

MASTER'S THESIS

Klokkenluiders in het arbeidsrecht

Krijgen klokkenluiders door Europese wetgeving meer bescherming?

Gerritsjans-van Essen, J.

Award date:

2020

Awarding institution:

Department of Private Law

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain.
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

pure-support@ou.nl

providing details and we will investigate your claim.

Downloaded from <https://research.ou.nl/> on date: 29. Nov. 2021

Open Universiteit
www.ou.nl



Klokkenluiders in het arbeidsrecht

Krijgen klokkenluiders door Europese wetgeving meer bescherming?

Naam: Jeanine Gerritsjans-van Essen
Studentnummer: 851683903
Begeleider: mw. mr. H.J.M. Severeijns-Wijenbergh
Examinator: mw. prof. mr. A. Ernes
Aantal woorden: 15387
Inleverdatum: 16 december 2019

Voorwoord

Voor u ligt de scriptie ‘Klokkenluiders in het arbeidsrecht. Krijgen klokkenluiders door Europese wetgeving meer bescherming?’. Deze scriptie heb ik geschreven ter afronding van de masteropleiding Rechtsgeleerdheid aan de Open Universiteit.

Aanvankelijk was ik van plan om een scriptie te schrijven over een heel ander onderwerp. Ik wilde wel een arbeidsrechtelijk onderwerp, dat wist ik zeker. Naarmate ik mij meer aan het inlezen was, vond ik het onderwerp toch niet geschikt. Ik heb toen gekozen om mijn onderwerp te wijzigen en moest daardoor weer opnieuw beginnen. Vanuit mijn interesse voor de machtsverhouding tussen de werkgever en de werknemer, ben ik op het onderwerp ‘klokkenluiden’ gekomen. Al snel had ik het voorstel voor een Europese richtlijn met betrekking tot klokkenluiders gevonden en was de keuze gemaakt.

Prettig is dat de richtlijn uiteindelijk is aangenomen. Daarmee is mijn onderzoek niet voor niets geweest. Ik vind het interessant om te zien dat in de uiteindelijke richtlijn aandacht is gekomen voor twee onderwerpen waarover ik tevens twee specifieke aanbevelingen in deze scriptie heb gedaan: ook voor juridische entiteiten met minder dan vijftig werknemers in dienst de procedure verplicht stellen en de mogelijkheid bieden om anoniem te melden. Deze twee punten stonden niet in het voorstel voor de richtlijn. Dit geeft aan dat ook op Europees niveau over deze mogelijkheden is nagedacht.

Ik wil een aantal mensen bedanken voor hun steun en kritische feedback tijdens het schrijven van mijn scriptie. Allereerst wil ik mijn scriptiebegeleider mevrouw Helma Severeijns-Wijenbergh bedanken voor haar begeleiding en de constructieve feedback die ik van haar heb mogen ontvangen. Ik waardeer het zeer dat zij flexibel is omgegaan met de wijziging van mijn onderwerp. Daarnaast wil ik ook mijn echtgenoot bedanken voor zijn steun tijdens mijn gehele opleiding. Het is pittig geweest om naast mijn fulltime baan in de avonduren en de weekenden te studeren. Mijn echtgenoot heeft mij daarin altijd de ruimte gegeven. Tot slot wil ik in het bijzonder mijn goede vriendin Dominique Heinst bedanken. Zij heeft mij voorzien van kritische feedback, waardoor ik geholpen ben om tot dit resultaat te komen.

