



## RETSPOLITISK FORENING

### HØRINGSSVAR

**Til Justitsministeriet, att. Stats- og menneskerettighedskontoret**

**Vedr. høring over udkast til forslag til lov om beskyttelse af whistleblowere**

Svar fremsendt pr. mail til statsogmenneskeretskontoret@jm.dk og anel@jm.dk

- Sagsnr. 2019-60-0035.

Retspolitisk Forenings svar på justitsministeriets høringsanmodning af 24. 2. 2021 (Sag nr. 2019 – 60 – 0035) vil falde i fire dele: 1. De generelle bemærkninger, 2. Positive tiltag for beskyttelsen af whistleblowere, 3. Elementer, der savnes i lovforslaget, og 4. Afsluttende konklusion.

#### **1. Generelle bemærkninger**

En whistleblowers indsats kan være af afgørende betydning for samfundet. Den kan afværge store økonomiske tab, den kan afværge skader på miljø, klima og folkesundhed. Det er derfor af største betydning, at samfundet i vidt omfang understøtter whistleblowerens indsats. Whistleblowerens afdækning af ulovligheder eller samfundsmæssigt klart uønskelige forhold vil ofte være den eneste mulighed for, at de relevante myndigheder/samfundet kan få indsigt i disse forhold.

Whistleblowere er typisk personer, der sidder med den indsigt og faglige viden, der er fornøden for at kunne afdække de uønskede forhold og er dermed helt afgørende for muligheden for at bekæmpe/begrænse ulovligheder og misbrug. Whistlebloweren kan herved begrænse eller hindre korrupcion, hvidvask, skattesvindler, social dumping, myndigheders misbrug af deres beføjelser, ulovlig overvågning, nepotisme, ledelsessvigt, vildledning af offentligheden med meget mere.

Uden whistleblowerens indsats ville disse ulovligheder og misbrug kunne fortsætte uhindret til undertiden betydelig skade for samfundsmæssige interesser. Indsatsen er dermed også af afgørende betydning for den demokratiske kontrol og for den offentlige debat.

Målet må derfor være at motivere whistleblowere til at indberette/offentliggøre disse forhold. Som situationen er nu – og som den vil fortsætte, såfremt forslaget vedtages i den foreliggende form – er det gunstigste resultat en whistleblower kan opnå på det personlige plan, at hans samfundsgavnlig virksomhed ikke kommer ham direkte til skade. Det er også det, der vil blive en konsekvens af forslaget. Der savnes overvejelser over/forslag til, hvordan man kan motivere whistlebloweren til at udfylde sin samfundsmæssige funktion. Dette vil blive nærmere uddybet nedenfor under 3b.

I dette lys skal lovforslaget vurderes, og forslaget synes desværre ikke at have løst disse udfordringer. Tværtimod efterlader forslaget whistlebloweren i en vanskelig situation, hvor han sendes ud i en chancesejls mellem på den ene side en risiko for selv at kunne blive straffet og på den anden side en risiko for at blive ramt af sanktioner fra arbejdsgiveren. Justitsministeriet har dermed ikke benyttet lejligheden til at skabe en mere omfattende og betryggende beskyttelse af whistlebloweren i en form, der er mere ukompliceret og overskuelig.

Lovforslaget bygger på et EU-direktiv, der opstiller minimumsstandarder for beskyttelse af whistleblowere. Direktivet er begrænset til whistleblowing vedrørende overtrædelse og omgåelse af EU's egen lovgivning. Det er så op til de enkelte lande at udbygge denne beskyttelse. Dette er sket ved at lovforslaget tillige omfatter alvorlige overtrædelser og omgåelser af dansk ret og ”øvrige alvorlige forhold”. Men Justitsministeriet har holdt sig til direktivets minimumskrav til beskyttelsen, hvilket giver en utilstrækkelig beskyttelse af whistlebloweren. Målet om at fremme whistlebloweraktiviteten er næppe nået ved forslaget. Det kan derfor befrygtes, at lovforslaget ikke vil få nogen større praktisk betydning, og det opfylder næppe regeringens og dens støttepartiers intentioner i forståelsespapiret ”Retfærdig retning for Danmark” (s. 17) eller konklusionerne hos flertallet i Ytringsfrihedskommissionens betænkning (2020, del 2, s. 583-585). De ønskelige samfundsøkonomiske og andre fordele kan således ikke forventes realiseret.

