel offentlig interesse, ansattes ret til at afsløre ulovlige for-

⁷⁸ Proportionalitet som almindeligt retsprincip er anerkendt i EMD's praksis, jf. Jens Elo Rytter: Den Europæiske Menneskerettighedskonvention s. 70

⁷⁹ Jens Elo Rytter: Den Europæiske Menneskerettighedskonvention s. 80ff

⁸⁰ Jf. Jens Elo Rytter: Den Europæiske Menneskerettighedskonvention s. 271 med henvisning til C-28525/95, pr. 34, hvor det fastslås: *"According to the Court's case-law, freedom of expression constitutes one of the essential foundations of a democratic society[...]"*

hold på arbejdspladsen og generel loyalitetspligt over for arbejdsgiveren, jf. pr. 97. Dette blev sammenholdt med sagens faktiske omstændigheder, hvor det bl.a. lagdes til grund, at Guja handlede i god tro, jf. pr. 94 og at de videregivne oplysninger var sande, jf. pr. 89. Således kan dommen tages til indtægt for, at whistleblowing efter omstændighederne hører under den almindelige menneskeretlige ytringsfrihed.

3.1.2.1.2. Heinisch v. Germany

Sagen vedrørte en sygeplejerske (Heinisch), der først var blevet opsagt og siden bortvist efter et forløb, hvor hun havde kritiseret sin arbejdsgiver, som var et plejehjem, primært ejet af delstaten Berlin. Heinisch havde regelmæssigt i en periode henover et år gjort sin ledelse opmærksom på, at personalet var overbebyrdet, hvilket førte til mangelfuld pleje af beboerne og mangelfuld dokumentation heraf i uoverensstemmelse med interne retningslinjer. Forholdene blev bekræftet ved et rutinetilsyn af plejehjemmet, men da der fortsat ikke blev reageret, skred Heinisch til politianmeldelse af arbejdsgiveren via en advokat. Man opgav senere at rejse nogen form for tiltale mod plejehjemmet, men i mellemtiden var Heinisch blevet fyret med henvisning til sygdom. Efter fyringen offentliggjorde Heinisch sammen med sin fagforening forløbet omkring de kritisable forhold og arbejdsgiverens efterfølgende behandling af Heinisch via en række foldere, som bl.a. fik mediernes interesse. Herefter blev hun bortvist med omgående virkning.

EMD fandt at der var tale om en krænkelse af ytringsfriheden, jf. art. 10 eftersom der ikke var sket en afvejning af hensynet til arbejdsgiveren overfor den ansattes ytringsfrihed, jf. pr. 94-95. Man understregede, at offentligt ansatte og i særdeleshed embedsmænd er bundet af en loyalitetspligt overfor arbejdsgiveren, jf. pr. 64. Loyalitetspligten er dog ikke absolut, og EMD fastslog i dommen, at pligten efter omstændighederne kan bortfalde. Det drejer sig om de tilfælde hvor en ansat har forsøgt at gøre arbejdsgiveren opmærksom på et kritisabelt forhold, men arbejdsgiveren ikke har forsøgt at afhjælpe forholdet, jf. pr. 73.

EMD understregede med henvisning til Guja v. Moldova, at det efter omstændighederne kan være beskyttelsesværdigt, at en ansat afslører ulovlige eller kritisable forhold på arbejdspladsen, jf. pr. 63. Især hvor vedkommende alene eller som del af en mindre gruppe har kendskab hertil, og det er af offentlig interesse at få påpeget forholdet. Loyalitetspligten fordrer dog, at kritikken i første omgang rettes internt, og kritikken kun offentliggøres som en sidste udvej, jf. pr. 65. I afgørelsen blev det pointeret, at Heinisch, ihærdigt men forgæves, havde forsøgt sig med intern kritik, hvorfor ekstern kritik var berettiget, jf. pr. 72-76. EMD fandt det tillige godtgjort og af betydning at hun havde været i god tro, og at hendes motiv til at kritisere arbejdsgiveren var reelt, jf. pr. 82-83.

3.1.2.1.3 Bucur and Toma v. Romania

Af de to foregående whistleblowersager kan udledes nogle generelle principper bag EMD's prøvelse af, om en whistleblowers ytringer ligger inden for rammerne af art. 10, eller om modhensynene bliver for tunge. Overordnet gælder herefter, at lønmodtagere i bred forstand nyder høj grad af principiel ytringsfrihed i forhold til at rapportere om ulovligheder og andre uretmæssigheder hos arbejdsgiveren. Selv hvor denne rapportering indebærer offentliggørelse af tavshedsbelagte oplysninger. Heroverfor står en stærk principiel loyalitetspligt over for arbejdsgiveren, som særligt gælder højt placerede embedsmænd.

Om lønmodtageren konkret er blevet krænket beror på en afvejning af sagens faktiske omstændigheder i forhold til, om indgrebet over for lønmodtageren har været nødvendigt i et demokratisk samfund.⁸¹ Der finder i hver sag en konkret vurdering sted og særligt seks hensyn har været gennemgående:

- 1) Offentlighedens interesse⁸²

⁸¹ Domskonklusionernes henvisning til "*necessary in a democratic society*" i EMRK Art. 10, stk. 2 - Guja v. Moldova pr. 97 og Heinisch v. Germany pr. 93

⁸² Guja v. Moldova pr. 73 og 84 samt Heinisch v. Germany pr. 65

- 2) Oplysningernes autenticitet⁸³
- 3) Skadevirkning på arbejdsgiveren⁸⁴
- 4) Lønmodtagerens gode tro og reelle motiv⁸⁵
- 5) Sanktionsvalg og dens intensitet over for lønmodtageren⁸⁶
- 6) Om lønmodtageren kunne have løst problemet på anden måde⁸⁷.

Sagen mod Bucur blev prøvet efter denne skabelon. Sagen vedrørte en efterretningsmedarbejder (Bucur) ansat i en militær enhed under den rumænske efterretningstjeneste. Gennem sit arbejde med telefonaflytning havde han fået kendskab til en række tilfælde af ulovlig og uberettiget aflytning af en række journalister (heriblandt Toma) og politikere samt en række andre uregelmæssigheder i efterretningstjenesten. Bucur havde forsøgt at rapportere om forholdene til sin nærmeste og overordnede ledelse med en reprimande til følge. Efter at have rådført sig med et parlamentsmedlem, som sad i efterretningstjenestens superviserende kommission valgte, han at offentliggøre sin viden på en pressekonference. Han blev siden idømt en betinget dom for bl.a. tyveri og videregivelse af fortroligt materiale.

I forhold til art. 10 fandt EMD at forløbet omkring Bucurs whistleblowing udgjorde en krænkelse af ytringsfriheden. Man understregede, at Bucur ikke havde haft anden mulighed end at foretage whistleblowing, da hans nærmeste ledelse var en del af problemet. Offentlighedens interesse i ulovlighederne fandtes at veje tungere end myndighedens behov for at opretholde offentlighedens tillid til myndigheden. Derudover fandtes Bucur at være i god tro og have et reelt motiv vedr. offentliggørelsen af det fortrolige materiale.

3.2. Indskrænkninger i lønmodtagerens ytringsfrihed

Mens den principielle ytringsfrihed har vide rammer, står det klart, at en række modhensyn begrænser lønmodtagerens ytringsfrihed. Hensyn til arbejdsgiveren og overordnede samfundsinteresser begrunder indskrænkninger i ytringsfriheden, hvilket bidrager til en kompliceret retsstilling på området. Der kan sondres mellem formelle og materielle indskrænkninger samt indskrænkninger på skrevet og uskrevet grundlag.

3.2.1. Loyalitetspligt

Det obligationsretlige kontraktforhold mellem arbejdsgiver og lønmodtager udgør fundamentet for tjenesteforholdet, hvormed lønmodtageren bliver en del af arbejdsgiverens organisme⁸⁸. Dette medfører undertiden at arbejdsgiveren opstiller krav og forventninger til lønmodtageren, som i mere eller mindre grad griber ind i lønmodtagerens privatliv og udfordrer dennes integritet, eftersom lønmodtageren er forpligtet til at udvise hensyn til og tilgodese arbejdsgiverens interesser i bred forstand. Forpligtelsen er implicit, om end visse forhold kan uddybes og præciseres i selve ansættelseskontrakten, medarbejderhåndbøger, code of conducts osv.

Arbejdsgiverens forventninger kan komme til udtryk på forskellige områder som f.eks. retten til at indhente oplysninger om den ansatte, retten til den ansattes fritid, den ansattes forhold på arbejdspladsen, arbejdsmiljø, klausulerede indskrænkninger i den ansattes handlefrihed og den ansattes ytringsfrihed⁸⁹. Denne indgriben er ikke statisk og udvikles i takt med den teknologiske udvikling og samfundets udvikling generelt ved f.eks. teknologiske fremskridt, der muliggør hjemmearbejde og arbejde på farten, fremkomsten af sociale

⁸³ Guja v. Moldova pr. 75 og 89 samt Heinicsh v. Germany pr. 67 og 77

⁸⁴ Guja v. Moldova pr. 90 med henvisning til "*confidence in the [...] prosecuting authorities of the state*" samt Heinicsh v. Germany pr. 88 med henvisning til "*business reputation and commercial interests*"

⁸⁵ Guja v. Moldova pr. 94 samt Heinicsh v. Germany pr. 87

⁸⁶ Guja v. Moldova pr. 95 og 96 samt Heinicsh v. Germany pr. 91 og 92

⁸⁷ Guja v. Moldova pr. 80-84 samt Heinicsh v. Germany pr. 72-76

⁸⁸ Ole Hasselbalch: Arbejdsret II s. 824

⁸⁹ Jf. ikke udtømmende opremsning i Ole Hasselbalch: Arbejdsret II s. 825

medier som linkedin og Facebook der øger integrationen mellem lønmodtageren og arbejdsgiveren o.l. Modhensynet er i alle tilfælde lønmodtagerens ret til privatliv og dennes rettigheder som selvstændigt individ.

Flere ansættelsesretlige begreber kan henføres til denne ulovbestemte pligt til loyalitet⁹⁰ som f.eks. respektpligt, samarbejdspligt, lydighedspligt og deorum. Hertil kommer anerkendelsen af arbejdsgiverens ledelsesret, der ligesom loyalitetspligten udspringer af ansættelsesforholdets obligationsretlige karakter⁹¹. Hvad der konkret udgør illoyal adfærd og dermed sanktionsberettigende mislighold beror på en konkret vurdering og er ikke statisk. En generel rettesnor uanset lønmodtagertype er, at lønmodtageren ikke gennem sine handlinger undergraver eller belaster arbejdsgiveren men aktivt varetager dennes interesse i rimeligt omfang henset til lønmodtagerens stilling⁹². Loyalitetspligten gælder i både private og offentlige ansættelsesforhold, om end den generelt antages at være mindre vidtgående for offentligt ansatte⁹³. Dette gælder derfor også i forhold til eventuelle indskrænkninger i ytringsfriheden⁹⁴.

Martin G. Lind antager som udgangspunkt, at loyalitetspligten indebærer at en lønmodtager søger at løse eventuelle problemer internt, inden der skrives til ekstern whistleblowing, om end det anerkendes at dette efter omstændighederne må fraviges⁹⁵. Ombudsmanden har udtalt, at offentlig kritik inden for rammerne af de ansattes ytringsfrihed ikke kræver anvendelse af interne systemer herfor⁹⁶. For privatansatte vil spørgsmålet, om der er adgang til en særlig intern ordning eller ej, og hvorvidt forholdet er søgt løst internt, være momenter der vil indgå i en samlet vurdering af, om ytringen i form af whistleblowing udgør et brud på loyalitetspligten eller ej, jf. nærmere afsnit 3.2.1.2.

3.2.1.1. Folketingets Ombudsmand om ytringsfrihed og loyalitet

Ombudsmanden rejser sine sager på baggrund af en indgivet klage eller af egen drift⁹⁷, og området er den offentlige forvaltning og dermed offentligt ansatte. Ombudsmandens udtalelser har ingen sanktions- eller instruktionsbeføjelser, men hans udtalelser følges i høj grad og har således væsentlig retskildeværdi⁹⁸. Ombudsmandens praksis vedr. offentligt ansattes ytringsfrihed er sågar nævnt som argument mod yderligere detaljeret lovgivning herom henset til dens omfang og med begrundelsen, at den følger ”den samfundsmæssige udvikling og normdannelse samt de konkrete sagers ofte særegne omstændigheder”⁹⁹.

⁹⁰ Det brede vandelskrav, jf. Ole Hasselbalch: Arbejdsret II s. 1552ff. Sml. troskabspligten, jf. H.G. Carlsen: Dansk Funktionærret, s. 165f.

⁹¹ Ole Hasselbalch: Arbejdsret II s. 748

⁹² Ole Hasselbalch: Arbejdsret II s. 845. Ligeledes H.G. Carlsen: Dansk Funktionærret, s. 165

⁹³ Karsten Revsbech: Forvaltningspersonalet s. 32, inkl. note 5. Omfanget af loyalitetspligten i offentlige ansættelsesforhold følger dog den ansattes funktionelle og hierarkiske placering i myndigheden. Se ligeledes om FOB 1987.237 nedenfor

⁹⁴ Jf. FOB 1991.200 hvor det udtaltes at den almindelige loyalitetspligt i offentlige ansættelsesforhold ikke i sig selv kan begrunde begrænsninger i den ansattes ytringsfrihed som privatperson.

⁹⁵ Martin Gräs Lind: Whistleblowing i kontekst afsnit 4.1, s. 324f

⁹⁶ Jf. FOB 1995.422 hvor det fandtes berettiget at et amt ytrede håb og ønske om at sygehusansatte ville anvende det interne tillidsmands- og ledelsessystem til at fremføre kritik, men at dette ikke kunne begrænse de ansattes ret til i øvrigt at fremføre deres kritik offentlig. I det konkrete tilfælde via en pressemeddelelse.

⁹⁷ Ombudsmandsloven henholdsvis kap. 4 og 5.

⁹⁸ Jens Garde: Forvaltningsret – almindelige emner s. 488f

⁹⁹ Samme enslydende argument nævnes i såvel Betænkning 1472/2006, afsnit 5.1.2.3., s. 208 som Betænkning 1553/2015, afsnit 5.1.1.3, s. 232. Ikke desto mindre er det påvist at ombudsmanden i sager om ytringsfrihed i langt højere grad end ellers rejser sagerne af egen drift, hvilket tolkes som angst og tilbageholdenhed ved at ytre sig og dermed et argument for øget ansættelsesretlig beskyttelse, jf. Avisen.dk (2015)

Nedenstående ombudsmandsudtalelser har behandlet offentligt ansattes principielle ytringsfrihed og kritikret over for hensynet til arbejdsgiveren og dennes krav om loyalitet samt hensynet til en bredere offentlig interesse. Se nærmere i afsnit 3.2.2.2. vedr. ytringer om og videregivelse af tavshedsbelagte faktiske oplysninger.

