



LUNDS
UNIVERSITET

Lagstadgade krav på arbetsgivaren för att förstärka visselblåsarens trygghet

En studie av Visselblåsardirektivets inverkan på den privata sektorn i Sverige

Mastersuppsats i arbetsrätt 30 hp

Institutionen för handelsrätt

VT 2021

Erik Ersgård

Handledare: Annamaria Westregård

Examinator: Andreas Inghammar

Innehållsförteckning

Summary.....	3
Sammanfattning.....	4
Förord.....	5
Förkortningar.....	6
1. Inledning	7
1.1 Bakgrund.....	7
1.2 Syfte och frågeställningar.....	8
1.3 Avgränsning.....	9
1.4 Metod och material.....	10
1.5 Disposition.....	12
2. Den nuvarande regleringen	13
2.1 Visselblåsarens arbetsrättsliga skydd och grundlagsskyddet.....	13
2.2 Den nuvarande Visselblåsarlagen.....	13
2.3 Rapporteringsordningar och Code of conduct.....	16
2.4 Visselblåsning som en del av arbetsmiljöarbetet.....	16
2.5 Lojalitetsplikten i anställningsförhållandet.....	18
2.5.1 Biförpliktelser.....	19
2.5.2 Den implicita tystnadsplikten – en del av lojalitetsplikten.....	20
2.5.3 Den lagstadgade tystnadsplikten.....	21
2.6 Kritikrätten.....	22
2.7 De rättsliga följderna av Kritikrätten.....	23
3. Grundläggande mänskliga rättigheter	24
3.1 Europakonventionen i EU-rätten.....	24
3.2 Artikel 10 i Europakonventionen.....	24
3.3 ILO.....	26
4. Visselblåsardirektivet	27
4.1 Bakgrunden till Visselblåsardirektivet.....	27
4.2 Visselblåsardirektivets struktur.....	28

4.3 Visselblåsardirektivets tillämpningsområde.....	29
4.4 Allmänintresset.....	29
4.5 Personkretsen - rapporterende person.....	30
4.6 God tro rekvisitet rimliga skäl.....	30
4.7 Ansvarsfrihet.....	31
4.8 Trestegsmodellen.....	31
4.8.1 De interna rapporteringskanalerna.....	32
4.8.2 De externa rapporteringskanalerna.....	33
<u>5. Implementeringen av Visselblåsardirektivet i svensk rätt</u>	34
5.1 Implementeringens omfattning.....	34
5.2 Nya visselblåsarlagen och förhållandet till kollektivavtal.....	35
5.3 Definition av målgruppen - rapporterende personen.....	37
5.4 Repressalieförbudet.....	38
5.5 Rapporteringskanalerna.....	39
5.6 Graden av administrativa bördor.....	40
5.7 Ansvarsfrihet och anskaffarfrihet i samband med visselblåsning.....	41
5.8 Lagrådsremissen och propositionen.....	42
<u>6. Parternas inställning till implementeringen av Visselblåsardirektivet</u>	44
6.1 Arbetsgivarsidan - Svenskt näringsliv.....	44
6.2 Arbetstagarsidan.....	46
6.2.1 TCO.....	46
6.2.2 LO.....	47
6.3 Arbetsdomstolen.....	47
<u>7. Analys</u>	49
<u>8 Reflektioner</u>	54
<u>Källförteckning</u>	57

Summary

The role of the Whistleblowers is noticeable in different situations and the result of their acts often reveals flaws and serious misconducts to the public. The whistleblower has a unique insight into the organization which means that the content in the reports is accurate. The whistleblower in the private sector has limited protection and the struggle with the loyalty duty to the employer and the professional secrecy creates a problematic situation for the whistleblower. Employees in the public sector, as well as employees in the private sector, has constitutional protection in the messenger protection. However, employees in the private sector are not protected in relation to the employer. The act on special protection for employees who report on serious misconduct from 2016 is the legislation that protects whistleblowers today. This legislation does not meet the minimum criteria in the EU Whistleblower directive that Sweden adopted in May 2019. In order to implement and meet the minimum requirements in the directive, a new whistleblower act needs to replace the current one.

This is the conclusion in the investigation that has been done with the proposal of the new legislation. The new legislation has regulations regarding internal reporting channels which has the purpose of enhancing the protection of the whistleblower. The requirements in the level of misconduct are today serious misconduct will be replaced with just misconduct.

The proposal has been criticised first and foremost by the employer organisation Svenskt näringsliv and they consider it unfortunate that Sweden has even adopted the Whistleblower directive. Svenskt näringsliv is of the opinion that the implementation of the directive in the new Whistleblower act is going far beyond the minimum requirements in the directive. The problem with this type of over implementation is in the risk that it will create high administrative costs, which, in the end, will create an unbalanced competition with company's which operates in countries that only have the minimum requirements. The Labour Court and LO and TCO which represent the employees have also criticized the proposal. This criticism is regarding the difficulties of understanding the content, and that this will create problems for the employer as well as the employee. The criticism from the organizations is well-founded. However by reviewing the criticism in a critical way the Whistleblower directive and the new Whistleblowers act can be studied from the perspective of those who the legislation, in the end, will concern.

Sammanfattning

Visselblåsarnas roll har blivit alltmer påtaglig i olika sammanhang, och deras agerande resulterar ofta i att brister och allvarliga missförhållanden kommer till allmänhetens kännedom. Visselblåsaren har på grund av sin position ofta en mycket stor inblick i organisationen vilket innebär att tillförliten i det som rapporteras inifrån och ut till omvärlden är stor. Visselblåsare i den privata sektorn har idag ett begränsat skydd, och problematik kring lojalitet och tystnadsplikt försätter visselblåsaren i en osäker och många gånger obehaglig situation. Såväl offentligt anställda som privat anställda har ett grundlagsskyddat meddelarskydd, men för privatanställda gäller inte detta i förhållande till arbetsgivaren.

Lag (2016:749) om särskilt skydd mot repressalier för arbetstagare som slår larm om allvarliga missförhållanden är den lag som idag skyddar visselblåsare som rapporterar om allvarliga missförhållanden. Dagens Visselblåsarlag lever dock inte upp till de minimikrav som följer av EU:s Visselblåsarldirektiv som Sverige antog i Maj 2019. För att kunna implementera direktivet i Svensk rätt måste därför dagens Visselblåsarlag ersättas med *Lag (2021:000) om skydd för personer som rapporterar om missförhållanden* som är den nya Visselblåsarlagen. Detta är slutsatsen i den omfattande utredning i vilken lagförslaget presenteras. Den nya lagstiftningen ställer framför allt krav på interna rapporteringskanaler vilka ska säkra skyddet för visselblåsaren. Kraven på det som rapporteras ska också sänkas från dagens krav på allvarliga missförhållanden till missförhållanden. Detta innebär att visselblåsaren erhåller skydd av lagen även då rapportering rörande mindre incidenter görs.

Förslaget har mötts av kritik, framför allt från arbetsgivarorganisationen Svenskt näringsliv som anser att det är beklagligt att Sverige överhuvudtaget har antagit Visselblåsarldirektivet. Denna organisation är också av uppfattningen att den nya Visselblåsarlagen utgör en överimplementering av Visselblåsarldirektivet. Problematiken kring en sådan överimplementering består av att den nya Visselblåsarlagen riskerar att medföra ökade administrativa kostnader vilket kan leda till en snedvriden konkurrenssituation i förhållande till företag i länder som nöjts sig med att endast implementera minimireglerna.

Men även LO, TCO och Arbetsdomstolen kritiserar lagförslaget. Denna kritik bygger på att den nya lagen är svårbegriplig, och den befaras framför allt vara svår för såväl arbetstagaren som står i begrepp att rapportera som arbetsgivaren att förstå.

En del av denna kritik är välgrundad men det finns anledning att också bemöta denna kritik som presenteras i remissvaren till lagförslaget. Genom att granska och kritisera kritiken och även andra åsikter från remissinstanserna kan problematiken kring Sveriges förhållande till Visselblåsarldirektivet belysas ur de organisationer och myndigheters perspektiv som i slutänden kommer att beröras av den nya Visselblåsarlagen.

Förord

Första gången jag kom i kontakt med Visselblåsardirektivet var under min praktikperiod hösten 2020 på Stadsledningsförvaltningens HR-avdelning i Helsingborg. Jag fick då i uppdrag att försöka utläsa i den omfattande utredningen till den nya Visselblåsarlagen hur den nya lagen skulle påverka kommunala bolag. I samråd med stadsjuristen formulerade jag ett PM rörande de delar i den nya Visselblåsarlagen som eventuellt kunde påverka kommunala bolag. Det stod snabbt klart att den nya lagstiftningen inte kommer att beröra den offentliga delen av arbetsmarknaden i lika stor omfattning som den privata sektorn. Jag bestämde mig för att skriva min uppsats om implementeringen av Visselblåsardirektivet och hur detta påverkar den privata sektorn. Att ta sig an detta ämne har varit en spännande utmaning, och jag har framför allt fått ovärderlig erfarenhet vilken jag tar med mig i yrkeslivet. Jag vill tacka docent Annamaria Westregård som har varit min handledare i detta projekt för hennes värdefulla vägledning. Jag vill också tacka mina föräldrar Kari och Stefan Ersgård för allt stöd under min studietid.

Erik Ersgård

Maj 2021, Malmö

Förkortningar

AD	Arbetsdomstolen
AFS	Arbetsmiljöverkets föreskrifter
AML	Arbetsmiljölagen (1977:1160)
BRB	Brottsbalk (1962:700)
EKMR	Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna
FHL	Lagen (2018:558) om företagshemligheter
ILO	International Labour Organization
LAS	Lagen (1982:80) om anställningsskydd
LO	Landsorganisationen
LOA	Lagen (1994:260) om offentlig anställning
MBL	Lagen (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet
Prop	Proposition
SN	Svenskt näringsliv
TCO	Tjänstemännens centralorganisation

1. Inledning

1.1 Bakgrund

Visselblåsning är ett begrepp som förekommer alltmer frekvent i olika sammanhang. Ofta rör det sig om en eller flera personer verksamma i en organisation eller med god insyn i en organisation, som avslöjar allvarliga missförhållanden och oegentligheter. Till följd av en rad olika internationella avslöjanden som gjorts med hjälp av visselblåsare, har frågan om ett förstärkt skydd för visselblåsare lyfts internationellt och inom EU.¹ Detta har resulterat i att EU 2019 antog Visselblåsardirektivet som är ett minimidirektiv.²

Även i Sverige har viktiga avslöjanden gjorts av visselblåsare och begreppet har under de senaste åren använts i olika sammanhang.³ Den insyn i en annars sluten organisation som allmänheten får genom visselblåsarens rapportering påverkar på olika sätt samhällsutvecklingen, och inte minst förhållandet mellan arbetstagare och arbetsgivare.⁴

År 2016 stiftades Visselblåsarlagen och den utgör ett repressalieskydd för arbetstagare som slår larm om allvarliga missförhållanden.⁵ Visselblåsare som juridiskt begrepp existerar vare sig i Visselblåsarlagen eller i någon annan svensk lagstiftning, i stället benämns dessa personer för rapporterade personer eller arbetstagare som slår larm.

I maj 2019 antog Sverige Visselblåsardirektivet, och med detta följde en utredning om hur direktivet skulle implementeras i svensk rätt. I flera avseenden uppfyller dagens Visselblåsarlag inte de minimikrav som regleras i Visselblåsardirektivet, och därför har ett förslag till en ny Visselblåsarlag lagts fram. Det är ett omfattande lagförslag, och det har mottagits med blandade känslor av arbetsmarknadens parter.⁶ Den kritik som har framförts mot lagförslaget kommer huvudsakligen från arbetsgivarorganisationen Svenskt näringsliv.⁷ Arbetstagarorganisationerna LO och TCO välkomnar förslaget, men även dessa har några kritiska synpunkter på lagförslaget.

Den nya Visselblåsarlagen kommer i enlighet med direktivet att omfatta såväl offentlig som privat sektor. För arbetsgivarna innebär det att de enligt förslaget till den nya Visselblåsarlagen är skyldiga att vidta ett antal åtgärder vars syfte är att skydda arbetstagaren som agerar visselblåsare. Den typen av regleringar som bland annat handlar om krav på olika rapporteringsrutiner har inte tidigare existerat på den svenska arbetsmarknaden. Företag med ett visst antal anställda är skyldiga att inrätta så kallade rapporteringskanaler.

Denna utveckling påverkar såväl den offentliga sektorn som den privata sektorn. I den privata sektorn är den anställdes möjlighet i regel mer begränsad att uttala sig om sin arbetsgivare. Detta har huvudsakligen sin grund i att meddelarfriheten inte är lika långtgående i ett anställningsförhållande inom den privata sektorn jämfört med den offentliga sektorn.⁸

¹ Resolution 1729(2010) och Recommendation 1916(2010). Se även Abazi, Vigjilenca,(2020), s 640 – 641.

² EUROPAPARLAMENTETS OCH RÅDETS DIREKTIV (EU) 2019/1936 av den 23 oktober 2019 om skydd för personer som rapporterar om överträdelser av unionsrätten.

³ Se till exempel Macchiarini-affären i vilken Forskningsfusket vid Karolinska Institutet avslöjades internt av visselblåsare 2016.

⁴ Fransson, Susanne (2012), s 222-223.

⁵ Lag (2016:749) om särskilt skydd mot repressalier för arbetstagare som slår larm om allvarliga missförhållanden.

⁶ Lag (2021:000) om skydd för personer som rapporterar om missförhållanden.

⁷ Remissvar från Svenskt näringsliv Ökad trygghet för visselblåsare. referens/dnr: A2020/01 490/ARM.

⁸ Fransson, Susanne (2013), s 82. Se även AD 1988:67.

Detta innebär att det förstärkta skyddet av visselblåsare som presenteras i lagförslaget kommer att få störst inverkan på den privata sektorn. Därför är just denna del av den svenska arbetsmarknaden viktig att belysa.

1.2 Syfte och frågeställningar

Det huvudsakliga syftet med denna uppsats är att granska implementeringen av Visselblåsardirektivet i svensk rätt. Genom att ställa det nya lagförslaget i kontrast till det befintliga skyddet av visselblåsare kommer denna uppsats att söka svar på hur arbetsgivare och arbetstagare i den privata sektorn påverkas. Hur parterna underbygger de argument som de framför i sina respektive remissvar på lagförslaget är en viktig del i denna granskning. Denna del består av hur parterna betraktar implementeringen av Visselblåsardirektivets normer och regler i förhållande till de regelverk och normer som de efterlever idag. För att kunna avgöra om det finns någon relevans i parternas argument kommer jag att genomföra en neutral rättsutredning vilken utgår från fyra frågeställningar.

1. Utgör den nya Visselblåsarlagen en överimplementering av Visselblåsardirektivet?

Denna frågeställning utgör en central del i uppsatsen, och att besvara den är direkt avgörande för att syftet med granskningen ska kunna uppnås. Överimplementering eller det överskjutande införlivandet av Visselblåsardirektivet innebär att implementeringen av direktivet i svensk rätt i vissa delar sträcker sig bortom de minimikrav som ställs i direktivet. Visselblåsardirektivet är ett minimi-direktiv, och om det finns delar i repressalieskyddet som sträcker sig längre än minimireglerna utgör detta en överimplementering. Lagstiftningsförfarandet rörande andra EU-direktiv om minimireglering har precis som i fallet med Visselblåsardirektivet kritiserats på grund av överimplementering. Definitionen av överimplementering i denna frågeställning grundar sig därför i Konstitutionsutskottets betänkande från 2018/2019 i vilket syftet med överimplementering av EU-rättsliga akter förklaras.⁹ Inom ramen för denna fråga finns ett relativt stort utrymme att reflektera över hur lagstiftarna har tänkt att den nya Visselblåsarlagen ska ersätta dagens Visselblåsarlag. Men den berör också frågan hur och under vilka omständigheter dagens Visselblåsarlag kan samexistera med den nya Visselblåsarlagen. Den nuvarande Visselblåsarlagen är förhållandevis lättöverskådlig, och har om än inte helt utan svårigheter kunnat efterlevas och inkluderas på de flesta arbetsplatserna. Det är en rimlig tanke att rutiner således formats efter detta regelverk.

2. Vilka krav ska vara uppfyllda för att visselblåsaren ska omfattas av repressalieskyddet?

I den andra frågeställningen undersöks rekvisitet allmänintresset i det som rapporteras, men också god tro rekvisitet. Denna frågeställning riktas mot den problematik som visselblåsaren ställs inför innan rapporteringen sker. Vad krävs egentligen för att visselblåsaren ska omfattas av skyddet? och hur är det möjligt för en person att avgöra om det som han eller hon tänker rapportera verkligen är av relevans i den omfattningen att skyddet ska gälla?

⁹ Konstitutionsutskottets betänkande 2018/19:KU32, s 13.

Frågeställningen ställer visselblåsaren i centrum och om det överhuvudtaget är möjligt för denne att förstå den nya Visselblåsarlagen.

3. Hur omfattande är visselblåsarens ansvarsfrihet enligt den nya Visselblåsarlagen?

I den tredje frågeställningen vill jag utreda vad som faller inom ramen för ansvarsfriheten i den nya Visselblåsarlagen främst i förhållande till lojalitetsplikten, som är en del av anställningsavtalet. Det är inte fråga om ansvarsfrihet från det huvudsakliga ömsesidiga utbytet i fråga om prestation och motprestation, det vill säga lön och arbete. I stället avses de biförpliktelser som ibland följer av lag eller avtal, men som möjligen är mest påtagliga som utfyllnadsregler i form av tolkning av domstolspraxis.¹⁰ Denna fråga kretsar även kring kritikrätten och om ansvarsfriheten också gäller om kritikrätten överskrids.

4. Hur kan det förstärkta skyddet i den nya Visselblåsarlagen påverka de förpliktelser som arbetstagaren har till arbetsgivaren?

Den fjärde frågeställningen tar huvudsakligen sikte på förhållandet mellan det utökade repressalieskyddet och de förpliktelser som arbetstagaren har till arbetsgivaren. Den del av det utökade skyddet som är central i denna frågeställning är det obligatoriska kravet på rapporteringskanaler.

1.3 Avgränsning

Denna granskning är avgränsad till den påverkan som Visselblåsardirektivet kommer att få inom den privata sektorn. Det innebär att inte offentlig verksamhet och ej heller kommunala bolag faller inom ramen för studien. Visselblåsarens situation i den privata sektorn är väsensskild från den som är verksam i offentlig sektor. Det som skiljer de båda grupperna åt är i första hand meddelarfriheten, som för visselblåsare i den privata sektorn inte är i närheten så omfattande som inom den offentliga sektorn. Det förstärkta skyddet för visselblåsare bör därmed få störst inverkan på den privata sektorn.

Det är endast de mest centrala rekvisiten i den nya Visselblåsarlagen som är föremål för närmare granskning. Det är också dessa rekvisit som kritiserats mest och det är därför viktigt att granska just dem i syfte att bemöta kritiken. Anledningen till att just dessa rekvisit är centrala är att de utgör kärnan i det förstärkta skyddet.

Internationell och överstatlig rätt förklaras i denna studie för att skapa förståelse kring direktivet som rättsligt instrument.

Ett stort antal remissinstanser har uttalat sig kring den omfattande utredning som ligger till grund för den nya Visselblåsarlagen, och urvalet har avgränsats till de största aktörerna på den svenska arbetsmarknaden. Remisserna är förhållandevis detaljerade och lyfter fram intressanta perspektiv vilket har beaktats i detta urval.

¹⁰ Se Källström, Kent och Malmberg, Jonas (2019), s 249.

Jag har valt Svenskt näringsliv, LO och TCO med anledning av att de ger röst åt flest arbetstagare och således också har störst inflytande på den Svenska arbetsmarknaden. Även AD har uttalat sig i ett utförligt remissvar, och med anledning av deras stora kunnskap på området är deras synpunkter viktiga att beakta i denna studie.

Granskningen genomförs inte utifrån ett djupgående specifikt branschperspektiv, i stället är perspektivet förhållandevis brett och riktar sig till hela det privata näringslivets spektra.

I de fall en arbetsgivare vill säga upp en arbetstagare på grund av att denne agerat visseblåsare är det troligt att grunden för uppsägningen är en annan än visseblåsningen. Arbetsgivaren måste i dessa fall hitta en saklig grund för uppsägningen och en sådan kan vara att visseblåsaren har misskött sig eller inte utfört sina arbetsuppgifter på ett tillfredställande sätt. På så sätt kan arbetsgivaren göra sig av med anställda som belyser missförhållanden i organisationen. Jag kommer inte att gå djupare in på denna problematik utan förklarar endast de grundläggande delarna i hur en sådan problematik hanteras.

1.4 Metod och material

En ny rättsregel eller ett nytt regelverk har i stort sett alltid sin grund i någon form av problematik där den är tänkt att tillämpas. I fallet med Visselblåsardirektivet är det olika händelser som avslöjats genom visseblåsare som fångat lagstiftarnas intresse, och därmed också identifierat visseblåsaren som en skyddsvärd person. Reglerna, verkligheten och värdena (ändamål) är fundamentala för att kunna genomföra en granskning av ett omfattande lagförslag likt den nya Visselblåsarlagen.¹¹ För att kunna skapa förståelse för hur de nya regleringarna förhåller sig till den svenska arbetsmarknaden måste först det problem som föranlett lagstiftningen identifieras. I det fallet handlar det om att skyddet för visseblåsare är för svagt för att leva upp till regleringen i Visselblåsardirektivet. Bakom det förstärkta skyddet finns också en tanke eller värdering kring hur detta skydd ska fungera. När regeln sedan tillämpas kommer den att få vissa effekter, och kanske till och med oförutsedda funktioner (ändamål).¹² Detta kan beskrivas som kärnan i själva förändringsprocessen, som bygger på lagstiftarnas önskan att ta den nya Visselblåsarlagen i bruk. Men i denna process medverkar också de delar av arbetsmarknaden som ställer sig kritiska till en sådan förändringsprocess.

Denna studie granskar de synpunkter som har framförts mot Visselblåsardirektivet och förslaget till den nya Visselblåsarlagen. Såväl synpunkterna som lagförslaget kommer att granskas med en kritisk ansats i syfte att utreda om det finns fog för den kritik och de åsikter som framförs mot lagförslaget. En kritisk ansats innebär att fakta och värderingar granskas på ett vetenskapligt sätt i syfte att kunna ifrågasätta de rådande meningar som arbetsmarknadens parter ger uttryck för. Värderingar ska i detta sammanhang tolkas som innebörden av den kritik som framförs av parterna, och vilka intressen de representerar. Dessa värden ställs sedan mot de fakta och de forskningsresultat som framkommer av rättsutredningen som ligger till grund för denna studie.¹³ Parternas åsikter och meningar framkommer i de remissvar som inkommit rörande lagförslaget. Remissvaren utgör inga vetenskapliga källor, men de fyller ändå en funktion eftersom väsentliga och betydelsefulla frågor lyfts fram i dessa dokument av de organisationer och myndigheter som slutligen kommer att beröras av den nya Visselblåsarlagen.

¹¹ Lehrberg, Bert (2019), s 96-97.

¹² Lehrberg, Bert (2019), s 97.

¹³ Schelin, Johan (2018), s 16.

Det kritiska perspektivet uppdelas i en intern och en extern kritik. Den främsta skillnaden mellan dessa båda perspektiv är att den interna kritiken är mer sammankopplad med frågan om gällande rätt (de lege lata), och den externa kritiken ligger närmare frågan hur rätten bör vara (de lege ferenda). Det kan också beskrivas som att rätten i det interna perspektivet observeras och kritiseras inifrån och i det externa perspektivet närmar man sig rätten utifrån, och gör observationer från ett åskådarperspektiv.¹⁴

Den interna kritiken tar sikte på semantiken i lagstiftningen, vilken utgörs av logiken i texten och de juridiska argumentens relevans i de olika rättskällorna. Det kan till exempel röra sig om den språkliga precisionen och den logiska giltigheten i ett lagrum. På ett mer övergripande plan tar den interna kritiken också sikte på rätten, som ett abstrakt system och hur juridiska begrepp och rättsprinciper formas. Den interna kritiken har därför en nära anknytning till den rättsdogmatiska metoden, vars syfte är att fastställa gällande rätt.¹⁵ I denna studie kommer den interna kritiken att användas för att identifiera och kritisera eventuella brister i det befintliga rättsliga skyddet för visseblåsare. Detta skydd sätts också in i ett större perspektiv och granskas i förhållande till EU-rätten och Europarätten.