Huissen, 16 december 2019

Inhoudsopgave

1. Inleiding	p. 1
1.1 Aanleiding voor het onderzoek	p. 1
1.2 Probleemstelling	p. 2
1.3 Onderzoeksmethoden	p. 3
1.4 Opbouw	p. 3
2. Juridisch kader	p. 5
2.1 Inleiding	p. 5
2.2 Klokkenluiden	p. 5
2.2.1 Vóór de invoering van de Wet Huis voor klokkenluiders	p. 5
2.2.2 Stichting van de Arbeid	p. 7
2.3 Wet Huis voor klokkenluiders	p. 8
2.4 EVRM	p. 9
3. Literatuur en rechtspraak	p. 11
3.1 Inleiding	p. 11
3.2 Literatuur	p. 11
3.2.1 Zelfregulering	p. 11
3.2.2 Vijftig of meer werknemers	p. 11
3.2.3 Interne melding	p. 12
3.2.4 Bescherming	p. 13
3.2.5 Anoniem melden	p. 14
3.2.6 Effectiviteit	p. 15
3.3 Jurisprudentieonderzoek	p. 15
3.3.1 EHRM	p. 15
3.3.2 Nederlandse jurisprudentie	p. 18
3.3.2.1 Vóór de invoering van de Wet Huis voor klokkenluiders	p. 18
3.3.2.2 TGB-arrest	p. 18
3.3.2.3 Na de invoering van de Wet Huis voor klokkenluiders	p. 19
4. Europese richtlijn	p. 22
4.1 Inleiding	p. 22
4.2 Richtlijn 2019/1937	p. 22
4.3 Wijzigingen in de Nederlandse wet	p. 25
4.4 Toetsing Nederlandse wetgeving aan de richtlijn	p. 26
5. Conclusie	p. 29
5.1 Samenvatting	p. 29
5.2 Conclusie	p. 31
5.3 Aanbevelingen	p. 32
6. Literatuurlijst	p. 36
7. Jurisprudentielijst	p. 40

1. Inleiding

1.1 Aanleiding voor het onderzoek

In de media zijn al verscheidene artikelen gewijd aan klokkenluiders. De meeste klokkenluiders hebben veel last gehad van hun melding van een misstand. Het lijkt verstandig om eerst goed na te denken welke consequenties men wil aanvaarden. Zo zijn we allemaal op de hoogte van het lot van Julian Assange¹ en Ad Bos.² Er zijn klokkenluiders die aangeven dat er een angstcultuur heerst op de werkvloer.³ Sitalsing kopt in de Volkskrant: *“in het echt eindigen klokkenluiders zelden als populaire types”*.⁴ Vollebregt schrijft in Trouw dat klokkenluiders vaak psychische problemen krijgen.⁵ In dit laatstgenoemde krantenartikel is beschreven dat drie collega’s een misstand aankaarten en dat zij alle drie werden ontslagen. Eén van deze collega’s kon vervolgens zijn woning niet meer betalen, woonde twee jaar lang anti-kraak in een tent en is onder behandeling bij een psycholoog vanwege een angststoornis.

Dit heeft mij aan het denken gezet over de machtsverhouding tussen de werkgever en de werknemer. Wat zou iemand doen? Iemand werkt met veel plezier bij een werkgever, maar komt op een gegeven moment achter het feit dat zijn werkgever misstanden begaat. Denk bijvoorbeeld aan externe werknemers die onderbetaald worden⁶ of aan banken die hun zorgplicht niet nakomen.⁷ Wat gaat iemand dan doen? Deze wanpraktijken aankaarten of juist zijn mond houden? Moet men bang zijn om zijn eigen baan kwijt te raken? In hoeverre wordt de werknemer beschermd als men zijn mond open doet? Of: in hoeverre wordt een persoonlijk conflict via de regels omtrent klokkenluiders uitgevochten? Welke wetgeving gold en geldt er op dit gebied?

Als men de krantenberichten erop naslaat, lijkt het niet aantrekkelijk om een misstand aan de kaak te stellen. Moerman schrijft dat uit een onderzoek van het FNV in 2000 is gebleken dat in 40% van de onderzochte gevallen het tot ontslag kwam.⁸ Brabers e.a. schrijven dat uit het jaarverslag van het Adviespunt Klokkenluiders is gebleken dat 89% van de klokkenluiders op enig moment negatieve gevolgen heeft ondervonden.⁹ Er komen bij mij een aantal vragen naar boven. Welke bescherming zou een klokkenluider moeten krijgen en onder welke voorwaarden zou hij deze bescherming moeten krijgen? Veelal is in het arbeidsrecht een geheimhoudingsclausule opgenomen in de arbeidsovereenkomst. Wanneer is het belang van openbaarmaking groter dan het belang van geheimhouding? Op welke manier moet een klokkenluider misstanden aan de kaak stellen?

¹ Modderkolk, *de Volkskrant* 19 mei 2017.

² Verlaan, *NRC* 23 augustus 2017.