3.2.1.1.1. FOB 1987.237

I denne sag har ombudsmanden udtalt sig generelt om ytringsfriheden i så normgivende grad, at der stadig henvises til udtalelsen i nyere praksis¹⁰⁰. Sagen vedrørte et brev, som en kommunal ledergruppe havde udsendt til kommunens ansatte efter en lokalpolitisk debat om ressourcspørgsmål, hvori flere af de ansatte havde deltaget som privatpersoner. Brevets indhold kunne misforstås i forhold til udstrækningen af de kommunalt ansattes ytringsfrihed, og ombudsmanden gik af egen drift ind i sagen efter en debat om, hvorvidt brevet havde udgjort et "hold kæft"-brev eller ej. Kommunen fastholdt, at det ikke var tiltænkt at begrænse de ansattes ytringsfrihed. Det understregedes, at man alene udtalte sig om ytringer i form af meningstilkendegivelser fremsat af offentligt ansatte som privatpersoner. Spørgsmålet om "røbelse" af faktiske oplysninger og lovbestemt tavshedspligt mv. holdtes således udenfor.

Udtalelsen vedrørte kritiske ytringer over for en myndighed som arbejdsgiver, og det fastsloges, at offentligt ansatte som udgangspunkt har samme principielle ytringsfrihed i den offentlige debat som alle andre borgere.¹⁰¹ Dog påpegede ombudsmanden, at hensynet til offentlige myndigheders interne beslutningsproces og funktionsevne "i særlige tilfælde kan føre til en begrænsning af de ansattes ytringsfrihed". Eventuelle begrænsninger i den ansattes ytringsfrihed kan således begrundes efter en loyalitetsbetragtning, hvor loyalitetspligten under visse særlige omstændigheder¹⁰² skærpes. Med henvisning til, at en fuldstændig beskrivelse af disse særlige tilfælde næppe er muligt, oplystes fire hovedsynspunkter til vurderingen af, hvornår en offentlig ansats materielle ytringsfrihed legitimt kan begrænses:

- 1) Ytringer fremsat i sager inden for eget arbejdsområde
- 2) Hvorvidt den ansatte konkret er eller har været involveret i beslutningsprocessen
- 3) Tidspunktet for ytringen
- 4) Ytringer vedr. ressourcspørgsmål

Ad 1: Af dette synspunkt følger, at kun ytringer inden for den ansattes eget arbejdsområde kan begrænses. På områder, som den ansatte ikke har berøring med, har vedkommende samme ytringsfrihed som alle andre borgere. Hvad eget arbejdsområde dækker over, er ikke ganske entydigt, men understregningen af, at ytringsfriheden kun i særlige tilfælde kan begrænses, fordrer en snæver fortolkning, om end det naturligvis vil bero på en konkret vurdering. Spørgsmålet skal også ses i forhold til synspunkt 2.

Ad 2: Ombudsmanden understregede, at ytringsbegrænsninger ikke kan pålægges ansatte fjernt fra den politiske og administrative beslutningsproces. Adgangen til at ytre sig afhænger således efter omstændighederne af den ansattes funktionelle og hierarkiske placering, hvor kravet om loyalitet stiger med stillingen. En høj hierarkisk position kan dog ikke i sig selv begrunde ytringsbegrænsninger¹⁰³.

Ad 3: Hensynet til den politiske beslutningsproces og dermed forvaltningens effektivitet falder med den tidsmæssige udstrækning af forløbet. Retten til at ytre sig om et bestemt forhold lempes således med tiden.

¹⁰⁰ Betænkning 1553/2015, afsnit 3.1.4.9., s. 122

¹⁰¹ Ligeledes jf. ovenfor under afsnit 3.1.1.

¹⁰² Det bemærkes at udvalget bag Betænkning 1553/2015 har konstateret at offentligt ansatte ledere såvel som medarbejdere i en række undersøgte tilfælde har været af den fejlopfattelse at loyalitet dækker over en ubetinget og generel pligt til ikke at kritisere sin arbejdsgiver, jf. betænkningens afsnit 4.6.2., s. 224. Som det fremgår, er dette ikke tilfældet.

¹⁰³ Jf. FOB 2010.2006 om nogle kommunale ledere som uretmæssigt var blevet pålagt ikke at udtale sig om en række besparelser hverken professionelt eller privat

Ad 4: Ombudsmanden understregede, at der gælder en udstrakt grad af ytringsfrihed i ressourcspørgsmål, hvor spørgsmålet kan have betydning for den ansattes eget ansættelsesforhold. En sådan udstrakt ytringsfrihed vil selvsagt dække over en ret til at kritisere myndigheden.

I den konkrete sag blev der udtalt kritik af kommunens brev, og det understregedes, at ingen af de ansattes ytringer efter en afvejning af de fire synspunkter konkret lå i grænseområdet for offentligt ansattes ytringsfrihed. Brevet fra ledergruppen kunne derimod skabe tvivl om retstilstanden hos de enkelte medarbejdere og medføre unødigt tilbageholdenhed med at deltage i den offentlige debat. Udtalelsen kan tages til indtægt for, at alene særligt tungtvejende grunde kan begrunde materielle indgreb i offentligt ansattes ytringsfrihed, og at denne ytringsfrihed også omfatter retten til kritik

3.2.1.1.2. FOB 2012.26

I denne sag har ombudsmanden i høj grad understreget og klarlagt principperne for ytringsfrihed og kritikret ctr. loyalitet. Sagen vedrørte en ansat på Tøjhusmuseet, som, efter kritik af måden danske museer – herunder arbejdsgiverens – bliver drevet på, blev indkaldt til en samtale med sin leder om sin loyalitet over for arbejdsgiveren. Ombudsmanden rejste selv sagen, efter at en avisartikel havde omtalt samtalen med chefen. Det udtaltes, at det var beklageligt, at den ansatte var blevet indkaldt til en samtale om sin loyalitet, og at det var i strid med reglerne om offentligt ansattes ytringsfrihed. Det blev i udtalelsen understreget, at:

Offentligt ansatte:

- kan på egne vegne deltage i den offentlige debat,
- kan fremsætte personlige meninger og synspunkter¹⁰⁴
- også vedrørende eget arbejdsområde

Som begrænsninger nævnes særligt at de ikke må ytre sig i for grov form, fremkomme med urigtige faktiske oplysninger¹⁰⁵ eller ytre sig om oplysninger, som er tavshedsbelagt efter lovgivningen. Den ansatte blev ikke mødt med ansættelsesretlige sanktioner, og det kunne ikke afklares, hvad der var blevet sagt på mødet mellem leder og ansat. Det blev i den forbindelse understreget, at en myndighed skal have en saglig grund som f.eks. formodet brud på lovbestemt tavshedspligt for overhovedet at rette henvendelse til en ansat på baggrund af dennes ytringer. Hertil kommer, at henvendelsen desuden bør ”udformes på en måde så der ikke er risiko for at den bliver opfattet som forsøg på påtryk over for den ansatte”. Denne præcisering skete med henvisning til Betænkning 1472/2006, s. 161ff., vedr. offentligt ansattes frygt for negative konsekvenser af at ytre sig. Det blev endvidere pointeret at loyalitet ikke blot indebærer respekt for trufne beslutninger, men også konstruktiv kritik ved eventuelle kritiske forhold.

3.2.1.2. Privatansattes loyalitetspligt

Mens ombudsmandens praksis har udstukket nogenlunde faste retningslinjer for hvornår offentligt ansatte loyalt kan udtale sig kritisk, er retstilstanden mere usikker for privat ansatte henset til private lønmodtageres mere udtalte loyalitetspligt. I 2009 udsendte Beskæftigelsesministeriet en vejledning¹⁰⁶ til prøvelsen af pri-

¹⁰⁴ Den ansatte må efter omstændighederne præcisere at vedkommende udtaler sig på egne vegne, jf. f.eks. U2005.1089/2Ø, hvor en skoleinspektør i et læserbrev underskrev sig med sin titel, og dermed efter rettens opfattelse tilkendegav at udtale sig professionelt. Retten til at ytre sig knytter sig således til lønmodtageren som privatperson, mens ytringer i tjenesten eller i lønmodtagerfunktionen kan begrænses af arbejdsgiveren i kraft af dennes instruktionsbeføjelse under ledelsesretten.

¹⁰⁵ Ligeledes FOB 1998.319, hvor det antages ”at hensynet til loyalitetspligten over for arbejdsgiver medfører særlige begrænsninger” med hensyn til urigtige oplysninger og evt. udtalelsens form.

¹⁰⁶ Arbejdsretligt notat – Sml. Vejledning om offentligt ansattes ytringsfrihed

vatansattes ytringsfrihed med særligt fokus på whistleblowing. Den opstillede fire retningsvisende synspunkter til overvejelse:

- 1) Har den privatansatte inden offentliggørelsen gjort tilstrækkeligt for at løse det pågældende problem internt?
- 2) Har den privatansatte fulgt eller forsøgt at følge eventuelle interne retningslinjer inden dennes henvendelse udadtil?
- 3) Er der tale om åbenlyse ulovligheder?
- 4) Har virksomheden klare regler om fortrolighed?

Ad 1) Som nævnt i afsnit 3.2.1. vil loyalitetspligten for privatansatte indebære, at konstaterede uretmæssigheder så vidt muligt forsøges løst og holdes internt. Ekstern whistleblowing vil definatorisk være forbeholdt ekstraordinære tilfælde hvilket jf. ligeledes i afsnit 2.2.2.

En ubetinget pligt til ikke at kritisere arbejdsgiveren eksternt er der dog ikke tale om. I AN af 10. oktober 2007 fandtes det berettiget, at en privatansat rengøringsassistent gik til pressen om kritisable forhold i arbejdsgiverens drift og den service, arbejdsgiveren leverede til dennes kunder i forbindelse med offentlige udliciteringer. Kunderne bestod af offentlige sygehuse. Den rejste kritik fandtes at være rejst som et oplæg til offentlig diskussion snarere end illoyal kritik af arbejdsgiveren og af interesse for en offentlig debat.

Ad 2) Findes der en decideret whistleblowerordning eller anden ordning, vil det spille ind om lønmodtageren har anvendt denne og handlet i overensstemmelse hermed. Spørgsmålet skal læses i sammenhæng med synspunkt 1 og pligten til at løse problemer internt. Uanset om der er tale om en egentlig ordning eller ej, kan det anses for illoyalt at bryde en sædvanlig rapporteringslinje ved kritik jf. straks nedenfor. Det må den forbindelse tillægges betydning hvorvidt og i hvilken grad lønmodtageren er blevet gjort bekendt med de interne retningslinjer.

Har arbejdsgiveren opstillet klare regler og retningslinjer for whistleblowing, kan denne selvsagt ikke gøre gældende, at medarbejderen har handlet illoyalt, hvis han i øvrigt holder sig inden for rammen af disse retningslinjer. Lønmodtageren vil dog stadig risikere at blive mødt med negative ledelsesreaktioner jf. nedenfor i afsnit 4.2.

Ad 3) Arbejdsgiverens åbenlyse ulovligheder er mindst problematiske at kritisere eller afsløre.¹⁰⁷ I forhold til karakteren af de omstændigheder vedkommende vil foretage whistleblowing om må lønmodtageren i det hele taget formodes at skulle handle sagligt og proportionelt.¹⁰⁸

Ad 4) Fortrolighed og graden heraf skal være gjort klar for lønmodtageren. Se nærmere om fortrolighed i afsnit 3.2.2. om tavshedspligt.

Det blev i vejledningen understreget, at det i hvert tilfælde vil bero på en konkret vurdering om en ytring skal have ansættelsesretlige konsekvenser, og at det i hvert tilfælde er op til den ansatte at vurdere sin handling, som herefter afvejes i forhold til rimelighed og forsvarlighed.

3.2.1.2.1. ØLD af 28. februar 2013: Kritikret i forhold til loyalitetspligten

Sagen vedrørte en kalibreringstekniker som havde konstateret fejl ved noget industrielt måleudstyr, der i sagens natur skal være yderst nøjagtig. Ved konstateringen af, at udstyret var fejlbehæftet rettede han i en mail, sendt til hele virksomhedens ledelse herunder den adm. direktør, kritik af arbejdsgiverens kvalitetssikring og kvalitetsstyring i forhold til eget udstyr og udstyr leveret til kunder. Han blev herefter bortvist med

¹⁰⁷ Ligeledes Ole Hasselbalch: Arbejdsret II, afsnit XVIII, pkt. 9.1.1., Whistleblowerordninger (online)

¹⁰⁸ Martin Gräs Lind: Whistleblowing i kontekst afsnit 4.1, s. 325

henvisning til, at han havde rejst tvivl om firmaets forretningsmæssige hæderlighed og havde brudt sin tavshedspligt. Dertil kom illoyalitet overfor den nærmeste ledelse, som ikke før mailen var blevet gjort opmærksom på de konkrete forhold. Mailen brød med den sædvanlige kommunikationsform og interne rapporteringslinje og udgjorde dermed misligholdende tillidsbrud som umuliggjorde fortsat samarbejde.

Arbejdsgiveren vedkendte sig de pågældende fejl, men arbejdsgiveren fandt ikke, at de havde haft nogen konkret betydning. Derudover gjordes det gældende, at den ansatte i sin kritik gik videre, end han havde fagligt belæg for. For landsretten blev det fremført, at den ansatte havde været i god tro om laboratoriets alvorlige problemer med kvaliteten, hvorfor mailen havde været berettiget og i hvert fald ikke udgjorde grov misligholdelse. Formålet med mailen var at få tilført flere ressourcer til laboratoriet bl.a. med henvisning til et stort arbejdspress pga. reduktion af medarbejderstaben og tidligere defekter på andet udstyr.

Landsretten fandt ikke, at forholdet berettigede til bortvisning af lønmodtageren, men at lønmodtageren dog kunne opsiges med sædvanligt varsel. Retten fandt således at den rejste kritik, og især måden hvorpå den var rejst, var udtryk for illoyalitet, og at det af arbejdsgiveren konstaterede tillidsbrud berettigede en opsigelse. Retten fandt dog ikke forholdet berettigende til bortvisning med henvisning til, at kritikken ikke var rejst eksternt til skade for virksomheden, og at det ikke fandtes godtgjort, at den ansatte havde forladt arbejdet som påstået af arbejdsgiveren. Det har givetvis ikke talt til den ansattes fordel i den samlede vurdering, at han flere gange og kort forinden anmeldelsen havde fået en advarsel for manglende arbejdsindsats.