Syftet med den rättsdogmatiska metoden är i grund och botten att rekonstruera en rättsregel, eller kanske ännu mer önskvärt att hitta en lösning på ett rättsligt problem genom att använda sig av en rättsregel. För att kunna genomföra detta utläses och rangordnas de allmänt accepterade rättskällorna: lagstiftning, rättspraxis, förarbeten och doktrin.¹⁶ Hur rättskällorna analyseras är en viktig del i arbetet med rättsutredningen för att få en uppfattning av hur de ska tolkas och sättas in i forskningsfrågorna. Det räcker inte bara att förklara vad som framgår av lagrummen i den nya Visselblåsarlagen, lagrummen måste även ställas i kontrast till den verklighet vilken de slutligen ska reglera. Verkligheten i denna studie utgörs av de remissvar i vilka parterna framför sina åsikter och kritik.¹⁷ Den typen av rättsdogmatik som används i studien är en kritisk rättsdogmatisk metod. Detta innebär att man går ett steg längre än att bara förklara gällande rätt. De svagheter och brister i skyddet som identifieras i dagens Visselblåsarlag åskådliggörs och därefter granskas det förstärkta skyddet i lagförslaget och på vilket sätt det kan förstärka det befintliga skyddet för att uppfylla minimikraven i Visselblåsårdirektivet.¹⁸

I den externa kritiken blir frågan kring gällande rätt underordnad frågeställningarna utifrån arbetsmarknadens parter och lagstiftarnas syn på varför ett förstärkt skydd av visseblåsare behövs, eller varför det inte behövs.¹⁹ För att kunna granska från ett sådant perspektiv behövs en extern måttstock, vilken i det här fallet utgörs av de argument som anförs av lagstiftarna, men också de synpunkter som parterna ger uttryck för i sina remissvar. Det handlar om resonemang som främst bygger på ekonomiska utgångspunkter, närmare bestämt att den inre marknaden och dess ekonomiska intressen behöver skyddas. Det är därmed inte sagt att jag kommer att utföra en ekonomisk eller samhällsvetenskaplig analys. I stället kommer utgångspunkten för den externa kritiken att bestå av en kritisk granskning av de vetenskapliga källor som arbetsmarknadens parter och lagstiftarna framhåller.

¹⁴ Schelin, J (2018), s 17.

¹⁵ Schelin, J (2018), s 42-45.

¹⁶ Nääv, Maria & Zamboni, Mauro (2018), s 21.

¹⁷ Samuelsson, Joel & Melander, Jan (2012), s 115.

¹⁸ Nääv, M & Zamboni, M (2018), s 40.

¹⁹ Schelin, J (2018), s 91.

1.5 Disposition

Min rättsliga utredning är i första hand uppbyggd kring hur situationen för visselblåsaren ser ut i dag. Därefter övergår utredningen till att belysa de väsentliga delarna i Visselblåsardirektivet och hur det svenska lagförslaget ser ut och vilket resonemang som utredarna har grundat lagförslaget på.

Syftet med det första kapitlet i denna uppsats är att förklara hur jag har beslutat att genomföra denna studie, men också att belysa de utmaningar som kan tänkas uppstå. Det är till exempel problematiskt att göra den gränsdragning, som jag gjort eftersom jag strävar efter att endast fokusera på den privata marknaden. Problematiken ligger till största del i att jämförelser som görs mellan den offentliga och privata sektorn tenderar att flyta in i varandra och att fokuset avviker allt för mycket från den privata sektorn till den offentliga sektorn.

Det andra kapitlet omfattar visselblåsarens situation idag. Detta har betydelse för att förstå vilken betydelse den nya Visselblåsarlagen kommer att få för i första hand arbetstagarna inom den privata sektorn. Denna del beskriver också förhållandet mellan arbetsmarknadens parter, och de ömsesidiga förpliktelser som finns mellan dem.

Syftet med kapitel 3 är att redogöra för de internationella och överstatliga regleringar som Sverige har åtagit sig att följa, och som på olika sätt påverkar dels dagens skydd av visselblåsare men också det utökade skydd som är på väg att träda i kraft.

I kapitel 4 vill jag beskriva de viktigaste delarna i Visselblåsardirektivet för att sedan i kapitel 5 kunna förklara resonemanget kring den nya Visselblåsarlagen.

I kapitel 6 lyfter jag den kritik och de åsikter som några av arbetsmarknadens parter ger uttryck för. I kapitel 7 kommer jag att på ett kritiskt sätt bemöta denna kritik och dessa åsikter utifrån vad jag har redogjort för och kommit fram till i denna uppsats. Tanken är att undersöka om kritiken och åsikterna är befogade genom att besvara forskningsfrågorna.

Jag kommer i kapitel 8 att avsluta denna uppsats genom att utifrån den kunskap jag fått genom arbetet med denna studie, att reflektera och försöka avväga för och nackdelar med den nya Visselblåsarlagen respektive dagens Visselblåsarlag.

2. Den nuvarande regleringen

2.1 Visselblåsarens arbetsrättsliga skydd och grundlagsskyddet

Anställningsskyddet i Sverige är starkt, och det utgör därför också det kanske mest betydelsefulla skyddet för privatanställda visselblåsare. En uppsägning måste enligt 7 § LAS (*Lag (1982:80) om anställningsskydd*) alltid vara sakligt grundad, vilket innebär att arbetsgivaren måste kunna ange ett godtagbart skäl på vilket uppsägningen grundar sig.²⁰ Uppsägning sker av två huvudsakliga anledningar av personliga skäl eller på grund av arbetsbrist.²¹ De fall som en visselblåsare blir uppsagd på grund av arbetsbrist är sällsynta. Om visselblåsaren rapporterar känslig information till medierna skulle detta kunna leda till att arbetsgivaren förlorar ett kontrakt eller uppdrag, vilket i sin tur tvingar arbetsgivaren att säga upp anställda på grund av arbetsbrist. I fallet med visselblåsning är det dock personliga skäl som i de flesta fall anges som anledning till uppsägningen.²² Arbetsgivaren har alltid en omplaceringsskyldighet, vilket innebär att uppsägningen inte är sakligt grundad om möjligheter till andra arbetsuppgifter prövats.²³

Avskedande, som är den allvarigare formen av skiljande från anställningen, kan aktualiseras om arbetstagaren genom att rapportera grovt åsidosätter sina åligganden.²⁴ I de fall som rapportering har resulterat i avsked har AD funnit att avskedet grundat sig i allvarliga hot eller personangrepp.²⁵

Grundlagsskyddet utgör också ett arbetsrättsligt skydd för den privatanställda, om än inte i lika stor utsträckning som för offentligt anställda. Den yttrandefrihet som regleras i RF (Regeringsformen 1974:152) omfattar alla medborgare, men endast i förhållande till det allmänna.²⁶ Det innebär att det inte finns något direkt hinder för en privat arbetsgivare att säga upp en arbetstagare som uttryckt sin åsikt. Privatanställda omfattas också av meddelarfriheten som regleras i Tryckfrihetsförordningen (1949:105) (TF) och Yttrandefrihetsgrundlagen (1991:1469) (YGL), men endast i förhållande till myndigheter och det offentliga. Arbetsdomstolen har i flertalet mål rörande yttrandefrihet i privata anställningsförhållanden gjort gällande att det inte är AD:s uppgift att utvidga yttrandefriheten och meddelarfriheten till samma omfattning som gäller för offentligt anställda.²⁷

Sedan 2006 gäller dock en utvidgning av meddelarfriheten, och den gäller för anställda i kommunala bolag. Denna utvidgning finns i 2 kap. 3 § OSL (Offentlighets- och sekretesslagen).²⁸

2.2 Den nuvarande Visselblåsarlagen

Lag (2016:749) om särskilt skydd mot repressalier för arbetstagare som slår larm om allvarliga missförhållanden är dagens Visselblåsarlag och den ger visselblåsaren ett särskilt skydd vid rapportering av allvarliga missförhållanden. Arbetstagaren erhåller ett förstärkt skydd, vilket innebär ett skydd utöver de skydd som följer av andra lagstiftningar.

²⁰ Larsson, Per (2015), s 161.

²¹ Glavå, Mats (2014), s 439

²² Larsson, P (2015), s 163.

²³ Andra stycket 7 § LAS.

²⁴ 18 § LAS.

²⁵ Se t. ex. AD 2005:124 och AD 2006:103.

²⁶ SOU 1975:75, s 95. Se även Larsson, Per (2015), s 164.

²⁷ Se AD 1994:79. Se även Fransson, S (2013), s 82.

²⁸ Larsson, P (2015), s 164.

Tanken är att Visselblåsarlagen ska kunna användas parallellt med andra regelverk beroende på hur arbetstagaren väljer att föra sin talan i domstolen.²⁹ Det betyder att regler om anställningsskydd eller skyldighet att rapportera enligt arbetsmiljölagsstiftningar inte påverkas. Självva handlingen ska bestå av att visselblåsaren slår larm och detta kan ske såväl inom som utom organisationen.³⁰ Sådant som framförs i en vanlig diskussion är inte att betrakta som ett larm såvida det inte uttryckligen görs gällande att det rör sig om ett larm.

Även tidsaspekten spelar en viss roll i sammanhanget och händelser som ligger alltför långt bort i tiden riskerar att inte falla inom lagens tillämpningsområde.³¹ Rapporten som berör händelser längre bak i tiden kan under vissa förhållanden dock vara godtagbara, om visselblåsaren kan påvisa att han eller hon behövt tid på sig att överväga rapporteringen. Några särskilda krav på att det som rapporteras verkligen ska ha inträffats finns inte i lagens mening, och det finns inte heller något speciellt krav på kunskapsunderlag för detta heller.³² Visselblåsarlagen är tvingande till arbetstagarens fördel vilket kommer till uttryck i 3 § Visselblåsarlagen som reglerar ett avtals ogiltighet om den upphäver eller inskränker arbetstagarens skydd enligt lagen. Lagen ger däremot inte visselblåsaren en specifik rätt att rapportera, utan den reglerar enbart det förstärkta repressalieskyddet.

Den personkrets som omfattas av Visselblåsarlagen är arbetstagare, men den som hyrs in för att utföra ett arbete kan även falla in under begreppet arbetstagare i lagens mening. Någon mer specifik förklaring till vem som omfattas av lagen görs inte. Personer som till exempel deltar i arbetsmarknadspolitiska åtgärder eller praktikanter omfattas inte av Visselblåsarlagen.³³ I detta avseende rör det sig därför om flera bedömningsfrågor, som den arbetstagare som står i begrepp att visselblåsa måste ta ställning till.³⁴

Repressalier kan ta sig uttryck på olika sätt, till exempel genom en icke sakligt grundad uppsägning eller genom att visselblåsaren omplaceras. I de flesta fallen handlar det om att en arbetsgivare på ett eller annat sätt vill försätta visselblåsaren i en mindre gynnsam situation på grund av att denne har rapporterat, men arbetsgivaren använder ett annat skäl till åtgärden och det är det som utgör en repressalie. Ett exempel är om en anställd som rapporterat om ett allvarligt missförhållande blir omplacerad och anledningen till detta uppges vara att arbetstagarens prestationer inte är fullständiga.³⁵

När rapporteringen genomförts och en utredning om repressalieförbudet har överträtts gjorts ska en helhetsbedömning göras om lagen är tillämplig på varje fall. En sådan bedömning görs i vart fall inom den privata sektorn utifrån vilken ställning visselblåsaren har och hur allvarliga de missförhållanden som rapporterats om är. Att en så specifik bedömning måste göras för just privatanställda beror på att kritikrätten inte är lika långtgående som för offentligt anställda. En privatanställd måste till exempel särskilt ta hänsyn till lojalitet, skydd av goodwill och företagshemligheter. Det har till och med ifrågasatts om det verkligen är möjligt att reglera repressalieskyddet för offentligt och privatanställda i samma lagstiftning eftersom förutsättningarna är så väsensskilda mellan de båda grupperna.

²⁹ SOU 2014:31, s 219.

³⁰ Prop. 2015/16:128, s 103.

³¹ Prop. 2015/16:128, s 105.

³² Prop. 2015/16:128, s 95.

³³ Prop. 2015/16:128, s 35.

³⁴ Prop. 2015/16:128, s 94.

³⁵ SOU 2013:79, s 151-152.

Detta argument tillbakavisas dock med att allmänintresset i det som rapporteras kan finnas inom såväl den offentliga som den privata sektorn.³⁶

Rekvisitet allvarliga missförhållanden ska i lagens mening tolkas som ett brott med fängelse i straffskalan eller därmed jämförliga missförhållanden. Det handlar om lagbrott som påverkar eller hotar liv, hälsa, frihet eller andra legitima intressen som skattebetalare, aktieägare, anställda eller kunder har. Allvarliga missförhållanden kopplas också till det allmänna intresset. Som ett riktmärke för vad som räknas som allmänintresse kan nämnas vanvård, polisbrutalitet, politikerns försök att påverka rättsutredningar, grym och oetisk djurhållning, oetiska anställningsförhållanden, skogsskövling samt utnyttjande av barn och deras föräldrar genom aggressiv marknadsföring av ohälsosam mat.³⁷

I grunden består skyddet av att arbetsgivaren inte får vidta repressalier mot arbetstagare som slår larm om allvarliga missförhållanden i arbetsgivarens verksamhet. Definitionen av repressalier är den samma som repressalieförbudet som det regleras i 2 kap. 18 § Diskrimineringslagen (2008:567). Detta omfattar repressalieförbud mot arbetstagare som rapporterar om arbetsgivare som begår brott eller arbetstagare som utsätts för repressalier på grund av att han eller hon har deltagit i en utredning enligt lag. Repressalieförbudet i Diskrimineringslagen kan liknas vid en spegelbild. Den som är förbjuden att diskriminera är förbjuden att vidta repressalieåtgärder, den som skyddas av diskrimineringsförbudet skyddas av repressalieförbudet.³⁸

Sanktionen vid brott mot repressalieförbudet är i likhet med andra arbetsrättsliga sanktioner skadestånd. Det framgår i förarbetet att skyddet ska betraktas som en förstärkning av det befintliga arbetsrättsliga skyddet, och eftersom skyddet endast gäller i vissa situationer rör det sig inte om ett heltäckande skydd.³⁹

För att kunna bedöma om Visselblåsarlagen är tillämplig, måste de åtgärder som arbetsgivaren vidtar betraktas som repressalier. Detta innebär att det måste framgå att arbetsgivaren har vidtagit åtgärden på grund av att arbetstagaren har agerat visselblåsare. Det måste således utredas om själva orsakssambandet kan ligga till grund för att lagen ska vara tillämplig, och om ett sådant samband föreligger är svårt för såväl arbetsgivare som arbetstagare att avgöra. Om varje beslut från arbetsgivaren skulle kunna utgöra en potentiell repressalie skulle detta begränsa arbetsgivarens möjlighet att leda och fördela arbetet och det är bland annat därför det som rapporteras måste handla om allvarliga missförhållanden. Rekvisitet allvarliga missförhållanden hänger ihop med begreppet kunskapsunderlag. Visselblåsaren måste ha de nödvändiga kunskaperna kring det påstådda missförhållandet för att överhuvudtaget kunna hävda att det rör sig om ett allvarligt missförhållande.⁴⁰

Vägledning kan också hämtas från JO:s praxis rörande tryck- och yttrandefrihetsrättsliga repressalier vilken har utvecklats över tid.⁴¹

³⁶ Prop. 2015/16:128, s 29.

³⁷ Prop. 2015/16:128, s 35-36.

³⁸ Jmf Prop. 2007/08:95, s 305.

³⁹ Prop. 2015/16:128, s 24-25.

⁴⁰ Prop. 2015/16:128, s 43-45.

⁴¹ Prop. 2015/16:128, s 101.

2.3 Rapporteringsordningar och Code of conduct

I Sverige finns det idag inga krav på interna visselblåsfunktioner. Däremot finns det sektorsspecifika regelverk som föreskriver krav på sådana inom vissa branscher, till exempel inom olika områden på finansmarknaden.⁴² Förarbetet till Lagen (2007:528) om värdepappersmarknaden ger en viss fingervisning om hur dessa bör utformas. "Institut ska ha ändamålsenliga system för att från anställda omhänderta anmälningar om eventuella missförhållanden inom instituten".⁴³ I Visselblåsarlagen benämns det som kan betraktas som ett visselblåsarsystem som *interna rutiner för rapportering*.⁴⁴ En intern rutin är enligt förarbetet alla sätt att lämna uppgifter om missförhållanden, och att arbetstagaren upplysts om hur denna rutin fungerar.⁴⁵ Det är endast rätten för arbetstagaren att slå larm till en representant för arbetsgivaren eller via de rutiner som gäller vid rapportering om missförhållanden inom organisationen som regleras i lagen.⁴⁶ Det är först då arbetstagaren har använt sig av den interna visselblåsarrutinen och arbetsgivaren inte har vidtagit skäliga åtgärder som rapportering kan göras externt.⁴⁷ I förarbetet till Visselblåsarlagen beskrivs hur en rapporteringsordning kan tänkas se ut, och det kan röra sig om en mottagare som står i avtalsförhållande till arbetsgivaren.⁴⁸ En sådan rapporteringsordning kan utgöras av en e-postadress, telefontjänst eller en webbplats. Flera företag i den privata sektorn har sedan länge olika former av uppförandekoder (codes of conduct) vilka i första hand syftar till att upprätthålla en hög etik och integritet inom verksamheten. Budskapet i dessa riktlinjer uppmanar ofta arbetstagarna att rapportera om brott mot uppförandekoderna upptäcks. Några hinder för arbetsgivaren att inrätta denna typ av interna regelverk finns inte, i stället får det anses falla inom arbetsgivarens arbetsledningsrätt.⁴⁹

2.4 Visselblåsning som en del av arbetsmiljöarbetet

Olika former av arbetsmiljöfrågor är sedan länge en viktig del av det gemensamma arbetet som parterna bedriver på den svenska arbetsmarknaden.⁵⁰ De senaste 30 åren har det till stor del handlat om hur parterna ska komma till rätta med kränkande särbehandling. Bland annat identifierades tidigt det interna informationssystemet tillsammans med allt för hög arbetsbelastning som en av de stora bakomliggande faktorerna till kränkande särbehandling.⁵¹ Utvecklingen kring miljöarbetet har under denna period tagit sig uttryck i de arbetsmiljöföreskrifter (s.k. AFS:ar) som Arbetsmiljöverket utgivit.⁵² Rapporteringsordningar har också en koppling till olika arbetsmiljöfrågor, och arbetstagaren har med syfte att förbättra arbetsmiljön under vissa omständigheter rätt att vara med och utforma dem då de ska inrättas i organisationen.⁵³

Vid fara för liv och hälsa har arbetstagaren en lagstadgad skyldighet att rapportera om detta till arbetsgivaren eller skyddsombudet.

⁴² SOU 2020:38, s 250.

⁴³ Prop. 2013/14:228, s 249.

⁴⁴ 5 § Visselblåsarlagen.

⁴⁵ Prop. 2015/16:128 s, 103.

⁴⁶ I 5 § Visselblåsarlagen används endast benämningen missförhållanden men i §1 görs gällande att lagen endast omfattar allvarliga missförhållanden.

⁴⁷ 7 § Visselblåsarlagen. Se även prop 2015/16:128, s 53.

⁴⁸ SOU (2014:31), s 185.

⁴⁹ Larsson, P (2015), s 258-259.

⁵⁰ Larsson, P (2015), s 254.

⁵¹ AFS 1993:17 *Kränkande särbehandling i arbetslivet*, s 4.

⁵² Glavå, Mats (2014), s 711-712.

⁵³ 2 kap. 1 § tredje stycket AML. *Arbetstagaren skall ges möjlighet att medverka i utformningen av sin egen arbetssituation samt i förändrings- och utvecklingsarbete som rör hans eget arbete.* Se även s 20 Arbetsmiljöverket, *Arbetsmiljölagen med kommentarer.*

En sådan rapportering är nödvändig för att arbetstagaren inte ska bli skadeståndsskyldig för den skada som blir ett eventuellt resultat av situationen.⁵⁴ Denna reglering hänger ihop med skyddsombudets rätt att avbryta arbetet vid fara för liv och hälsa, och av förarbetet framgår det att det först är skyddsombudet som ska informeras. Regleringen ska rimligen uppfattas som att skyddsombudet är behörig adressat i nödfall.⁵⁵ Skyddsombudet kan beskrivas som en visseblåsare som med ett legalt stöd att slå larm om missförhållanden i verksamheten som påverkar arbetsmiljön. Men skyddsombudet kan även liknas med en ”watchdog” vilket har varit fallet i ett antal yttrandefrihetsmål i Europadomstolen. Denna liknelse görs eftersom skyddsombudet har som uppgift att också vaka över de anställda för att förhindra att de inte utsätts för olika faror.⁵⁶ Skyddsombudet omfattas också av hänvändelseordningen vilken kommer till uttryck i 6 kap. 6a § Arbetsmiljölagen (AML). Enligt detta lagrum ska skyddsombudet vända sig till arbetsgivaren om olika åtgärder behöver vidtas för att uppnå en tillfredställande arbetsmiljö. Skyddsombudet har också möjlighet att begära kontroll kring olika förhållanden på skyddsområdet som kan tänkas omfattas av brister. Brister i arbetsorganisationen kan bestå av till exempel underbenaning eller bristfällig utbildning av personalen. Skyddsombud som drabbas av repressalier tenderar att få stöd i AD då hänvändelsen i första hand skett till arbetsgivaren eller tillsynsorgan. Det faktum att skyddsombudet rapporterar internt eller till behörig myndighet innan han eller hon rapporterar offentligt premieras alltså till skyddsombudets fördel i domstolsförfarandet.⁵⁷

Arbetsgivaren är enligt 3 kap. 3 § AML skyldig att meddela Arbetsmiljöverket då ett dödsfall eller svårare personskador inträffat på arbetsplatsen. Arbetsgivaren har också en skyldighet att rapportera till Arbetsmiljöverket då flera arbetstagare drabbats samtidigt och om händelser som inneburit allvarlig fara för liv och hälsa.⁵⁸ Någon motsvarande skyldighet har inte arbetstagaren. Om en anställd likväl anmäler en olyckshändelse till Arbetsmiljöverket eller till annan myndighet utan att först varsko arbetsgivaren träder reglerna kring kritikrätt och lojalitetsplikt in. De starka sekretessbestämmelser som finns vid anmälning rörande arbetskydd resulterar i att den privata arbetsgivaren aldrig får kännedom om den rapporterade personens identitet. Särskilda sekretessregler finns i 28 kap. 14-17 § Offentlighets- och sekretesslagen (OSL) rörande arbetsmiljö och arbetarskydd. Baksidan med det starka skyddet är att de missförhållanden som rapporteras anonymt riskerar att inte komma till allmänhetens kännedom. Tystnadsplikten som följer med sekretesskyddet hindrar dock inte en anställd på Arbetsmiljöverket att nyttja sin meddelarfrihet och på så sätt påkalla allmänhetens uppmärksamhet.⁵⁹ Även den legala skyldighet som Arbetsmiljöverket har i egenskap av myndighet att lämna ut uppgifter till arbetstagarorganisationer och skyddsombud kan bryta sekretessen, 10 kap. 11-12 § OSL.⁶⁰

⁵⁴ 3 kap. 4 § AML.