³ Van der Gaag, *Algemeen Dagblad* 24 juli 2018.

⁴ Sitalsing, *de Volkskrant* 23 oktober 2017.

⁵ Vollebregt, *Trouw* 20 februari 2018.

⁶ De Vries, *de Volkskrant* 14 december 2018.

⁷ Jensma, *NRC* 3 april 2018.

⁸ Moerman 2015, p. 2.

⁹ Brabers e.a. 2015, p. 76.

1.2 Probleemstelling

Tot 2016 gold er in Nederland geen specifieke wetgeving op het gebied van (bescherming van) klokkenluiders. Inmiddels is de Wet Huis voor klokkenluiders op 1 juli 2016 in werking getreden.¹⁰ Ook staat het onderwerp op de Europese agenda.¹¹ Opvallend zijn ook de recentere nieuwsartikelen hieromtrent. Zo schrijft Voskuil in het Algemeen Dagblad dat het Huis voor Klokkenluiders negen miljoen kostte en nul zaken heeft opgelost¹² en heeft het NRC het over bestuurlijke chaos bij het Huis voor Klokkenluiders.¹³ Boersema schrijft dat zelfs in het Huis voor Klokkenluiders de klok is geluid.¹⁴ Rengers en Dohmen schreven al eerder dat een AIVD'er gedetacheerd was bij het Huis voor Klokkenluiders, waardoor mogelijk de onafhankelijkheid in het gedrang is gekomen.¹⁵ Ook is reeds sprake geweest van een crisis in het Huis voor Klokkenluiders, aldus de NRC.¹⁶ Verder bestaat er nog steeds een tweede meldpunt voor klokkenluiders, aangezien het Huis voor Klokkenluiders nog steeds niet optimaal lijkt te functioneren, aldus tevens de NRC in mei 2018.¹⁷ In het voorstel voor een Europese richtlijn zijn artikelen opgenomen die bescherming zouden moeten bieden aan klokkenluiders. Gaan er veranderingen aankomen nu het voorstel voor een Europese richtlijn d.d. 23-10-2019 is aangenomen?¹⁸

Bij brief van de minister van Buitenlandse Zaken d.d. 1 juni 2018 is reeds kort uiteengezet welke mogelijke veranderingen er nodig zijn, mocht het voorstel COM(2018)218 worden aangenomen.¹⁹ Daarin is een eerste voorzichtige conclusie te lezen dat de Wet Huis voor klokkenluiders en betreffend voorstel COM(2018)218 grote overeenkomsten bevatten en dat daardoor aanneming van het voorstel naar verwachting geen grote consequenties voor de implementatie in de Nederlandse wet gaat opleveren.²⁰ Deze brief bevat in totaal elf pagina's en betreft een summiere en voorlopige, conclusie. Hier wil ik graag op voortborduren. Met dit onderzoek wordt duidelijk of de huidige Nederlandse wetgeving momenteel voldoet aan de eisen zoals die in het voorstel voor de Europese richtlijn te lezen zijn. Moet de Nederlandse wetgeving aangepast worden nu het voorstel is aangenomen? Als de Nederlandse wetgeving niet aangepast hoeft te worden, dan kan het nog steeds zo zijn dat alsnog bij de uitvoering het een en ander gaat veranderen. Ook dat wordt in het onderzoek betrokken. De onderzoeksvraag is als volgt geformuleerd:

Voldoet de Nederlandse wetgeving aan de eisen die gesteld worden in de Europese richtlijn inzake de bescherming van personen die inbreuken op het Unierecht melden (Richtlijn 2019/1937)?

De vernieuwende inhoudelijke elementen zien vooral op de volledigheid van mijn onderzoek. Zoals reeds is aangehaald zal ik voortborduren op de brief van 1 juni 2018. Ik zal uitgebreid(er) en diepgaand(er) ingaan op de overeenkomsten en verschillen. Verder wil ik ook onderzoeken of er

¹⁰ *Stb.* 2016, 147.

¹¹ COM(2018)218.

¹² Voskuil, *Algemeen Dagblad* 4 april 2019.

¹³ Rengers, *NRC* 26 maart 2019.

¹⁴ Boersema, *Trouw* 30 juni 2019.