Den foretagne handling må betegnes som whistleblowing. Hvis det lægges til grund, at den ansatte vitterligt har fremført sin kritik i god tro og med reelle hensigter, kan det synes hårdt, at dette ikke tillægges større betydning. Dommen viser, at loyalitetsforpligtelsen vejer tungt i forhold til ikke-ulovlige kritiske ytringer, og at en privatansat skal være varsom med at kritisere sin arbejdsgiver i både form og indhold, uanset at kritikken kan synes berettiget.

3.2.1.3. Loyalitetspligt som lønmodtagers pligt til at sige fra

På den anden side er spørgsmålet, om loyalitetspligten kan udstrækkes til en pligt til faktisk at handle i modstrid med arbejdsgiverens umiddelbare interesse, f.eks. ved at nægte at følge arbejdsgiverens ordrer¹⁰⁹. Alle lønmodtagere er bundet af en lydighedspligt over for arbejdsgiveren, og for offentligt ansatte er manglende efterlevelse heraf tillige strafsanktioneret, jf. STRFL § 156. Lydighedspligtens grænse bliver relevant i relation til whistleblowing ved ulovlige ordrer, da whistleblowing indebærer, at lønmodtageren siger fra over for ulovligheder hos arbejdsgiveren.

Er en ordre åbenlyst ulovlig, har enhver lønmodtager både ret og pligt til ikke at adlyde, og lønmodtageren vil, hvis pligten ikke iagttages, kunne mødes med såvel ansættelsesretlige som strafferetlige sanktioner.¹¹⁰ Afvejningen mellem hensynet til arbejdsgiverens krav på loyalitet og hensynet til lønmodtageren falder i disse tilfælde ud til lønmodtagerens fordel.¹¹¹ I det offentlige sker endvidere en afvejning af hensynet til forvaltningens effektivitet og et retsstatsligt krav om lovmæssig forvaltning, og her antages det, at den ansatte så vidt mulig har pligt til at underrette sine foresatte med henblik på at den ulovlige ordre tilbagekaldes.¹¹²

¹⁰⁹ Spørgsmålet om hvorvidt loyalitetspligten efter omstændighederne kan udstrækkes til en pligt til at sige fra er for offentligt ansatte behandlet i Betænkning 1553/2015 afsnit 3.2.2. med underpunkter s. 148f

¹¹⁰ F.eks. STRFL § 141 om meldepligt eller efter omstændighederne endog STRFL's regler om medvirken til de begåede ulovligheder

¹¹¹ Ole Hasselbalch: Arbejdsret II s. 1508f om berettiget lydighedsnægtelse

¹¹² Karsten Revsbech: Forvaltningspersonalet s. 35

Er der tvivl om ordrens lovlighed, gælder det som udgangspunkt for både privat og offentligt ansatte, at arbejdsgiverens ret til at lede og bestemme overtrumfer lønmodtagerens ret til at sige fra.¹¹³ I det offentlige gælder dog også i disse situationer en pligt til at underrette opad i hierarkiet med henblik på at få afklaret situationen, og opretholdes ordren herefter, skal den ansatte handle i overensstemmelse hermed. I disse situationer må der dog indrømmes den ansatte et vist skøn, inden der kan skrives til sanktionering for evt. brud på lydighedspligten.¹¹⁴

Pligten for offentligt ansatte til at underrette sine overordnede ved klart ulovlige såvel som tvivlsomt ulovlige ordrer ligner en pligt til intern whistleblowing. En tilsvarende pligt gælder i tilfælde, hvor en given ordre er klart "uforenelig med opretholdelse af fagligt forsvarlige forhold".¹¹⁵ Derudover diskuteres det i Betænkning 1553/2015 om der efter omstændighederne, hvor situationen ikke kan afklares internt, kan eksistere en pligt til ekstern underretning/whistleblowing. En sådan pligt findes ikke at eksistere, omend spørgsmålet anses for uafklaret.¹¹⁶

3.2.2. Tavshedspligt

Tavshedspligt kan defineres som en generel pligt for lønmodtageren til ikke at røbe eller viderebringe visse faktiske oplysninger, som vedkommende får kendskab til i kraft af sit tjenesteforhold til arbejdsgiveren. Hensynene bag vil typisk være kommercielle i private ansættelsesforhold, mens det i offentlige ansættelsesforhold vil være tilliden til systemet, offentlige interesser som statens sikkerhed mv. og sikring af personfølsomme oplysninger i bred forstand. En vis tavshedspligt og diskretionspligt følger allerede af ansættelsesforholdets obligationsretlige karakter, jf. ovenfor i afsnit 3.2.1., hvor lønmodtager og arbejdsgiver er forpligtet til at tilgodese og respektere hinandens interesser. Men tavshedspligten er typisk mere konkret defineret, og lovbestemte regler om tavshedspligt følger især af STRFL og FVL. For privatansatte, hvis ytringsfrihed primært begrænses af kommercielle interesser, er særligt MFL relevant.

En mere speciel tavshedspligt kan følge af såvel individuelle som kollektive aftaler, den kan være mere ensidigt klausuleret eller følge af forskrifter med afsæt i ledelsesretten som f.eks. personalehåndbøger, etiske retningslinjer i form af "code of conduct" o.l., om end der er grænser herfor¹¹⁷. En sådan særlig begrænsning af lønmodtageren kan konkret have indflydelse på rækkevidden af dennes ytringsfrihed, men behandles ikke nærmere.

3.2.2.1. FVL § 27

Regler om offentligt ansattes tavshedspligt følger af FVL kapitel 8, og særligt FVL § 27, som sammen med STRFL §§ 152 og 152a-152f udgør almindelige og generelle regler herom.¹¹⁸ Reglen gælder for alt forvaltningspersonale i overensstemmelse med lovens gyldighedsområde, jf. FVL § 1, og omfatter enhver ansættelsesform.¹¹⁹ Bestemmelsen fastlægger en generel tavshedspligt vedr. enkeltpersoners private forhold, jf. FVL § 27, stk. 1, nr. 1 og oplysninger af væsentlig økonomisk betydning for den person eller virksomhed, de angår, jf. FVL § 27, stk. 1, nr. 2. Dertil kommer en generel tavshedspligt for oplysninger, der ved lov eller anden gyldig bestemmelse er betegnet som fortrolig, jf. FVL § 27, stk. 2, 2. pkt. Derudover opremser FVL § 27, stk. 2-4 en række hensyn til offentlige og private interesser, som konkret kan begrunde tavshedspligt,

¹¹³ Karsten Revsbech: Forvaltningspersonalet s. 36 og Ole Hasselbalch: Arbejdsret II s. 753

¹¹⁴ Karsten Revsbech: Forvaltningspersonalet s. 36 inkl. note 29.

¹¹⁵ Jf. Betænkning 1553/2015, afsnit 3.2.2.2., s. 151 med henvisning til FOB 2000.535.

¹¹⁶ Betænkning 1553/2015, afsnit 3.2.2.3., s. 155f

¹¹⁷ Generalklausulen i AFTL § 36 og almindelige retsprincipper om rimelighed vil i alle tilfælde udgøre en ventil for hvor indgribende en sådan tavshedspligt kan være, jf. Jeppe H. Jørgensen: Ansattes konkurrencehandling s. 40f

¹¹⁸ Karsten Revsbech: Forvaltningsret - Sagsbehandling s. 278

¹¹⁹ Karsten Revsbech: Forvaltningsret - Sagsbehandling s. 279

herunder statens sikkerhed, udenrigspolitiske interesser, strafferetlige sager m.fl. De opremsede hensyn udgør ikke en udtømmende liste og suppleres af en generelklausul, jf. FVL § 27, stk. 4, nr. 5 hvorefter det gælder, at ”*private og offentlige interesser, hvor hemmeligholdelse efter forholdets særlige karakter er påkrævet*”, kan begrunde tavshedspligt.¹²⁰

FVL § 27, stk. 5 understreger, at der kun kan pålægges tavshedspligt med hensyn til en oplysning, når det er nødvendigt at hemmeligholde den for at varetage væsentlige interesser som nævnt i stk. 1-4. Denne regel er til hinder for vilkårligt pålæg af tavshedspligt, og det vil bero på en konkret vurdering om et givent tavshedsplæg er gyldigt.

3.2.2.2. STRFL §§ 152 og 152a-152f

STRFL §§ 152 og 152a-152f udgør de strafsanktionerende regler i forhold til brud på tavshedspligten jf. § FVL 27, jf. ovenfor. Det følger af STRFL § 152, stk. 1, at uberettiget videregivelse eller udnyttelse af fortrolige oplysninger, som vedkommende har fået kendskab til via sit virke i offentlig tjeneste, straffes med bøde eller fængsel. En oplysning er fortrolig ”*når den ved lov eller anden gyldig bestemmelse er betegnet som sådan*”, jf. STRFL § 152, stk. 3, hvilket minder om reglen i FVL § 27, stk. 2, 2. pkt., og ”*når det i øvrigt er nødvendigt at hemmeligholde den for at varetage væsentlige hensyn til offentlige eller private interesser*”. Sidste led minder om ovennævnte generalklausul, som følger af FVL § 27, stk. 4, nr. 5, og det er opfattelsen, at disse hensyn skal findes i normer uden for STRFL – især FVL’s regler om tavshedspligt.¹²¹

STRFL § 152e hjemler straffrihed i tilfælde, hvor den ansatte er forpligtet til, f.eks. i henhold til anden lov, at videregive oplysningen, jf. nr. 1, og hvor den ansatte handler i berettiget varetagelse af åbenbar almeninteresse eller af eget eller andres tarv, jf. nr. 2. Reglen i § 152e, nr. 2, der er betegnet som det nærmeste, man kommer en dansk whistleblowerregel,¹²² medfører, at et brud på tavshedspligten i form af ekstern whistleblowing efter en konkret vurdering er straffri. Forskellen på lovlig whistleblowing, i form af videregivelse af fortrolige oplysninger og ulovlig whistleblowing eller brud på tavshedspligten skal altså udfindes inden for formuleringen ”*åbenbar almeninteresse*”. Det bemærkes at reglen om straffrihed alene vedrører strafferetlige og ikke ansættelsesretlige sanktioner. Reglen medfører, at en ytring eller videregivelse af fortrolige oplysninger efter omstændighederne ikke udgør en overtrædelse af tavshedspligten, hvorfor disse forhold ikke i sig selv kan medføre negative reaktioner fra arbejdsgiveren¹²³. Følgelig kan lovlig ytring om og videregivelse af ikke-tavshedsbelagte oplysninger ej heller i sig selv medføre negative reaktioner¹²⁴.

3.2.2.2.1. U2006.65Ø: Brud på lovbestemt tavshedspligt

Sagen vedrørte en ansat (Grevil) hos Forsvarets Efterretningstjeneste, som havde videregivet fortrolige oplysninger i form af trusselsvurderinger vedr. den danske krigsindsats i Irak i 2003 til en journalist. Forløbet med videregivelsen fulgte en større offentlig og politisk debat vedr. grundlaget for og legitimiteten af Danmarks deltagelse i krigen i Irak. Sagens kerne var i store træk, om Irak havde været i besiddelse af masseødelæggelsesvåben eller ej, og trusselsvurderingerne gav umiddelbart et mindre alarmerende billede, end regeringen gav udtryk for i offentligheden.

Som følge af videregivelsen og den efterfølgende offentliggørelse blev der rejst tiltale for brud på tavshedspligten, jf. STRFL § 152, og det var af anklageren gjort gældende, at det var en skærpende omstændighed, at Grevil var ansat i en betroet stilling, samt at efterretningstjenestens troværdighed havde lidt skade. Grevil

¹²⁰ Karsten Revsbech: Forvaltningsret - Sagsbehandling s. 280

¹²¹ Betænkning 1553/2015 afsnit 3.1.4.1., s. 76

¹²² Michael Gøtze: Ytringsfrihed og tavshedspligt s. 260

¹²³ Betænkning 1553/2015 afsnit 3.3.2., s. 164.

¹²⁴ Se nærmere om arbejdsgiverens negative reaktioner i afsnit 4.2.

påstod på den anden side frifindelse med henvisning til, at der ikke var sket uberettiget videregivelse, da han med sin handling havde varetaget åbenbar almeninteresse, jf. STRFL § 152e, nr. 2. Det blev tillige gjort gældende, at Grevil måtte frifindes, da trusselsvurderingerne med urette var klassificeret som fortrolige¹²⁵ i og med, at visse af de lækkede oplysninger allerede var kendte for offentligheden, samt at retten ikke havde fået forelagt trusselsvurderingerne i deres fulde ordlyd.

Retten anerkendte, at sagen var af betydelig offentlig interesse, herunder særligt i forhold til den politiske opposition. Denne interesse kunne dog ikke i sig selv berettiggelse ulovlig videregivelse af tavshedsbelagte oplysninger af den givne karakter under henvisning til ”åbenbar almeninteresse”, jf. STRFL § 152e, nr. 2. Modhensynet til efterretningstjenestens virksomhed og det faktum, at videregivelsen ikke skete med henblik på at afdække ulovligheder eller andre alvorlige forhold – og i øvrigt ikke medvirkede hertil – medførte, at Grevil blev dømt. Retten fandt det hertil af betydning, at Grevils motiv til at videregive oplysningerne ikke med fornøden klarhed fremstod tilstrækkeligt hæderligt.

Dommen blev afsagt med dissens, men den udgør ikke desto mindre et væsentligt bidrag til forståelsen af ”whistleblowerreglen” i STRFL § 152e. Den offentligt ansattes adgang til berettiget at bryde tavshedspligten ved at foretage whistleblowing på baggrund af en ”åbenbar almeninteresse” må på baggrund af denne sag anses som særdeles snæver. Dommens præjudikatsværdi er imidlertid kraftigt antastet af Michael Gøtze, som særligt hæfter sig ved følgende forhold:

- 1) Uens bedømmelse og forskelligt udfald i sagerne mod henholdsvis Grevil og journalisterne som modtog oplysningerne.¹²⁶
- 2) Sagens konkrete omstændigheder omhandlende tavshedsbrud i Forsvaret i en krigssituation.¹²⁷
- 3) Manglende inddragelse af EMRK’s bestemmelse om ytringsfrihed og nødvendighedsvurderingen ved indgreb i denne.¹²⁸

Særligt i lyset af EMD’s seneste praksis i whistleblowersager, jf. ovenfor, synes dommens præjudikatsværdi begrænset¹²⁹.