⁵⁵ Se t. ex. AD 1976:97.

⁵⁶ Fransson, S (2013), s 28.

⁵⁷ Steinberg, Maria (2004), s 229-330.

⁵⁸ Larsson, P (2015), s 256.

⁵⁹ Larsson, P (2015), s 257.

⁶⁰ Larsson, P (2015), 257.

2.5 Lojalitetsplikten i anställningsförhållandet

Det ligger i visseblåsningens natur att förhållandet mellan arbetsgivare och arbetstagare (visseblåsare) på något plan kommer att påverkas. Inte sällan ifrågasätts arbetstagarens lojalitet då denne i egenskap av företrädare för arbetsgivaren genom att visseblåsa fört vidare uppgifter till tredje man.

Tillförliten mellan parterna är därför viktig eftersom den är en förutsättning för att överhuvudtaget kunna upprätthålla någon form av lojalitet, oavsett om det är ur en juridisk aspekt eller social aspekt. Jag vill därför i det närmaste granska de olika delar i anställningsförhållandet som har relevans och koppling till den anställde då denne agerar visseblåsare. Lojalitetsplikten är sedan länge fast förankrad i anställningsförhållandet. Med lojalitetsplikt avses den anställdes skyldighet att handla med omsorg om arbetsgivarens intressen. Lojalitetsplikten skiljer sig från andra mellanmansrättsliga förhållanden så till vida att den inte är lagstadgad. Anledningen till att lojalitetsplikten har befasts i just anställningsförhållandet är att den är en del av den hierarkiska syn på anställningsförhållandet som har sitt ursprung i arbetsgivarens rätt att leda och fördela arbetet. En annan anledning till att stor vikt fästes vid lojalitetsplikten är att arbetstagaren i vissa fall har en förtroendeställning i vilken han eller hon ansvarar för arbetsgivarens namn och egendom. En arbetstagares uppträdande och agerande uppfattas i regel av allmänheten som sanktionerat av arbetsgivaren. Eftersom arbetsgivaren inte kan kontrollera arbetstagarens agerande i alla lägen, fyller lojalitetsplikten en viktig funktion i anställningsförhållandet.⁶¹ Arbetsdomstolen har formulerat det lojalitetskrav som följer av anställningsavtalet på följande sätt: *”Den grundläggande synpunkten är att arbetstagaren inte får skada arbetsgivaren. Gemensamt för de skilda aspekterna på kravet på lojalitet är tanken att anställningsavtalet inte enbart består i ett utbyte av vanliga förmögenhetsrättsliga prestationer, utan skapar ett personligt förhållande mellan parterna. Anställningen grundar, förpliktelser som går längre än vad som gäller i kontraktsförhållanden i allmänhet; de ligger vid sidan av själva arbetsprestationen och skulle därför kunna karakteriseras som biförpliktelser. Skall man söka ange en gemensam synpunkt är det att arbetstagaren är skyldig att sätta arbetsgivarens intresse framför sitt eget samt att undvika lägen, där han kan komma i plikt-kollision”*.⁶²

I rättspraxis från AD framgår att den anställdes förpliktelser inte utgör något större hinder för att göra en anmälan till en myndighet.⁶³ När arbetstagaren gör en anmälan om missförhållanden på arbetsplatsen måste likväl en helhetsbedömning göras för att avgöra om brott mot lojalitetsplikten har skett. Anmälan i sig kan under vissa omständigheter göras på ett sätt som innebär att arbetstagaren åsidosätter lojalitetsplikten. Centralt är om arbetstagaren varskott arbetsgivaren om missförhållandet innan anmälan gjordes och hur en sådan dialog i så fall har förts. Bortsett från ett antal lagrum i vilka den privatanställda omfattas av en lagfäst tystnadsplikt, regleras tystnadsplikten i kollektivavtal eller personliga avtal.⁶⁴ Det ligger till exempel i lojalitetspliktens natur att en arbetstagare inte avsiktligt får sprida olika uppgifter med avsikten att skada arbetsgivarens verksamhet.

⁶¹ Munukka, Jori (2007), s 210.

⁶² AD 1994 nr 79. Formuleringen finns ursprungligen i Schmidt, F (1959), *Tjänsteavtalet*, s 241.

⁶³ Se AD 1997 nr 57 och AD 1994 nr 79.

⁶⁴ Se tex 4§ Allmänna förhållningsregler – Tystnadsplikt, Teknikavtalet Unionen/Sveriges Ingenjörer/Ledarna 1 april 2017 - 31 mars 2020.

Om den anställde däremot vänder sig till medier omfattas denne av anonymitetsskyddet. Detta innebär att den person som meddelar uppgifter med avsikt att offentliggöra dem har ett grundlagsskyddat anonymitetsskydd, 3 kap. 1 § TF och 2 kap. 1 § YGL.

Samtidigt har mottagaren tystnadsplikt i fråga om meddelarens identitet. Meddelarens rätt till anonymitet och mottagarens tystnadsplikt är tänkt att fungera som ett system i vilket tillgång till nyhetsmaterial säkras.⁶⁵

Huvudregeln gör gällande att lojalitetsplikten upphör då anställningen avslutas och någon efterverkan av denna förpliktelse finns inte. Det betyder att den tidigare anställde då kan kritisera sin arbetsgivare och bedriva konkurrerande verksamhet med sin före detta arbetsgivare.⁶⁶

2.5.1 Biförpliktelser

Utöver arbetstagarens huvudsakliga förpliktelse i anställningsavtalet att utföra sitt arbete enligt arbetsbeskrivningen, finns också ett antal viktiga biförpliktelser som påverkar arbetstagarens möjligheter att visselblåsa. Dessa förpliktelser regleras i olika lagrum och kollektivavtal, men de förekommer oftast i form av olika utfyllnadsregler som utformats i domstolspraxis. Biförpliktelserna utgörs av ett antal förtroendegrundade åtgärder som arbetstagaren i olika sammanhang förväntas efterleva som en del av anställningsavtalet. Några av dessa biförpliktelser påverkar visselblåsaren situation.⁶⁷

Den allmänna upplysningsplikten är den av biförpliktelserna som har störst inverkan för visselblåsaren. Den förpliktigar arbetstagaren att självmant informera om förhållanden kopplade till arbetsplatsen som kan tänkas vara av betydelse för arbetsgivaren.

Utöver den lagstadgade upplysningsplikten i AML, finns det ett fåtal andra lagrum som reglerar upplysningsplikten.⁶⁸

Upplysningsplikten kan regleras i kollektivavtal men också i reglementen eller allmänna ordningsföreskrifter. Den anställdes ställning och arbetsuppgifter ska vägas in i frågan rörande vilken omfattning av skyldigheten arbetstagaren har att självmant rapportera till arbetsgivaren. Generellt sett har en anställd med särskild förtroendeställning en mer omfattande informationsplikt än andra arbetstagare.⁶⁹ En fråga som varit föremål för olika avgöranden i AD är i vilken mån den anställde är skyldig att rapportera om brottslig verksamhet eller andra allvarliga missförhållanden på arbetsplatsen. I vissa fall kan underlåtenhet att efterleva upplysningsplikten utgöra saklig grund för uppsägning eller t.o.m. avsked.⁷⁰ I praxis har saklig grund för uppsägning varit berättigad för personer i företagsledande ställning som underlåtit sig att efterleva upplysningsplikten vid fall av allvarliga brott.⁷¹

⁶⁵ Larsson, P (2015), s 131.

⁶⁶ Se AD 2013 nr 24.

⁶⁷ Källström, Kent & Malmberg, Jonas (2019), s 249.

⁶⁸ 14 kap Socialtjänstlagen, 4 § Uppfinnarlagen och 7b-7d § LOA.

⁶⁹ Källström, Kent & Malmberg, Jonas (2019), s 250-251.

⁷⁰ Se t. ex. AD 2001 nr 24. Ett vårdbiträde avskedades sedan det framkommit att en brukare upprättat ett testamente till förmån för vårdbiträdet. Det fanns enligt AD saklig grund för avsked eftersom vårdbiträdet inte hade upplyst arbetsgivaren om detta.

⁷¹ I AD 1981 nr 144 resonerade domstolen att en anställd som bevitnat en kollega som gjort sig skyldig till brott mot arbetsgivaren var skyldig att upplysa arbetsgivaren om detta. Samtidigt menade AD att man bör ha överseende med den besvärande situationen att ange en kollega, och det kunde därmed inte utgöra saklig grund för uppsägning. Se även Källström, K & Malmberg, J (2019), s 251.

2.5.2 Den implicita tystnadsplikten – en del av lojalitetsplikten

Tystnadsplikten kan som tidigare nämnts utgöra en del av lojalitetsplikten i anställningsavtalet, men de grundläggande delarna av tystnadsplikten kan vara också vara underförstådda.⁷² Den implicita tystnadsplikten kan beskrivas som en del av lojalitetsplikten som inte grundar sig i några uttryckliga regler. Någon exakt definition av den implicita tystnadsplikten finns inte, men i Värö Bruk-målet framgår det att man får utgå från lojalitetskravet för att bestämma tystnadspliktens omfattning.⁷³ AD uttalade sig på följande sätt rörande den implicita tystnadsplikten: ”*Omfattningen av den inte i lag eller avtal uttryckligen reglerade tystnadsplikt som kan anses följa med eller utgöra en del av ett anställningsavtal på den privata sektorn har som framgått i det föregående föga belysts i litteratur och rättspraxis. För att man skall kunna tala om ett brott mot tystnadsplikt i sådana fall torde dock krävas att det är fråga om yppande av sådana uppgifter som det ligger i arbetsgivarens intresse att inte ge spridning åt*”. I Värö Bruk-målet sade arbetsgivaren upp en processoperatör med anledning av att denne ansågs ha agerat illojalt mot arbetsgivaren. Den anställde hade brutit mot tystnadsplikten och överskridit sin kritikrätt. Detta skulle enligt arbetsgivaren skett genom att den anställde hade publicerat olika uppgifter i en tidning samt deltagit i en kommunfullmäktigedebatt och i ett radioprogram. I frågan om den anställde brutit mot tystnadsplikten gjorde AD följande uttalande: ”*Det är utrett att uppgifterna var av det slaget att brukets ledning inte önskade ge spridning åt dem, att uppgifterna var sådana att det kunde skada Värö Bruk om konkurrerande företag fick del av dem samt att uppgifterna spreds på ett sådant sätt att det fanns en uppenbar risk för att även utomstående skulle kunna ta del av dem*”. I detta uttalande framgår det att AD väger in arbetsgivarens önskan att inte sprida uppgifterna vidare. För att uppgifterna ska omfattas av den implicita tystnadsplikten bör följaktligen tre krav vara uppfyllda. Det ska röra sig om uppgifter som arbetsgivaren inte vill sprida. Själva spridningen av uppgifterna ska gjorts med avsikten att skada arbetsgivaren. Slutligen ska uppgifterna spridas på ett sådant sätt att de riskerar att komma i händerna på utomstående.⁷⁴

Trots AD:s resonemang förefaller det oklart hur den implicita tystnadsplikten ska tolkas. Arbetslivsinstitutets tolkning av AD:s resonemang i Värö Bruk-målet lyder:

”För att man ska kunna tala om ett brott som mot sådan tystnadsplikt som underförstått följer av ett anställningsavtal, torde det krävas att det är frågan om yppande av sådana uppgifter som det ligger i arbetsgivarens intresse att inte ge spridning åt (s.k. företagsinterna uppgifter), att yppandet sker på ett sätt som innebär en uppenbar risk för att andra än anställda kan ta del av uppgifterna samt att uppgifterna är av det slag att det kan vara till skada för arbetsgivaren att konkurrerande företag får del av dem”.⁷⁵ En närmare förklaring till vad som utgör företagshemligheter finns i 2 § Lag (2018:558) om företagshemligheter (FHL): Med företagshemlighet avses i denna lag information

1. om affärs- eller driftförhållanden i en näringsidkares rörelse eller i en forskningsinstitutions verksamhet,

⁷² Larsson, P (2015), s 183. Se även Schmidt, Folke (1959), s 249.

⁷³ AD 1994 nr 79.

⁷⁴ Larsson, P (2015), s 184.

⁷⁵ DS 2002:56, s 314.

2. som varken som helhet eller i den form dess beståndsdelar ordnats och satts samman är allmänt känd hos eller lättillgänglig för den som normalt har tillgång till information av det aktuella slaget,

3. som innehavaren har vidtagit rimliga åtgärder för att hemlighålla, och

4. vars röjande är ägnat att medföra skada i konkurrenshänseende för innehavaren.

Erfarenheter och färdigheter som en arbetstagare har fått vid normal yrkesutövning är inte en företagshemlighet. Inte heller är information om något som utgör ett brott eller annat allvarligt missförhållande en företagshemlighet.

Eftersom FHL är en relativt ny lagstiftning tar den hänsyn till att visselblåsarens handlingsutrymme ska begränsas av regleringen kring företagshemligheter.⁷⁶ Rekviritet allvarliga missförhållanden ska i FHL tolkas på samma sätt som i Visselblåsarlagen, d.v.s brott med fängelse i straffskalan eller därmed jämförliga missförhållanden.

2.5.3 Den lagstadgade tystnadsplikten

En arbetstagare som bryter mot en i lag stadgad tystnadsplikt kan dömas för brott mot tystnadsplikten enligt 20 kap. 3 § Brottsbalken. En dom för brott mot tystnadsplikten utgör en begränsning av yttrandefriheten. Därför måste begränsningen uppfylla RF:s och Europakonventionens begränsningsgrunder.⁷⁷ Dessa begränsningar regleras i 2 kap. 21 § RF och det görs gällande att begränsningar endast får göras efter vad som är godtagbart i ett demokratiskt samhälle och endast så långt som anses ändamålsenligt. I 2 kap. 19 § RF framgår att lag eller annan föreskrift inte får strida mot Europakonventionen.

Det finns även gränser för hur långt yttrandefriheten kan begränsas i ett avtalsförhållande, oskäliga avtalsvillkor kan bortses ifrån med stöd av 36 § Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område. I de fall en anställd vänder sig till media och bryter mot tystnadsplikten genom ett avtalsbrott, har arbetsgivaren ändå begränsade möjligheter att vidta åtgärder mot arbetstagaren. Denna begränsning beror inte på arbetstagarens yttrande och meddelarfrihet, utan på anställningsskyddet vilket betyder att arbetsgivaren under vissa omständigheter tvingas bortse från avtalsbrottet.

Det finns några yrkeskategorier i privatanställning som omfattas av en lagstadgad tystnadsplikt. För anställda inom vården som bedrivs i privat regi regleras tystnadsplikten i Patientsäkerhetslagen (2010:659). Den grupp som omfattas av denna tystnadsplikt är utöver vårdpersonal även vaktmästare, administrativ personal och styrelseledamöter i verksamheten ,6 kap. 16 § Patientsäkerhetslagen.⁷⁸ FHL som införlivats i svensk rätt med anledning av antagandet av EU-direktivet om skydd av företagshemligheter har också en inverkan på tystnadsplikten.⁷⁹ Det finns under vissa omständigheter möjlighet för den anställde att bryta mot den tystnadsplikt som följer av FHL, vilket innebär att skyddet av företagshemligheter får stå tillbaka för andra intressen.⁸⁰

⁷⁶ SOU 2017:45, s 140.

⁷⁷ Larsson, P (2015), s 181.

⁷⁸ SOU 2013:79, s 65-66.

⁷⁹ EUROPAPARLAMENTETS OCH RÅDETS DIREKTIV (EU) 2016/943 av den 8 juni 2016 om skydd mot att icke röjd know-how och företagsinformation (företagshemligheter) olagligen anskaffas, utnyttjas och röjs.

⁸⁰ Stöd för detta finns i Företagshemlighetsdirektivet artikel 5b vilken lyder ; ”För att avslöja fall av försummelse, oegentligheter eller olaglig verksamhet, förutsatt att svaren agerade till skydd för allmänintresset”.

Så kan fallet vara om missförhållanden med anknytning till en företagshemlighet anses vara av allmänintresse. Detta kan handla om att företaget i fråga bedriver brottslig verksamhet eller åsidosätter lagstiftning som är avsedd att skydda liv och hälsa. Lagen anger inte uttömmande i vilka situationer det är tillåtet att röja företagshemligheter, det vill säga när visselblåsning är tillåtet. Däremot framgår det under vilka förhållanden visselblåsaren kan rapportera till behörig myndighet.⁸¹ Tystnadsplikten kan också vara reglerad i anställningsavtalet eller i ett speciellt sekretessavtal. Olika former av konkurrensklausuler är vanligt förekommande i vissa branscher och dessa kan innehålla avvikelser rörande en tidigare anställds begränsningar att efter anställningens upphörande uttala sig i olika frågor knutna till den tidigare anställningen.⁸²

2.6 Kritikrätten

Kritikrätten har en nära koppling till yttrandefriheten och anses vara unik för just anställningsavtalet eftersom en sådan rättighet inte finns i andra avtalsförhållanden. Sedan AD grundades 1928 har domstolen skapat vägledande rättspraxis utifrån lag och kollektivavtal, men också utvecklat rättsprinciper. Dessa principer förekommer som allmänna rättsgrundsats, dolda klausuler eller utfyllnader. Förhållandet mellan yttrandefriheten och kritikrätten kan beskrivas som en allmän rättsgrundsats i förhållandet mellan den privatanställda och dennes arbetsgivare. Men det kan också beskrivas som en arbetsrättslig grundprincip vilken uttrycker ett demokratiskt arbetsliv där privatanställda kan påverka förhållandena på arbetsplatsen. Inom ramen för denna princip har den privatanställda rätt att kritisera sin arbetsgivare såväl internt som externt, utan att för den sakens skull ha immunitet. I stället får AD göra en helhetsbedömning avseende om den anställda har gått över gränsen i brukandet av kritikrätten. En sådan bedömning görs efter lojalitetspliktens innebörd inom ramen för anställningsförhållandet.⁸³

Kritikrätten fick sitt genombrott i början av 1980-talet då den fastställdes som ett arbetsrättsligt begrep i praxis från AD.⁸⁴ I doktrinen har grunden till kritikrätten förklarats på följande sätt: ”De normativa mönstren i dagens samhälle (mindre auktoritära och formella relationer) och omgivningens och samhällets krav på företagen har kanske medfört att, den medborgerliga yttrandefriheten, mindre är ett utslag av konventionsrättigheter än just en princip som gäller i arbetslivet vid sidan av andra arbetsrättsliga principer”.⁸⁵ Till grund för kritikrätten finns alltså yttrandefriheten, som utgör en fundamental del av samhällssystemet.⁸⁶ Kritikrätten beskrivs som en naturlig följd av den grundprincip som yttrandefriheten utgör i samhället och i arbetslivet eftersom kritiken är en viktig förutsättning för att förbättra brister på arbetsplatsen.⁸⁷

En anställd har rätt att kritisera sin arbetsgivare i tal och skrift gentemot allmänheten. Men denna rätt begränsas av eventuella sekretessbestämmelser, företagshemligheter men också av den allmänna lojalitetsplikten.

⁸¹ Prop. 2017/18:200, s 46.

⁸² Fahlbeck, Reinhold (1992), s 98.

⁸³ Fransson, S (2013), s 84.

⁸⁴ I AD 1982 nr 110 gjorde AD gällande att arbetstagare och fackliga organisationer har en vidsträckt rätt att kritisera och ifrågasätta arbetsgivaren och dennes verksamhet.

⁸⁵ Viklund, L (2010), s 654.

⁸⁶ Larsson, P (2015), s 194.

⁸⁷ AD 1982 nr 110. Se även Larsson, P (2015), s 194.

Kritikrätten är dock ömsesidig vilket betyder att även arbetsgivaren har rätt att kritisera och ifrågasätta arbetstagaren. Även för arbetsgivaren är kritikrätten begränsad, och offentlig kritik av en enskild arbetstagare är i regel inte tillåtet.

En privat arbetsgivare har till skillnad från en arbetsgivare i den offentliga sektorn större möjligheter att begränsa den anställdes rätt att uttrycka sitt missnöje mot organisationen. Det beror på att den implicita tystnadsplikten begränsar den privatanställdes möjligheter att utnyttja sin yttrandefrihet och meddelarfrihet i förhållande till arbetsgivaren.⁸⁸

Kritiken kan också framföras i form av en anmälan till en myndighet, vilket ofta är fallet med visseblåsning. Praxis från AD gör gällande att arbetstagarens förpliktelser gentemot arbetsgivaren inte kan utgöra hinder för att göra en anmälan om missförhållanden till en myndighet.⁸⁹ Däremot kan anmälan under vissa förhållanden ske på ett sätt som gör att arbetstagaren åsidosätter sina förpliktelser. Bakgrunden till anmälan är viktig, om anmälan rör förhållanden i arbetsmiljön som drabbar arbetstagaren eller övriga arbetstagare bör den rapporterade arbetstagaren ha ett större utrymme för detta.⁹⁰

2.7 De rättsliga följderna av Kritikrätten

Arbetsdomstolen har i ett antal mål avgjort vilka sanktioner som är godtagbara från arbetsgivarens sida då den anställda brutit mot lojalitetsplikten. Denna praxis har resulterat i en form av vägledning kring hur visseblåsaren ska agera för att inte riskera att bryta mot anställningsavtalet. Oavsett om det har handlat om intern eller extern kritik mot arbetsgivaren har AD hänvisat till ”den allmänna yttrandefriheten eller ”den medborgerliga meddelarfriheten”.⁹¹

Kritiken ska vara välgrundad och ska alltid framföras internt alternativt via en facklig organisation. Denna kritik ska sedan följas upp och återkoppling ska ske.⁹² Om arbetsgivaren därefter inte tar kritiken till sig och åtgärdar missförhållandet, står det arbetstagaren fritt att vända sig till media. Även i den externa rapporteringen har AD bedömt att det i varje fall måste avgöras hur nära kontakt visseblåsaren har haft med media och om syftet varit att skada arbetsgivaren. Gränsdragningen mellan visseblåsarens personliga åsikter och vad som utgör regelrätt kritik är också en bedömningsfråga som måste göras i dessa fall.⁹³ Den anställdes ställning är ytterligare en variabel som måste inkluderas i bedömningen, och denna är i synnerhet viktig om den anställda haft en förtroendeställning. Normalt sett ställer en högre befattning också högre krav på lojaliteten i anställningsförhållandet.⁹⁴ Det är också viktigt att beakta hur den anställda har agerat då arbetsgivaren återkopplar och bemöter kritiken. Har den anställda gjort vad som anses som rimligt för att tillmötesgå eventuella lösningar på problemen som arbetsgivaren framför? Om den anställda genom att utnyttja sin kritikrätt har kränkt lojalitetsplikten är alltså en bedömningsfråga med flertalet variabler att ta hänsyn till. Det är framför allt en mycket svår bedömning för arbetstagaren att göra eftersom denne oftast inte har någon insikt hur de olika kriterierna ska uppfyllas.

⁸⁸ Munukka, J (2007), s 214.

⁸⁹ AD 2003:51.

⁹⁰ Munukka, J (2007), s 215-216.

⁹¹ I AD 1982:110 sägs att alla har yttrandefrihet i förhållande till arbetsgivaren, annars skulle arbetslivet ses som odemokratiskt. Det är dessutom nödvändigt för att belysa olika problem i organisationen och åtgärda dessa med ändamålet att skapa en effektivare organisation I AD 1994:79 görs gällande att kritik först ska framföras internt och i andra hand externt, beroende på om det finns ett allmänintresse.

⁹² Se t. ex. AD 1994:79.

⁹³ AD 1997:57.

⁹⁴ AD 2003:21.