¹⁵ Rengers & Dohmen, *NRC* 12 maart 2017.

¹⁶ Rengers, *NRC* 19 oktober 2017.

¹⁷ Rengers, *NRC* 17 mei 2018.

¹⁸ PbEU 2019, L 305/17.

¹⁹ *Kamerstukken II 2017/18*, 22112, 2574.

²⁰ *Kamerstukken II 2017/18*, 22112, 2574, p. 9 en 10.

aanbevelingen zijn te doen betreffende zowel de Wet Huis voor klokkenluiders als het Europees voorstel. Waar ziet de bescherming op met betrekking tot beide regelingen? Welke voorwaarden worden gehanteerd? Is een werknemer echt gebaat bij de regelingen of zijn nog verdergaande beschermingsmaatregelen nodig? Wat zegt de rechtspraak over dit onderwerp?

De toegevoegde waarde van mijn onderzoek is vooral gelegen in het feit dat op een volledige wijze uiteen zal worden gezet wat er mogelijk moet veranderen om aan de eisen van de richtlijn te voldoen en dat daarnaast kritisch zal worden gekeken naar de richtlijn en de huidige Nederlandse wetgeving op het gebied van klokkenluiders. Neem bijvoorbeeld een vaag omschreven begrip als 'benadelen' in artikel 7:658c BW:

“De werkgever mag de werknemer niet benadelen als gevolg van het te goeder trouw en naar behoren melden van een vermoeden van een misstand als bedoeld in artikel 1, onderdeel d, van de Wet Huis voor klokkenluiders tijdens en na de behandeling van deze melding bij de werkgever of de daartoe bevoegde instantie.”

De vraag die gelijk naar boven komt is: wat is benadelen? In de Richtlijn 2019/1937 is een uitgebreide beschrijving van het begrip benadelen te zien. Artikel 19 van het voorstel geeft een niet-limitatieve opsomming van voorbeelden van represailles tegen melders die verboden zijn. Er zijn in totaal veertien voorbeelden opgesomd, waarmee specifiek en concreet invulling wordt gegeven aan het begrip 'benadelen'.

1.3 Onderzoeksmethoden

Ik wil gebruik maken van een wetgevings-, jurisprudentie- en literatuuronderzoek. Met een wetgevingsonderzoek kunnen de verschillen en overeenkomsten in kaart gebracht worden. Vervolgens wil ik een jurisprudentieonderzoek doen om te bekijken hoe de Nederlandse rechters, en ook de Europese rechters, reeds over het onderwerp hebben geoordeeld. Rechters baseerden vóór de invoering van de Wet Huis voor klokkenluiders bescherming van klokkenluiders op, onder andere, de meer algemene bepaling van artikel 7:611 BW.²¹Hoe is dat na de invoering van de Wet Huis voor klokkenluiders? Tot slot is een literatuuronderzoek interessant. Wat schrijven verschillende auteurs over dit onderwerp en wat vinden zij van de bescherming van klokkenluiders?

1.4 Opbouw

Achtereenvolgens worden de volgende onderwerpen behandeld. In hoofdstuk 1 beschrijf ik mijn onderzoeksplan en de aanleiding voor het onderzoek. In dit hoofdstuk zal ik ook de actualiteiten in de media behandelen. Wat schrijven verschillende journalisten in de kranten over dit onderwerp en wat zijn de recentere berichten? Vervolgens wil ik in hoofdstuk 2 eerst behandelen hoe men vóór de invoering van de Wet Huis voor klokkenluiders omging met klokkenluiders, vervolgens wat de Wet Huis voor klokkenluiders inhoudt en daarna welk(e) verdragsartikel(en) van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (hierna: EVRM) van toepassing is/zijn op het onderwerp klokkenluiders. Dit is het juridisch kader van mijn onderzoek en zal vooral veel theoretische informatie bevatten. Daarna zet ik in hoofdstuk 3 uiteen wat verschillende auteurs van het onderwerp klokkenluiders vinden en zal ik de resultaten van mijn jurisprudentieonderzoek

²¹ Hoge Raad 26-10-2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9244 (Theodoor Gilissen Bankiers).