3.2.2.3. MFL § 19

MFL § 19 udgør en almindelig lovbestemt regel om en særlig pligt til loyalitet og tavshed for især private lønmodtagere til beskyttelse af arbejdsgiverens økonomiske og konkurrencemæssige interesser.¹³⁰ En lønmodtager i et tjenesteforhold må ikke på utilbørlig vis tilegne sig arbejdsgiverens erhvervshemmeligheder, jf. MFL § 19, stk. 1. Hvis en lønmodtageren har fået kendskab til eller rådighed over sådanne erhvervshemmeligheder i tjenesten, må denne ikke ”ubeføjet videregive eller benytte sådanne hemmeligheder”, jf. MFL § 19, stk. 2. Bestemmelsen gælder i op til 3 år efter ansættelsens ophør og gælder for både offentligt og privat ansatte. Den markedsføringsretlige tavsheds- og loyalitetspligt er særligt relevant efter ansættelsens ophør, da den under ansættelsen har begrænset betydning i skyggen af den almene og mere videregående loyalitetspligt, der følger af selve ansættelsen.¹³¹

Sammen med den markedsføringsretlige generelklausul i MFL § 1 om god markedsføringsskik udgør reglen således en ytringsbegrænsning i det omfang, ytringerne kolliderer med arbejdsgiverens markedsretlige inte-

¹²⁵ Jf. den konkrete afvejning efter FVL § 27 – se afsnit 3.2.2.1.

¹²⁶ Michael Gøtze: Ytringsfrihed og tavshedspligt afsnit 4, s. 260f

¹²⁷ Michael Gøtze: Ytringsfrihed og tavshedspligt afsnit 5.1, s. 269

¹²⁸ Michael Gøtze: Ytringsfrihed og tavshedspligt afsnit 5.2, s. 270

¹²⁹ Det bemærkes at sagen blev indbragt for EMD men ikke optaget til realitetsbehandling, jf. Michael Gøtze: Ytringsfrihed tavshedspligt note 51, s. 269

¹³⁰ Jeppe H. Jørgensen: Ansattes konkurrencehandling s. 206ff

¹³¹ Jeppe H. Jørgensen: Ansattes konkurrencehandling s. 61

resser. Lønmodtageren vil ved en overtrædelse kunne mødes med ansættelsesretlige eller andre civilretlige sanktioner som f.eks. erstatningskrav.

3.4. Opsummering

Ytringsfrihed som grundrettighed nyder en ganske vidtrækkende beskyttelse, og især den formelle, men også den materielle ytringsfrihed, sikres igennem GRL og EMRK. Beskyttelsen gælder alle borgere, og således gælder der principielt en udstrakt grad af ytringsfrihed for både offentligt og privat ansatte. Ytringsfriheden begrænses derudover af en række skrevne og uskrevne retsregler og principper, hvor især den generelle loyalitetsforpligtelse over for arbejdsgiveren vejer tungt. Dette gælder særligt i private ansættelsesforhold.

Trods principiel ytringsfrihed opstår der sager i forbindelse med lønmodtageres ytringer om end praksis vedr. decideret whistleblowing ikke synes særligt omfangsrig. Dette sker især når lønmodtageren retter kritik mod sin arbejdsgiver, hvad enten der er tale om blotte meningstilkendegivelser eller ytringer, som afslører faktiske forhold. For offentligt ansatte har ombudsmandens praksis – og ikke mindst EMD med sin seneste praksis – i høj grad cementeret, at ytringsfrihed også dækker over retten til dels at kritisere og dels afdække kritisable forhold hos arbejdsgiveren.¹³² Den videre ytringsfrihed i det offentlige skyldes en mere åbenlys demokratisk interesse i at inddrage de offentligt ansattes viden i den offentlige debat. Især i forhold til at få afdækket kritisable forhold. Herover for står hensynet til at sikre fortrolighed om forvaltningens og i sidste ende statens virke. Hvor ytringerne involverer oplysning om eller videregivelse af tavshedsbelagte oplysninger, er der således begrænset ret hertil, om end EMD muligvis har blødt op herfor.

Privatansattes ytringsfrihed og ret til at kritisere arbejdsgiveren begrænses generelt af en relativt mere vidtgående loyalitetspligt, hvilken giver en snævrere ramme for ytringsfriheden. Arbejdsgiverens legitime modhensyn i det private baseres i højere grad på økonomiske og konkurrencemæssige overvejelser, som tilmed reguleres markedsretligt. Hermed ikke sagt, at bredere samfundsmæssige interesser overhovedet ingen vægt har i privatansattes ytringssager. Hvad enten der er tale om kritik eller afdækning af kritisable forhold via oplysning om eller videregivelse af fortrolige oplysninger, vil retmæssigheden heraf bero på en konkret vurdering.

Om end retsstillingen synes klarere for offentlige ansatte, er forskellen mellem en illoyal lønmodtager og en anerkendelsesværdig whistleblower under alle omstændigheder hårfin. Problemet i relation til en whistleblower i bred forstand er den skønmæssige afvejning af flere ofte modsatrettede hensyn i forhold til ytringens legitimitet. Lovregler, vejledninger, interne forskrifter mv. kan give lønmodtageren og arbejdsgiveren en rettesnor, men det ændrer ikke på, at der i hvert tilfælde foretages en konkret vurdering.

Afvejningen sker mellem hensynet til lønmodtagerens ideelle og principielle ytringsfrihed, arbejdsgiverens legitime modhensyn i bred forstand og en samfundsmæssige interesse i at få kendskab til forholdet. Whistleblowerens ret til at ytre sig i god tro står og falder med denne afvejning, som er umulig at indsnævre ud over de konkrete tilfælde. Dertil kommer, at kritik af især offentlige arbejdsgivere ofte følger dispositioner med stor politisk bevågenhed. Derfor kan lønmodtagerens politiske anskuelse påvirke dennes vurdering af, hvad der kan ytres om uden konsekvenser, hvilket yderligere komplicerer udgangspunktet for berettiget whistleblowing.

¹³² Det bemærkes at EMD principielt fastholder en høj grad af loyalitetspligt hos offentlig ansatte som modhensyn over for den principielle ytringsfrihed i forhold til dansk ombudsmandspraksis, hvor loyalitetspligten ikke i sig selv kan begrunde begrænsninger i den principielle ytringsfrihed. I de konkrete whistleblower-sager rejst ved EMD ses det dog at loyalitetspligten og dermed hensynet til arbejdsgiveren efter en samlet interesseafvejning skubbes i baggrunden.

Kapitel 4 – Det ansættelsesretlige problem

Ved kritiske ytringer og whistleblowing i bred forstand, er retstillingen den, at risikoen for om den samlede hensynsafvejning af ytringens legitimitet konkret falder ud til lønmodtagerens fordel alene ligger hos lønmodtageren. Dette gælder uanset om lønmodtageren er offentligt eller privat ansat. Ytringer uden for rammen af lønmodtagerens ytringsfrihed kan sanktioneres ansættelsesretligt og undertiden strafferetligt, mens ytringer inden for rammen ikke kan få negative ansættelsesretlige konsekvenser.

Hvis arbejdsgiveren imidlertid finder sig modarbejdet eller i det hele taget ikke bifalder lønmodtagerens ytring, er det imidlertid ikke svært at forestille sig et scenarie, hvor følgevirkningen af en lovlig og reel ytring i form af whistleblowing i bred forstand kan føre til samarbejdsvanskeligheder, som videre kan føre til afskedigelse eller andre negative følgevirkninger i tiden herefter. Dette gælder selvsagt uanset om ytringen falder inden for en whistleblowerordning eller ej

Overordnet kan der sondres mellem 1) ansvarsreaktioner i form af disciplinære sanktioner for tjenestemænd, straf efter STRFL og ansættelsesretlige sanktioner ved lønmodtagerens misligholdelse og 2) negative ledelsesreaktioner.¹³³

Udover disse direkte negative følger af whistleblowing knytter der sig visse særlige problemstillinger hertil, som har interesse fra en ansættelsesretlig vinkel.

4.1. Ansvarsreaktioner

Hvis en ytring i form af whistleblowing efter en konkret afvejning findes ulovlig eller i øvrigt uden for rammerne af lønmodtagerens ytringsfrihed, kan denne berettiget sanktioneres. Der vil være tale om lønmodtagerens misligholdelse af ansættelsesforholdet, hvorefter arbejdsgiveren i yderste konsekvens sagligt vil kunne afskedige lønmodtageren.¹³⁴ Den strengeste ansættelsesretlige sanktion er bortvisning, hvor ansættelsesforholdet ophører med øjeblikkelig virkning ctr. opsigelse med almindeligt varsel. Et forhold, som berettiger ophævelse, berettiger ikke nødvendigvis bortvisning.¹³⁵

Der skal foretages en vurdering af proportionaliteten i bortvisning ctr. opsigelse, hvor faktorer som skadesvirkning for arbejdsgiveren og anden mulighed for at tilgodese arbejdsgiverens interesse kan indgå som momenter.¹³⁶ Proportionalitetsafvejningen vil i visse tilfælde føre til, at det alene er berettiget at irettesætte lønmodtageren eller at give lønmodtageren en advarsel.

4.2. Negative ledelsesreaktioner

Mens ytringer uden for rammerne af lønmodtagerens ytringsfrihed er misligholdelse fra lønmodtagerens side og kan medføre sanktioner, gælder det modsatte som udgangspunkt for ytringer inden for rammerne lønmodtagerens ytringsfrihed.¹³⁷

Billedet er imidlertid ikke sort/hvidt og slet ikke for en whistleblower, som med sine ytringer handler imod sin arbejdsgivers interesse uanset om vedkommende i øvrigt indberetter efter en ordning, hvor arbejdsgive-

¹³³ Betænkning 1553/2015 sondrer mellem ansvarsreaktioner og skønmæssige negative ledelsesreaktioner, jf. betænkningens afsnit 3.1.4., s. 74. Sondringen kan uden videre præciseres – se afsnit 4.2. om negative ledelsesreaktioner

¹³⁴ Ole Hasselbalch: Arbejdsret II s. 1330ff

¹³⁵ Som f.eks. ovennævnte ØLD af 28. februar 2013 hvor den rejste kritik var udtryk for illoyalitet, der berettigede opsigelse men ikke bortvisning

¹³⁶ Ole Hasselbalch: Arbejdsret II s. 1344f

¹³⁷ Jf. FOB 1991.200 hvor det udtaltes at der ikke kan anvendes ”sanktioner eller andre negative reaktioner, der reelt må betragtes som sanktioner” i forbindelse med den ansattes lovlige ytringer. Også hvor disse er kritiske over for ansættelsesmyndigheden. Ligeledes FOB 1999.524 og FOB 2000.485

ren søger lønmodtagerens involvering eller ej. Såvel offentligt ansatte som privatansatte kan blive mødt med negative ledelsesreaktioner, hvor der kan sondres mellem 1) diskretionære negative ledelsesreaktioner som ikke overskrider grænsen for arbejdsgiverens beføjelser i kraft af ledelsesretten og 2) chikane i strid med det almindelige saglighedskrav for ledelsesrettens udøvelse. Grænsen mellem de to former for negative ledelsesreaktioner er ikke nødvendigvis klar, og det vil i høj grad bero på en vanskelig bevisafvejning, om ledelsesreaktioner forekommer i en legitim eller illegitim form.¹³⁸

Hvad angår 1) kan der f.eks. være tale om forbigåelse ved forfremmelse, tildeling af løntillæg og uddelegering af opgaver, fysisk eller funktionel omplacering og sågar afskedigelse.¹³⁹ Arbejdsgiveren vil under alle omstændigheder være bundet af et almindeligt krav om saglighed i udøvelsen af ledelsesretten, men i relation til decideret afskedigelse vil der efter omstændighederne stilles særlige krav om saglighed, jf. nedenfor i næste afsnit.

Med hensyn til 2) kan der være tale om mobning fra arbejdsgiverens side og krænkende adfærd på arbejdspladsen i øvrigt. Arbejdsgiveren kan desuden foretage personlig, professionel eller juridisk sværtning af whistlebloweren. I mindre brancher eller politiske miljøer kan man forestille sig, at arbejdsgiveren kan påtvinge vedkommende et de facto berufsverbot. Hertil kommer arbejdsgiverens bevidste passivitet i forhold, som arbejdsgiveren indirekte er ansvarlig for, som f.eks. kollegaers mobning, arbejdsmiljø mv. Disse reaktioner er under alle omstændigheder usaglige, men de er samtidig mindre håndgribelige og mindre åbenlyse.

Der vil i begge tilfælde være tale om det, som Ole Hasselbalch betegner som efterfølgende blød repression¹⁴⁰ og det, der i betænkning 1553/2015 omtales som skjult sanktionering.¹⁴¹ Problematikken kan koges ind til frasen, at arbejdsgiveren går efter manden frem for bolden, og udgør de facto en yderligere begrænsning af lønmodtagerens principielle ytringsfrihed udover de i afsnit 3.2. nævnte forhold.