3. Grundläggande mänskliga rättigheter

3.1 Europakonventionen i EU-rätten

Sedan 1995 är *Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna (EKMR)*, inkorporerad i svensk rätt, vilket betyder att lagar och föreskrifter som antas inte får strida mot EKMR.⁹⁵ Denna inkorporering har inneburit en internationalisering av svensk rätt eftersom europeiska normer fått ett större inflyttande i det svenska domstolsväsendet då de många gånger får företräde framför svensk rätt. Att EKMR är inkorporerad i svensk rätt, betyder att lagar och föreskrifter som antas inte får strida mot EKMR.⁹⁶

Det är mycket viktigt att vara införstådd med skillnaden mellan å ena sidan Europarådet, EKMR och Europadomstolen och på andra sidan EU och dess toppmöten som benämns Europeiska rådet, fördragen och EU-domstolen. Det finns ingen egentlig koppling mellan Europarådet och EU, däremot är samtliga EU-medlemsländer också medlemmar i Europarådet.⁹⁷

EKMR är idag det kanske viktigaste instrumentet för att skydda de grundläggande mänskliga rättigheterna. Förhållandet mellan EU och EKMR har inte alltid varit helt okomplicerat. Detta beror på att EU från början var en internationell organisation som verkade för ett utökat ekonomiskt handlingsutrymme och intresset för grundläggande rättigheter var inte en del av uppdraget.⁹⁸ Under lång tid låg de grundläggande rättigheterna under EU-domstolens ansvar, och genom praxis skapades olika rättsliga principer rörande rättigheterna. En lista över dessa rättigheter vara av flera skäl dock att föredra och två möjliga alternativ fans då. Det ena alternativet var att ansluta sig till EKMR och det andra alternativet var att EU antog en rättighetsstadga. Valet föll på det sistnämnda alternativet och år 2000 antogs stadgan, men då endast som en politisk deklaration och den utgjorde därför endast en form av avsiktsförklaring. I Lissabonfördraget 2009 fick stadgan direkt verkan och har i enlighet med artikel 6.1 i fördraget blivit en bindande rättskälla och även en del av EU:s primärrätt. I Lissabonfördraget 6.2 framgår att EU ska ansluta sig till EKMR vilket inte har gjorts än. Däremot är samtliga medlemsländer anslutna till EKMR.⁹⁹

3.2 Artikel 10 i Europakonventionen

I Åke Green-målet (NJA 2005 s 805) hade en pingstpastor uttalat sig nedlåtande om homosexuella och bland gjort liknelser mellan homosexuella och en cancersvulst. I detta fall gjorde HD en tolkning av hur Europadomstolen kunde tänkas resonera rörande artikel 9 vilken reglerar religionsfrihetens i EKMR. Detta resulterade i en bedömning att religionsfriheten i att EKMR fick företräde för den svenska lagstiftningen hets mot folkgrupp.¹⁰⁰

I Åke Green-målet fick också artikel 10 i EKMR en viktig roll. Artikel 10 har rubriken *Yttrandefrihet*, och yttrandefriheten innefattar åsiktsfrihet och att ta emot och sprida uppgifter utan myndigheters inblandning.

⁹⁵ 2 kap. 19§ RF. Se även Nilsson, Mattias. Lundberg, Jenny (2010), s 108.

⁹⁶ Nilsson, M, et.al. (2010), s 109.

⁹⁷ Nilsson, M, et.al. (2010), s 106.

⁹⁸ Andersson, Helene (2018), s 79

⁹⁹ Andersson, H (2018), s 85-86.

¹⁰⁰ Nilsson, M, et.al. (2010), s 110.

Rörande artikel 9 och 10 uttalade sig HD på följande sätt :

”Yttrandefriheten enligt artikel 10 innefattar frihet att ta emot och sprida uppgifter och tankar utan offentlig myndighets inblandning. Båda friheterna får underkastas sådana inskränkningar som är föreskrivna i lag och som är nödvändiga i ett demokratiskt samhälle med hänsyn till den allmänna säkerheten, till skydd för hälsa eller moral eller till skydd för andra personers rättigheter. I övrigt kan noteras att religionsfriheten också får inskränkas till skydd för allmän ordning och yttrandefriheten till förebyggande av oordning eller brott och till skydd för annans goda namn och rykte”.

Europadomstolens praxis rörande arbetstagare som slår larm kopplas nästan uteslutande till hur artikel 10 i EKMR är tänkt att tillämpas.¹⁰¹ Eftersom dessa rättigheter medför ett visst ansvar, är individen också skyldig att följa de begränsningar som medlemsstaten reglerar i respektive lagstiftning. Dessa begränsningar får göras i syfte att upprätthålla ett demokratiskt samhälle och för att förebygga brott. Begränsningarna ska göras i linje med en proportionalitetsbedömning och det finns utrymme för en så kallad margin of appreciation. Vad detta innebär är bedömningen om begränsningarna kan rättfärdigas i linje med tidigare rättsfall i vilka nödvändigheten av att inskränkningar mot yttrandefriheten gjorts. För att en begränsning ska vara godtagbar ska det finnas ett *trängande socialt behov* (pressing social need).¹⁰² Ett sådant test görs steg för steg med frågan om yttrandefriheten har begränsats som utgångspunkt, och om den har det finns det i så fall stöd i lag. Om begränsningen har stöd i lag ska det finnas ett legitimt ändamål och om detta finns måste en proportionalitetsbedömning göras. Begränsningen är tillåten om begränsningen är proportionerlig och skälen till begränsningen är relevanta och tillräckliga.¹⁰³

Det första renodlade visseblåsarfallet som togs upp Europadomstolen var Guja-målet. I detta fall hade en åklagare i Moldavien blivit avskedad sedan han lämnat ut två brev till en tidning rörande politiker som försökte utöva påtryckningar mot Åklagarmyndigheten. Fallet fick stor uppmärksamhet och det resulterade i en vägledande praxis rörande hur artikel 10 ska tolkas rörande begränsningar i yttrandefriheten i förhållandet mellan anställd och arbetsgivare.¹⁰⁴

I denna dom fastställdes 5 principer för att pröva om begränsningen av visseblåsarens yttrandefrihet är proportionerlig.

För det första ska arbetstagaren alltid vända sig till arbetsgivaren i första hand och i andra hand till allmänheten. På så sätt upprätthålls diskretions- och lojalitetsplikten och arbetsgivaren får möjligheten att åtgärda det aktuella missförhållandet.

För det andra måste det finnas ett allmänintresse i det som rapporteras. I Guja-målet menar domstolen att allmänintresset mycket väl kan vara så stort att lojalitetsplikten kan åsidosättas. Det finns dock några omständigheter som är av allmänintresse till exempel om det som rapporteras handlar om allvarliga lagbrott, fara för enskildas liv eller allvarliga missförhållanden inom vården. I fallet Heinsch som handlade om vanvård av äldre, uttalade sig Europadomstolen att det på grund av en växande äldre befolkningsgrupp i Tyskland var av allmänt intresse.¹⁰⁵ Även fackliga angelägenheter är att betrakta som allmänintresse.¹⁰⁶

¹⁰¹ Larsson, P (2015), s 51.

¹⁰² Se Stoll v. Switzerland [GC] (§ 101). Se även European Court of Human Rights (2020), s 22.

¹⁰³ Larsson, P (2015), s 55.

¹⁰⁴ Guja mot Moldavien (2008-02-212) (GC) (74-78).

¹⁰⁵ Heinsch mot Tyskland (2011-07-21) §71.

¹⁰⁶ Se tex Fuentes Bobo mot Spanien (2000-02-29) och Marchenko mot Ukraina (2009-02-19).

Det finns också olika yttre omständigheter som kan påverka relevansen i det som rapporteras, om det till exempel är kopplat till en pågående samhällsdebatt bör det falla inom ramen för allmänt intresse.

Det tredje kriteriet handlar om uppgifternas riktighet. Det rör sig i första hand om en bedömningsfråga om visseblåsaren vid rapporteringstillfället vet att uppgifterna är riktiga eller ej. Domstolen har relativt stort överseende med att visseblåsaren kan missta sig rörande uppgifternas riktighet, men det finns dock ett krav på att det inte får röra sig om helt grundlösa anklagelser. Medlemsstaterna har i detta avseende fått göra en förhållandevis fri bedömning rörande om visseblåsaren var i god tro eller ej vid rapporteringstillfället.¹⁰⁷

För det fjärde måste en bedömning av den eventuella skadan som drabbat arbetsgivaren göras. Även här handlar det om en bedömningsfråga i vilken skadan vägs mot vikten av att informationen kommer allmänheten till handa.¹⁰⁸

Den femte principen handlar om motivet till rapporteringen, och om arbetstagaren var i god tro rörande riktigheten i de uppgifter som rapporteras. Inom ramen för god tro finns även krav på att arbetstagaren ska upplevt att det finns ett stort allmänintresse i rapporteringen och att det inte finns mer diskreta metoder för att reda ut situationen.

3.3 ILO

ILO är sedan 1946 ett av FN:s fackliga organ, och Sveriges förhållande till denna organisation skiljer sig väsentligt från sammanslutningen till EU. ILO strävar i sina direktiv efter att skapa en slags harmonisering i konkurrensutjämnande syfte för arbetstagare på det internationella planet.¹⁰⁹ ILO:s direktiv tillhör vad som benämns som soft law vilket betyder att direktiven inte är direkt bindande. Soft law benämns som mjuk normbildning eftersom den tillkommit och tillämpas utanför statssystemet och därmed inte direkt påverkar det nationella rättssystemet i fråga straff, skadestånd, förbud och så vidare.¹¹⁰

ILO antog 1982 konvention 158 om uppsägning av anställningsavtal på arbetsgivarens initiativ, och året därpå anslöt sig Sverige till konventionen. Det är arbetsgivaren som ska ange giltigt skäl för uppsägning av anställningsavtal. Artikel 5 i konventionen utgörs av en lista över de skäl, som inte anses godtagbara att grunda en uppsägning på. Arbetsgivaren får inte som skäl för uppsägning inte ange att en anställd framför klagomål mot arbetsgivaren rörande lagbrott, eller meddelar myndigheter om detta (artikel 5c). Genom 7§ LAS är artikel 5 införlivad i svensk rätt.¹¹¹ Detta skäl resonerar utredarna kring och definierar det som en repressalie.¹¹²

¹⁰⁷ European Court of Human Rights *Guide on Article 10 of the European Convention on Human Rights*. European Court of Human Rights *Guide on Article 10 of the European Convention on Human Rights*, s 68.

¹⁰⁸ 2018/0106 (COD). S 2, utredarna hänvisar till Europarådets rekommendation CM/Rec(2014)7 om skydd för visseblåsare; Europarådets parlamentariska församlings resolution 2171(2017) av den 27 juni 2017.

¹⁰⁹ Glavå, M (2014), s 150-151.

¹¹⁰ Bernitz, Ulf. Heuman, Lars et all, s 164.

¹¹¹ Prop 1982/83:124, s 5.

¹¹² SOU 2020:38, s 84.

4. Visselblåsardirektivet

4.1 Bakgrunden till Visselblåsardirektivet

Under de senaste 20 åren har det i olika sammanhang förts diskussioner kring ett gemensamt minimi-skydd för visselblåsare inom EU.¹¹³ Storbritannien införde 1998 som första medlemsland ett rättsligt skydd för visselblåsare i Public Interest Disclosure Act vilken reglerar intern och extern rapportering.¹¹⁴ År 2010 antogs en resolution av Europarådets parlamentariska församling (PACE) rörande visselblåsare.¹¹⁵ 2013 antogs ytterligare en resolution om nationell säkerhet och tillgång till information, i vilken medlemsländerna uppmanades att se över skyddet för visselblåsare. Europarådets rekommendation om skydd för visselblåsare CM/Rec(2014)7 från 2014 har sitt ursprung i dessa två resolutioner. Det övergripande syftet med rekommendationerna är att utifrån rättsliga principer skapa ett vägledande dokument för medlemsländerna om hur de ska utforma ett ramverk som ska verka som ett skydd för visselblåsare. Rekommendationerna bygger på 29 huvudsakliga riktlinjer (principles) som är avsedda för implementering av nationella ramverk inom medlemsländerna.¹¹⁶ Ett sådant ramverk ska förespråka en strävan efter en öppenhet och en arbetsmiljö där de anställda kan känna sig säkra i att rapportera rörande olika missförhållanden. För att detta ska vara möjligt måste rapporteringskanaler inrättas. Ett rapporteringssystem bör omfattas av tre funktioner. Rapportering ska kunna göras internt till en avdelning eller person med uppdrag att hantera olika typer av rapporteringsärenden. Den andra funktionen ska fungera som länk till relevant myndighet och den tredje funktionen ska möjliggöra rapportering till medier.¹¹⁷ Denna instruktion av hur rapporteringskanalerna ska förhålla sig till varandra, är föregångaren till hur de regleras i Visselblåsardirektivet. Även definitionen i rekommendationerna har inkorporerats i Visselblåsardirektivet.

I *Europarådets rekommendation om skydd för visselblåsare* definieras en visselblåsare som: *“whistleblower” means any person who reports or discloses information on a threat or harm to the public interest in the context of their work-based relationship, whether it be in the public or private sector.*¹¹⁸

Med anledning av internationella avslöjanden rörande missförhållanden inom olika organisationer som kommit till allmänhetens kännedom under de senaste 10 åren har frågan kring ett lagstadgat skydd för visselblåsare blivit alltmer aktuell. I Lux-leaks skandalen i Luxemburg 2014 avslöjade visselblåsare ett omfattande skattebrott i vilket över 340 företag runt om i världen var inblandade i. Efter detta avslöjande ökade kravet på den dåvarande ordföranden i Europakommissionen Jean-Claude Juncker att vidta nödvändiga åtgärder för att skapa en lagstiftning med syftet att skydda visselblåsare.¹¹⁹ EU-kommissionen genomförde ett omfattande offentligt samråd under 2017 och året därpå 2018 föreslogs Visselblåsardirektivet.¹²⁰

¹¹³ Bowden, Caspar (2013), s 30.

¹¹⁴ Hassink, Harold. de Vries, Meinderd. Bollen, Laury (2007), s 27.

¹¹⁵ Resolution 1729(2010) of the parliament assembly of the council of Europe on protection of whistleblowers och Recommendation 1916(2010) of the parliament assembly of the council of Europe on protection of whistleblowers.

¹¹⁶ Recommendation CM/Rec(2014)7, Principle 1, s 21.

¹¹⁷ Recommendation CM/Rec(2014)7, s 8.

¹¹⁸ Council of Europe recommendation CM/Rec(2014)7 on the protection of whistleblowers.

¹¹⁹ Abazi, Vigjilence,(2020), s 640-641.

¹²⁰ European Commission (2017) *Summary results of the public consultation on whistleblower protection*, s 2-3.

I mer än ett decennium har Europaparlamentet upprepade gånger betonat vikten av ett förstärkt skydd för visselblåsare i form av ett EU-direktiv.¹²¹ Fram till 2019 då Visselblåsardirektivet antogs, hade vare sig Europakommissionen eller Europarådet låtit sig övertygas om att ett sådant direktiv var nödvändigt. Kommissionen ansåg att det saknades grund för en sådan lagstiftning och hänvisade till att visselblåsare erhöll skydd i internationella regleringar. Något intresse att lyfta fram ämnet i en politisk debatt i Europarådet fanns inte heller.

4.2 Visselblåsardirektivets struktur

Ett EU-rättsligt direktiv skiljer sig från förordningar på det sättet att de inte är direkt tillämpliga. I stället är tanken med direktivformen att medlemsländerna inom en viss tidsram ska kunna införliva direktivet i landets lagstiftning på ett sätt som passar bäst för dess struktur. Harmoniseringsnivån, det vill säga rättslikheten eller rättsenheten varierar mellan olika områden men det är inte heller det som är det huvudsakliga syftet med ett EU-direktiv. I stället är direktivet utformat på ett sätt som ska påverka de nationella reglernas bristande anpassning till de internationella ekonomiska utbyten som inom ramen för den inre marknaden.¹²² EU har exklusiva befogenheter inom följande områden, tullunionen, konkurrenspolitiken, den monetära politiken och handelspolitiken samt även för bevarandet av havets biologiska resurser. Detta begränsar de nationella lagstiftarnas beslutsutrymme eftersom de speciella befogenheter som EU har går före eventuella nationella konkurrerande befogenheter. Denna spärrverkan benämns på engelska *preemption*. Spärrverkans omfattning avgörs från fall till fall. I fallet med Visselblåsardirektivet rör det sig om ett krav på minimiharmonisering, vilket innebär att medlemslandet får besluta om mer långtgående regleringar så länge de är förenliga med övrig EU-rättslig lagstiftning.¹²³ Implementering av ett direktiv görs i regel i linje med tre EU-rättsliga principer som över tid utvecklats i praxis. De tre principerna förhåller sig till varandra på följande sätt: Principen om tilldelad befogenhet styr *när EU får handla*, Subsidiaritetsprincipen styr *när EU bör handla* och Proportionalitetsprincipen styr *hur EU ska handla*.¹²⁴

En förutsättning för att unionsrätten ska kunna efterlevas är att visselblåsaren erhåller ett tillräckligt skydd. Ett sådant skydd är endast möjligt att skapa om medlemsländernas regleringar är samspelade i denna fråga. Om unionsrätten inte efterlevs får detta negativa effekter på den inre marknaden och på områden som till exempel miljöskydd, transportsäkerhet och folkhälsa. Denna inre marknad speglar många gånger samtidigt inom EU och eftersom den omfattar flertalet känsliga punkter som kopplar samman medlemsländerna har den ett förhållandevis högt skyddsvärde. Den inre marknaden är i slutändan tänkt att skapa en form av social välfärd för EU:s medborgare och den utgör således ett samspel mellan juridik, politik och ekonomi.¹²⁵ Visselblåsare har många gånger tillgång till information och kunskaper som kan fungera som bevis i detta arbete.¹²⁶

¹²¹ Study for European Parliament, C. Bowden, 'The US Surveillance Programmes and their Impact on EU Citizens' Fundamental Rights', Note, PE 474.405, September 2013.

¹²² SOU 2009:71, s 156. Hettne, J (2016), s 178-179.

¹²³ Hettne, J (2016), s 80.

¹²⁴ Hettne, J (2016), s 81.

¹²⁵ Lundqvist, Björn (2018), s 15-16.

¹²⁶ Recommendation CM/Rec(2014)7, s 16-17.

4.3 Visselblåsardirektivets tillämpningsområde

I förslaget till direktivet betonas de positiva effekterna på de grundläggande rättigheterna om skyddet för visselblåsare förstärks. Genom en ökad rapportering förväntas kränkningar av de grundläggande rättigheterna på ett effektivt sätt avväjas.¹²⁷ Det huvudsakliga syftet med direktivet är att stärka kontrollen av efterlevnaden av unionsrätten.¹²⁸

Den ökade tryggheten vid rapportering om missförhållanden ska fungera som ett incitament för såväl offentligt som privat anställda att rapportera om missförhållanden. I artikel 2 som har rubriken *materiellt tillämpningsområde* redovisas de överträdelser inom vilka en rapporterende person ska erhålla skydd.

- Offentlig upphandling.
- Finansiella tjänster, produkter och marknader och förhindrande av penningtvätt och finansiering av terrorism.
- Produktsäkerhet och produktöverensstämmelse.
- Transportsäkerhet.
- Miljöskydd.
- Strålskydd och kärnsäkerhet.
- Livsmedels- och fodersäkerhet, djurs hälsa och välbefinnande.
- Folkhälsa.
- Konsumentskydd.
- Skydd av privatlivet och personuppgifter samt säkerhet i nätverks- och informationssystem.

Det är alltså inte fråga om ett förstärkt skydd för arbetstagarens yttrandefrihet, utan endast ett skydd som träder i kraft då arbetstagaren har tillgång till information eller kunskap vilken i slutändan genom rapportering skydda unionsrätten. En förklaring till detta är att ändamålet med direktivet är att i enlighet med vad som regleras i artikel 114 *Fördraget om europeiska unionens funktionssätt* skydda den inre marknaden.¹²⁹

4.4 Allmänintresset

Allmänintresset är ett begrepp som förekommer i såväl förslaget till direktivet som i Visselblåsardirektivet. Detta intresse sägs vara av stort skyddsvärde och det kan endast tillvaratas om visselblåsaren skyddas på ett effektivt sätt.¹³⁰ Allmänintresset är ett centralt begrepp i detta direktiv, och begreppets omfattning kan utläsas i olika delar av Visselblåsardirektivet. Inom vissa politikområden kan överträdelser av unionsrätten skada allmänintresset genom att de skapar betydande risker för samhällets välfärd. I en sådan situation kan visselblåsarens rapportering skydda allmänintresset eftersom visselblåsaren oftast befinner sig i en privilegierad situation när det gäller att bidra till rapportering inom det

¹²⁷ 2018/0106 (COD), s 10-11.

¹²⁸ Visselblåsardirektivet. Punkt 1.

¹²⁹ Se Abazi, Vigjilenca, (2020), s 646.

¹³⁰ Visselblåsardirektivet, skäl 1.

politiska området.¹³¹ Även regelverk kring miljöregleringar eller produkter som kan skada miljön kopplas till allmänintresset.¹³²

Artikel 15 ställer upp de krav som måste vara uppfyllda för att den som står i begrepp att offentliggöra uppgifter ska omfattas av skyddet. Personen i fråga ska ha rimliga skäl att tro att det råder en överhängande eller uppenbar fara för allmänintresset, tillexempel vid en nödsituation eller viss risk för oåterkallelig fara.¹³³

Begreppet allmänintresse är förhållandevis vanligt förekommande även i andra EU-direktiv. I en hänvisning till det direktiv, som behandlar regleringen av personuppgifter, ges också en fingervisning att allmänintresse är kopplat till viktiga ekonomiska och finansiella intressen som penning-, budget- eller skattefrågor samt folkhälsa och social trygghet¹³⁴.

4.5 Personkretsen - rapporterade person

En rapporterad person är en fysisk person som arbetar i den offentliga eller privata sektorn och som rapporterar eller offentliggör information om överträdelser som förvärvats i ett arbetsrelaterat sammanhang. En rapporterad person kan vara anställd, egen företagare, aktieägare och personer som tillhör ett företags förvaltnings-, lednings- eller tillsynsorgan, inbegripet icke-verkställande styrelseledamöter, samt volontärer och avlönade och oavlönade praktikanter. Också personer som arbetar under överinseende och ledning av entreprenörer, underentreprenörer och leverantörer kan vara rapporterade personer. Även personer som arbetar under överinseende och ledning av entreprenörer, underentreprenörer och leverantörer kan vara en rapporterad person.¹³⁵

Personer som rapporterar rörande förhållanden hos en arbetsgivare som visselblåsaren tidigare varit anställd hos räknas också in i definitionen av en rapporterad person.¹³⁶ En arbetssökande som ännu inte är anställd kan också räknas som en rapporterad person.¹³⁷

Det råder inget tvivel om att en rapporterad person som de beskrivs ovan är synonymt med visselblåsare. Men det finns ytterligare en grupp och den utgörs av de som inte själva utför själva handlingen. Till denna grupp hör främjande personer, personer som har koppling till visselblåsaren däribland kollegor och släktingar.¹³⁸ En mer svårtolkad kategori inom denna grupp är den som beskrivs i Visselblåsardirektivet 4 kapitel punkt 4c: ”Enheter som den rapporterade personen äger, arbetar för eller på annat sätt har anknytning till i ett arbetsrelaterat sammanhang”.

4.6 God tro rekvisitet rimliga skäl

Den rapporterade personen måste ha rimliga skäl att tro att innehållet i det som rapporteras är sant för att omfattas av pressalieskyddet.¹³⁹ Den rapporterade personen måste alltså vid rapporteringstillfället vara i god tro om att innehållet i det som rapporteras är sanningsenligt.

¹³¹ Visselblåsardirektivet, skäl 3.

¹³² Visselblåsardirektivet, skäl 10.

¹³³ Visselblåsardirektivet, artikel 15 1.b punkt 2.