behandelen. Ik zal bekijken of de uitspraken anders zijn geworden naar aanleiding van de invoering van de Wet Huis voor klokkenluiders. In hoofdstuk 4 zal ik de richtlijn beschrijven. Voorts zullen ook de verschillen en overeenkomsten ten opzichte van de Nederlandse wet blijken. Vervolgens ga ik de Nederlandse wetgeving toetsen aan de Europese richtlijn. Vind ik dat de Nederlandse wet aangepast moet worden? Zo ja, op welke punten? Zo nee, gaat er dan wel wat veranderen met betrekking tot de uitvoering van de wet? Zal bijvoorbeeld de jurisprudentie anders (moeten) worden om zodoende te voldoen aan de eisen van de richtlijn? En wat vind ik van de huidige Nederlandse wet omtrent klokkenluiders en het Europees voorstel? Tot slot volgt in hoofdstuk 5 een samenvatting en zijn mijn aanbevelingen en conclusies te lezen.

2. Juridisch kader

2.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt het juridisch kader weergegeven. Hoe ging men vóór de invoering van de Wet Huis voor klokkenluiders met klokkenluiders om en hoe is dat nu? Ook zal de invloed van het EVRM behandeld worden. In hoeverre had het EVRM vóór de invoering van de Wet Huis voor klokkenluiders invloed met betrekking tot het onderwerp klokkenluiden? Op voorgaande vragen zal achtereenvolgens in dit hoofdstuk antwoord gegeven worden.

2.2 Klokkenluiden

Er worden verschillende definities van klokkenluiden gehanteerd in de literatuur. Zo geven De Graaf & Huberts aan dat vrijwel elke studie vanaf 1971 naar klokkenluiders een andere definitie hanteert.²² Van Uden schrijft ook dat klokkenluiders verschillend gedefinieerd worden.²³ Van den Brink & Jurjens delen deze mening.²⁴ Dit zal het soms wat lastiger maken om verschillende meningen van auteurs met elkaar te vergelijken. Ik vind de volgende definitie van klokkenluiders de lading het beste dekken, ondanks dat de Wet Huis voor klokkenluiders een iets andere definitie impliceert:

*“Ambtenaren en werknemers die zonder opdracht of toestemming van hun superieuren informatie onthullen of in de openbaarheid treden met de bedoeling om de aandacht te vestigen op een misstand waarvan zij kennis hebben gekregen door hun werk binnen de organisatie”.*²⁵

Ten eerste dekt het mijns inziens de lading, omdat zowel ambtenaren als werknemers worden benoemd. Daarnaast wordt in sommige definities de eis gesteld dat er sprake moet zijn van een situatie waarbij een groot maatschappelijk belang in het geding is, maar mijns inziens hoeft er niet altijd sprake te zijn van een groot maatschappelijk belang. Waarom zou er bij een minder groot belang geen sprake zijn van een klokkenluider? Zijn minder grote belangen minder belangrijk? Ik vind van niet. Waarin en waarom de Wet Huis voor klokkenluiders afwijkt van bovenstaande definitie zal in paragraaf 2.3 aan de orde komen.

2.2.1 Vóór de invoering van de Wet Huis voor klokkenluiders

Vóór de invoering van de Wet Huis voor klokkenluiders gold er al wel een wettelijke bepaling voor ambtenaren met betrekking tot klokkenluiden. Zo bepaalde artikel 125quinquies lid 3 van de Ambtenarenwet (oud) dat een ambtenaar bescherming geniet indien conform de procedure en te goeder trouw misstanden zijn gemeld. De procedure was vastgesteld bij of krachtens algemene maatregel van bestuur. Thans wordt in artikel 125quinquies verwezen naar de procedure zoals beschreven in de Wet Huis voor klokkenluiders. Voor (private) werknemers golden geen aparte wetsbepalingen omtrent klokkenluiders. Klokkenluiders konden desondanks wel beschermd worden, maar dienden deze bescherming dan in te roepen op grond van (meer) algemene bepalingen.

²² De Graaf & Huberts 2010, p. 27.

²³ Van Uden 2003, p. 2 t/m 5.

²⁴ Van den Brink & Jurjens 2015, p. 3.

²⁵ *Kamerstukken II 2003/04*, 28 990, nr. 6, p. 8.