Lovlige ytringer – og eventuelle negative ledelsesreaktioner som reaktion herpå – kan endvidere føre til samarbejdsvanskeligheder mellem lønmodtageren og arbejdsgiveren, hvilket i sig selv kan begrunde negative ledelsesreaktioner¹⁴² og ansættelsesretlige sanktioner.¹⁴³

Samarbejdsvanskeligheder er et bredt begreb og må kvalificeres nærmere for sagligt at kunne begrunde afskedigelse. For offentligt ansatte har ombudsmanden fastslået en række krav til kvalificeringen af, hvornår samarbejdsvanskeligheder kan begrunde afskedigelse.¹⁴⁴ Dels gælder et skærpet beviskrav til konstateringen af samarbejdsvanskelighederne, herunder at disse kan tilskrives lønmodtageren, og at disse konkret har betydelig negativ indflydelse på arbejdet.¹⁴⁵ Dels gælder det almindelige forvaltningsretlige proportionalitetsprincip, hvorefter problemerne skal være forsøgt løst på en mindre indgribende måde.¹⁴⁶ Forholdene, der konkret giver anledning til problemer, skal være forsøgt afhjulpet, og den ansatte må via irrettesættelse eller advarsler have haft mulighed for at rette op på forholdene. For privatansatte gælder lignende betragtnin-

¹³⁸ Ole Hasselbalch: Ytringsfrihed, ansættelse og retssystemets grænser, afsnit II, s. 9

¹³⁹ Ole Hasselbalch: Arbejdsret II s. 748f om arbejdsgiverens beføjelser inden for ledelsesretten

¹⁴⁰ Ole Hasselbalch: Ytringsfrihed, ansættelse og retssystemets grænser, afsnit I, 2.2, s. 7

¹⁴¹ Betænkning 1553/2015, afs. 5.2.1., s. 244

¹⁴² Jf. FOB 1999.524 hvor det efter ombudsmandens opfattelse ikke kunne afvises at ”eventuelle samarbejdsproblemer [...] i særlige tilfælde kan begrunde anvendelse af negative ledelsesmæssige beslutninger”, i forbindelse med forflyttelsen af en kommunalt ansat sygeplejerske. Ligeledes FOB 2001.552, hvor det dog understregedes at der må ”udvises betydelig tilbageholdenhed ved anvendelse af negative ledelsesbeføjelser” i forbindelse med en kommunalt ansat psykologs lovlige ytringer. Så meget desto mere i private ansættelsesforhold

¹⁴³ Jf. ovennævnte ØLD af 28. februar 2013, hvor det konstaterede tillidsbrud ved ytringen fandtes at umuliggøre fortsat samarbejde

¹⁴⁴ Jf. Karsten Revsbech: Forvaltningspersonalet s. 74. Ligeledes betænkning 1553/2015, afsnit 3.1.4.11., s. 142

¹⁴⁵ Fra praksis: F.eks. U2002.1269H og U2005.1089Ø

¹⁴⁶ Fra praksis: F.eks. U2003.1660H

ger,¹⁴⁷ idet her også stilles krav til beviset vedr. de faktiske forhold, der giver anledning til problemerne, krav om at disse forhold er forsøgt afhjulpnet samt proportionalitet i øvrigt.¹⁴⁸

4.3. Saglighedsværn

Som forudsætning for overhovedet at tale om saglighed som værn mod arbejdsgiverens diskretionære ledelsesbeføjelser i form af afskedigelse må der eksistere regler herom. Lønmodtageren kan være omfattet af regler, som medfører krav om saglighed ved diskretionær sanktionering, og hvor især regler om usaglig afskedigelse er centrale. Regler om usaglig afskedigelse indebærer, at arbejdsgiveren må kunne godtgøre, at dennes disposition er sket på et sagligt grundlag.¹⁴⁹

I forhold til privatansatte vil funktionærer være omfattet af et saglighedsværn i kraft af FUL § 2b, mens det for de øvrige privatansatte vil bero på kollektiv eller individuel aftale. Overenskomstsansatte vil typisk være omfattet af et saglighedsværn,¹⁵⁰ jf. f.eks. hovedaftalen mellem LO og DA § 4, stk. 3, og visse ansættelsesforhold vil således være dobbeltdækket.

Et tilsvarende dobbelt retsgrundlag vil i alle tilfælde gøre sig gældende i offentlige ansættelser,¹⁵¹ hvor ledelsesbeslutninger generelt er underlagt krav om saglighed. Ansættelsesforholdet vil ud over ansættelsesretlige regler være omfattet af almindelige forvaltningsretlige regler om bl.a. partshøring, begrundelsespligt m.fl. og principper om saglighed, proportionalitet og lighed, hvor den offentlige arbejdsgiver tillige træffer afgørelse som myndighedsudøver.¹⁵² Grænsen mellem en afgørelse i FVL's forstand og en diskretionær ledelsesbeslutning er ikke altid lige åbenlys, men vil bero på hvorvidt der sker en indgribende stillingsændring.¹⁵³ Afskedigelse vil under alle omstændigheder være en afgørelse i FVL's forstand.

Regler om saglighed har således betydning for arbejdsgiverens mulighed for at møde lovlige ytringer og whistleblowing med alvorlige negative ledelsesreaktioner i form af afskedigelse, idet reaktionens saglighed kan efterprøves, hvis lønmodtageren finder anledning til det. Som nævnt ovenfor stilles generelt krav om en kvalificering af påståede samarbejdsproblemer, og dermed foregår også en vis saglighedsprøvelse i relation til negative følgevirkninger af lovlige ytringer og whistleblowing.

Udover de nævnte regler og principper om saglighed findes en række love med mere specielle kriterier for, hvornår man sagligt og lovligt kan afskedige en lønmodtager¹⁵⁴. Disse regler vil ikke blive behandlet nærmere, men kan have betydning i sager, hvor en lønmodtager møder negative ledelsesreaktioner ved whistleblowing, såfremt forholdet tillige indebærer en krænkelse af de særlige regler.

4.3.1. Saglighedsværnets utilstrækkelighed i forhold til whistleblowing

Som netop påvist kan saglighedsværn og almindelige regler om saglighed ikke begrænse enhver negativ ledelsesreaktion. Dette gælder hvor denne har mindre indgribende karakter og for en umiddelbar betragtning falder inden for arbejdsgiverens beføjelser i kraft af ledelsesretten, men ikke desto mindre følger af lønmodtagerens whistleblowing.

¹⁴⁷ Ole Hasselbalch: Arbejdsret II s. 954ff og Lars S. Andersen og andre: Funktionærret s. 738ff

¹⁴⁸ Fra praksis: F.eks. AN af 8. april 2015 og VLD af 16. april 2012

¹⁴⁹ Ole Hasselbalch: Arbejdsret II s. 925f

¹⁵⁰ Ole Hasselbalch: Arbejdsret II s. 921f. Ligeledes H.G. Carlsen: Dansk Funktionærret, s. 360

¹⁵¹ Ole Hasselbalch: Arbejdsret II s. 588f og Karsten Revsbech: Forvaltningspersonalet, s. 112

¹⁵² Forvaltningsret – almindelige emner s. 222f om de forvaltningsretlige retsgrundsætninger som forudsætning for traditionel myndighedsudøvelse

¹⁵³ Ole Hasselbalch: Arbejdsret II s. 591ff og ligeledes Karsten Revsbech: Forvaltningspersonalet s. 68

¹⁵⁴ I relation til ytringsfrihedsspørgsmålet kan især nævnes foreningsfrihedsloven, diskriminationsloven samt regler og principper om særlig beskyttelse af tillidsmænd og lønmodtagerrepræsentanter

Derudover har de nævnte bestemmelser om saglighedsværn ved afskedigelse to åbenlyse svagheder, når det kommer til privatansatte lønmodtagere, hvis ansættelsesforhold ikke tillige er underlagt ovennævnte forvaltningsretlige principper og ombudsmandens prøvelse, jf. afsnit 3.2.1.1. Dels findes der lønmodtagere, som ikke er omfattet af et saglighedsværn gennem hverken lov eller aftale.¹⁵⁵ Dels stilles der krav om en vis anciennitet for, at man som lønmodtager er omfattet. For funktionærer indebærer det 1 års ansættelse, jf. FUL § 2b, mens det for overenskomstansatte vil bero på det aftalte, f.eks. 9 måneders ansættelse, jf. hovedaftalen mellem LO og DA § 4, stk. 3. Henset til, at enhver type af lønmodtager principielt kan indtræde i rollen som whistleblower, jf. ovenfor under afsnit 2.2.1. udgør denne omstændighed et u hensigtsmæssigt hul i whistleblowerens ansættelsesretlige stilling.

I øvrigt vil spørgsmålet om saglighed ctr. usaglighed i sig selv udgøre et vist usikkerhedsmomentet i og med, at saglighedsvurderingen i sig selv beror på en konkret hensynsafvejning, som ikke nødvendigvis falder ud til lønmodtagerens fordel.

4.4. Særlige problemstillinger

De ovennævnte problemstillinger knytter sig direkte til whistleblowerens handling og konsekvensen af handlingen. Derudover er der med whistleblowing forbundet mere overordnede problemstillinger med ansættelsesretlige implikationer.

4.4.1. Anonym whistleblowing

Adgang til at foretage anonym whistleblowing fremstår som en måde at sikre sig mod ansættelsesretlige sanktioner,¹⁵⁶ men er ikke nødvendigvis hensigtsmæssig. Anonymitet vil alt andet lige gøre det sværere at foretage en nærmere undersøgelse af de påståede uretmæssigheder og udgøre et generelt troværdighedsproblem.¹⁵⁷ En lønmodtager, der optræder anonymt, vil være relativt mindre selvkritisk i forhold til autenticiteten af sine oplysninger og eget motiv. Indenfor det offentlige kan det tillige give problemer i forhold til forvaltningsretlige principper som officialmaksimen, notatpligt, vejledningspligt m.fl. i det omfang, der skal reageres på en henvendelse om en uretmæssighed.¹⁵⁸ Dertil kommer uoverensstemmelse med Datatilsynet¹⁵⁹.

De nævnte forhold harmonerer dårligt med, at de regler, der specifikt regulerer whistleblowing, netop fremhæver, at lønmodtageren bør have mulighed for anonym whistleblowing, jf. afsnit 2.3. med underafsnit.¹⁶⁰ De nævnte betragtninger og problemstillinger vedr. virkning og effektivitet, lønmodtagerens etik, krydsende forvaltningsretlige og persondataretlige hensyn skal ikke behandles nærmere.

4.4.2. Selvregulering i relation til ansættelsesretlig beskyttelse

I en Corporate Governance sammenhæng beror udviklingen på frivillighed og ikke-bindende anbefalinger i form af såkaldt soft law, jf. ovenfor i kapitel 1. Dette vil således også være tilfældet i relation til eventuel ansættelsesretlig beskyttelse af whistleblowere, hvor beskyttelsen vil bero på private parters bestemmelse

¹⁵⁵ Martin Gräs Lind: Whistleblowing i kontekst, afsnit 4.4, s. 327 inkl. note 72

¹⁵⁶ F.eks. Betænkning 1553/2015, afsnit 2.4.1., s. 44 og afsnit 5.2.2., s. 251. Ligeledes Transparency.dk (2015)

¹⁵⁷ Michael Götze mener i relation til offentligt ansatte, at det vil have en selvstændig værdi at disse står frem, og at det tilfører debatten en særlig troværdighed frem for, at vedkommende optræder anonymt jf. Michael Götze: Ytringsfrihed og tavshedspligt s. 271

¹⁵⁸ Betænkning 1553/2015, afsnit 6.4.1., s. 343f. Ligeledes Martin Gräs Lind: Whistleblowing i kontekst, afsnit 4.1, s. 323

¹⁵⁹ Datatilsynet er opmærksomt på at der kan være behov for at tillade anonyme indberetninger, men at der efter deres opfattelse ikke bør opfordres hertil, jf. Datatilsynet.dk (oplysningspligt)

¹⁶⁰ Muligheden for anonymitet er også et gennemgående træk ved de undersøgte whistleblowerordninger i det offentlige oprettet på administrativt grundlag, jf. Betænkning 1553/2015, afsnit 6, s. 274.

herom. Regler om lønmodtagerbeskyttelse og i det hele taget regler om whistleblowing vil i sagens natur knytte sig til whistleblowing efter administrative ordninger. Arbejdsgiveren kan gennem ensidige tilkendegivelser fastlægge regler i form af vejledninger, relementer o.l. som virker retsstiftende i ansættelsesforholdet.¹⁶¹ I det omfang selvregulering overhovedet måtte finde sted, medfører det dog alt andet lige en vis usikkerhed om reglernes juridiske klarhed, retlige rækkevidde og praktiske håndhævelse.¹⁶²

Udover private selskabers mere eller mindre ensidige selvregulering står det arbejdsmarkedets parter frit for at indgå kollektive aftaler om regler med relevant og forpligtende ansættelsesretlig beskyttelse ved whistleblowing. Reglerne vil herefter kunne håndhæves og sanktioneres inden for det fagretlige system. Ligeledes kan der indgås individuelle aftaler, som vil forpligte på aftalemæssigt grundlag.

Under alle omstændigheder rejses spørgsmålet om det generelt tilrådelige i, at retsudviklingen på et så væsentligt område som lønmodtagerbeskyttelse og graden heraf overlades til private parter.¹⁶³ Så meget desto mere henset til den svært konkretiserbare retstilstand vedr. lønmodtagerens ytringsfrihed og whistleblowing, jf. kapitel 3 og de potentielle ansættelsesretlige følger af whistleblowing, jf. afsnit 4.1. og 4.2.

Med hensyn til offentligt ansatte har Betænkning 1553/2015 undersøgt whistleblowerordninger oprettet på administrativt grundlag i det offentlige. Man har konstateret, at en stor del af vejledningerne til disse ordninger anfører, at whistleblowing i god tro ikke må give anledning til ansættelsesretlige sanktioner.¹⁶⁴ En væsentlig forskel på de private og offentligt ansatte, som foretager whistleblowing, og vil støtte sig til rettighe-der med afsæt i en administrativ ordning, er, at de offentligt ansatte – modsat deres privatansatte kollegaer – vil være beskyttet af det almindelige forvaltningsretlige krav om saglighed og ikke mindst ombudsmandens tilsyn.

4.5. Opsummering

Whistleblowing kan konkret falde uden for rammerne af lønmodtagerens ytringsfrihed og mødes med ansættelsesretlige sanktioner i form af ansvarsreaktioner, eller den kan falde inden for rammerne og alligevel blive mødt med negative ledelsesreaktioner. Lønmodtageren bærer risikoen for begge scenarier, og for en whistleblower i god tro er begge scenarier forbundet med potentielt store personlige og økonomiske konsekvenser. Trods nuanceforskelle er risikoen ens for offentligt og privat ansatte.

Risikoen for negative ledelsesreaktioner som følge af ytringer inden for rammen af lønmodtagerens ytringsfrihed udgør en særlig problematik. Der findes retsregler og principper som beskytter lønmodtageren mod arbejdsgiverens reaktioner, hvor det almindelige saglighedskrav og ansættelsesretlige saglighedsværn udgør de overordnede, og særligt offentligt ansatte nyder beskyttelse mod usaglige arbejdsgiverreaktioner i bred forstand. Visse lønmodtagere er slet ikke beskyttet, og hverken offentlige eller private lønmodtagere er fuldstændigt sikret mod potentielle negative følgevirkninger af whistleblowing. Dertil kommer den særlige problematik, hvor arbejdsgiverens reaktion tillige tangerer eller har karakter af chikane, der under alle omstændigheder vil være usaglig fra arbejdsgiverens side, men som er svær at påvise og gardere sig imod.