¹³⁴ I Visselblåsardirektivets rekommendation 84 görs en hänvisning till artikel 23 1e EUROPAPARLAMENTETS OCH RÅDETS FÖRORDNING (EU) 2016/679 av den 27 april 2016 om skydd för fysiska personer med avseende på behandling av personuppgifter och om det fria flödet av sådana uppgifter och om upphävande av direktiv 95/46/EG (allmän dataskyddsförordning).

¹³⁵ Visselblåsardirektivet, Artikel 4.

¹³⁶ Visselblåsardirektivet, Artikel 4 punkt 2.

¹³⁷ Visselblåsardirektivet, Artikel 4 punkt 3.

¹³⁸ Visselblåsardirektivet, Artikel 4 punkt 4.

¹³⁹ Visselblåsardirektivet, Artikel 6 punkt 1 a-b.

I Visselblåsardirektivet uttrycks detta som att den rapporterade vid rapporteringstillfället hade *rimliga skäl* att tro att uppgifterna som rapporterades var riktiga. Kravet på god tro är utgör ett skydd mot illvilliga eller ogrundade rapporter vilka har till syfte att skada arbetsgivaren. Samtidigt måste hänsyn tas till att den rapporterade personen kan ha misstagit sig om rapporteringens riktighet men likväl är i behov av skydd.¹⁴⁰ Att använda begreppet rimliga skäl torde således innebära att man får ställa det i relation till att den rapporterade personen kanske inte var medveten om hela situationen vid rapporteringstillfället och således inte hade hela bilden klart för sig. En vis vägledning finns i rekommendationerna i vilken hänvisningar görs till en undersökning rörande rapporterade personers förmåga att bedöma sanningshalten i det som rapporteras. Rapporterade personer agerar inte endast då något har hänt, utan också om olika tillbud som är på väg att inträffa. Även om personen i fråga har goda grunder att rapportera känner de sällan till alla bakomliggande faktorer och kan således inte hållas ansvariga för att ha rapporterat på falska grunder.¹⁴¹

4.7 Ansvarsfrihet

En del av repressalieskyddet är ansvarsfriheten och denna finns i artikel 21, som har rubriken *Åtgärder och skydd mot repressalier*. För att kunna efterleva repressalieförbudet måste ett antal åtgärder vidtas vilka inkluderar ansvarsfrihet för visselblåsaren. Om en person rapporterar rörande brott mot något av de områden som faller inom det materiella tillämpningsområdet, och den rapporterade personen har rimliga skäl att tro att offentliggörande av ett sådant brott är nödvändigt, bär inte visselblåsaren något ansvar rörande eventuella restriktioner om offentliggörande av information.¹⁴²

I skäl 92 i Visselblåsardirektivet används begreppet ansvarsimmunitet på följande sätt:

”I fall där de rapporterade personerna lagenligt förvärvar eller får tillgång till den information om överträdelse som rapporterats eller de dokument som innehåller informationen bör de åtnjuta ansvarsimmunitet”.

”De rapporterade personerna bör också åtnjuta ansvarsimmunitet i fall där förvärvandet av eller tillgången till den berörda informationen eller dokumenten aktualiserar frågan om civilrättsligt ansvar, förvaltningsrättsligt ansvar eller arbetsrättsligt ansvar”.

Någon närmare förklaring till hur ansvarsfriheten ska tolkas i direktivet finns inte i förarbetet.

4.8 Trestegsmodellen

En förutsättning för att kunna utlova anonymitet och säkerhet för visselblåsare är att inrätta ett system som består av tillförlitliga rutiner och tydliga instruktioner för hur den anställda ska gå till väga. Regleringen av rapporteringskanalerna i Visselblåsardirektivet följer trestegsmodellen vilken består av intern, extern och offentlig kanal. Den interna kanalen verkar inom organisationen, den externa kanalen förbinder organisationen med behörig myndighet och den offentliga kanalen riktar sig direkt till media. Tanken är att den anställda först ska rapportera internt till behörig person eller avdelning. Om en anställd, som rapporterar inte får någon återkoppling är tanken att han eller hon i stället kan rapportera externt till behörig myndighet. Om inte heller myndigheten reagerar kan den anställda vända sig till media. Modellen bygger inte på att arbetsgivaren ska hållas ansvarig inför hela

¹⁴⁰ Visselblåsardirektivet, skäl (32).

¹⁴¹ CM/Rec(2014)7, Principle 22.

¹⁴² Visselblåsardirektivet, artikel 21 punkt 2.

samhället, utan snarare att denne förväntas ta det som rapporteras på allvar och vidta nödvändiga åtgärder.¹⁴³ För att modellen ska fungera i en juridisk kontext i vilken den huvudsakligen ska ge visselblåsaren ett skydd, måste ett antal kriterier vara uppfyllda. Det mest uppenbara är att samtliga tre kanaler måste finnas tillgängliga. Om till exempel den offentliga kanalen saknas skulle visselblåsaren inte erhålla något skydd gentemot samhället. Den externa kanalen måste vara frikopplad från den interna. Den externa kanalen är från den privata aktören kopplad till behörig myndighet vilken innehar ett politiskt fattat mandat att reglera kanalen i fråga. Systemet måste också vara tillgängligt för samtliga anställda, och samma procedurer gäller oavsett befattning.¹⁴⁴

4.8.1 De interna rapporteringskanalerna

Medlemsstaten ska enligt Visselblåsardirektivet försäkra att rättsliga enheter inom såväl privat som offentlig sektor inrättar interna rapporteringskanaler och förfaranden för rapportering av intern information.¹⁴⁵ En rättslig enhet är en översättning av engelskans *legal entity*. Någon närmare förklaring till vad som utgör en rättslig enhet görs inte i Visselblåsardirektivet. Begreppet förekommer i samband med regleringar som berör den interna rapporteringskanalerna, och eftersom ingen exakt definition görs bör det rimligen vara öppet för en bredd tolkning för att det ska passa respektive medlemslands lagstiftning. Det går dock att utläsa i skäl 48 och 52 i Visselblåsardirektivet att de som omfattas av kravet på interna rapporteringskanaler åtminstone ska inkludera företag som uppstår mervärdesskatt samt alla upphandlande enheter.

Två avgörande faktorer ska enligt direktivet beaktas. Skyldigheten för en arbetsgivare i den privata sektorn att inrätta en intern rapporteringskanal ska stå i proportion till verksamhetens storlek och den eventuella risk som verksamheten kan utgöra som är av allmänintresse.¹⁴⁶ Arbetsplatser med 50 eller fler anställda måste organisera interna rapporteringskanaler, men uppmaningen om de två ovannämnda faktorerna kan utgöra avsteg i vilket kravet även kan gälla arbetsgivare med färre än 50 anställda.¹⁴⁷ Det finns dock som en del av huvudregeln möjlighet för arbetsgivare med mellan 50 och 249 anställda att dela resurser för mottagande av rapportering och utredningar.¹⁴⁸ Enligt förslaget till direktivet var tanken att så kallade mikroföretag och småföretag skulle undantas, och att arbetstagare på denna typ av arbetsplats ska rapportera direkt externt till behörig myndighet.¹⁴⁹

I förslaget till direktivet gjordes en uppskattning av kostnaderna för de interna rapporteringskanalerna till ett engångsbelopp om 1374 euro och en årlig driftskostnad på 1054,60 euro. Det handlar om en ökande trend, bland annat därför att det finns ett eget intresse för flera av dessa arbetsgivare att identifiera dolda fel och brister i den egna organisationen. Men det handlar också om företag som har verksamheter i till exempel USA eller England där det redan finns krav på olika typer av visselblåsarsystem.

¹⁴³ Vandekerckhove, Wim (2010), s 15-16.

¹⁴⁴ Vandekerckhove, W (2010), s 17-18.

¹⁴⁵ Visselblåsardirektivet. Kapitel 2 artikel 8 punkt 1.

¹⁴⁶ Visselblåsardirektivet. Skäl 48.

¹⁴⁷ Visselblåsardirektivet. Kapitel 2 artikel 8 punkt 3.

¹⁴⁸ Visselblåsardirektivet. Kapitel 2 artikel 8 punkt 6.

¹⁴⁹ 2018/0106 (COD), s 10. Undantaget gäller dock inte företag vars verksamhet huvudsakligen omfattas av finansiell verksamhet.

Även reglerna kring förfarande och uppföljning kring rapporteringen är något som är nytt. Rapporteringskanalerna måste vara konstruerade på ett sätt som säkerställer såväl den rapporterade som eventuell tredje parts omnämnande i rapporten.¹⁵⁰ Den kanske viktigaste delen i denna del är vem som ska vara behörig att hantera den information som visselblåsaren rapporterar. Det ska vara en opartisk person eller oberoende avdelning som tar emot, bearbetar och återkopplar i ärendet.¹⁵¹ Arbetsgivaren kan följaktligen välja att ge en person eller avdelning behörighet att sköta hela processen från början till slut. De riktlinjer som arbetsgivaren måste ta hänsyn till är att den behörige ska vara i en ställning som säkerställer att inga intressekonflikter uppkommer och att denne är oberoende. I mindre organisationer finns det inga hinder för att den behörige har dubbel befattning, det vill säga att en avdelning i organisationen eller en anställd som har detta uppdrag utöver de huvudsakliga sysslorna.¹⁵² Arbetsgivaren har alltså förhållandevis fritt utrymme att utforma den interna rapporteringskanal som denne anser lämpligt med tanke på organisationen i övrigt. Arbetsgivaren kan också anlita en utomstående part för att sköta visselblåsarfunktionen. Det kan till exempel röra sig om en advokatbyrå eller revisionsbyrå som upprättar den initiala kontakten med visselblåsaren.

4.8.2 De externa rapporteringskanalerna

De myndigheter som staten väljer som behöriga myndigheter ska inrätta oberoende och självständiga rapporteringskanaler med funktioner för att ta emot, återkoppla och följa upp ärendet som rapporteras.¹⁵³ Den externa rapporteringskanalen måste vara frånskild från andra kommunikationskanaler inom myndigheten, som t. ex. organisationsinterna kanaler. Den externa rapporteringskanalen ska vara utformad på ett sätt som säkerställer informationens fullständighet, integritet och konfidentialitet. Det ska finnas möjlighet att lagra information under en längre tid i syfte att längre fram genomföra en utredning. Det ska vara möjligt för den rapporterade personen att rapportera på flera olika sätt. En elektronisk plattform för skriftlig rapportering och en telefonlinje ska inrättas. Det ska även vara möjligt att rapportera på plats hos myndigheten till en myndighetsperson, som har till uppgift att hantera rapporteringsärenden.¹⁵⁴ Över lag är reglerna kring de externa rapporteringskanalerna öppna för en relativt vid tolkning. Ett intressant exempel är reglerna för tidsfrister inom vilken den ansvariga myndigheten ska återkoppla till visselblåsaren. En bekräftelse om *mottagandet* av rapporten ska ske inom sju dagar.¹⁵⁵ Vad det gäller *återkoppling* är det däremot inom en rimlig tid som inte överstiger 3 månader, eller i vissa undantagsfall 6 månader.¹⁵⁶

¹⁵⁰ Visselblåsardirektivet, Kapitel 2 artikel 9 punkt 1a.

¹⁵¹ Visselblåsardirektivet, Kapitel 2 artikel 9 punkt 1c.

¹⁵² Visselblåsardirektivet, Skäl 56.

¹⁵³ 2018/0106 (COD), s 13.

¹⁵⁴ Visselblåsardirektivet, Kapitel 3 artikel 12 punkt 1 a-b.

¹⁵⁵ Visselblåsardirektivet, Kapitel 3 artikel 11 punkt 2 b.

¹⁵⁶ Visselblåsardirektivet, Kapitel 3 artikel 11 punkt 2 d.

5. Implementeringen av Visselblåsardirektivet i svensk rätt

5.1 Implementeringens omfattning

Efter att en subsidiaritetsprövning genomförts fastslogs i riksdagen att ett gemensamt skydd för visselblåsare behövs inom EU. Däremot var delar av riksdagen vid omröstning av uppfattningen att detaljer kring skyddet bäst regleras på nationell nivå i respektive EU-land.¹⁵⁷ Förslaget gör likväl gällande att implementeringen av Visselblåsardirektivet ska göras genom *Lag (2021:000) om skydd för personer som rapporterar om missförhållanden*. Denna lagstiftning ska ersätta den nuvarande Visselblåsarlagen. Det övergripande syftet med de båda lagstiftningarna är att skydda personer som rapporterar om missförhållanden, och det är därmed inte möjligt de båda lagstiftningar samexisterar eftersom de tjänar samma syfte.¹⁵⁸ Det är emellertid inte möjligt att avveckla den nuvarande Visselblåsarlagen om den nya lagstiftningen på något sätt inskränker de befintliga regleringarna inom direktivets omfattning. Med andra ord får lagstiftningsförfarandet inte innebära en försämring av visselblåsarens skydd.¹⁵⁹

Implementeringsprocessen består av två huvudsakliga genomföranden: det vertikala genomförandet och det horisontella. Den vertikala delen består av repressalieskyddets styrka och övriga skydd för visselblåsaren.¹⁶⁰ Omfattningen av skyldigheten att inrätta rapporteringskanaler och återkopplingsprocesser ingår också i denna del. I utredningen klargörs att en vertikalt överskjutande implementering kommer skapa ökade kostnader för de privata aktörerna på arbetsmarknaden. Detta i sin tur leder till en ojämn konkurrenssituation i förhållande till övriga länder inom EU. Skyddsnivån i direktivet är hög och skyddsivån i dagens Visselblåsarlag är betydligt lägre. Skyddsivån bör i detta avseende därmed läggas i linje med minimiregleringen.¹⁶¹

Det horisontella genomförandet omfattar det materiella tillämpningsområdet vilket reglerar miniminormerna. Det horisontella genomförandet av Visselblåsardirektivet kan enligt utredningen göras på tre olika sätt. Ett horisontellt minimigenomförande skulle innebära att direktivet införlivas i svensk rätt endast rörande de områden och de överträdelser som anges i direktivet. Ett sådant genomförande kan göras på två sätt. De områden och överträdelser som anges i direktivet skulle kunna översättas till sina motsvarigheter i den svenska lagstiftningen. Det andra sättet är att knytta det horisontella tillämpningsområdet för de svenska reglerna till direktivets horisontella tillämpningsområde. Oavsett vilket tillvägagångsätt man väljer är minimigenomförandet det alternativ som skulle påverka de administrativa kostnaderna för näringslivet minst.¹⁶² De administrativa kostnaderna återfinns i några av de skyddsvärda objekt som identifieras i utredningen. Det rör sig om ett antal områden som riskerar att komma i konflikt med reglerna i direktivet vid dess genomförande. Avtalad tystnadsplikt, rätten att leda arbetet och företagshemligheter är några av dessa objekt.¹⁶³

Det andra alternativet, är att direktivet genomförs horisontellt generellt vilket innebär att man går längre än minimi-reglerna och utökar områden och överträdelser som den nya Visselblåsarlagen ska omfatta. Detta alternativ är det rådande lagförslaget är uppbyggt kring.

¹⁵⁷ 2017/18:KU48, s 11-13.

¹⁵⁸ SOU 2020:38, s 127.

¹⁵⁹ Visselblåsardirektivet, artikel 25 punkt 2.

¹⁶⁰ Granmnar, Claes (2018), s 38-39.

¹⁶¹ SOU 2020:38, s 120-121.

¹⁶² SOU 2020:38, s 123.

¹⁶³ SOU 2020:38, s 117.

Detta innebär att såväl offentlig som privat verksamhet omfattas i syfte att få en mer jämn skyddsnivå. Detta skulle eliminera olika typer av svårbedömda fall då lagstiftningen ska tillämpas.

Det tredje sättet på vilket direktivet skulle kunna införlivas i svensk rätt är ett horisontellt genomförande genom nationellt utpekade områden. Detta innebär att utöver de områden som anges i direktivet kan ytterligare områden läggas till som de svenska lagstiftarna anser är relevanta. En uppräknning av dessa områden skulle då framgå av lagstiftningen. Ett alternativ till detta är i stället att områdena utpekade negativt, det vill säga att de områden som inte omfattas räknas upp i lagen. Oavsett om det skyddsområdena framgår positivt eller negativt har lagstiftarna stora möjligheter att skraddarsy skyddets omfattning på det sätt som passar Sverige bäst. I likhet med det första alternativet uppstår även i detta fall svåra gränsdragningsfrågor vid tillämpande av lagen.

Överskjutande implementering, s.k. *gold-plating* har frekvent kritiserats runt om i Europa rörande olika EU-direktiv. De många gånger komplexa lagstiftningarna ökar den administrativa bördan för företag. I flera fall göra medlemsländerna mer än vad de egentligen behöver för att uppfylla minimikraven i direktivet. En liknande problematik, s.k. *double banking* uppstår då en rättsfråga helt eller delvis regleras av nationell lagstiftning men samtidigt också av EU-lagstiftning.¹⁶⁴ Även denna kollision mellan de båda rättssystemen ger upphov till ökade administrativa kostnader.

5.2 Nya visselblåsarlagen och förhållandet till kollektivavtal

Den svenska arbetsmarknadsmodellen kännetecknas framför allt av att parterna genom kollektivavtal kan göra olika avvikelser från den arbetsrättsliga lagstiftningen. Den arbetsrättsliga lagstiftningen är i stor utsträckning semidispositiv vilket innebär att lagstiftningen fungerar som en ram inom vilken parterna kan reglera villkoren i kollektivavtal. Detta innebär bland annat att parterna kan branschanpassa olika regler.¹⁶⁵

Kollektivavtalets binder de avtalsslutande parterna, och även medlemmarna i organisationerna.¹⁶⁶ Det är dock inte alla villkor som påverkar medlemmarna utan de stannar på organisationsnivå. Bestämmelserna i kollektivavtalet delas in i obligatoriska och normativa bestämmelser, och gränsdragning mellan dem är en tolkningsfråga som får bedömas från fall till fall.¹⁶⁷

Genomförandet av Visselblåsar direktivet ska göras på ett sätt som ligger i linje med den svenska arbetsmarknadsmodellen. Den nya Visselblåsarlagen är därför semidispositiv med EU-spärr, vilket innebär att det som regleras i kollektivavtalet måste respektera de rättigheter som följer av Visselblåsar direktivet.¹⁶⁸ De delar som är dispositiva reglerar i första hand hur de anställda ska informeras rörande rapporteringen, och hur de interna rapporteringskanalerna ska utformas.¹⁶⁹

¹⁶⁴ Hettne, J (2016), s 183.

¹⁶⁵ Hansson, Mikael (2010) s, 59-61.

¹⁶⁶ 26 § MBL

¹⁶⁷ Hansson, M (2010) s, 140.

¹⁶⁸ SOU 2020:38, s 140.

¹⁶⁹ 1 kap. 5§ Nya Visselblåsarlagen.

Genom kollektivavtal som sluts på central nivå, kan parterna själva reglera de semidispositiva lagrummen i Visselblåsarlagen. Inga av de lagrummen som är semidispositiva, är det i den bemärkelsen att de skulle kunna avtalas bort helt.

I stället är det delar i dessa lagrum som parterna kan reglera på egen hand.¹⁷⁰ De lagrum som är semidispositiva finns i 4 kapitlet 1-8§, och de reglerar de interna rapporteringskanalerna och förfaranden för rapportering och uppföljning.

4 kap. 1 § nya Visselblåsarlagen lyder: ”Arbetsgivare som vid ingången av kalenderåret hade 50 eller fler arbetstagare är skyldiga att ha interna rapporteringskanaler och förfaranden för rapportering och uppföljning”.

Antalet arbetstagare som framgår av lagrummet går inte att avtala bort, men däremot är lagrummet öppet för tolkning avseende *förfaranden, rapportering* och *uppföljning*. Dessa tre rekvisit ger parterna möjlighet att branschanpassa de interna rapporteringskanalerna i kollektivavtal.¹⁷¹ Ett annat exempel är 4 kap. 5 § nya Visselblåsarlagen med *rubriken Utseende av behöriga personer eller enheter*:

”En arbetsgivare ska utse oberoende och självständiga personer eller enheter som är behöriga att på arbetsgivarens vägnar

1. ta emot rapporter och ha kontakt med rapporterande personer,
2. följa upp det som rapporteras, samt
3. lämna återkoppling om uppföljningen till den rapporterande personen. De som utses får antingen vara anställda hos arbetsgivaren eller hos någon som har anlåtits för att hantera rapporteringskanalerna och förfarandena för arbetsgivarens räkning”

I detta lagrum har parterna möjlighet att välja vem eller vilka personer eller enheter som ska sköta själva förfarandet i rapporteringen. Vad dessa personer och enheter ska göra framstår däremot inte som något som går att avtala bort.¹⁷²

Ett av de viktigaste semidispositiva lagrummen är 4 kap. 6 § nya Visselblåsarlagen med rubriken *Gemensamma kanaler och förfaranden*.

”En arbetsgivare som bedriver privat verksamhet och som vid ingången av kalenderåret hade mellan 50 och 249 arbetstagare, får dela interna rapporteringskanaler och förfaranden med andra arbetsgivare med motsvarande antal arbetstagare. De funktioner som får delas är

1. mottagande av rapporter och
2. utredning av de förhållanden som rapporterats, vilket dock inte inkluderar att ha kontakt med den rapporterande personen”.

Den arbetsgivare som väljer att dela intern rapporteringskanal, bär ändå ansvar för att rapporteringskanalen utformas och hanteras i enlighet med Visselblåsarlagen.¹⁷³

¹⁷⁰ SOU 2020:38, s 30.

¹⁷¹ SOU 2020:38, s 635.

¹⁷² SOU 2020:38, s 700.

¹⁷³ SOU 2020:38, s 702.

5.3 Definition av målgruppen - rapporterande personen

En rapporterande person är en fysisk person, som i ett arbetsrelaterat sammanhang får information om missförhållanden och rapporterar om detta, 1 kap. 6 § punkt 2 nya Visselblåsarlagen.¹⁷⁴ Dessa personer ingår i den primära personkretsen. Enligt 2 kap. 1 § nya Visselblåsarlagen skyddas utöver arbetstagare också egenföretagare, volontärer, praktikanter och personer som ingår i ett företags förvaltnings-, lednings- eller tillsynsorgan, eller aktieägare som är verksamma i bolaget.

Arbetstagare är den första och mest omfattande kategorien. Definitionen av en arbetstagare har allt sedan industrisamhällets början genomgått flera förändringar.¹⁷⁵ Numera ska utöver den svenska definitionen av arbetstagaren också en EU-rättslig definition beaktas. Enligt EU-domstolens praxis ska det röra sig om en person som under en viss period mot ersättning utför tjänster för en annan person under dennes anvisningar.¹⁷⁶ Begreppet ersättning omfattar utöver pengar även betalning i form av mat och husrum.¹⁷⁷ Arbetstagarbegreppet omfattar inte endast de arbetstagare som har en traditionell tillsvidareanställning, flertalet anställningsformer räknas också in i arbetstagarbegreppet. Även en utlyrd arbetstagare ska också omfattas av arbetstagarbegreppet.

Den andra gruppen är egenföretagare. Skillnaden mellan en egenföretagare och en arbetstagare är att egenföretagaren utövar verksamhet utan att vara i underordnad ställning.¹⁷⁸

Den tredje gruppen utgörs av praktikanter och volontärer. En praktikant ska i detta sammanhang uppfattas som en person som lär sig ett yrke och en volontär är en person som av olika anledningar engagerar sig ideellt i t. ex. en organisation.

Den fjärde gruppen utgörs av personer i ett företags förvaltnings-, lednings- eller tillsynsorgan. Denna grupp är kanske den som mest präglas av en EU-rättslig definition och den förekommer i flertalet unionsrättsliga akter.¹⁷⁹

Den femte gruppen utgörs av aktieägare som äger en eller flera aktier i ett bolag. En aktieägare måste vara en fysisk rapporterande person, men under särskilda omständigheter kan även en juridisk person omfattas av skyddet.

Gemensamt för de fem kategorierna är att de är verksamma och har en aktiv roll i verksamheten.