Zo geldt er vrijheid van meningsuiting, zoals geregeld in artikel 7 Gw. Vrijheid van meningsuiting is in Nederland een grondrecht, maar dit grondrecht kan wel beperkt worden. Zo staat in lid 3 van artikel 7 Gw de zinsnede 'behoudens iedere verantwoordelijkheid volgens de wet', dat betekent dat een wet in formele zin beperkingen kan regelen.²⁶ Zo is in artikel 7:678 lid 2 sub i BW opgenomen dat schending van geheimhouding in een arbeidsrechtelijke relatie een dringende reden voor ontslag kan opleveren. In de literatuur worden nog meerdere inperkingen van de vrijheid van meningsuiting in het arbeidsrecht genoemd²⁷, zoals onder andere op grond van artikel 7:678 lid 2 sub e BW, artikel 273 Sr en artikel 6:162 BW. Echter, deze andere bepalingen vallen buiten het bereik van dit onderzoek. De rechter past bij een eventueel geschil artikel 7 Gw niet rechtstreeks toe, maar maakt een belangenafweging.²⁸

Veelal wordt in een arbeidsovereenkomst een geheimhoudingsclausule opgenomen, waarin dus een beperking van de vrijheid van meningsuiting gelegen ligt. Het is voor een werkgever logischerwijs belangrijk dat de werkwijze van het bedrijf, bedrijfsinformatie en andere gevoelige informatie binnen de muren van de werkgever blijft. Vaak wordt er daarnaast een boetebeding conform artikel 7:650 BW overeengekomen voor het overtreden van, onder andere, de geheimhoudingsverplichting.

In een arbeidsrelatie geldt de algemene bepaling van artikel 7:611 BW. Zowel de werkgever als de werknemer dienen zich als goed werkgever respectievelijk werknemer te gedragen. Ook biedt artikel 7:611 BW een grondslag voor beperking van de vrijheid van meningsuiting. Een rechter zal bij een belangenafweging artikel 7:611 BW in ogenschouw nemen. Zo zal een rechter, zelfs als er geen geheimhoudingsclausule is overeengekomen, overwegen of de werknemer zich als een goed werknemer heeft gedragen en de onthulde informatie mocht onthullen.

In het arrest van de Hoge Raad van 26 oktober 2012²⁹ is een duidelijke belangenafweging gemaakt tussen enerzijds de vrijheid van meningsuiting en anderzijds de contractuele geheimhoudingsplicht. Kort gezegd komt de casus op het volgende neer. Een werknemer, werkzaam bij TGB, komt op enig moment achter het feit dat er veelvuldig regels zijn overtreden ten koste van een cliënt. Met deze cliënt had de werknemer veelvuldig contact. De werknemer vond dat onacceptabel en diende zijn ontslag per direct in. Daarnaast heeft hij de cliënt van de overtredingen op de hoogte gesteld. In de rechtszaken die daarna volgen, beroept de werknemer zich op bescherming op grond van de interne klokkenluidersregeling van de bank. In dit arrest is te lezen dat het uitgangspunt is dat de werknemer loyaal en discreet dient te handelen tegenover zijn werkgever, ook indien de werknemer de geheimhoudingsplicht schendt bij misstanden. Dit houdt onder andere in dat in beginsel de misstand eerst intern gemeld moet worden. Een uitzondering hierop kan alleen bij hele bijzondere omstandigheden gelden. Als de interne melding zinloos is, omdat duidelijk is dat deze melding geen effect zou hebben, kan er van een uitzondering sprake zijn. In casu waren de leidinggevende en

²⁶ *Kamerstukken II* 2003/04, 29614, 2, p. 27 en Vankan 2015, p. 18.

²⁷ Vankan 2015, p. 19, Moerman 2015, p. 15 en 16 en Van Uden 2003, p. 168 en 171.

²⁸ Bunschoten, in: *T&C Grondwet en Statuut*, art. 7 Grondwet (resp. Statuut), aant. 6 (online laatst bijgewerkt op 1 juli 2018), Vankan 2015, p. 16, Van Uden 2003, p. 149 en 150, Moerman 2015, p. 12 en *kamerstukken II* 2003/04, 29614, 2, p. 25.