Man kan indvende, at ytringsfrihed er en personlig ret og ikke en pligt,¹⁶⁵ hvorfor lønmodtageren blot kan afholde sig fra at indtræde i rollen som whistleblower. Som det fremgår i afsnit 3.2.1.3 er dette ikke nødven-

¹⁶¹ Ole Hasselbalch: Arbejdsret II s. 599ff

¹⁶² Se VLD af 12. maj 2015 hvor der bl.a. var strid om hvorvidt en fyret funktionær var omfattet af arbejdsgiverens regler vedrørende beskyttelse af whistleblowere ved indberetning af compliancesager

¹⁶³ Jf. Martin Gräs Lind: Whistleblowing i kontekst afsnit 4.1, s. 324

¹⁶⁴ Betænkning 1553/2015, afsnit 6.1., s. 278

¹⁶⁵ Samme indvending fremføres i Betænkning 1553/2015, afsnit 5.3., s. 260, hvor det som yderpunkt til spørgsmålet om behovet for understøttelse af offentligt ansattes ytringsfrihed pointeres at disses deltagelse i den offentlige debat ikke skal fremmes hvis ikke der er et reelt ønske herom.

digvis sort/hvidt, da loyalitet undertiden kan udstrækkes til også at kritisere eller gå imod arbejdsgiveren, hvor lønmodtageren risikerer ansættelsesretlige og måske endda strafferetlige sanktioner ved sin passivitet. At Corporate Governance og samfundsudviklingen i øvrigt i høj grad sigter til at inddrage lønmodtageren i whistleblowerrollen sammenholdt med den sparsomme formelle regulering heraf, jf. ovenfor i kapitel 1 må samtidig give anledning til overvejelser om hensigtsmæssigheden i, at lønmodtageren i alle tilfælde bærer en vis risiko for negative ansættelsesretlige konsekvenser, når vedkommende faktisk foretager whistleblowing uanset om det er efter en whistleblowerordning eller ej.

Derudover knytter der sig til whistleblowing en række særlige problemstillinger vedr. anonymitet og selvregulering som set fra en lønmodtagervinkel giver anledning til visse betænkeligheder.

Kapitel 5 – Behov for særlig arbejdsretlig regulering?

Som påvist i foregående kapitel hviler i alle tilfælde en risiko på lønmodtageren i relation til potentielle negative ansættelsesretlige konsekvenser når denne foretager whistleblowing eller i det hele taget ytrer sig kritisk. Der kan være tale om arbejdsgiverens ansvarsreaktioner eller negative ledelsesreaktioner, hvor særligt negative ledelsesreaktioner synes problematisk. Fra en lønmodtagervinkel er problemet således, om lønmodtageren kan anses for tilstrækkeligt ansættelsesretligt beskyttet, når vedkommende foretager whistleblowing i bred forstand. Som det fremgår i kapitel 1 ses en stigende tendens til at whistleblowing fremmes som middel til at afdække uretmæssigheder i både den offentlige og private sektor. Så godt som uden undtagelse gælder ingen lovmæssige regler om ansættelsesretlig beskyttelse.

5.1. Fokus på ansættelsesretlig beskyttelse af whistleblowere

Det retspolitiske spørgsmål om whistlebloweres ansættelsesretlige stilling har været emne for en vis retlig¹⁶⁶ og politisk diskussion. Fra politisk hold er det påfaldende, at der sædvanligvis sondres mellem offentligt og privat ansatte, og inden for det seneste årti er der således udgivet to danske betænkninger vedr. ytringsfrihed og whistleblowing, hvor fokus har været offentligt ansatte.¹⁶⁷ Derudover har særligt lønmodtagerorganisationer samt Transparency International¹⁶⁸ blandet sig i den seneste debat¹⁶⁹, ligesom Europarådet i 2014 har udgivet en anbefaling vedr. beskyttelsen af whistleblowere jf. nedenfor.

5.1.1 Danske betænkninger

Betænkning 1472/2006 undersøgte retstilstanden vedr. offentligt ansattes ytringsfrihed og meddelelert, hvorefter man bl.a. vurderede behovet for særlig ansættelsesretlig beskyttelse. Man fandt ikke anledning til at anbefale indførelse af særlige ansættelsesretlige regler henset til, at problemet med negative ledelsesreaktioner i ytringssager, jf. udvalgets egen redegørelse, var af begrænset omfang. Dertil kom, at man ikke opfattede uberettigede negative reaktioner som følge af lovlige ytringer særligt beskyttelsesværdige i forhold til andre typer af uberettigede reaktioner. Der var derfor ikke behov for særlig lovgivning¹⁷⁰.

¹⁶⁶ Michael Götze: Ytringsfrihed og tavshedspligt s. 271f hvor manglende beskyttelse af whistleblowere problematiseres. Ligeledes Martin Gräs Lind: Whistleblowing i kontekst, afsnit 5, s. 327, hvor han i sin konklusion finder manglen på ”klassisk lønmodtagerbeskyttelse” af whistleblowere bemærkelsesværdig.

¹⁶⁷ Betænkning 1472/2006 og Betænkning 1553/2015 har på baggrund af politisk debat alene behandlet spørgsmålet vedr. offentligt ansatte, jf. indledningen til begge henholdsvis afsnit 1.1, s. 9 og afsnit 1.1., s. 10

¹⁶⁸ Transparency.dk (2015)

¹⁶⁹ Se f.eks. Altinget.dk (2015) og ac.dk (2015)

¹⁷⁰ Betænkning 1472/2006 afsnit 5.1.3.4, s. 216f

Det var imidlertid ikke et enigt udvalg i forhold til alle de behandlede problematikker. Mindretallet fandt, at der var behov for øget ansættelsesretlig regulering i form af mulighed for fortsat ansættelse/genansættelse, forhøjet godtgørelsesniveau og gunstigere bevisbyrderegler. Man fandt den gældende regulering mangelfuld i forhold til usaglige og skjulte sanktioner¹⁷¹.

Et resultat af Betænkning 1472/2006 var udarbejdelsen af en officiel vejledning vedr. offentligt ansattes ytringsfrihed¹⁷². Som nævnt i afsnit 3.2.1.2. blev en lignende vejledning for privatansatte udsendt i 2009.

Senest og mest aktuelt har Betænkning 1553/2015 behandlet spørgsmålet i relation til offentligt ansatte. Med afsæt i betænkningen fra 2006 undersøgte man igen retstilstanden vedr. offentligt ansattes ytringsfrihed og whistleblowing, som siden da er blevet et fast begreb. Man vurderede igen behovet for bl.a. særlig ansættelsesretlig beskyttelse i forhold til negative ledelsesreaktioner ved retmæssige ytringer, men fandt igen ikke anledning til at anbefale indførelse af særlige regler herom¹⁷³.

Visse udvalgsmedlemmer fandt, at der var behov for øget ansættelsesretlig regulering med henblik på at sikre lønmodtageren mod negative reaktioner ved såvel lovlige ytringer som meddelelse ved ulovlige og kritikværdige forhold gennem tiltag som mulighed for fortsat ansættelse/genansættelse, forhøjet godtgørelsesniveau og gunstigere bevisbyrderegler uden dog at være enige om hvilke og i hvilket omfang.¹⁷⁴ Man fandt, at frykten for skjult sanktionering i form af negative ledelsesreaktioner og ringe beskyttelse mod usaglige sanktioner, udgør ikke uvæsentlige ytringshindringer. Udvalgets undersøgelse bakkedes på dette punkt op af forskellige lønmodtagerorganisationers egne undersøgelser.¹⁷⁵

5.1.2. Europarådets anbefaling

Europarådet udsendte i foråret 2014 en anbefaling til medlemslandene om øget beskyttelse af whistleblowere. Vejen hertil var bl.a., at rådets parlamentariske forsamling i 2010 nåede frem til, at de fleste af medlemslandene manglede fyldestgørende og overordnet lovgivning til beskyttelse af whistleblowere,¹⁷⁶ hvormed medlemslandene opfordredes til at forholde sig juridisk til spørgsmålet. Senere i 2013 – i forbindelse med retsforfølgelsen af en amerikansk whistleblower – blev spørgsmålet om øget beskyttelse igen behandlet,¹⁷⁷ idet der stilledes forslag om at whistleblowing i bred forstand skal beskyttes mod retsforfølgelse, og at denne beskyttelse skal inkorporeres i EMRK via en tillægsprotokol. Beskyttelsen ville imidlertid være vidtgående, eftersom der umiddelbart var tale om en ubetinget beskyttelse mod retsforfølgning.

Anbefalingen fra 2014 er udtryk for et større fokus på whistleblowing de seneste år, og at man fra Europarådets side har konstateret et behov for øget regulering. Efter anbefalingens definition er en whistleblower enhver person, som rapporterer om eller offentliggør information af offentlig interesse i kraft af sin arbejdsmæssige relation. Det er underordnet om det er inden for den offentlige eller private sektor, og rapporteringen kan ske intern i en organisation eller selskab såvel som eksternt.¹⁷⁸

Appendikset til anbefalingen opremser en række grundlæggende ideelle principper, herunder bl.a. formel facilitering af whistleblowing, fortrolighed for whistlebloweren og ikke mindst beskyttelse af lønmodtageren

¹⁷¹ Betænkning 1472/2006 afsnit 5.1.3.4, s. 218

¹⁷² Vejledning om offentligt ansattes ytringsfrihed

¹⁷³ Betænkning 1553/2015, afsnit 5.2.1., s. 241ff

¹⁷⁴ Betænkning 1553/2015, afsnit 5.2.1., s. 244f

¹⁷⁵ Betænkning 1553/2015, afsnit 4.4.1.f, 4.4.2.f, og 4.4.3.f om henholdsvis FTF's, FOA's og Magisterbladets undersøgelser på området

¹⁷⁶ Resolution, pkt. 4

¹⁷⁷ Motion for a recommendation

¹⁷⁸ Europarådets anbefaling, Definitions s. 6 (pkt. a-d)

mod arbejdsgiverens direkte og indirekte sanktioner af enhver art.¹⁷⁹ Beskyttelsen består ideelt af regler om omvendt bevisbyrde, beskyttelse af whistleblowere i god tro og vildfarelse samt mulighed for fritstilling under sagsforløbet ved prøvelse af en arbejdsgiversanktion.¹⁸⁰

5.1.3. Opsummering

Europarådets anbefaling tilsigter en generel beskyttelse af whistleblowere i god tro. Europarådets anbefalinger er ganske vidtgående, men der er alene tale om en anbefaling, som opfordrer til at sætte whistleblowing på den politiske agenda i medlemslandene med henblik på at udvikle fyldestgørende nationale regler herom.¹⁸¹

Spørgsmålet om særlig ansættelsesretlig regulering for whistleblowere centrerer sig i Betænkning 1553/2015 om særlig beskyttelse mod arbejdsgiverens negative ledelsesreaktioner i forbindelse med ellers lovlige ytringer samt i et vist omfang whistleblowing generelt¹⁸². Betækningsudvalgets medlemmer var dog ikke hverken enige om behovet herfor eller metoden til i så fald at sikre lønmodtagere denne bedre beskyttelse jf. ovenfor. Udvalget var dog enigt om at ansættelsesretlig særregulering, som markerer, at visse typer arbejdsgiverreaktioner er mere alvorlige end andre kræver særligt tungtvejende grunde.¹⁸³

Særlige bevisbyrderegler, regler om godtgørelse og fokus på uberettiget forskelsbehandling nævnes gennemgående som fokusområder for særlig regulering.

5.2. Særlig ansættelsesretlig regulering

Betækningsudvalgets bemærkning om at særlig ansættelsesretlig regulering kræver tungtvejende grunde og det samlede udvalgs afvisning af behovet for særlig ansættelsesretlig regulering i relation til whistleblowing harmonerer dårligt med den nyligt indførte regel om ansættelsesretlig beskyttelse for ansatte i den finansielle sektor jf. afsnit 2.3.3. Især henset til lovforslagets bemærkninger om at ”*de ansatte, der indberetter eventuelle overtrædelser[...] sikres en passende beskyttelse mod ufordelagtig behandling eller ufordelagtige følger*” for at en whistleblowerordning fungerer hensigtsmæssigt.¹⁸⁴ Der findes således allerede regler om en vis særlig ansættelsesretlig beskyttelse af whistleblowere i den finansielle sektor, hvor disse indberetter om uretmæssigheder efter en nærmere afgrænset ordning jf. ovenfor i afsnit 2.3.3.

I lovforslaget, som ledte til de nye regler om ansættelsesretlig beskyttelse af whistleblowere i den finansielle sektor, henvises til ansættelsesretlige regler om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet på baggrund af f.eks. køn, race og religion.¹⁸⁵ Specielle ansættelsesretlige regler til forebyggelse af uligebehandling findes således i et vist omfang, hvor beskyttelsespræceptive retsregler fastlægger rammer for, hvad der positivt skal behandles uden diskrimination, samt hvordan denne særlige lighed skal praktiseres.¹⁸⁶

Med henvisningen til køn, race og religion er der tale om ligebehandlingsloven og forskelsbehandlingsloven, som begge indeholder særlige bevisbyrderegler,¹⁸⁷ regler om godtgørelse ved krænkelse,¹⁸⁸ samt sikring mod

¹⁷⁹ Europarådets anbefaling, Principles (I-VIII) s. 6f

¹⁸⁰ Europarådets anbefaling, Principle (VII) s. 9f

¹⁸¹ Europarådets anbefaling, Operative clause, pkt. 28, s. 19

¹⁸² Betænkning 1553/2015, afsnit 5.2.1., s. 242f

¹⁸³ Betænkning 1553/2015, afsnit 5.2.1., s. 243

¹⁸⁴ Lovforslag nr. 133 af 7/2 2014, pkt. 2.7.5.3, s. 69

¹⁸⁵ LFF nr. 133 af 7/2 2014, pkt. 2.7.5.1., s. 69 – ligeledes ovenfor under [note 44?](#)

¹⁸⁶ Ole Hasselbalch: Arbejdsret II s. 754

¹⁸⁷ Delt bevisbyrde, jf. Forskelsbehandlingsloven § 7a og Ligebehandlingsloven § 16a samt omvendt bevisbyrde, jf.

Ligelønsloven § 16, stk. 4.

¹⁸⁸ Forskelsbehandlingsloven § 7 og Ligebehandlingsloven § 14

repressalier, når krænkelsen gøres gældende.¹⁸⁹ Reglerne er endvidere kendetegnede ved at omfatte direkte såvel som indirekte diskrimination¹⁹⁰ samt chikane¹⁹¹ og ved et bredt lønmodtagerbegreb.¹⁹²

Regler om delt eller omvendt bevisbyrde indebærer, at hovedreglen i dansk ret om ligefrem bevisbyrde fraviges. Ved delt bevisbyrde, som den kommer til udtryk i f.eks. ligebehandlingsloven § 16a, forrykkes bevisbyrden, således at såfremt lønmodtageren kan påvise faktiske omstændigheder¹⁹³, som giver anledning til formodning om en krænkelse, påhviler det arbejdsgiveren at bevise, at lovens princip om kønsligebehandling ikke er blevet krænket¹⁹⁴. Omvendt bevisbyrde er en vidtgående forrykkelse af bevisbyrden, hvorefter det påhviler arbejdsgiveren at påvise, at en given disposition ikke udgør en krænkelse lønmodtageren¹⁹⁵.