Det kan videre fremhæves, at en velfungerende lovregulering kan have en præventiv effekt, idet ledelsen af myndigheden og erhvervsvirksomheden vil være i større risiko for at blive afsløret ved ulovligheder m.v. Samtidig bidrager en sådan lovgivning til at tilvejebringe en fair konkurrencesituation mellem virksomhederne. En lovgivning vil kunne begrænse muligheden for at

en virksomhed kan opnå konkurrencemæssige fordele ved skatteunddragelse, undladelse af at opfylde lovpligtige miljø- og klimaforanstaltninger eller arbejdsbeskyttelsesregler osv.

## **2. Positive tiltag til beskyttelse af whistleblowers**

Lovforslagets § 8 indeholder et forbud mod, at en whistleblower udsættes for repressalier, herunder trussel om eller forsøg på repressalier, som følge af, at den pågældende har foretaget en indberetning eller offentliggørelse. I forslagets specielle bemærkninger (s. 78) foretages en nyttig - og netop ikke udtømmende - opregning af de mange former for repressalier mod whistlebloweren, som kan forekomme i praksis. Det styrker whistleblowerens retssikkerhed.

Lovforslaget indfører en omvendt bevisbyrde (§ 30). Det påhviler således whistleblowerens modpart at bevise, at en ulempe, som modparten har påført whistlebloweren, ikke skyldes, at whistlebloweren har foretaget indberetning eller offentliggørelse af de belastende oplysninger. Dette løser en del af whistleblowerens problemer med at bevise, at der har foreligget en "repressalie" som følge af indberetningen/offentliggørelsen.

Herudover giver lovforslaget Folketinget og offentligheden en yderst påkrævet lejlighed til at drøfte, hvordan en velegnet whistleblowerordning skal udformes. Man må håbe på, at Folketingsbehandlingen resulterer i mærkbare forbedringer af lovforslaget og dermed af whistleblowerbeskyttelsen.

## **3. Elementer, der savnes i lovforslaget**

### **a. Straf for ledelsen for ulovligt at iværksætte sanktioner mod whistlebloweren**

For at beskytte whistlebloweren er det af afgørende betydning, at der er hjemmel til at straffe en ledelse, der ulovligt iværksætter repressalier mod whistlebloweren og dermed overtræder § 8. Det er fristende for en ledelse at prøve at anvende sanktioner over for en whistleblower, der har afsløret forhold, som er stærkt belastende for ledelsen. Dette gælder både i myndigheder og for virksomheder. Sådanne repressalier vil også have en præventiv og disciplinerende effekt i forhold til andre ansatte, der kunne overveje at følge i whistleblowerens spor.

Tilstedeværelsen af og anerkendelsen af denne nærliggende risiko for skjulte repressalier er også nærmere beskrevet i lovforslagets motiver og i selve direktivet. I en række tilfælde må det antages, at kun udsigten til en mulig straffesanktion vil kunne afholde ledelsen fra at gennemføre repressalier. Man leder forgæves i lovens straffebestemmelse i § 31 efter en sådan sanktion. Det forekommer noget bagvendt, at de specielle bemærkninger til § 31 er særlig fokuseret på adgangen til at straffe whistlebloweren i et lovforslag, hvis hovedmål er at beskytte whistlebloweren!

Efter forslaget er således den ledelse, der forsætligt overtræder reglerne og som anvender ulovlige repressalier mod en whistleblower, fritaget for straf. Derimod lever whistlebloweren, der søger at værne samfundsmæssige interesser, en risikofyldt tilværelse med usikkerhed omkring grænserne for det straffri område. At ledelsen i den yderste konsekvens kan risikere at skulle betale en godtgørelse (og/eller erstatning) til whistlebloweren, har næppe den store motiverende effekt. Dertil er det økonomiske niveau for sådanne kompensationer for beskedne i Danmark.

Efter strafbestemmelsen vil en ledelse alene kunne straffes for ikke at have oprettet den lovpligtige whistleblowerenhed. Herudover er der mulighed for at straffe personer indenfor whistleblowerenheden for at overtræde deres tavshedspligt vedr. whistleblowerens identitet m.v. (§ 26).