De rapporterande personerna omfattas enligt 2 kap. 2 § nya Visselblåsarlagen av skyddet även av person som tagit del av information rörande missförhållande innan tjänsten tillträdde. Om en person tagit del av samma typ av information som ovan under sin tjänstgöring, omfattas denne av skyddet även efter frånträdet av tjänsten. Ordet visselblåsare undviks i lagtexten med anledning av det betraktas som talspråk och dessutom avviker från direktivets terminologi.¹⁸⁰

¹⁷⁴ SOU 2020:38, s 672.

¹⁷⁵ SOU 2020:38, s 152.

¹⁷⁶ Geijer, Lennart (1983), s 144-145.

¹⁷⁷ FEUF artikel 45. Se även Lawrie-Blum, C-66/85, EU:C:1986:284, punkterna 16 och 17, Martinez Sala, C-85/96, EU:C:1998:217, punkt 32, samt Raccanelli, C-94/07, EU:C:2008:425.

¹⁷⁸ Se t.ex. Steymann v Staatssecretaris van Justitie, C-196/87, EU:C:1988:475.

¹⁷⁹ Jany and others, C-268/99, EU:C:2001:616, punkterna 34 och 70.

¹⁸⁰ Se (EG) nr 2157/2001 av den 8 oktober 2001 om stadga för europabolag och Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2016/2341 av den 14 december 2016 om verksamhet i och tillsyn över tjänstepensionsinstitut (andra tjänstepensionsdirektivet).

Den sekundära personkretsen består av fysiska personer som i ett arbetsrelaterat sammanhang bistår den rapporterande personen vid rapporteringen, såsom förtroendevalda och skyddsombud, fysiska personer som har anknytning till den rapporterande personen och som kan utsättas för repressalier i ett arbetsrelaterat sammanhang, såsom anhöriga och kollegor, och juridiska personer som den rapporterande personen äger, arbetar för eller på annat sätt har anknytning till i ett arbetsrelaterat sammanhang.¹⁸¹ Denna grupp omfattas också av repressalieskyddet enligt 2 kap. 3 § nya Visselblåsarlagen. Anledningen till att repressalieskyddet omfattar även denna grupp är att repressalier kan riktas indirekt mot en rapporterande person, genom att de riktas mot någon inom den sekundära personkretsen. I ett sådant fall råkar båda personer ut för repressalier.¹⁸²

5.4 Repressalieförbudet

I 3 kap. 3 § nya Visselblåsarlagen anges för vem repressalieförbudet gäller i förhållande till de grupper som redovisats i förgående kapitel. Detta lagrum har rubriken *Skydd i form av förbud mot hindrande åtgärder och repressalier*, och förbudet gäller för arbetsgivare, uppdragsgivare eller annan som har rapporterande person under sin kontroll. Dessa personer får inte hindra den rapporterande personen att rapportera om missförhållandet. Detta kan till exempel ta sig uttryck i att en arbetsgivare hotar med att dra in en förmån i syfte att försöka stoppa den anställde att rapportera. En rapporterande person kan vara skyddad i förhållande till flera aktörer, vilket är fallet med uthyrd personal. En uthyrd arbetstagare står under kontroll och ledning av sin egen arbetsgivare eftersom denne har det formella arbetsgivaransvaret, men arbetstagaren står även under kontroll och ledning i förhållande till kundföretaget som arbetstagaren är uthyrd till eftersom det är kundföretaget som utövar daglig ledning såsom fördelningen av arbetsuppgifterna. Arbetsgivaren får inte heller vidta repressalier mot den anställde då denne rapporterar om missförhållanden. En repressalie är en direkt eller indirekt åtgärd eller underlåtenhet som vidtas eller inte vidtas på grund av att den rapporterande personen har rapporterat och som ger upphov till eller kan ge upphov till skada eller men för den rapporterande person. De åtgärder som räknas som repressalier är i stort sett de åtgärder som omfattas av repressalieförbudet i 2 kap. 18 § MBL. Vägledning står också att finna i granskningsärenden från JO och JK.¹⁸³ Själva handlingen kan bestå av flera olika tillgrepp, till exempel:

- Avstängning
- Permittering
- Uppsägning
- Degradering
- Utebliven befordran
- Ändrade arbetsuppgifter
- Ändrad arbetsplats
- Lönesänkning
- Ändrade arbetstider
- Utebliven fortbildning
- Negativ resultatbedömning eller negativa vitsord

¹⁸¹ SOU 2020:38, s 165.

¹⁸² SOU 2020:38, s 676.

¹⁸³ Se t. ex. JK, dnr: 2721-11-30, beslut 2011-12-13.

Som repressalie räknas också underlåtenhet från arbetsgivarens sida att omvandla en tidsbestämd anställning till en tillsvidareanställning.¹⁸⁴

5.5 Rapporteringskanalerna

Gränsen för antalet anställda då kravet på inrättande av intern rapporteringskanal föreligger har uppmärksammats i utredningen. Cirka 45 % av de privatanställda har arbetsgivare med färre än 50 anställda, vilket innebär att nära på hälften av de privata arbetsgivarna inte skulle omfattas av kravet på att inrätta en intern rapporteringskanal. Ett av direktivets huvudsakliga syften är att majoriteten ska omfattas, men i utredningen gjordes en avvägning med motstående intressen eftersom det skulle utgöra en allt för stor ekonomisk börda för arbetsgivare med färre än 50 arbetstagare.¹⁸⁵ I 4 kap. 1 § nya Visselblåsarlagen görs gällande att alla arbetsgivare som vid kalenderårets ingång har mer än 50 anställda ska omfattas av kravet på rapporteringskanal. Samtliga arbetstagare ska inräknas, även de som inte omfattas av skyddet i 1 § LAS och oavsett anställningsform eller arbetstidsmätt. Arbetstagare som är deltidsanställda eller har en tidsbegränsad anställning ska alltså också räknas in. Antalet arbetstagare gäller för varje arbetsgivare, vilket innebär att om arbetsgivaren är ett aktiebolag är det antalet arbetstagare i bolaget som beräknas. Om aktiebolaget ingår i en koncern är det inte det totala antalet anställda inom koncernen som räknas.¹⁸⁶

Arbetsgivare som har mellan 50 och 249 anställda får dela interna rapporteringskanaler med andra arbetsgivare med motsvarande antal anställda. Tanken är att minska den administrativa bördan för mindre företag. Begränsningen innebär dock problem för de större koncerner som idag har en gemensam visselblåsarfunktion. De bolag inom koncernen som har fler än 249 anställda måste inrätta egna interna rapporteringskanaler, vilket med största sannolikhet kommer att medföra ökade kostnader.¹⁸⁷

I 4 kap. 3 § nya Visselblåsarlagen anges kraven på utformning av rapporteringskanalerna och förfarandet. Den rapporterande personen ska kunna göra detta såväl muntligt som skriftligt och om så begärs även personligen, förutsatt att det sker inom skäligen tidsfrist. Det är upp till arbetsgivaren att själv organisera detta som denne finner det lämpligt. Normalt organiseras rapporteringskanaler som traditionell postbefordran, fysiska klagomålsåldor, online-plattformar på intranät eller internet, telefonlinjer och andra röstmeddelandesystem. Den som rapporterar ska också få en bekräftelse på att rapporten är mottagen inom 7 dagar, förutsatt att visselblåsaren inte har av sagt sig denna rätt, eller att det äventyrar att hans eller hennes identitet röjs. Uppföljningen ska innehålla vilka åtgärder som vidtagits, samt anledningen till dessa. Begreppet uppföljning ska avse varje åtgärd som arbetsgivaren eller av denne utvald mottagare vidtar för att bedöma om påståendena i rapporten är riktiga eller ej. En sådan återkoppling ska ske i skäligen utsträckning, vilket kan innebära att visselblåsaren inte nödvändigtvis har rätt att få reda på alla åtgärder som vidtagits till exempel om sekretess föreligger.¹⁸⁸ Det är ytterst begränsade delar i de så kallade semidispositiva lagrummen som parterna själva har möjlighet att reglera.

¹⁸⁴ SOU 2020:38, s 692.

¹⁸⁵ SOU 2020:38, s 269.

¹⁸⁶ SOU 2020:38, s 695.

¹⁸⁷ SOU 2020:38, s 634.

¹⁸⁸ SOU 2020:38, s 698-689.

Det förefaller till exempel självklart att arbetsgivaren själv avgör om rapportering ska ske via brev eller e-mail, men lagrummet är ju tvingande i den mån att det ska vara möjligt att rapportera muntligt skriftligt och genom ett personligt mötte.

Arbetsgivaren ska utse behörig person eller enhet som ska sköta hanteringen av rapporteringen, 4 kap. 5 § nya Visselblåsarlagen. Det är denna person eller enhet som ska utföra de uppgifter som åligger arbetsgivaren enligt 3 kap. 4 § nya Visselblåsarlagen. Här har arbetsgivaren möjlighet att utse till exempel en person som tar emot rapporter och en som sköter återkoppling. Kravet är att de ska vara oberoende och självständiga och inneha en ställning som är uppfattas som förtroendeingivande.

I utredningen motiveras inrättandet av kravet på interna rapporteringskanaler på olika sätt. Hänvisningar görs bland annat till en undersökning från 2019 i vilken det framkommer att 18 procent av de svenska företagen och organisationerna som deltog i undersökningen redan har interna visselblåsarkanaler.¹⁸⁹

Hanteringen av de externa rapporteringskanalerna går i stort sett hand i hand med de interna rapporteringskanalerna. Arbetsmiljöverket är den myndighet som kommer att vara tillsynsmyndighet, med undantag för de arbetsgivare som omfattas av andra lagstiftningar som ställer krav på rapporteringskanaler i vilka en annan myndighet utövar tillsyn.

Olika myndigheter ska hantera de externa rapporteringskanalerna, och beroende företagets branschtillhörighet och ärendets art kopplas de ärendet till behörig myndighet. I lagrådsremissen föreslås en ändring i Offentlighets- och sekretesslagen genom 32 kap. 3b § med rubriken *rapporter om missförhållanden*. Sekretess ska råda för den rapporterande personens identitet då denne rapporterar externt till berörd myndighet.¹⁹⁰ De behöriga myndigheterna kan utöva olika tillsynsuppgifter, men detta är inte helt oproblematiskt. Ett företag kan exempelvis stå i frekvent kontakt med flera behöriga myndigheter. Om Datainspektionen och konkurrensverket ska utöva tillsyn för en och samma arbetsgivares interna rapporteringskanaler riskerar besvärliga situationer att uppstå.¹⁹¹

5.6 Graden av administrativa bördor

Redan i genomförandedirektivet av Visselblåsdirektivet klargjordes att det i enlighet med direktivet var möjligt att genomföra det på ett sätt som inte medförde att de administrativa bördorna begränsades. Lagförslaget ska i största möjliga mån begränsa de administrativa bördorna för såväl privata som offentliga aktörer.¹⁹²

I utredningen framkommer att det med tanke på direktivets utformning inte är möjligt att undvika administrativa kostnader, men att dessa kostnader ska undvikas i största möjliga mån. Effekterna av för höga administrativa kostnader skulle kunna resultera i att de ökade kostnaderna för att bedriva verksamheten resulterar i konkurrensnackdelar i förhållande till utländska konkurrenter.¹⁹³

¹⁸⁹ SOU 2020:38, s 253. I Nordic Business Ethics Survey deltog 504 respondenter från den privat och offentlig verksamhet.

¹⁹⁰ Lagrådsremissen, s 368.

¹⁹¹ SOU 2020:38, s 553.

¹⁹² Dir 2019:24 Kommittédirektiv Genomförande av visselblåsdirektivet, s 3.

¹⁹³ SOU 2020:38, s 119.

Det står också klart att även en skyddsnivå i linje med direktivets miniminormer resulterar i ökade administrativa kostnader, och att den Svenska skyddsnivån i detta avseende inte bör överstiga miniminormerna.

Det som utredarna syftar på här är det vertikala skyddet rörande specifikt kostnaderna för inrättandet av interna och externa rapporteringskanaler i det privata näringslivet och i föreningslivet. Det medges också att skyddsnivån på detta område redan är relativt högt ur ett svenskt perspektiv med tanke på att dagens Visselblåsarlag kom under 2016. Friheten för varje aktör att organisera och anpassa rapporteringskanalerna på ett sätt som passar den egna organisationen bäst är enligt utredarna ett sätt att skapa mer kostnadseffektiva regleringar.¹⁹⁴ Även begränsningen av företag inom den privata sektorn som har färre än 50 anställda kan betraktas som en reglering som har koppling till att dämpa de administrativa kostnaderna. I detta avseende är tanken med begränsningen att resurser och personal inte räcker till för att leva upp till de lagstadgade kraven.¹⁹⁵

5.7 Ansvarsfrihet och anskaffarfrihet i samband med visselblåsning

Bestämmelserna i direktivet kring vem som ska omfattas av ansvarsfrihet är enligt utredningen öppet för tolkning. Det kan till exempel rikta sig till arbetsgivare och andra som har rapporterade personer i sin verksamhet. En sådan tolkning skulle innebära att arbetsgivaren inte kan skapa restriktioner i syfte att använda dessa som ett argument för att visselblåsare som har rapporterat därmed också har brutit mot restriktionerna. En sådan tolkning innebär att artikel 21.2 i Visselblåsardirektivet skulle genomföras som ett repressalieförbud eller ett förbud mot hindrande åtgärder.

Skyddet i form av ansvarsfrihet uttrycks i 3 kap. 1 § nya Visselblåsarlagen på följande sätt:

En rapporterad person som uppfyller förutsättningarna för skydd får inte göras ansvarig för att ha rapporterat information som omfattas av tystnadsplikt, under förutsättning att personen vid rapporteringen hade rimliga skäl att tro att rapporteringen av denna information var nödvändig för att avslöja det missförhållande som rapporteras. Ansvarsfriheten enligt första stycket gäller inte vid uppsåtligt åsidosättande av sådan tystnadsplikt som enligt offentlighets- och sekretesslagen (2009:400) inskränker rätten att meddela och offentliggöra uppgifter enligt tryckfrihetsförordningen eller yttrandefrihetsgrundlagen. Ansvarsfriheten enligt första stycket medför inte rätt att lämna ut handlingar.¹⁹⁶

Enligt utredningen krävs det för att leva upp till Visselblåsarlagets bestämmelser en viss ansvarsfrihet för den rapporterade personen. Denna ansvarsfrihet ska endast gälla vid vissa brott mot tystnadsplikten, vilket innebär att det inte rör sig om en total ansvarsfrihet.¹⁹⁷ En rapporterad person kan mycket väl göra sig skyldig till brott, men frågan är hur detta påverkar repressalieskyddet. Ett sätt att argumentera kring detta är att om den rapporterade personens agerande uppfyller förutsättningarna för att få skydd, bör personen omfattas av skyddet mot repressalier, även om agerandet inte skulle vara ansvarsfritt.

¹⁹⁴ SOU 2020:38, s 262.

¹⁹⁵ SOU 2020:38, s 270.

¹⁹⁶ I lagrådsremissen har detta lagrum flyttats till 2 kap. 1 §, ordalydelsen är dock den samma.

Ett annat sätt att argumentera är att om en rapporterande persons agerande är sådant att personen gör sig skyldig till brott så ska personens agerande helt undantas från lagens skydd.¹⁹⁸

Resonemanget kring de båda argumentationslinjerna bygger på att det skulle vara motsägelsefullt om en rapporterande person skyddas i enlighet med repressalieförbudet, men samtidigt hålls ansvarig i en annan lagstiftning. En rättsordning i vilken en rapporterande person gör sig skyldig till ett brott, som inte är ansvarsfri fast ändå skyddas av repressalieförbudet skulle kunna uppfattas som motsägelsefullt av allmänheten. Motsägelsefullt på det sättet att en och samma handling skulle vara straffbar enligt en lagstiftning men skyddad av en annan.¹⁹⁹

Personkretsen som omfattas av den nya Visselblåsarlagen är som tidigare nämnts omfattande, men vem erhåller egentligen ansvarsfriheten? Den sekundära kretsen omfattas inte av ansvarsfriheten. Ansvarsfriheten är med andra ord förbehållen den rapporterande personen. Anledningen till denna avgränsning är att personer i sekundärkretsen oftast har en passiv roll i visselblåsarförandet och därmed sällan begår regelöverträdelser.²⁰⁰

Anskaffarfriheten regleras i 3 kap. 2 § nya Visselblåsarlagen

En rapporterande person som uppfyller förutsättningarna för skydd får inte göras ansvarig för överträdelse av bestämmelser som gäller anskaffande av information, om personen vid anskaffandet hade rimliga skäl att tro att anskaffandet var nödvändigt för att avslöja ett missförhållande. Ansvarsfriheten enligt första stycket gäller inte om den rapporterande personen genom anskaffandet gör sig skyldig till brott.

Motsvarande lagrum 2 kap. 3 § Lagrådsremissen skiljer sig i ordalydelsen:

En rapporterande person får inte göras ansvarig för överträdelse av bestämmelser som gäller inhämtande av information, om personen vid inhämtandet hade skälig anledning att anta att inhämtandet var nödvändigt för att avslöja ett missförhållande.

Skillnaden är i första hand innebörden i det krav som måste uppfyllas av visselblåsaren för att omfattas av skyddet, rekviritet *rimliga skäl att tro* respektive *skälig anledning att anta*.

5.8 Lagrådsremissen och propositionen

Under arbetet med denna uppsats presenterades lagrådsremissen och en månad senare presenterades också propositionen till lagförslaget.²⁰¹ Den nya lagen träder i kraft 17 december 2021, och därmed upphör också dagens Visselblåsarlag att gälla. Däremot träder kraven på inrättande av rapporteringskanalerna för privata näringsidkare i kraft först 17 december 2023. Anledningen till detta är att kostnaderna kan dämpas om aktörerna inom den privata sektorn får mer tid på sig att planera för tekniska och administrativa lösningar.²⁰²

Repressalieskyddet är lika omfattande som i det förslag som utredningen ursprungligen presenterade men lagstiftningen disposition har omarbetats. Denna omarbetning innebär att lagtexten är mer strukturerad och lätthanterlig än i det ursprungliga förslaget.

¹⁹⁸ SOU 2020:38, s 245.

¹⁹⁹ SOU 2020:38, s 246.

²⁰⁰ SOU 2020:38, s 165.

²⁰¹ Lagrådsremissen presenterades 19 april 2021 och propositionen presenterades 25 maj 2021.

²⁰² Prop. 2020/21:193, s 237.

Dessa förändringar bidrar till att det inte finns fog för all den kritik som presenteras av arbetsmarknadens parter i följande kapitel. De rekvisit som varit föremål för utredning i denna uppsats består dock även i den omarbetade versionen av lagen. Kravet på missförhållanden kvarstår också, och även graden av allmänintresse oförändrat.²⁰³ Den semi-dispositiva delen står även den oförändrad, och den består fortfarande av att parterna har möjlighet att avtala rörande rapporteringskanalernas utformning och förfarandet kring dem.²⁰⁴

Diskussionen om den nya Visselblåsarlagen utgör en överimplementering eller ej är fortfarande aktuell. Lagens generella tillämpningsområde som innebär att samtliga organisationer, såväl privata som offentliga ska omfattas av kravet på att inrätta interna rapporteringskanaler i linje med det ursprungliga förslaget i utredningen kvarstår. I propositionen medgives att detta utgör en överimplementering, men påpekar samtidigt att ett generellt genomförande är den enda rimliga vägen att gå om Visselblåsardirektivet ska införlivas i svensk lagstiftning på ett korrekt sätt. Ett horisontellt mimigenomförande skulle göra lagstiftningen svårtillämpad. Flera fall rörande när en organisation ska omfattas av lagen skulle resultera i svårbedömda juridiska frågeställningar och flera anställda skulle därmed också riskera att stå utan skydd då de agerar visselblåsare.²⁰⁵

²⁰³ Prop. 2020/21:193, s 266-267.

²⁰⁴ Prop. 2020/21:193, s 271.

²⁰⁵ Prop. 2020/21:193, s 33-34.

6. Parternas inställning till implementeringen av Visselblåsardirektivet

6.1 Arbetsgivarsidan - Svenskt näringsliv

Svenskt näringsliv (SN) är en av de största arbetsgivarorganisationerna i Sverige och de representerar idag 60000 företag fördelat på 50 branscher. Förutom att bistå sina medlemmar i olika arbetsmarknadsrelaterade frågor, arbetar SN också med att ta fram åtgärder och reformer som är till gagn för företagsklimatet.²⁰⁶ Att sprida kunskap och bedriva opinion är också en del av SN:s verksamhetsområde, och i frågan med implementeringen av Visselblåsardirektivet har de varit tongivande. SN har ett positivt förhållningssätt till att Visselblåsare ska syddas, men är däremot kritiska till Visselblåsardirektivet. För att kunna förbättra och upprätthålla en god arbetsmiljö är det nödvändigt att arbetstagaren utan överhängande risk för repressalier har möjlighet att slå larm om eventuella allvarliga missförhållanden. Det är först då dessa missförhållanden kommer till arbetsgivarens kännedom som de kan åtgärdas, och detta gagnar såväl arbetsgivare som arbetstagare.

Den nya Visselblåsarlagen är dock enligt SN alltför långtgående i den meningen att den reglerar frågor som parterna själva bör kunna avtala om. För att ett regelverk kring visselblåsning ska kunna inge förtroende och upplevas som trovärdigt är det viktigt att det är utformat på ett sätt som inte kan missbrukas i syfte att skada arbetsgivaren genom falska rapporteringar. Det är samtidigt viktigt att visselblåsaren på ett smidigt sätt kan genomföra sin rapportering utan att behöva oroa sig för repressalier. Det finns en misstänksamhet i denna kritik som i grunden bygger på att ett alltför komplext rapporteringssystem kan missbrukas.²⁰⁷

SN pekar på ett antal specifika områden som väcker oro. SN anser att den nya Visselblåsarlagen är en överimplementering av Visselblåsardirektivet eftersom regleringen gäller generellt för såväl privat som offentlig sektor och inte endast på de områden som framgår av direktivet. I stället bör den nya lagstiftningen jämte den rådande Visselblåsarlagen utgöra *lex specialis* i vilken minimikraven regleras.²⁰⁸ En överimplementering likt den som utredningen föreslår riskerar att skapa en obalans i förhållande till andra länders regelverk inom EU. SN:s kritiska inställning till Visselblåsardirektivet grundar sig i att implementeringen utgör ett brott mot subsidiaritetsprincipen eftersom skyddet av visselblåsare är något som i första hand ska regleras på nationell nivå.

I den nuvarande Visselblåsarlagen används rekvisitet *allvarliga missförhållanden* för att beskriva graden av missförhållande som måste vara uppfylld för att lagen ska kunna tillämpas. Genom att i stället ändra detta till det betydligt lägre kravet *missförhållanden* riskerar man rapportering av trivialiteter som tär på organisationens administrativa resurser och som därmed blir en orimlig börda för arbetsgivaren.

Ett annat rekvisit som SN kritiserar är *rimliga skäl* att tro att informationen om missförhållandet var sann. Kritiken bygger på att ovannämnda rekvisit ska ersätta ordet *fog* i dagens Visselblåsarlag.²⁰⁹ Användandet av begreppet arbetstagare i den nya Visselblåsarlagen är också något som har kritiserats.

²⁰⁶ https://www.svensktnaringsliv.se/om_oss/vad-vi-gor/

²⁰⁷ SN remiss, s 1.

²⁰⁸ SN remiss, s 2.

²⁰⁹ I 7§ punkt 2 Visselblåsarlagen står *arbetstagaren hade fog för det påstående om allvarliga missförhållanden som larmet avser*.

Nya kategorier förs in i begreppet, och att inhyrd personal och regionala skyddsombud nu också ska betraktas som arbetstagare är inte önskvärt anser SN. Arbetstagare i lagens mening är förenat med olika skyldigheter och rättigheter och därför bör begreppet tolkas förhållandevis strikt.