Godtgørelse er inden for arbejdsretten en gængs måde at kompensere krænkede lønmodtagere på. Regler om godtgørelse kendes således fra bl.a. FUL¹⁹⁶, det fagretlige system¹⁹⁷ og øvrige diskriminationslovgivning. Regler om godtgørelse er tabsafhængige og har særligt deres berettigelse, hvor forholdet mellem lønmodtageren og arbejdsgiveren har lidt skade ved uligebehandlingen, og ansættelsesforholdet ikke kan opretholdes.

Lovene omfatter forbud mod såvel direkte som indirekte diskrimination samt chikane på baggrund af ligebehandlingskriterierne. Hermed dækker de positive diskriminationsforbud bredt dispositioner og reaktioner, som arbejdsgiveren kan møde lønmodtageren med i ansættelsesforholdet.

Henset til at der allerede er indført ansættelsesretlig beskyttelse med afsæt i arbejdsretlig diskriminationslovgivning i finanssektoren kan disse nye regler og diskriminationslovene danne skabelon for en eventuel særlig ansættelsesretlig beskyttelse af whistleblowere.

Kapitel 6 – Konklusion

Jeg har i min afhandling redegjort for begrebet whistleblowing i bred forstand. Der er tale om et nyere fænomen, der har bredt sig under Corporate Governance såvel som i en bred offentlighed som et anerkendelsesværdigt middel til at afdække uretmæssige forhold i det private erhvervsliv og den offentlige forvaltning. Begrebsmæssigt er det svært entydigt at kvalificere og inddæmme, hvad der konkret vil udgøre whistleblowing i bred forstand. Love såvel som virksomhedsinterne forskrifter kan dog opstille formelle regler herom og i øvrigt facilitere whistleblowing i form af deciderede whistleblowerordninger. Overordnet fremstår whistleblowing dog som et ureguleret område og særligt fra en ansættelsesretlig vinkel.

Problemet med whistleblowing fra en ansættelsesretlig vinkel er den umiddelbare usikkerhed forbundet med at ytre sig kritisk som lønmodtager inden for rammerne af ansættelsesforholdet. Jeg har behandlet spørgsmålet om lønmodtagerens retsstilling ved whistleblowing som naturligt sammenhængende med lønmodtagerens ytringsfrihed og grænserne for denne. Trods principiel ytringsfrihed for såvel offentligt som privat ansatte har det imidlertid vist sig svært at komme denne grænse nærmere end overordnede principper. Det vil typisk bero på en række skønmæssige afvejninger, om en konkret ytring kan accepteres inden for rammerne af

¹⁸⁹ Forskelsbehandlingsloven § 7, stk. 2 og Ligebehandlingsloven § 15, stk. 1

¹⁹⁰ Såvel Forskelsbehandlingsloven som Ligebehandlingsloven § 1, stk. 1

¹⁹¹ Forskelsbehandlingsloven § 1, stk. 4 og Ligebehandlingsloven § 1, 4-6

¹⁹² ”Lønmodtagere” jf. Forskelsbehandlingsloven § 2, stk. 1 og ”mænd og kvinder” jf. ligebehandlingsloven § 2

¹⁹³ Det er ikke nok at påstå krænkelse – påstanden skal være underbygget jf. Ole Hasselbalch: Arbejdsret II s. 773

¹⁹⁴ Ole Hasselbalch: Arbejdsret II s. 771ff. Tilsvarende bevisstilling gør sig gældende ved krænkelse af forskelsbehandlingslovens lighedsprincip jf. Ole Hasselbalch: Arbejdsret II s.797f

¹⁹⁵ Nærmere om denne bevisafvejning – Ole Hasselbalch: Arbejdsret II s. 1033ff

¹⁹⁶ FUL § 2b med, stk. 1 hjemler godtgørelse ved usaglig afskedigelse

¹⁹⁷ Ole Hasselbalch: Arbejdsret II s. 980f

lønmotagerens ytringsfrihed. Det skyldes en flerhed af legitime modhensyn, som ikke lader sig stille på formel og i sagens natur ikke er statiske, samt et broget sæt af regler, principper og grundsætninger af forskellig retlig herkomst. Dette gælder såvel offentligt som privat ansatte, om end der er visse forskelle.

At man ikke kan komme spørgsmålet om en ramme for lønmotagerens ret til at ytre sig i form af whistleblowing nærmere, end at det i hvert tilfælde er en konkret vurdering i form af en kompliceret hensynsafvejning, taler for at anerkende et vist ansættelsesretligt beskyttelsesbehov. I hvert fald al den stund lønmotageren i god tro har en subjektiv opfattelse af at forfølge et legitimt og hensigtsmæssigt formål med at foretage whistleblowing. Lønmotageren løber i alle tilfælde en risiko i relation til potentielle negative ansættelsesretlige konsekvenser i form af såvel ansvarsreaktioner som negative ledelsesreaktioner ved whistleblowing. For en whistleblower i god tro og som handler inden for rammerne af en whistleblowerordning er især de negative ledelsesreaktioner problematiske. Saglighedsværn og forvaltningsretlige grundsætninger udgør ganske vist en vis beskyttelse, men denne beskyttelse har visse mangler: Dels i forhold til den skønsmæssige karakter af arbejdsgiverens potentielt negative reaktioner. Dels særligt i forhold til visse typer af ansatte. Visse lønmotagere er således relativt dårligere stillet samtidig med, at det i relation til disse potentielt negative følger principielt savner mening at sondre mellem privat og offentligt ansatte og lønmotagergrupper i det hele taget.

Dertil kan man hævde at den eksisterende ansættelsesretlige lovgivning ikke i fornøden grad tager hensyn til samfundsudviklingen, hvor lønmotageren som potentiel whistleblower indtager en anden rolle i relation til arbejdsgiveren end tidligere. Whistleblowing har, såvel i en Corporate Governance sammenhæng som i samfundet generelt, vundet stigende indpas og har inddraget lønmotageren i en kontrolfunktion, hvor denne foretager whistleblowing. Mens lovgivning såvel som anbefalinger, vejledninger o.l. i de seneste år har arbejdet med at facilitere whistleblowing, er det småt med formel regulering som sikrer den eneste person som definatorisk er en forudsætning for overhovedet at tale om whistleblowing – lønmotageren. Anerkender man som samfund whistleblowing, må man anerkende det problematiske i, at den person som er en forudsætning herfor undertiden løber en stor risiko ved at foretage whistleblowing. Dette gælder særligt hvor lønmotageren foretager whistleblowing i overensstemmelse med en decideret ordning og alligevel kan mødes med negative ledelsesreaktioner.

Betænkning 1553/2015, som har behandlet whistleblowing i relation til offentligt ansatte, har afvist særlig ansættelsesretlig regulering. Det kan synes modsætningsfyldt, at særlig ansættelsesretlig regulering afvises efter betænkningsovervejelser samtidig med, at retsregler til facilitering af lønmotagerens whistleblowing, samt at endda visse regler om ansættelsesretlig beskyttelse i spirende grad finder vej til speciallovgivningen. Det synes evident, at tendenserne i speciallovgivningen, det brede samfundsmæssige og kommercielle fokus på whistleblowing samt de ansættelsesretlige usikkerheder forbundet med whistleblowing uanset lønmotagertype kalder på en mere overordnet og samlet tilgang til reguleringen. Her kan man passende skele til eksisterende diskriminationslovgivning.

Kildeliste

Litteratur

Kort henvisning

H.G. Carlsen: Dansk Funktionærret

Henrik Zahle: Danmarks riges grundlov

Jens Elo Rytter: Den Europæiske Menneskeret-
tighedskonvention

Jens Garde: Forvaltningsret – almindelige em-
ner

Jeppe H. Jørgensen: Ansattes konkurrencehand-
linger

Jon F. Kjølbro: Den Europæiske Menneskeret-
tighedskonvention

Karsten Revsbech: Forvaltningspersonalet

Karsten Revsbech: Forvaltningsret - Sagsbehand-
ling

Lars S. Andersen og andre: Funktionærret

Martin Gräs Lind: Medarbejderes integritetsbe-
skyttelse

Fuld henvisning

H.G. Carlsen, "Dansk Funktionærret", 8. udga-
ve, Karnov Group, 2014

Henrik Zahle, "Danmarks riges grundlov", 1.
udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag,
1999

Jens Elo Rytter, "Den Europæiske Menneskeret-
tighedskonvention – og dansk ret", 2. udgave,
Forlaget Thomson, 2006

Jens Garde og andre, "Forvaltningsret – almin-
delige emner", 5. udgave, Jurist- og Økonom-
forbundets Forlag, 2009

Jeppe H. Jørgensen, "Ansattes konkurrence-
handling: Loyalitetspligt og markedsførings-
lovens §§ 1 og 19", 1. udgave, Thomson Reu-
ters, 2010

Jon Fridrik Kjølbro, "Den Europæiske Menne-
skerettighedskonvention – for praktikere", 3.
udgave, Jurist- og Økonomforbundets forlag,
2010

Karsten Revsbech, "Forvaltningspersonalet", 3.
udgave, Jurist- og Økonomforbundets forlag,
2012

Karsten Revsbech, "Forvaltningsret – Sagsbe-
handling", 7. udgave, Jurist- og Økonomfor-
bundets forlag, 2014

Lars S. Andersen og andre, "Funktionærret", 4.
udgave, Jurist- og Økonomforbundets forlag,
2011

Martin Gräs Lind, "Medarbejderes integritetsbe-
skyttelse i dansk ret – med særlig fokus på data-
beskyttelse, kontrol og overvågning i den priva-
te sektor", 1. udgave, Jurist- og Økonomforbun-
dets forlag, 2006

Ole Hasselbalch: Arbejdsret I	Ole Hasselbalch, "Den danske arbejdsret, bind I, Arbejdsrettens almindelige del", 1. udgave, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 2009 (med de ændringer, der følger af onlineudgaven på Arbejdsretsportalen+)
Ole Hasselbalch: Arbejdsret II	Ole Hasselbalch, "Den danske arbejdsret, bind II, Ansættelsesretten", 1. udgave, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 2009 (med de ændringer, der følger af onlineudgaven på Arbejdsretsportalen+)
Paul Krüger Andersen: Aktie og anpartsselskabsret	Paul Krüger Andersen, "Aktie og anpartsselskabsret – Kapitalselskaber", 12. udgave, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 2013
Peter Germer: Statsforfatningsret	Peter Germer, "Statsforfatningsret", 5. udgave, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 2012
Tidsskriftsartikler	
<u>Kort henvisning</u>	<u>Fuld henvisning</u>
Hanne S. Birkmose: Whistleblower-ordninger	Hanne S. Birkmose: "Whistleblower-ordninger – en forpligtelse for danske selskaber", Nordisk Tidsskrift for Selskabsret, 2011, nr. 4, s. 50
Henrik Zahle: Ytringsfrihed for privat ansatte	Henrik Zahle: "Ytringsfrihed for privat ansatte", Ugeskrift for Retsvæsen, 1995B, s. 361
Jørgen Albæk: Ytringsfriheds grænser set i lyset af nyere praksis	Jørgen Albæk: "Ytringsfriheds grænser set i lyset af nyere praksis", Ugeskrift for Retsvæsen, 1992B, s. 349
Mai-Britt Søndberg og Svend Winther: Whistleblowerordninger	Revision og regnskabsvæsen, 2011, nr. 9, s. 52 (elektronisk udgave): Mai-Britt Søndberg og Svend Winther: "Whistleblowerordninger i Danmark"
Martin Gräs Lind: Whistleblowing i kontekst	Juristen, 2011, nr. 10, s. 317: Martin Gräs Lind: "Whistleblowing i kontekst"
Michael Gøtze: Ytringsfrihed og tavshedspligt	Kritisk Juss, 2010, nr. 4, s. 248: Michael Gøtze: "Ytringsfrihed og tavshedspligt – et retligt spændingsfelt i Irak-krigens skygge"
Ole Hasselbalch: Ytringsfrihed, ansættelse og retssystemets grænser	Ole Hasselbalch: "Ytringsfrihed, ansættelse og retssystemets grænser" (som trykt i Arbeitsret, 2005, vol II, bind 4, s. 193)

Betænkninger, anbefalinger m.v.

Kort henvisning

Anbefalinger for god selskabsledelse

Arbejdsretligt notat

Betænkning 1472/2006

Betænkning 1553/2015

Debatoplæg om aktivt ejerskab

Europarådets anbefaling

Motion for a recommendation

Resolution

Vejledning om offentligt ansattes ytringsfrihed

Domme, administrative afgørelser og ombudsmandsudtalelser

Kort henvisning

Fuld henvisning

Anbefalinger for god selskabsledelse, Komiteen for god selskabsledelse, Maj 2013, senest opdateret november 2014

Beskæftigelsesministeriets arbejdsretlige notater: Den ansættelsesretlige beskyttelse af privatansattes ytringer med særligt henblik på whistleblowing, Beskæftigelsesministeriet, 5. maj 2009

Ytringsfrihed og meddelelser for offentligt ansatte, Betænkning fra Udvalget om offentligt ansatte ytringsfrihed og meddelelser, Betænkning 1472 af marts 2006

Offentligt ansattes ytringsfrihed og whistleblowerordninger, Betænkning fra Udvalget om offentligt ansattes ytringsfrihed og whistleblowerordninger, Betænkning 1553 af april 2015

Debatoplæg om aktivt ejerskab, Finansministeriet, Maj 1999

Protection of whistleblowers, Recommendation CM/Rec(2014)7 and explanatory memorandum, vedtaget af ministerkomitéen d. 30/4 2014, Europarådet

Motion for a recommendation, Doc. 13278 af 5/7 2013, Europarådets parlamentariske forsamling

The protection of "whistle-blowers", Resolution 1729(2010), Europarådets parlamentariske forsamling

Vejledning om offentligt ansattes ytringsfrihed, Justitsministeriet, 14. september 2006