#### b. Manglende motivation til at optræde som whistleblower

Whistlebloweren lever således i en dobbelt risiko: Dels for at hans handling falder uden for lovforslagets beskyttelsesområde, idet han ikke i tilstrækkelig grad har levet op til det noget bureaukratiske indberetningssystem. Dels mulige sanktioner fra ledelsens side. En afskedigelse er selvfølgelig en mulighed – ledelsen skal bare væbne sig med tålmodighed og vente så længe med at gennemføre sanktionen, at den ikke længere fremtræder som et produkt af den stedfundne whistleblowing. Selvom der er omvendt bevisbyrde, står der et arsenal af forklaringer til rådighed for ledelsen: Whistlebloweren gav anledning til samarbejdsproblemer, kunne ikke udfylde sin stilling, var ”besværlig” osv. Og det er da korrekt, at det er besværligt for ledelsen at få blotlagt misbrug, ulovligheder og samfundsmæssigt uacceptable forhold i myndigheden/virksomheden. Sidstnævnte kan blot ikke anvendes som begrundelse for afskedigelsen. Stemningen omkring whistlebloweren vil dog ofte få ham selv til at forlade ansættelsesstedet. Ledelsen kan da være andre potentielle

ansættelsessteder behjælpelig ved at advare mod at ansætte den pågældende, når de ringer for at høre om den tidligere ansatte. Eller ledelsen kan selv tage initiativ til at underrette whistleblowerens potentielle ansættelsessteder. Danmark er et lille land og de faglige kredse er snævre. Ledelser mødes på kryds og tværs, og det er nemt at lade en bemærkning falde uden at dette nogensinde kan bevises.

Ledelsen kan også anvende mildere sanktioner såsom forflyttelse, overførelse af den ansatte til et inferiørt område (således som det er sket i Finansministeriet), manglende advancement (hvor det er næsten umuligt at bevise, at det er en følge af whistlebloweraktiviteten), isolering osv.

I en sag fra Arbejdsskadestyrelsen tog en fuldmægtig sin afsked, da han ikke fandt det forsvarligt at deltage i den helt tilfældige og uforsvarlige sagsbehandling, der foregik i styrelsen. Han skrev en kronik i Politiken om sagsbehandlingen. Kammeradvokaten fik til opgave at undersøge forholdene og konkluderede, at forholdene var som af fuldmægtigen beskrevet. Dette er et af de nok sjældne eksempler på, at afdækningen fik de relevante konsekvenser. Lederen for styrelsen blev fjernet og alle borgere, der havde afgjorte og afsluttede sagen i styrelsen, fik et tilbud om at få genbehandlet deres sag. Arbejdsskadesager er både følsomme og typisk af stor vigtighed for den skadede

Hvilken belønning fik fuldmægtigen for at have sikret, at sagsbehandlingen fremover foregik på en forsvarlig måde, og at borgere med fejlbehandlede sager fik genopretning? Absolut ingen. Derimod tog det ham et år at få en ny stilling.

Det er således karakteristisk, at der ganske mangler incitamenter for ansatte m.v. til at optræde som whistleblowere. Hvorfor skulle man påtage sig rollen som whistleblower, når man udsætter sig for så betydelige risici og det gunstigste resultat, man personligt kan opnå er, at man ikke påføres skade på sin tilværelse og karriere. Amerikanske undersøgelser viser, at handlingen for de fleste whistleblowere medfører meget alvorlige personlige konsekvenser. For nogle har prisen været arbejdsløshed, skilsmisse, en langvarig retssag og til sidst en øget risiko for alkoholisme. Det kan derfor ikke undre, at det helt overvejende antal medarbejdere undlader at videregive oplysninger om ulovligheder, misbrug og samfundsmæssigt klart uønskelige forhold, hvorved den skadelige virksomhed kan fortsætte uændret. Det er desværre sjældent, at der optræder en medarbejder, der har en sådan ansvarsfølelse, moral og et sådant personligt mod, at han vælger at optræde som whistleblower. Det er samtidig karakteristisk, at når det endeligt sker, er det kun en ud af den samlede medarbejdergruppe, der har reageret udadtil. I sagen fra Arbejdsskadestyrelsen var alle medarbejdere, der arbejdede med arbejdsskadesager, fuldt bekendt med forholdene. Alligevel var der alene en, der tog ansvar for at ændre forholdene.

Der er derfor uomgængeligt nødvendigt, at der skabes incitaments-/belønningsstrukturer for whistleblowere. Dette spørgsmål er ikke behandlet i lovforslagets overvejelser.

Der savnes henvisninger til relevante materialer, herunder den nedenfor omtalte norske undersøgelse af whistleblowingens samfundsmæssige betydning. En undersøgelse fra justitsministeriets egen forskningsenhed til brug for Ytringsfrihedskommissionen er heller ikke medtaget.