²⁹ Hoge Raad 26-10-2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9244 (Theodoor Gilissen Bankiers).

directeuren zelf bij de misstanden betrokken en bleek uit het beleid van de werkgever dat de gedragingen van de werknemer in dit geval gerechtvaardigd waren. De Hoge Raad oordeelde dat er geen sprake was van ongeoorloofde schending van de geheimhoudingsplicht.

2.2.2 Stichting van de Arbeid

De Stichting van de Arbeid³⁰ heeft op 3 maart 2010 een ‘Verklaring inzake het omgaan met vermoedens van misstanden in ondernemingen’ gepubliceerd.³¹ Hierin zijn veel overeenkomsten te vinden met betrekking tot de te volgen procedure zoals dat ook in het arrest van de Hoge Raad van 26 oktober 2012³² is bevestigd. Woorden als loyaliteit en discretie zijn tevens in deze verklaring te lezen en ook de vrijheid van meningsuiting wordt genoemd. Ook wordt geadviseerd dat een klokkenluider eerst intern een melding doet. Verder gaat de verklaring redelijk uitgebreid in op de geadviseerde eisen ten aanzien van de procedure voor klokkenluiders die ondernemingen, in bijvoorbeeld hun CAO, kunnen opnemen. Die eisen zijn als volgt:

- a) een duidelijke definitie van misstand waarbij een maatschappelijk belang in het geding is;
- b) aanwijzing van één of meer functionarissen bij wie de melding plaats dient te vinden;
- c) wijze waarop met de interne melding wordt omgegaan;
- d) terugkoppeling naar de melder;
- e) vertrouwelijke behandeling op verzoek van de melder;
- f) mogelijkheid voor de melder om (juridisch) advies in te winnen;
- g) omschrijving situaties waarin en de wijze waarop de melder extern mag melden;
- h) rechtsbescherming van de melder.³³

De Stichting van de Arbeid is dus van mening dat de definitie van een misstand (en daardoor dus ook indirect de definitie van klokkenluiders) inhoudt dat er sprake moet zijn van een misstand waarbij een maatschappelijk belang in het geding is. Gedacht kan worden aan: gevaar voor de gezondheid, gevaar voor de veiligheid, gevaar voor het milieu, schending van wet- en regelgeving, onethisch gedrag et cetera.³⁴ Daarnaast schrijft de stichting dat in alle gevallen het vermoeden van de melder op redelijke gronden gebaseerd moet zijn en dat de melder dus in redelijkheid moet kunnen menen dat bekendmaking genoodzaakt is gelet op het maatschappij belang dat ermee gediend is.³⁵ Over de rechtsbescherming van de melder is de stichting relatief kort van stof, maar wel heel expliciet: “*Die bescherming houdt in dat zij op geen enkele wijze wegens de melding van een vermoeden van een misstand mogen worden benadeeld in hun positie in de onderneming.*”³⁶

³⁰ De Stichting van de Arbeid is het landelijk overlegorgaan van de centrale organisaties van zowel werkgevers als werknemers in Nederland. In de Stichting zijn vertegenwoordigd: VNO-NCW, MKB, LTO, FNV, CNV en VCP.

³¹ Stichting van de Arbeid, 2010 (online geraadpleegd op 29-01-2019: <https://www.stvda.nl>).

³² Hoge Raad 26-10-2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9244 (Theodoor Gilissen Bankiers).

³³ Stichting van de Arbeid, 2010, p. 4 (online geraadpleegd op 29-01-2019: <https://www.stvda.nl>).

³⁴ Stichting van de Arbeid, 2010, p. 4 (online geraadpleegd op 29-01-2019: <https://www.stvda.nl>).

³⁵ Stichting van de Arbeid, 2010, p. 6 (online geraadpleegd op 29-01-2019: <https://www.stvda.nl>).

³⁶ Stichting van de Arbeid, 2010, p. 7 (online geraadpleegd op 29-01-2019: <https://www.stvda.nl>).