SN riktar också kritik mot den ansvarsfrihet vid regelöverträdelser som föreslås i utredningen. Kritiken handlar om att information som omfattas av tystnadsplikten kan röjas i samband med visselblåsning. Detta skulle innebära att brott mot såväl kontraktuellt reglerad tystnadsplikt som brott mot tystnadsplikt enligt 20:3§ Brottsbalken. En generell ansvarsfrihet för brott mot tystnadsplikten är ett mycket allvarligt ingrepp i lojalitetsförhållandet. De skyddsvärda intressen som finns mellan arbetsgivare och arbetstagare får stå tillbaka för en ansvarsfrihet som inte existerar i den nuvarande visselblåsarlagen. SN noterar också att det i utredningen inte med säkerhet framgår hur Visselblåsardirektivet ska tolkas i frågan om ansvarsfriheten. Om en ansvarsfrihet ska införas ska den endast införas i linje med minimikraven

Utredningens syn på anskaffarfriheten kritiseras även av SN. Vad som åsyftas är att utredningen föreslagit att rapporterade personer inte ska hållas ansvariga i de fall personen i fråga hade rimliga skäl att tro att anskaffandet var nödvändigt för att avslöja missförhållanden. Risken med en sådan reglering är att information av olika slag kommer att hållas inom en begränsad personkrets i företaget, och att övrig information förvaras och hanteras på ett sätt vilket gör det brottsligt att komma över den. Att hantera känslig information på detta sätt är enligt SN begränsat, men att begränsa tillgången till olika typer av information leder i förlängningen till att företagen generellt sett blir mer restriktiva med att dela med sig av sin information. Det är också besvärligt för flera företag att tillhandahålla den typ av information till sina anställda som enligt lagförslaget ska tillhandahållas av arbetsgivaren. Denna information omfattas av hur arbetstagaren ska rapportera externt till EU:s institutioner, organ eller byråer. Detsamma gäller den omfattande information rörande meddelarfriheten och anskaffarfriheten som ska tillhandahållas av arbetsgivaren. Det rör sig om komplexa system och lagregler vilka är allt för omfattande för att kräva att arbetsgivaren ska instruera sina anställda i.²¹⁰

Storleken och omfattningen av rapporteringskanalerna ses också som problematiska. Det är problematiskt att begränsa delningsfunktionen till 249 anställda, eftersom även större företag med fler anställda skulle kunna omfattas av denna regel.²¹¹ Denna begränsning blir speciellt problematisk för företag med verksamhet i flera länder. Det blir framför allt problematiskt för koncerner som är organiserade i olika former av juridiska personer i olika länder. Om varje sådan juridisk person med över 249 anställda ska organisera interna rapporteringskanaler, är det något som riskerar att utgöra orimliga bördor såväl ekonomiskt som administrativt. Det innebär också att de anställda i en koncern upplever osäkerhet då de står i begrepp att rapportera. SN ifrågasätter därför om utredarna gjort en korrekt tolkning av artikel 8.6 i Visselblåsardirektivet. Det handlar om möjligheten för rättsliga enheter i den privata sektorn med 50 till 249 anställda att dela resurser för interna rapporteringsordningar. Lagrummet är enligt utredningens tolkning att det i första hand är en lättnad för små och medelstora företag, men företag med fler än 249 anställda som är verksamma inom koncerner räknas inte in i denna tolkning. SN påpekar därför att skäl 55 i Visselblåsardirektivet inte beaktats av utredarna.

²¹⁰ SN remiss, s 6.

²¹¹ SN remiss, s 5.

6.2 Arbetstagersidan

6.2.1 TCO

TCO har en positiv inställning till ett förstärkt skydd för visselblåsare, men påpekar samtidigt att en skyddslagstiftning som den nya Visselblåsarlagen måste vara enkel att förstå om den ska uppmuntra till mer aktivt handlande från arbetstagens sida. Det konstateras att det dock är svårt att utforma en lagstiftning på ett mer förenklat sätt om den ska leva upp till Visselblåsardirektivet som är både komplext och detaljerat.²¹² TCO är tveksamt till det lagförslag som nu lagts fram. Förbundets inställning är nu i stället att dagens Visselblåsarlag bör finnas kvar, men att den modifieras på ett sätt som lever upp till Visselblåsardirektivets krav. En av de modifieringar som TCO framhåller är att egenföretagare också ska omfattas av Visselblåsarlagen och utöver detta ska Sverige stifta en minimum-lag som en genomförandelag för att kunna leva upp till direktivets minimum-krav.

Ett annat alternativ är att den nya Visselblåsarlagen omarbetas och delas upp i tre delar. Den första delen ska omfatta skyddet av visselblåsare i arbetslivet, d.v.s arbetstagare, volontärer, praktikanter samt egenföretagare. Det huvudsakliga fokuset bör ligga på dessa 4 grupper, eftersom dessa befinner sig i en stadigvarande och underordnad position på arbetsplatsen. Den andra delen ska separat omfatta förvaltnings-, lednings- och tillsynsorgan samt för aktieägare. Den tredje delen ska fokusera på processuella och formella bestämmelser. Den tredje delen finns på olika ställen i lagförslaget, vilket försvårar översikten och gör lagen otillgänglig. För stor en grupp skulle en sådan indelning förenklas så till vida att han eller hon endast behöver sätta sig in i någon av de två första delarna beroende på vilken kategori visselblåsaren tillhör. Denna grupp består av visselblåsaren, fackliga organisationer och andra organisationer i civilsamhället. Personer inom dessa kategorier är de som tenderar till att vara med redan från början i processen kring rapportering, och det är således viktigt att dessa personer kan förstå de väsentliga delarna av lagen. Däremot bör ovan nämnda personer rimligen inte prioritera de delar i den tredje gruppen eftersom de inte är av omedelbart behov för visselblåsaren utan aktualiseras senare i processen och då riktar sig till personer inom rättsväsendet.²¹³

Lagförslaget är till skillnad från dagens Visselblåsarlag inte en renodlad arbetsrättslig lag. I stället är det en blandning mellan civil- arbets- och offentligrättslig lag. Förslaget har dock de flesta delarna för att kunna utgöra en renodlad arbetsrättslig lag, men delarna är utsprida på olika ställen i det omfattande lagförslaget.²¹⁴

Kritik riktas också mot det sätt som den arbetsrättsliga delen i lagförslaget behandlar förhållandet mellan arbetsgivare och arbetstagare. Alla som i något sammanhang är ”arbetstagare” och som befinner sig i en ”verksamhet” och fått information om missförhållanden kan rapportera detta via en ”arbetsgivares” interna larmrutiner och därmed få skydd. Vad detta innebär är att arbetsgivarens interna larmfunktion kan användas av en person som inte är anställd av arbetsgivaren i fråga. Denna struktur kan bidra till ytterligare förvirring eftersom den avviker från det förhållande mellan arbetsgivare och arbetstagare som normalt framställs i arbetsrättsliga sammanhang. Inhyrd personal omfattas också arbetstagarbegreppet men detta bör framgå tydligare.²¹⁵

²¹² TCO, remiss, s 1-2.

²¹³ TCO, remiss, s 4.

²¹⁴ TCO, remiss, s 5.

²¹⁵ TCO, remiss, s 7.

Slutligen kan det konstateras att syftet i dagens Visselblåsarlag och Visselblåsansdirektivet skiljer sig åt. Visselblåsarlagens utgångspunkt är att det i sig är ett stort samhällsintresse i att visselblåsaren reagerar och agerar ifall att allvarliga missförhållanden. I Visselblåsansdirektivet är det i stället efterlevandet av unionsrätten och det politiska området inom unionen som utgör det huvudsakliga syftet.²¹⁶

6.2.2 LO

LO har ett positivt förhållningsätt till ett förstärkt skydd för visselblåsare, men framför ändå ett antal synpunkter på lagförslaget. I motsats till förslaget förordar dock LO två lagstiftningar. En rent arbetsrättslig lagstiftning bör ersätta den dagens Visselblåsarlag, och en lag som reglerar resterande delar av direktivet. LO framför också kritik mot hur lagförslaget är utformat, med tanke på att det är svårt för en enskild arbetstagare eller företagare att bedöma när och i vilken omfattning skyddet gäller. Det är också otydligt vilka rapporteringskanaler som ska användas i en given situation. Rapporteringsordningen är i stort sett den samma som med den nuvarande Visselblåsarlagen, men det är de olika kriterierna som ska uppfyllas för att kunna rapportera på ett sätt som berättigar visselblåsaren till skydd som oroar. LO går så långt i sin kritik av just denna del av lagförslaget att de befarar att lagen i stället för att skydda visselblåsaren avskräcker från att rapportera.²¹⁷

Regleringen av de externa rapporteringskanalerna sträcker sig utöver de miniminormer som anges i Visselblåsansdirektivet. Ett stort antal myndigheter ska utses som behöriga att inrätta externa rapporteringskanaler, men det framgår inte i lagförslaget i vilken situation en given extern rapporteringskanal ska användas. LO invänder inte mot att Arbetsmiljöverket ska vara tillsynsmyndighet och kontrollera att arbetsgivarnas rapporteringskanaler uppfyller kraven, men då bör Arbetsmiljöverket tillföras väsentliga resurser.

6.3 Arbetsdomstolen

För att nå det önskade resultatet med implementeringen av Visselblåsansdirektivet vidhåller AD att lagen måste utformas på ett sätt som gör den begriplig för såväl arbetstagare som arbetsgivare. Arbetstagaren måste förstå om han eller hon kommer att omfattas av skyddet i den givna situationen. På motsvarande sätt måste arbetsgivaren förstå när det är tillåtet att ingripa och när en sådan handling riskerar att utgöra en repressalie. Enligt AD lever lagförslaget inte upp till detta. För att kunna implementera Visselblåsansdirektivet som är så pass omfattande och komplext måste en ny lagstiftning skapas. Kretsen av skyddade personer som omfattas av repressalieskyddet i den nuvarande Visselblåsarlagen kan förvisso utökas till arbetssökande, volontärer och praktikanter men knappast med de i lagförslaget i övrigt skyddade grupperna (egenföretagare, personer i företagsledning m.fl. och verksamma aktieägare). Kopplingen mellan lagens skydd och personkategorier är problematisk i lagförslaget. En person som är arbetstagare har skyldigheter och rättigheter i förhållande till arbetsgivaren. På motsvarande sätt är till exempel en person, styrelseledamot eller aktieägare gentemot ett aktiebolag vilket enligt aktiebolagslagen också ger upphov till rättigheter och skyldigheter. Genom att knyta repressalieskyddet till personkategorier skapas en förväntan att skyddet gäller i just den relationen.

²¹⁶ TCO, remiss, s 5-6.

²¹⁷ LO, remiss, s 1.

Detta är naturligtvis inte avsikten, men det är svårt att utläsa skyddets närmare omfattning. AD framhåller ett alternativ i vilket de olika grupperna var för sig behandlas i egna avsnitt eller kapitel.

Arbetstagare – arbetsgivare i vid bemärkelse och ett för egenföretagare och ytterligare ett för personer i företagsledning m.fl Liknande indelning finns i Diskrimineringslagen där arbetstagare särskiljs från vissa andra personer i arbetsgivarens verksamhet som har en arbetstagarliknande position.²¹⁸

Den nya Visselblåsarlagens tillämpningsområde är också enligt AD är otydligt. Rekvisetet ”mycket allvarliga missförhållanden” förekommer i tredje stycket 1:2§ i lagförslaget. Detta framstår som en inskränkning av skyddet med tanke på att det i dagens Visselblåsarlag konsekvent hänvisas till ”allvarliga missförhållanden”. En sådan inskränkning kan inte vara avsikten, i synnerhet med tanke på att implementeringen av Visselblåsarlagendirektivet endast får innehålla förbättringar eller bibehållit skydd, men absolut inga försämringar till arbetstagarens nackdel.²¹⁹

²¹⁸ AD, remiss, s 2-3.

²¹⁹ AD, remiss, s 7-8.

7. Analys

Utgör den nya Visselblåsarlagen en överimplementering av Visselblåsårdirektivet?

En stor del av denna granskning har kretsat kring att förklara hur lagstiftarna har tänkt att gå till väga i arbetet med implementeringen av Visselblåsårdirektivet. I utredningen används inte begreppet överimplementering, i stället definieras de delar i lagstiftningen som sträcker sig längre än minimireglerna som överskjutande.

Tankarna kring de vertikala och horisontala delarna i implementeringsprocessen har övervägts av utredarna. Det är framför allt den vertikalt överskjutande delen som kritiserats. Det rör sig om rapporteringskanalerna och återkopplingsprocesser. Kritik mot just dessa två delar är egentligen obefogad eftersom dessa komponenter måste finnas i enlighet med minimireglerna, men hur dessa utformas omfattas däremot av semidispositiva regler. I den vertikala delen har utredarna medgivit att följderna av den överskjutande delen, kommer att skapa ökade administrativa kostnader. Samtidigt får de semidispositiva delarna anses väga upp för detta, eftersom arbetsgivaren har viss frihet att själv välja utformningen av arrangemanget kring sina rapporteringsprocesser och på så sätt kan disponera sina resurser efter eget behag.

Den nya Visselblåsarlagen ska genomföras horisontellt generellt vilket innebär en förhållandevis långtgående implementering. Den är långtgående eftersom samtliga aktörer inom såväl den offentliga som den privata sektorn ska omfattas av den nya Visselblåsarlagen. Denna del i implementeringsprocessen kommer att påverka de administrativa kostnaderna och därmed också de skyddsobjekt som anges i utredningen, till exempel tystnadsplikt och arbetsledningsrätten.

I fallet med Visselblåsårdirektivet handlar det om en överimplementering eftersom de svenska lagstiftarna har valt att stifta en lag som sträcker sig utöver minimikraven som framgår av direktivet. Samtliga remissinstanser i denna studie anser att visselblåsare bör skyddas, men meningarna går isär kring hur långtgående ett sådant skydd ska vara. Över lag tycks inte minimireglerna utgöra något egentligt hinder för någon av de organisationer vars remisser har varit en del i denna granskning. Däremot verkar det vara problematiskt i de avseenden som den nya Visselblåsarlagen sträcker sig bortom minimireglerna, alltså de överskjutande delarna.

Den kritik som framförts rörande överimplementering har i första hand kommit från SN. Kritiken grundar sig på att det föreligger en fara för ojämn konkurrens i förhållande till aktörer på den privata marknaden i andra länder som nöjer sig med att införliva minimikraven. En del i denna ojämna balans får tolkas som att den administrativa bördan blir mer kostsam för svenska företag eftersom de tvingas avsätta resurser för att inrätta rapporteringskanaler. SN hänvisar till att det i utredningsdirektivet tydligt framgick att de administrativa kostnaderna skulle minimeras så långt som möjligt. Den betungande administrativa bördan som SN varnar för grundar sig i mångt och mycket på de krav om interna rapporteringskanaler som blir obligatoriska med den nya Visselblåsarlagen. Denna kritik kan i så fall bemötas med att regleringen kring de interna rapporteringskanalerna är en del av de semidispositiva lagrummen, vilket bland annat innebär att ett delningsalternativ är möjligt. Denna semidispositivitet bör rimligen tolkas som att lagstiftarna tar hänsyn till det som framgick av utredningsdirektivet, att så långt som möjligt hålla de administrativa kostnaderna nere. Den kritik som SN framför mot att bolag inom koncerner inte har möjlighet att dela interna rapporteringsordningar, är något som också lyfts i utredningen.

Denna orättvisa behandling av bolag inom större koncerner är egentligen baksidan av lättningen för små och medelstora företag att kunna dela rapporteringsordningar.

SN välkomnar de flexibla alternativ rörande interna rapporteringskanalerna, men påpekar samtidigt att dessa alternativ inte är ordentligt genomtänkta eftersom de inte omfattar hela den privata marknaden.

I remissvaret har SN inte heller bemött de beräkningar som gjorts i utredningen. I detta avseende kan kritiken betraktas som ogrundad, men det kan samtidigt försvaras med tanke på att remissvaren endast ger en övergripande bild av remissinstansens förhållningssätt till lagförslaget.

SN anser också att implementeringen av Visselblåsardirektivet utgör ett brott mot subsidiaritetsprincipen, eftersom regleringen av repressalieskyddet bör hanteras på nationell nivå. Om målsättning är att skapa ett enhetligt skydd för visselblåsare i syfte att värna den inre marknaden finns det ingen annan realistisk väg att gå än genom ett direktiv. Avsikten med Visselblåsardirektivet är som alla andra minimidirektiv inte att detaljstyra medlemsländernas implementeringsprocess, och direktivet har förhållandevis stora ramar att skapa en lagstiftning som passar respektive medlemslands rättssystem. De delar som är semi-dispositiva i den nya visselblåsarlagen ger parterna vissa möjligheter att reglera vissa delar i kollektivavtal. Frågan kring semidispositivitetens omfattning är naturlig, med tanke på att den svenska arbetsmarknaden är lång mycket mer självreglerad av arbetsmarknadens parter än andra medlemsländer. De semidispositiva lagrummen är allt annat än väl tilltagna, de ger parterna endast ett mycket begränsat utrymme att reglera olika delar i ett kollektivavtal.

Även om de andra remissinstanserna i denna studie inte använder ordet överimplementering i sina remissvar, bör all kritik mot lagförslaget som innebär en mer långtgående reglering än minimikraven räknas som överimplementering.

TCO:s syn på att implementeringen består av två alternativ och det är framför allt det alternativ som bygger på att lagförslaget omarbetas och delas in i tre delar som är intressant. Det har konstaterats att lagförslaget inte är utarbetat på ett sätt som gör det enkelt för parterna att sätta sig in i lagens omfattning, och i synnerhet när den gäller. AD föreslår också en liknade modell i vilken personkategorierna separeras från varandra i egna kapitel.

Även LO kritiserar i viss mån regleringen kring rapporteringskanalerna, och då i synnerhet de externa rapporteringskanalerna.

Vilka krav ska vara uppfyllda för att visselblåsaren ska omfattas av repressalieskyddet i den nya Visselblåsarlagen?

Samtliga remissinstanser kritiserar den nya Visselblåsarlagen för att den är svårbegriplig, men Visselblåsardirektivet är också ett invecklat direktiv. AD påpekar att det därför är svårt att skapa en regelrätt skyddslagstiftning, som ska vara hanterbar för arbetsgivare och arbetstagare. Detta är problematiskt eftersom arbetstagaren med största sannolikhet kommer att känna en oro över att rapportera om han eller hon inte till fullo är införstådd med när och hur omfattande skyddet är. På motsvarande sätt är det även problematiskt för arbetsgivaren eftersom det påverkar arbetsledningsrätten. När arbetsledningsrätten övergår till att bryta mot repressalieförbudet är inte helt självklart.

Det som rapporteras ska vara av allmänintresse och det ska röra sig om missförhållanden. Visselblåsaren måste dessutom vara i god tro om att det som rapporteras faktiskt är sanningsenligt. Det är till synes de små förändringarna i ordval som egentligen utgör det förstärkta skyddet för visselblåsare, men icke desto mindre besvärliga att tolka och sätta in i sitt sammanhang.

Allmänintresset i det som rapporteras måste vara av tillräcklig omfattning, det får alltså inte röra sig om trivialiteter. Allmänintresset har inte bara en central roll i den nya Visselblåsarlagen och Visselblåsardirektivet, utan även i den nuvarande Visselblåsarlagen. Traditionellt sett finns det några missförhållanden som tydligt går att identifiera som händelser av allmänintresse. Politiker och korrupcion, vanvård inom vården och polisbrutalitet är de kanske mest utmärkande. Men det finns också betydligt mer svårbedömda fall som kan handla om en privat arbetsgivares tvivelaktiga förhållande till den allmänna verksamheten. Sett ur Europakonventionens perspektiv finns det vägledning i framför allt Guja-målet i vilket det fastställs att ett stort allmänintresse till och med kan berättiga att lojalitetsplikten åsidosätts.

Huruvida missförhållandet är allvarligt eller inte är också en bedömningsfråga. SN har varnat för att risken ökar att rapporter vars innehåll är av mer trivial karaktär kommer att öka när endast krav på missförhållande ställs. I direktivet sägs inget om vare sig allvarliga missförhållanden eller endast missförhållanden. Detta är en tolkning som de svenska lagstiftarna själva gjort och det skulle således kunna betraktas som en form av överimplementering.

Det är inte bara SN som ger uttryck för missnöje kring otydligheten i de krav som ställs för att repressalieskyddet ska trädas in. Det alternativ som TCO presenterar består i en uppdelning av lagstiftningen i tre delar, och det handlar om en modifiering av dagens Visselblåsarlag som ska samverka med en ny lagstiftning i vilken endast minimikraven från Visselblåsardirektivet regleras. Även AD riktar kritik rörande lagens invecklade utformning och dess avsaknad på ett för parterna begripligt upplägg.

Hur omfattande är visselblåsarens ansvarsfrihet enligt den nya Visselblåsarlagen?

SN talar om en generell ansvarsfrihet för brott mot tystnadsplikten. Någon generell ansvarsfrihet rör det sig dock inte om, eftersom detta undantag endast gäller primärgruppen. Sekundärgruppen är alltså exkluderad från ansvarsfriheten. Begreppet ansvarsfrihet förekommer dock inte i direktivet, men det gör däremot ansvarsimmunitet.

Ansvarsfriheten och anskaffarfriheten förefaller som en logisk del i repressalieskyddet, även om det inte är helt självklart för vad exakt som gäller. Min slutsats är att de otydliga delarna med största säkerhet är något som kommer att hanteras i AD:s rättspraxis i framtiden, och på så sätt förtydligas. Lagrådsremissens version är som förklarats i 5.7 något förändrad, men knappast på ett sätt som gör lagrummet mer lättillgängligt för arbetstagare och arbetsgivare. Denna remiss följer i övrigt i stort sett det innehåll som presenterades i det ursprungliga lagförslaget.

En förutsättning för att ansvarsfriheten ska kunna tillämpas rent praktiskt är också att visselblåsarens anonymitet ska kunna bibehållas, och för att detta ska vara möjligt måste rapporteringssystemet och dess funktioner och rutiner samspela med varandra.

En av bristerna i utredningen är att trestegsmodellen inte nämns överhuvudtaget. Uppbyggnaden av hela rapporteringssystemet är beroende av hur kanalerna förhåller sig till varandra, d.v.s hur de är sammankopplade. Ett system som inte är fullt funktionsdugligt riskerar att försätta visselblåsaren i en svår situation. Utredningen borde därför gått djupare in på att förklara teorin bakom trestegsmodellen som en vetenskaplig konstruktion. Problematiken kring att endast förklara interna och externa rapporteringskanaler var för sig, och inte sätta in dem i ett system gör att bilden av hur det förstärkta skyddet ska fungera rent praktiskt blir en aning diffust.

Ett välfungerande rapporteringssystem bör också betraktas som ett viktigt verktyg i arbetsmiljöarbetet. Arbetsmiljön har förvånande nog blivit något av en underordnad fråga i remisserna, vilket är anmärkningsvärt med tanke på hur nära visselblåsarföretaget egentligen står arbetsmiljöarbetet. Arbetstagaren har ur ett arbetsmiljöperspektiv en skyldighet att rapportera om till exempel olyckstillbud. Skyddsombudets situation har förklarats i kapitel 2.2.

Visselblåsaren kan enligt den nya Visselblåsarlagen egentligen inte hållas ansvarig för de eventuella följder som rapporteringen kan resultera i. Om ett dylikt ansvar ska åläggas visselblåsaren måste själva rapporteringen kunna kopplas till de eventuella negativa verkningar som uppstått för arbetsgivaren till följd av rapporteringen. Med det starka skydd som den nya Visselblåsarlagen erbjuder är det föga troligt att ett så starkt orsakssamband skulle kunna framställas. Däremot kan Visselblåsaren, beroende på hur denne väljer att framföra sin rapport, överskrida sin kritikrätt. En situation i vilken rapporteringen övergår i ren kritik, en sådan situation kan uppstå då rapportering sker externt. Förvisso ska en sådan rapportering ske utan att eventuella förpliktelser ska utgöra ett hinder. Bakgrunden till anmälan får en förhållandevis stor betydelse, och ju närmre rapporteringen ligger ett arbetsmiljöproblem desto mer berättigat är visselblåsarens handlande.