Folketingsbehandlingen af lovforslaget giver en oplagt mulighed for at gøre opmærksom på behovet for at skabe et i praksis mere velfungerende system for beskyttelse af whistleblowere.

Incitamentsstrukturer kan have et forskelligt indhold. Et interessant eksempel er fra USA, hvor det amerikanske banktilsyn har betalt op til langt over 100 millioner kroner til en whistleblower i erkendelse af, at uden dennes indsats var samfundsmæssigt alvorlige lovovertrædelser i banksektoren ikke blevet afsløret. Mindre kan gøre det, men det er interessant, at man i USA har en så klar forståelse for den samfundsmæssige betydning af whistlebloweres virksomhed.

Reguleringsbehovet skal ses i sammenhæng med, at det er samfundet som sådan, der har den klareste interesse i og fordel af whistleblowerens indsats. Det er samfundet, der får gevinsten, når whistleblowerens afsløringer fører til betydelige fremtidige besparelser. Staten kan således lettes for betydelige ekstraudgifter i tilfælde, hvor myndighedspersoner modtager bestikkelse i forbindelse med indkøb til staten til overpriser, jfr. de verserende sager i forsvaret. Hvis ledelsen af Skatteministeriet havde reageret adækvat på de ansattes indberetninger om mistanke om en omfattende svindel med udbytterefusion, kunne statskassen have sparet milliarder.

Inden for finansområdet forekommer i særlig grad lovovertrædelser m.v., der kan få vidtgående økonomiske konsekvenser for samfundet. I USA anvender banktilsynet en model, hvorefter whistlebloweren modtager en mindre brøkdel af den økonomiske gevinst, som whistleblowerens indsats har gjort mulig. Denne model vil også kunne anvendes uden for de egentlige økonomiske områder. Dette vil eksempelvis kunne være tilfældet ved indberetninger på sundhedsområdet og miljøområdet, hvor statskassen i visse tilfælde vil kunne undgå store fremtidige udgifter til genopretning af sundheden eller miljøet. Også her kunne man anvende det amerikanske princip om brøkdelskompensation til whistlebloweren.

Selv hvor statskassen ikke opnår nogen egentlig besparelse, har samfundet selvsagt en klar interesse i, at der træffes korrekte administrative afgørelser. Dette var således situationen i den tidligere omtalte sag fra Arbejdsskadesstyrelsen. Her ville det også have været muligt at finde egnede former for

kompenation af whistlebloweren. En sådan ordning vil give den pågældende whistleblower et helt andet ”rygstød” både af økonomisk og psykologisk art i den svære situation, som han ofte befinder sig i. Samtidig kan det give whistleblowerhandlingerne en anden status blandt ansatte i myndigheder og virksomheder.

Det er bemærkelsesværdigt ved lovforslaget, at det alene omtaler de økonomiske omkostninger, der er forbundet med den foreslåede whistleblowerordning. De heraf følgende samfundsmæssige økonomiske gevinster omtales ikke. Selvom de kun i det konkrete tilfælde kan værdiansættes, er de dog af afgørende betydning for den samlede vurdering af ordningen. En norsk undersøgelse af omkostningerne ved en whistleblowerordning sat i forhold til de opnåede samfundsmæssige gevinster (”Varsling og ytringsfrihed i norsk arbejdsliv”, 2016) viser, at de samfundsøkonomiske fordele ved en whistleblowerordning er langt større end omkostningerne.

#### c. Den foreslåede indberetningsordning til whistleblowerenheden

Efter den foreslåede ordning er whistlebloweren som følge af tavshedspligten kun beskyttet mod ansvar og straf, såfremt han/hun foretager en indberetning til en særlig ”whistleblowerenhed” (WB-enhed). Der kan vælges mellem indberetning til en intern enhed tilknyttet arbejdsgiveren eller til en ekstern enhed under Datatilsynet. Tilsyneladende vil whistlebloweren ikke være straffri, hvis han drøfter problemerne med en repræsentant for sin fagforening - og måske endog ikke altid, hvor han drøfter de kritisable forhold med kolleger eller sin nærmeste foresatte.

Ved den arbejdsgiverbaserede ordning skal denne udpege en ”upartisk person eller afdeling”, eksempelvis en ansat jurist eller HR-medarbejder. Denne er dog ikke mere upartisk end at personen/afdelingen vil være organisatorisk og økonomisk afhængig af arbejdsgiveren. Det afgørende er ikke, om enheden rent faktisk er uafhængig, men om whistlebloweren tør stole på, at den er det. Der bør overvejes at etablere en supplerende mulighed, således at whistlebloweren kan henvende sig til en whistleblowertillidsperson valgt af de ansatte. Dette er tilfældet i Norge. Tillidspersonen kan rådgive og bistå whistlebloweren ved gennemførelse af den foreskrevne procedure.