Fuld henvisning

AN af 10. oktober 2007	Afskedigelsesnævnets tilkendegivelse af 10. oktober 2007, sag 0889/07 (via arbejdsretsportalen online)
AN af 8. april 2015	Afskedigelsesnævnets tilkendegivelse af 8. april 2015, sag 20141096 (via arbejdsretsportalen online)
Bucur and Toma v. Romania	Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols dom af 8. januar 2013, Bucur and Toma v. Romania, application number 40238/02 (resume – se bilag)
FOB 1982.199	Folketingets Ombudsmands udtalelse 1982.199 via Ugeskrift for retsvæsen Online
FOB 1987.237	Folketingets Ombudsmands udtalelse 1987.237 via Ugeskrift for retsvæsen Online
FOB 1991.200	Folketingets Ombudsmands udtalelse 1991.200 via Ugeskrift for retsvæsen Online
FOB 1995.422	Folketingets Ombudsmands udtalelse 1995.422 via Ugeskrift for retsvæsen Online
FOB 1998.319	Folketingets Ombudsmands udtalelse 1998.319 via Ugeskrift for retsvæsen Online
FOB 1999.524	Folketingets Ombudsmands udtalelse 1999.524 via Ugeskrift for retsvæsen Online
FOB 2000.485	Folketingets Ombudsmands udtalelse 2000.485 via Ugeskrift for retsvæsen Online
FOB 2000.535	Folketingets Ombudsmands udtalelse 2000.535 via Ugeskrift for retsvæsen Online
FOB 2001.552	Folketingets Ombudsmands udtalelse 2001.552 via Ugeskrift for retsvæsen Online
FOB 2010.2006	Folketingets Ombudsmands udtalelse 2010.2006 via Retsinformation
FOB 2012.26	Folketingets Ombudsmands udtalelse 2012.0026 via Retsinformation
FOB 2014.12	Folketingets Ombudsmands udtalelse FOB 2014.12 via Ugeskrift for retsvæsen Online

Guja v. Moldova	Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols dom af 12. februar 2008, Guja v. Moldova – application number 14277/04
Heinisch v. Germany	Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols dom af 21. juli 2011, Heinisch v. Germany – application number 28274/08
U2002.1269H	Højesteretsdom via Ugeskrift for Retsvæsen, U2002.1269H
U2003.1660H	Højesteretsdom via Ugeskrift for Retsvæsen, U2003.1660H
U20051089/2Ø	Højesteretsdom via Ugeskrift for Retsvæsen, U20051089/2Ø
U2006.65Ø	Højesteretsdom via Ugeskrift for Retsvæsen, U2006.65Ø
VLD af 16. april 2012	Vestre Landsretsdom af 16. april 2012, sag B-2557-1 via arbejdsretsportalen online
VLD af 12. maj 2015	Venstre Landsretsdom af 12. maj 2015, sag B-2307-13 via arbejdsretsportalen online
ØLD af 28. februar 2013	Østre Landsretsdom af 28. februar 2013, sag B2772-12 via arbejdsretsportalen
Love, lovbekendtgørelser, lovforslag og EU-ret	
<u>Kort henvisning / forkortelse</u>	<u>Fuld henvisning</u>
Direktiv 36/2013	CRD IV direktiv 2013/36/EU, Europaparlamentets og Rådets Direktiv af 26. juni 2013
Foreningsfrihedsloven	Lovbekendtgørelse nr. 424 af 8/5 2006 om foreningsfrihed på arbejdsmarkedet
Forordning 575/2013	CRR Forordning nr. 575/2013, Europaparlamentets og Rådets Direktiv af 26. juni 2013
Forskelsbehandlingsloven	Lovbekendtgørelse nr. 1349 af 16/12 2008 om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet mv. med senere ændringer
FUL	Lovbekendtgørelse nr. 81 af 3/2 2009 om retsforholdet mellem arbejdsgivere og funktionærer

	med senere ændringer
FVL	Lovbekendtgørelse nr. 433 forvaltningsloven af 22/4 2014 med senere ændringer
GRL	Lov nr. 169 af 5/6 1953 Danmarks riges grundlov
Inkorporeringsloven	Lov nr. 285 af 29/4 1992 med senere ændringer
LFV	Lovbekendtgørelse nr. 182 af 18/2 2015 med senere ændringer
Ligebehandlingsloven	Lovbekendtgørelse nr. 645 af 8/6 2011 med senere ændringer
Lovforslag nr. 133 af 7/2 2014	Lovforslag nr. L 133 af 7/2 2014 forslag til lov om ændring af lov om finansiel virksomhed og forskellige andre love, Folketingstidende
Luftfartsloven	Lovbekendtgørelse nr. 1036 af 28/8 2013 om luftfart med senere ændringer
MFL	Lovbekendtgørelse nr. 1216 af 25/9 2013 med senere ændringer
Offentlighedsloven	Lov nr. 606 af 12/6 2013 om offentlighed i forvaltningen
Ombudsmandsloven	Lovbekendtgørelse nr. 349 af 22/3 2013 om Folketingets ombudsmand
Offshoresikkerhedsloven	Lovbekendtgørelse nr. 832 af 1/7 2015
SEL	Lovbekendtgørelse nr. 1089 af 14/9 2015 om aktie og anpartsselskaber
Service-loven	Lovbekendtgørelse nr. 1053 af 8/9 2015 om social service
Socialtilsynsloven	Lovbekendtgørelse nr. 1054 af 8/9 2015 om socialtilsyn
STRFL	Lovbekendtgørelse nr. 873 af 9/7 2015 Straffeloven
VPHL	Lovbekendtgørelse nr. 831 af 12/6 2014 om værdipapirhandel med senere ændringer

ÅRL	Lovbekendtgørelse nr. 1253 af 1/11 2013 Årsregnskabsloven med senere ændringer
Overenskomst	
<u>Kort henvisning</u>	<u>Fuld henvisning</u>
Hovedaftalen ml. LO og DA	Hovedaftalen af 1. oktober 1992 mellem Dansk Arbejdsgiverforening og Landsorganisationen i Danmark
Internethenvisninger	
<u>Kort henvisning</u>	<u>Fuld henvisning</u>
Ac.dk (2015)	Akademikernes hjemmeside. Nyhedsbrev: ”De offentligt ansatte holder sig tilbage”, http://www.ac.dk/presse/nyhedsbrev/de-offentligt-ansatte-holder-sig-tilbage , af 10/4 2015 (hentet 29/10 2015)
Altinget.dk (2015)	Lise-Lotte Skjoldan, ”FTF: Offentligt ansattes ytringsfrihed skal lovbeskyttes” http://www.altinget.dk/artikel/ftf-offentligt-ansattes-ytringsfrihed-skal-lovbeskyttes , af 18/2 2015 (hentet 29/10 2015)
Arbejdstilsynet.dk (2015)	Arbejdstilsynets hjemmeside vedr. tilsyn med Offshore, https://arbejdstilsynet.dk/da/offshore.aspx , (hentet 29/10 2015)
Avisen.dk (2015)	Rikke Dyrberg, ”Offentligt ansatte tør ikke sladre til ombudsmanden”, http://www.avisen.dk/offentligt-ansatte-toer-ikke-klage-til-ombudsmanden_307071.aspx , af 12/22015 (hentet 29/10 2015)
Business.dk (2014)	Kathrine Rossau, ”OW Bunker har ingen whistleblower-ordning”, http://www.business.dk/transport/ow-bunker-har-ingen-whistleblower-ordning , af 6/11 2014 (hentet 29/10 2015)
Business.dk (2015)	Ole Hall, ”Sladrehanke er blevet konge i dansk erhvervsliv”, http://www.business.dk/oekonomi/sladrehanke-er-blevet-konge-i-dansk-erhvervsliv , af 10/3 2015 (hentet 29/10 2015)

Børsen.dk (2015)	Ritzau, ”Politi: IT-firma gav ansatte i Region Sjælland en million”, http://borsen.dk/nyheder/generelt/artikel/1/305303/politi_it_firma_gav_ansatte_i_region_sjaelland_en_million.html , af 9/6 2015 (hentet 29/10 2015)
Dansk Sprognævn: DSN.dk	Dansk Sprognævns hjemmeside med online opslag i Retskrivningsordbogen http://www.dsn.dk (hentet 29/10 2015)
Datatilsynet.dk	Datatilsynets hjemmeside vedr. whistleblowerordninger http://www.datatilsynet.dk/erhverv/whistleblowerordninger , (hentet 29/10 2015)
Datatilsynet.dk (oplysningspligt)	Underside til Datatilsynets hjemmeside vedr. whistleblowerordninger http://www.datatilsynet.dk/erhverv/whistleblowerordninger/oplysningspligt-i-forbindelse-med-whistleblowerordninger/ (hentet 29/10 2015)
DR.dk	Thomas Klose og andre, ”Ekspert: Skandale i SKAT kan være endnu større”, http://www.dr.dk/nyheder/penge/ekspert-skandale-i-skat-kan-vaere-endnu-stoerre , af 1/9 2015 (hentet 29/10 2015)
Politiken.dk (2013)	Kenneth Lund, ”Folketinget har vedtaget omstridt offentlighedslov”, http://politiken.dk/indland/politik/ECE1987851/folketinget-har-vedtaget-omstridt-offentlighedslov , af 4/6 2013 (hentet 29/10 2015)
Socialtilsyn.frederiksberg.dk (2015)	Socialtilsyn Hovedstadens hjemmeside til indberetning, http://socialtilsyn.frederiksberg.dk/whistleblowerhenvendelser , (hentet 29/10)
Transparency.dk (2015)	Transparency International Danmarks hjemmeside om whistleblowing, http://www.transparency.dk/?page_id=1403 , (hentet 29/10 2015)

Bilag

Domsresume fra Information Note on the Courts case-law no. 159, 2013 (Bucur and Toma v. Romania)

January 2013

Bucur and Toma v. Romania - 40238/02

Judgment 8.1.2013 [Section III]

Article 10

Article 10-1

Freedom to impart information

*Criminal conviction for making public irregular telephone tapping procedures:
violation*

Facts – The first applicant worked in the telephone communications surveillance and recording department of a military unit of the Romanian Intelligence Service (RIS). In the course of his work he came across a number of irregularities. In addition, the telephones of a large number of journalists, politicians and businessmen were tapped, especially after some high-profile news stories received wide media coverage. The applicant affirmed that he reported the irregularities to his colleagues and the head of department, who allegedly reprimanded him. When the people he spoke to showed no further interest in the matter, the applicant contacted an MP who was a member of the RIS parliamentary supervisory commission. The MP told him that the best way to let people know about the irregularities he had discovered was to hold a press conference. In his opinion telling the parliamentary commission about the irregularities would serve no purpose in view of the ties between the chairman of the commission and the director of the RIS. On 13 May 1996 the applicant held a press conference which made headline news nationally and internationally. He justified his conduct by the desire to see the laws of his country – and in particular the Constitution – respected. In July 1996 criminal proceedings were brought against him. Amongst other things, he was accused of gathering and imparting secret information in the course of his duty. In 1998 he was given a two-year suspended prison sentence.

One of the tapes the applicant had made public contained a recording of a telephone conversation between the third applicant, the minor daughter of the second applicant, and her mother on the telephone at the home of the second and third applicants.

Law – Article 10: The applicant's criminal conviction had interfered with his right to freedom of expression, with the legitimate aim of preventing and punishing offences that threatened national security. Concerns about the foreseeability of the legal basis for the conviction did not need to be examined in so far as the measure was, in any event, not necessary in a democratic society.

(a) *Whether or not the applicant had other means of imparting the information* – No official procedure existed. All the applicant could do was inform his superiors of his concerns. But the irregularities he had discovered concerned them directly. It was therefore unlikely that any internal complaints the applicant made would have led to an investigation and put a stop to the unlawful practices concerned. As regards a complaint to the parliamentary commission responsible for supervising the RIS, the applicant had contacted an MP who was a member of the

commission, who had advised him that such a complaint would serve no useful purpose. The Court was not convinced, therefore, that a formal complaint to this commission would have been an effective means of tackling the irregularities. It was worth noting that Romania had passed special laws to protect whistleblowers in the public service. However, these new laws, which were all the more praiseworthy as very few other States had introduced them, had been passed well after the activities denounced by the applicant, and therefore did not apply to him. Consequently, divulging the information directly to the public had been justifiable.

(b) *The public interest value of the information divulged* - The interception of telephone communications took on a particular importance in a society which had been accustomed under the communist regime to a policy of close surveillance by the secret services. Furthermore, civil society was directly affected by the information concerned, as anyone's telephone calls might be intercepted. The information the applicant had disclosed related to abuses committed by high-ranking officials and affected the democratic foundations of the State. It concerned very important issues for the political debate in a democratic society, in which public opinion had a legitimate interest. The domestic courts did not take this argument of the applicant into account, however.

(c) *The accuracy of the information made public* - The applicant had spotted a number of irregularities. All the evidence seemed to support his conviction that there were no signs of any threat to national security that could justify the interception of the telephone calls, and indeed that no authorisation for the phone tapping had been given by the public prosecutor. In addition, the courts had refused to examine the merits of the authorisations produced by the RIS for the interception of the phone calls. The domestic courts had thus not attempted to examine every aspect of the case, but had simply acknowledged the existence of the requisite authorisations. Yet the applicant's defence comprised two arguments: firstly that the requisite authorisations had not been obtained, and secondly that there was no evidence of any threat to national security that could possibly have justified the alleged interception of the telephone conversations of numerous politicians, journalists and members of the public. What is more, the Government had failed to explain why the information divulged by the applicant was classified "top secret"; instead, they had refused to produce the full criminal case file, which included the requests from the RIS and the authorisations of the public prosecutor. In such conditions the Court could only trust the copies of these documents submitted by the applicants concerning the interception of the telephone conversations of the second applicant, Mr Toma. However, these documents showed that the RIS had given no reasons for requesting the authorisation and the public prosecutor had given no reasons for granting it. The first applicant had accordingly had reasonable grounds to believe that the information he divulged was true.

(d) *The damage done to the RIS* - The general interest in the disclosure of information revealing illegal activities within the RIS was so important in a democratic society that it prevailed over the interest in maintaining public confidence in that institution.

(e) *The good faith of the first applicant* - There was no reason to believe that the applicant was driven by any motive other than the desire to make a public institution abide by the laws of Romania and in particular the Constitution. This was supported by the fact that he had not chosen to go to the press directly, in order to reach the broadest possible audience, but had first turned to a member of the parliamentary commission responsible for supervising the RIS.

Consequently, the interference with the first applicant's freedom of expression, and in particular with his right to impart information, had not been necessary in a democratic society.

Conclusion: violation in respect of the first applicant (unanimously).

The Court also found a violation of Article 6 in respect of the first applicant and a violation of Article 8 and of Article 13 combined with Article 8 in respect of the second and third applicants.

Article 41: The applicants were each awarded a sum ranging from EUR 7,800 to EUR 20,000 in respect of non-pecuniary damage; the first applicant's claim in respect of pecuniary damage was rejected.

(See also *Guja v. Moldova* [GC], no. [14277/04](#), 12 February 2008, Information Note no. 105)

© Council of Europe/European Court of Human Rights
This summary by the Registry does not bind the Court.

Click here for the [Case-Law Information Notes](#)