Hur kan det förstärkta skyddet i den nya Visselblåsarlagen påverka de förpliktelser som arbetstagaren har till arbetsgivaren?

Skyddet i såväl dagens Visselblåsarlag som den nya Visselblåsarlagen består i grund och botten av ett repressalieförbud från arbetstagarens sida. I den nya Visselblåsarlagen är detta förbud och därmed också skydd för visselblåsaren väsentligt tilltaget. Det är den utvidgade målgruppen som omfattas av repressalieförbudet och kraven för att dessa personer ska erhålla skydd som utgör den mest betydande förbättringen av skyddet, sett ut visselblåsarens synvinkel. De obligatoriska rapporteringskanalerna är en central funktion för att visselblåsaren överhuvudtaget ska kunna rapportera i linje med de krav som ställs för att erhålla skyddet enligt den nya Visselblåsarlagen. Kravet på interna rapporteringskanaler är en viktig del av skyddet, eftersom dessa gör det möjligt för visselblåsaren att rapportera och samtidigt erhålla ett skydd för sin identitet. De utgör dock ingen överimplementering i den nya Visselblåsarlagen eftersom de omfattas av minimireglerna. Det finns redan idag olika sektorsspecifika lagstadgade krav på olika former av rapporteringsrutiner. Rapporteringsrutiner ingår också i olika företags policys som är kopplad till uppförandekoden. Ett företag eller en bransch som utformar olika policys gör det i linje med arbetsgivarens rätta att leda och fördela arbetet.

Eftersom reglerna kring rapporteringskanalerna nu blir lagstadgade bör det rimligen betraktas som en inskränkning i arbetsgivarens rätt att leda och fördela arbetet. På sätt och vis kan en förskjutning i förhållandet mellan arbetsgivare och arbetstagare diskuteras. Arbetsgivaren måste vissa större hänsyn då denne fattar ett arbetsledningsrelaterat beslut som berör den anställde som agerat visselblåsare eftersom handlingen i fråga inte får utgöra en repressalie till exempel att utan anledning omplacera den anställde. För arbetstagaren kan det utökade repressalieskyddet påverka de sedan länge etablerade gränserna för kritikrätten. I utredningen avhandlas lojalitetsplikten och kritikrätten i en ytterst begränsad omfattning vilken sträcker sig till att endast beröra de fundamentala delarna som är kopplade till anställningsavtalet. Däremot lyfts aldrig några tänkbara utfall eller situationer, som skulle kunna tänkas uppstå som en följd av den förskjutning i förhållandet mellan parterna som beskrivs ovan.

I denna studie har delarna i anställningsförhållandet som utgör lojalitetsplikten och tystnadsplikten granskats. Dessa delar benämns i utredningen som skyddsvärda tillsammans med bland annat arbetsgivarens rätt att leda arbetet.

Den implicita tystnadsplikten som en del av lojalitetsplikten men även som en lagstadgad skyldighet, bör ställas i kontrast till den ansvarsfrihet som enligt den nya Visselblåsarlagen ska gälla under vissa omständigheter. Den ansvarsfrihet som visselblåsaren under bestämda omständigheter erhåller har väckt reaktioner.

SN kritiserar framför allt ansvarsfrihet i samband med brott mot den lagstadgade tystnadsplikten som den uttrycks i 20 kap. 3 § BrB, men även brott mot den kontraktuella tystnadsplikten. SN benämner ansvarsfriheten som en generell ansvarsfrihet, vilket tyder på en felaktig tolkning. Utredningen ger förvisso en oklar bild om i vilka situationer visselblåsaren ska erhålla ansvarsfrihet, däremot står det klart att det inte rör sig om en generell ansvarsfrihet vilken skulle råda per automatik. Men det går inte att bortse ifrån det dubbla budskap som visselblåsaren skulle få om han eller hon först uppmanas att agera visselblåsare i ett ärende av större allmänintresse men samtidigt döms för brott mot tystnadsplikten.

Inte heller går det att bortse från problematiken med att en så omfattande lagstiftning som den nya Visselblåsarlagen ska samexistera med de förpliktelser mellan parterna, som under lång tid varit en del av fundamentet i den svenska arbetsrätten. Lojaliteten sätts på prov i större utsträckning då en anställd har rätt att med ett omfattande skydd rapportera om missförhållanden. Problematiken i detta är att begreppet missförhållanden är oklart även om det går hand i hand med allmänintresse, som en större del av befolkningen förväntas ha en uppfattning om vad detta innebär.

Upplysningsplikten är en central biförpliktelse, inte minst för arbetsmiljöarbetet. Denna förpliktelse avhandlas inte i utredningen och det får betraktas som ett tillkortakommande eftersom denna förpliktelse är en del i den oskrivna process som de flesta arbetstagare i Sverige är införstådd med, nämligen att rapportera till arbetsgivaren i första hand då olika brister eller missförhållanden upptäcks.

8.Reflektioner

Visselblåsardirektivets tillämpningsområde är stort, och det framgår tydligt att det inte i första hand handlar om ett förstärkt arbetsrättsligt skydd. I stället handlar det huvudsakligen om att värna de områden som redogörs i kapitel 4.3, och i slutändan den inre marknaden. För att kunna värna dessa områden är rättsväsendet direkt beroende av att visselblåsare på eget initiativ rapporterar om olika tillbud som endast de, på grund av sin unika ställning i organisationen känner till.

Oavsett vilket intresse som sätts i första rummet i Visselblåsardirektivet, får det betydelse för medlemsländernas arbetsmarknader och det kommer med största sannolikhet också att påverka medlemsstaternas arbetsrättsliga bestämmelser. Det är inte orimligt att tänka sig att den praxis som AD utformat under årens lopp, kommer att ersättas med nya vägledande domar. Den rimliga slutsatsen av detta är att med ett förstärkt skydd bör också fler visselblåsarärenden nå fram till AD. Det har i förslaget till Visselblåsardirektivet konstateras att det skydd som visselblåsare erhåller idag är fragmenterat, och att detta i förlängningen till och med kan skada Unionsrätten. Visselblåsarens rapporteringar fungerar tillsammans med andra metoder, som till exempel granskning av klagomål, som en metod för att samla in bevis. Resultaten av dessa metoder ska användas i olika typer av system vilkas funktion är att utöva efterlevnadskontroll och brottsbekämpning. Det faktum att visselblåsaren genom att rapportera om missförhållanden utför en stor samhällstjänst men samtidigt utsätter sig själv för stora risker, rättfärdigar ett omfattande skydd för visselblåsaren. Skyddet utgörs i första hand av ett omfattande repressalieförbud. För att möjliggöra rapporteringen på ett säkert och effektivt sätt regleras därför såväl de interna som externa rapporteringskanalerna utförligt, och kraven är betydligt mer ingående än de tidigare rekommendationerna i CM/Rec(2014)7. Det krävs en samlad kraft i en enad front för att säkerställa och kontrollera att unionsrätten efterlevs, och detta är endast möjligt om medlemsländerna agerar samordnat. För att förbättra respekten för unionsrätten krävs mininormer och harmonisering av skydd för visselblåsare. De mer specifika hoten som nämns är de som riktas mot EU:s inre marknad. Det rör sig till exempel om aggressiv skatteplanering vilken kan leda till orättvis skattekonkurrens, överträdelse av produktsäkerhet, transportsäkerhet och miljöskydd.

Det finns ett stort allmänintresse för att olika missförhållanden inom såväl den privata som den offentliga sektorn belyses. Detta är endast möjligt med hjälp av en person på arbetsplatsen med en ställning som ger tillgång till sådan information, vilken inte är tillgänglig för utomstående. Dessa personer som i olika sammanhang benämns som visselblåsare, utsätter sig ofta för risker av olika slag och har därför ett högt skyddsvärde. Sådana risker visselblåsaren utsätter sig för kan resultera i att han eller hon blir utfrysad av sina medarbetare, vilket i sin tur kan leda till att personen blir baktalad, omplacerad eller kanske till och med uppsagd eller säger upp sig själv. Följderna kan därmed vara förödande, och risken att individens tillvaro slås i spillror är överhängande. Visselblåsarens huvudsakliga funktion är att åskådliggöra olika former av missförhållanden vilka många gånger är nödvändiga för att upprätthålla ett demokratiskt samhälle. I ett demokratiskt samhälle är det fundamentalt att medborgarna har tillgång till information, som är kopplade till olika demokratiska beslut för att kunna använda sin rätt att vara med och påverka i olika frågor. Att det finns ett skyddsvärde av visselblåsare är således tämligen självklart, men hur långtgående ett sådant skydd ska vara råder det delade meningar om.

De metoder som visselblåsaren använder sig av för att få tillgång till informationen kolliderar inte sällan med de arbetsrättsliga och i kollektivavtalen reglerade överenskommelserna den anställde ska förhålla sig till i sin anställning. Det finns en stark lojalitetsplikt gentemot arbetsgivaren, vilken är absolut nödvändig för att kunna bibehålla till exempel företagshemligheter.

Lojalitetsplikten är inte reglerad i lag utan är i stället en del av anställningsavtalet där den har en normerande verkan. Innebörden av lojalitetsplikten är enligt praxis från AD att sätta arbetsgivarens intresse före sina egna, och undvika situationer vilka kan leda till brott mot att detta åtagande sker. Bedömningen måste dock göras från fall till fall vilket bland annat innebär att hänsyn måste tas till den anställdes ställning, informationens art och hur rapporteringen har påverkat eventuella kundrelationer.

Lojalitetsplikten innefattas av två sidor, en materiel och en procedurinriktad sida. Den förstnämnda omfattar ställningstagande till frågor kring hur omfattande arbetstagarens tystnadsplikt är, och i vilken utsträckning arbetsgivaren är förpliktad att organisera en tillfredställande arbetsmiljö. Parterna har ömsesidiga förpliktelser att upplysa varandra om olika brister, till exempel att undvika beteenden som kan skapa problem för den andra parten. Lojalitet som respekt och hänsyn brukar även benämnas som passiv lojalitet. Parterna har också en skyldighet att på eget initiativ vidta åtgärder som är av hänsyn till motparten. Lojalitet som omsorg som också benämns som aktiv lojalitet. Den procedurinriktade sidan omfattar arbetet med att utforma strategier för hur det framtida förhållandet mellan arbetsgivaren och arbetstagaren ska se ut. Det centrala i en sådan process är en dialog mellan parterna i vilken de informerar varandra om olika handlingsplaner och om deras inställning till olika frågor.

Jag har under arbetet med denna uppsats blivit medveten om den komplexitet som denna nya lagstiftning genomsyras av, inte minst hur svårhanterlig den är för personer som inte är bekanta med det juridiska språket och resonemanget. Det svårbegripliga upplägget är något som samtliga remissinstanser också har påpekat. AD säger att omfattningen och komplexiteten av Visselblåsardirektivet kräver en så pass omfattande lagstiftning, även om det bara rör sig om implementering av minimireglerna i direktivet. Visselblåsaren erhåller skydd endast under förutsättning att innehållet i rapporten är viktig för att upprätthålla och värna unionsrätten och den inre marknaden. En stor del av arbetet med denna uppsats har kretsat kring Visselblåsardirektivet men också de rekommendationer (CM/Rec(2014)7) som är något av en föregångare till direktivet. Det kan konstateras att vägen till ett färdigt Visselblåsardirektiv har varit lång och förslagen till ett direktiv har många gånger bemöts av ett ointresse eller kanske rättare sagt okunskap. Slutligen har detta motsträviga förhållningsätt fått ge vika för allmänhetens intresse i olika uppmärksammade fall som till exempel Lux-leaks skandalen och i Sverige skandalen rörande fusk kring forskningsresultat på Karolinska institutet.

Jag har kritiserat utredningen för att i olika avseenden omfattas av brister. Min kritik mot utredningen utgår i första hand inte ifrån att utredarna har missat att ta upp relevanta företeelser, utan snarare att en utredning på över 800 sidor fokuserar för lite på viktiga delar i anställningsförhållandet som i min mening förtjänar mer uppmärksamhet. Jag har även kritiserat avsaknaden på ett resonemang kring Tre-steps modellen.

Jag var inledningsvis skeptisk mot vad som för mig föreföll som ett stort ingripande som implementering av Visselblåsardirektivet, och kanske ännu mer skeptisk till varför implementeringen skulle sträcka sig bortom minimikraven i Visselblåsardirektivet.

Under arbetets gång har min förståelse för ett förstärkt skydd, och kanske framför allt en harmonisering av detta skydd mellan medlemsländerna ökat. Implementeringen av Visselblåsardirektivet bör betraktas som ännu ett steg i de internationella och överstatliga åtaganden rörande mänskliga rättigheter som Sverige gjort under lång tid. Då Sverige 1982 antog ILO:s konvention 158 togs det första initiativet till att skärpa kraven för arbetsgivare rörande saklig grund för uppsägning. Just godtyckliga uppsägningar är en av de värsta repressalierna, som en visselblåsare kan råka ut för och även om ILO:s konvention 158. Även om denna konvention inte är direkt tillämplig i svensk rätt, har den beaktats i utredningen med anledning av att den i ger uttryck för ett internationellt åtagande som Sverige ingått som även har påverkat situationen för visselblåsare. EKMR har däremot en större inverkan på skyddet för visselblåsare, inte minst är den viktig i tolkningssyfte rörande rekvisit som till exempel allmänintresse och lojalitetsplikt. Med den nya Visselblåsarlagen tar nu Sverige ytterligare ett steg framåt för att öka säkerheten för visselblåsare. Även om stödet för visselblåsare och deras civilkurage är stort, kommer ändå denna nya lag med stor sannolikhet att kritiseras. Anledningen till det är att kraven som ställs för att visselblåsarens rapportering ska rättfärdigas är betydligt lägre än i dagens Visselblåsarlag. Kravet på endast missförhållande jämfört med det krav som ställs idag om allvarliga missförhållanden är ett exempel på ett lägre krav.

Detta tror jag kommer att leda till att fler visselblåsarärenden kommer att nå AD. En vägledande dom från AD bör rimligen kunna ge svar på flera frågeställningar kring viktiga tolkningsfrågor i den nya Visselblåsarlagen. Även viktiga förhandsavgörande det vill säga bindande avgöranden från EU-domstolen kommer antagligen att kasta nytt ljus över viktiga tolkningsfrågor i Visselblåsardirektivet.

Hur den nya Visselblåsarlagen kommer att påverka det svenska samhället i stort återstår att se. För att lagen ska få önskad effekt krävs att arbetstagare inte bara vågar agera visselblåsare, de måste också vara medvetna om hur omfattande skyddet är. Även om den nya Visselblåsarlagen är omarbetad i propositionen utgör den en omfattande juridisk text som säkerligen är besvärlig att sätta sig in i för en anställd. Repressalieskyddet är å andra sidan mycket omfattande, och om rapporteringskanalerna inrättas korrekt erhåller visselblåsaren ett starkt skydd. Om detta skydd är så starkt att det skapar spänningar i förhållandet mellan arbetstagare och arbetsgivare får tiden utvisa, men den nya Visselblåsarlagen kommer säkerligen inte att passera obemärkt då den införlivas i svensk rätt i december i år.

Källförteckning

Litteratur

Abazi, Vigjilenc,(2020). *The European Union Whistleblower Directive: A ‘Game Changer’ for Whistleblowing Protection?* Industrial Law Journal, Vol. 49, No.4, December 2020.

Bernitz,Ulf. Heuman, Lars. Leijonhufvud, Madeleine. Seipel, Peter. Warnling-Nerep, Wiweka. Vogel, Hans-Heinrich.2014. *Finna rätt – juristens källmaterial och arbetsmetoder*. Norstedts juridik.

Bowden, Caspar. Study for European Parliament, *‘The US Surveillance Programmes and their Impact on EU Citizens’ Fundamental Rights’*, Note, PE 474.405, September 2013;

European Commission (2017) *Summary results of the public consultation on whistleblower protection*.

European Court of Human Rights (2020). *Guide on Article 10 of the European Convention on Human Rights Freedom of expression*.

Fahlbeck, Reinhold (1992). *Företagshemligheter, konkurrensklausuler och yttrandefrihet*. Norstedts juridik.

Fransson, Susanne (2013). *Yttrandefrihet och whistleblowing om gränserna för anställdas kritikerätt*. Premiss förlag.

Fransson, Susanne (2012). *Lex Maria och lex Sarah-bestämmelserna i ett arbetsrättsligt perspektiv*. Ur *Nedslag i den nya arbetsrätten*. Liber AB Malmö.

Geijer, Lennart (1983). *Arbetsrättens språk ur Perspektiv på arbetsrätten – vänbok till Axel Adlercreutz*. Juridiska Föreningen i Lund, nr 60.

Glavå, Mats (2014). *Arbetsrätt*. Studentlitteratur AB Lund.

Hansson, Mikael (2010). *Kollektivavtalsrätten - en rättsvetenskaplig berättelse*. Iustus förlag AB.

Hassink, Harold. de Vries ,Meinderd. Bollen, Laury (2007). *A Content Analysis of Whistleblowing Policies of Leading European Companies*. Journal of Business Ethics (2007) 75:25–44.

Hettne, Jörgen. Otken Eriksson, Ida (2016). *EU-rättslig metod – teori och genomslag i svensk rättstillämpning*. Nordstedts juridik.

Hydén, Håkan. Hydén, Therese (2013). *Rättsregler– en introduktion till juridiken*. Studentlitteratur AB, Lund.

Källström, Kent. Malmberg, Jonas (2019) *Anställningsförhållandet – inledning till den individuella arbetsrätten*. Iustus förlag AB.

Konstitutionsutskottets utlåtande 2017/18:KU48 *Subsidiaritetstest av kommissionens förslag till direktiv om skydd för personer som rapporterar om överträdelser av unionsrätten*

Lagutskottets betänkande 1988/89:LU30 *Skydd för företagshemligheter*.

Larsson, Per (2015). *Skyddet för visselblåsare i arbetslivet - en konstitutionell och arbetsrättslig studie*.

Lehrberg, Bert (2019). *Praktisk juridisk metod*. Iusté AB. Elfte upplagan.

Lewis, David, (2011) *Whistleblowing in a changing legal climate: is it time to revisit our approach to trust and loyalty at the workplace?* Business Ethics: A European Review Volume 20 Number 1 January 2011.

Munukka, Jori (2007). *Kontraktuell Lojalitetsplikt*. Jure Förlag.

Nilsson, Mattias. Lundberg, Jenny (2010). *Europarätten – en introduktion till EU-rätten och Europakonventionen*. Jure.

Nääv, Maria & Zamboni, Mauro (2018). *Juridisk metodlära*. Studentlitteratur AB Lund.

Paju, Jaan (red.). Andersson, Helena. Bakardijeva Engelbrekt, Antonina. Bernitz, Ulf. Granmar, Claes. Lundqvist, Björn (2018). *Kritiskt tänkande inom Europarätten – sex reflekterande artiklar*. Ragulka förlag.

Reichel, Jane Åhman, Karin (2020). *SIEPS 2020:5 - Tjugofem år av Europarätt i Sverige*. Svenska institutet för europapolitiska studier.

Samuelsson, Joel. Melander, Jan (2012). *Tolkning och Tillämpning*. Iustus förlag AB.

Schelin, Johan (2018). *Kritiska perspektiv på rätten*. Poseidon förlag AB.

Schmidt, Folke (1959). *Tjänsteavtalet*. Norstedt & Söners.

Steinberg, Maria (2004). *Skyddsombud i allas intresse: - en rättsvetenskaplig studie*. Nordstedts juridik AB.

Transparency international the global coalitaion against coruption.(2013). *Whistleblowing in Europe- legal protection for whistleblowers in the EU*.

Vandekerckhove, Wim (2010). *European whistleblower protection: tiers or tears?*

Viklund, Lars (2010). *Om ”den medborgerliga yttrandefriheten” för privatanställda*, Vänbok till Ronnie Eklund, Iustus förlag.

Rättsfallsförteckning

Domar från AD

AD 1976:97

AD 1982:110

AD 1988:67

AD 1994:79

AD 1997:57

AD 2003:21

AD 2003:51

AD 2005:124

AD 2006:103

Domar från Europadomstolen

Guja mot Moldavien (2008-02-212) (GC) (74-78).

Heinsch mot Tyskland (2011-07-21).

EU

EUROPAPARLAMENTETS OCH RÅDETS DIREKTIV (EU) 2019/1936 av den 23 oktober 2019 om skydd för personer som rapporterar om överträdelser av unionsrätten.

Council of Europe recommendation CM/Rec(2014)7 on the protection of whistleblowers.

European Court of Human Rights (2020). *Guide on Article 10 of the European Convention on Human Rights*.

Resolution 1729(2010) of the parliament assembly of the council of Europe on protection of whistleblowers.

Recommendation 1916(2010) of the parliament assembly of the council of Europe on protection of whistleblowers.

Förslag till EUROPAPARLAMENTETS OCH RÅDETS DIREKTIV om skydd för personer som rapporterar om överträdelser av unionsrätten. 2018/0106 (COD).

EUROPAPARLAMENTETS OCH RÅDETS DIREKTIV (EU) 2016/943 av den 8 juni 2016 om skydd mot att icke röjd know-how och företagsinformation (företagshemligheter) olagligen anskaffas, utnyttjas och röjs.

EUROPAPARLAMENTETS OCH RÅDETS FÖRORDNING (EU) 2016/679 av den 27 april 2016 om skydd för fysiska personer med avseende på behandling av personuppgifter och om det fria flödet av sådana uppgifter och om upphävande av direktiv 95/46/EG (allmän dataskyddsförordning).

European Court of Human Rights *Guide on Article 10 of the European Convention on Human Rights*. European Court of Human Rights *Guide on Article 10 of the European Convention on Human Rights* Översättning av den sistnämnda gruppen är reporting on alleged irregularities by public officials.

Offentligt tryck

SOU 1975:75 *Medborgerliga fri- och rättigheter, Regeringsformen*.

SOU 2009:71 *Harmonisering på den inre marknaden*.

SOU 2013:79 *Stärkt meddelarskydd för privatanställda i offentligt finansierad verksamhet*.

SOU 2014:31 *Stärkt skydd för arbetstagare som slår larm om allvarliga missförhållanden*.

SOU 2017:45 *Ny lag om företagshemligheter*.

SOU 2020:38 *Ökad trygghet för visselblåsare*.

Justitiekanslern, dnr: 2721-11-30, beslut 2011-12-13

Ds 2002:56 *Hållfast arbetsrätt för ett föränderligt arbetsliv*

Konstitutionsutskottets betänkande 2018/19:KU32

Dir 2019:24. S 3. Kommittédirektiv *Genomförande av visselblåsardirektivet*

Prop. 1982/83:124

Prop. 2013/14:228

Prop. 2015/16:128

Prop. 2017/18:200

Prop. 2020/21:193

Arbetsdomstolen. *REMISSYTTRANDE Dnr 41/2020 2020-10-16 Saknr: 124*.

Lagrådsremiss Stockholm den 15 april 2021. *Genomförande av visselblåsardirektivet*.

A2020/01490/ARM.

LO. Remissyttrande *Ökad trygghet för visselblåsare, SOU 2020:38, Dnr 20200232*.

Svenskt näringsliv. *Remissyttrande, Ökad trygghet för visselblåsare*. Referens/dnr: A2020/01490/ARM

TCO. *Remissyttrande över betänkandet Ökad trygghet för visselblåsare, SOU 2020:38*. Refnr: A2020/01490/ARM

Elektroniska källor

https://www.svensktnaringsliv.se/om_oss/vad-vi-gor/