Alternativt kan det gøres obligatorisk at udpege en udenforstående part, eksempelvis en af myndigheden/virksomheden uafhængig advokat eller revisor som WB-enhed, således som det efter lovforslaget allerede er muligt som en fakultativ ordning. Ellers kan der opstå mistanke om, at WB-

enhedens loyalitet i højere grad ligger hos myndigheden/virksomheden frem for hos whistlebloweren. Der er formentlig et behov for også at have en ”nærmere” enhed end Datatilsynet – en tankegang som lovforslaget også bygger på.

#### d. Whistleblowerens offentliggørelse af oplysninger

Lovforslaget opstiller nogle restriktive betingelser for, at whistlebloweren kan offentliggøre de belastende oplysninger (§ 5, stk. 2, og § 6). For at blive straffri skal whistlebloweren først sende sin indberetning til arbejdsgiverens WB-enhed eller til den eksterne enhed hos Datatilsynet. Herefter skal whistlebloweren afvente svaret i op til 3 måneder – i særlige tilfælde i 6 måneder. Først når whistlebloweren herefter kan konstatere, at WB-enheden ikke har truffet ”passende tiltag”, kan han gå videre med offentliggørelse. Han bliver ansvarlig, hvis WB- enhedens tiltag senere findes passende.

Alternativt skal whistlebloweren have rimelig grund til at antage, at overtrædelsen kan udgøre en åbenbar eller overhængende fare for offentlige interesser. Herudover skal whistlebloweren have rimelig grund til at antage, at de indberettede oplysninger er korrekte og at offentliggørelsen var nødvendig for at afsløre forholdene. Det fremgår af de særlige bemærkninger til bestemmelsen i lovforslagets s. 77, at vurderingen skal svare til den i straffelovens § 152e anvendte: ”berettiget varetagelse af åbenbar almeninteresse eller eget eller andres tarv”. Den formulering vil i praksis formentlig betyde, at det kun vil være konstaterede ulovligheder og et åbenbar misbrug af offentlige midler, der omfattes. Beskyttelsen bliver hermed ret snæver og snævrere end beskyttelsen efter lov om forretningshemmeligheder.

#### **4. Afsluttende konklusion**

Efter EU-direktivet har Folketinget pligt til at vedtage en lovgivning om whistleblowerbeskyttelse. Desværre har Justitsministeriet ikke benyttet lejligheden til at skabe en tilstrækkelig sikker og udbygget beskyttelse af whistleblowere. Direktivet giver udtrykkeligt medlemsstaterne en adgang til at indføre bestemmelser, der er mere gunstige end direktivet vedrørende whistlebloweres rettigheder. Ministeriet har i det væsentlige indskrænket sig til en minimumsgennemførelse af direktivet – dog med undtagelse af, at lovforslaget også dækker indberetning og offentliggørelse af lovovertrædelser og alvorligt misbrug af danske regler. Det modsatte havde også været mærkeligt: at der blev skabt et



særligt værn mod overtrædelse af EU-regulering, men at det samme værn ikke kom til at gælde for dansk lovgivning og regeldannelse.

Såfremt lovforslaget vedtages i den nuværende form, vil Danmark have en whistleblowerbeskyttelse på minimumsniveau. Den foreslåede beskyttelse er blevet for svæver, og proceduren synes for bureaukratisk og noget kompliceret – navnlig er grænserne for ansvarsfriheden vanskelige at overskue for en whistleblower, der befinder sig i en belastet psykologisk situation. Det må forventes, at lovforslagets ordning ikke i tilstrækkelig grad vil motivere mulige whistleblowere til at fremkomme med deres informationer. Ud over de derved fremkomne økonomiske tab for samfundet, vil forslaget ikke i ønskelig grad understøtte et velfungerende retssamfund og den demokratiske kontrol af myndigheder og virksomheder. Det er beklageligt, at et land med vores tradition for ytringsfrihed ikke har benyttet lejligheden til at skabe en mere velegnet og effektiv whistleblowerordning, så Danmark kunne stå som foregangsland og model på dette område – i stedet for at være endt i bagerste geled.

København, den 24. marts 2021

Bjørn Elmquist	Noe Munck
Formand	Bestyrelsesmedlem