2.3 Wet Huis voor klokkenluiders

Van 1 oktober 2012 tot 1 juli 2016 bestond de Commissie advies- en verwijspunt klokkenluiden. Het betrof een onafhankelijk Nederlandse instantie die potentiële klokkenluiders adviseerde en ondersteunde. Inmiddels is deze organisatie opgegaan in het Huis voor Klokkenluiders.³⁷

Op 1 juli 2016, en inmiddels laatstelijk gewijzigd op 13 juni 2018³⁸, is de Wet Huis voor klokkenluiders in werking getreden.³⁹ In de Wet Huis voor klokkenluiders is de volgende definitie van klokkenluiders te ontdekken in artikel 1:

“(Ex)-werknemers, die misstanden, gebaseerd op redelijke gronden, die voortvloeien uit de kennis die de werknemer bij zijn werkgever heeft opgedaan of voortvloeien uit de kennis die de werknemer heeft gekregen door zijn werkzaamheden bij een ander bedrijf of een andere organisatie en waarbij het maatschappij belang in het geding is bij de schending van een wettelijk voorschrift, gevaar voor de volksgezondheid, gevaar voor de veiligheid van personen, gevaar voor aantasting van het milieu, gevaar voor het goed functioneren van de openbare dienst of een onderneming als gevolg van een onbehoorlijke wijze van handelen of nalaten, melden.”

Dit betreft een aanzienlijk verschil met de definitie zoals verwoord in paragraaf 2.2. Mijns inziens is de definitie nogal streng geformuleerd. In de memorie van toelichting⁴⁰ is te lezen dat aansluiting is gezocht bij de verklaring van de Stichting van de Arbeid en dat lijkt inderdaad zo te zijn. Als motivering voor het feit dat sprake moet zijn van een situatie waarbij het maatschappelijk belang in het geding is, wordt aangegeven dat bijvoorbeeld een schending van de Arbeidstijdenwet wegens het overslaan van een pauze niet een situatie betreft waarbij het maatschappelijk belang in het geding is en daardoor als misstand in de Wet Huis voor klokkenluiders gezien dient te worden.⁴¹ Daar is wat voor te zeggen. Het zou niet wenselijk zijn dat voor iedere kleine misstand het Huis wordt ingelicht. Desondanks is mijns inziens de definitie (te) streng geformuleerd en kunnen er misstanden denkbaar zijn die hier niet onder vallen. Ter Huurne & Theunissen zijn het met mij eens.⁴²

Een werkgever met in de regel tenminste vijftig werknemers dient een procedure omtrent klokkenluiders te hebben binnen de onderneming, zoals geregeld in artikel 2 van de Wet Huis voor klokkenluiders. De eisen waaraan deze procedure dient te voldoen, komen grotendeels overeen met de eisen zoals die in de verklaring van de Stichting van de Arbeid te lezen zijn. In lid 3 van artikel 2 is vervolgens geregeld dat de werkgever de procedure schriftelijk of elektronisch kenbaar dient te maken. Het lijkt alsof voor ondernemingen met minder dan vijftig werknemers de wet, en daarmee ook de bescherming voor klokkenluiders, niet geldt, maar uit de memorie van toelichting blijkt het tegendeel.⁴³ Enkel het hebben van een procedure hieromtrent en het kenbaar maken is dus niet verplicht voor werkgevers met minder dan vijftig werknemers in dienst. Dat lijkt mij enigszins tegenstrijdig. Indien er wel een beroep gedaan kan worden op bescherming, dan is het ook handig dat vooraf duidelijk is aan welke eisen voldaan dient te worden. In de memorie van toelichting is te lezen dat er aangesloten is bij artikel 2 van de Wet op de ondernemingsraden. Ik kan mij voorstellen dat het niet praktisch is dat een kleine onderneming een ondernemingsraad moet hebben met

³⁷ *Stb.* 2011, 427, *Stb.* 2012, 229, en *Stb.* 2015, 202.

³⁸ *Stb.* 2018, 106.

³⁹ *Stb.* 2016, 147.

⁴⁰ *Kamerstukken II* 2011/12, 33 258, nr. 3, p. 7.

⁴¹ *Kamerstukken II* 2011/12, 33 258, nr. 3, p. 8.

⁴² Ter Huurne & Theunissen 2016, p. 4.

⁴³ *Kamerstukken II* 2014/15, 34 105, nr. 7, p. 5.

bijbehorende bevoegdheden, maar dit geldt mijns inziens niet voor een klokkenluidersregeling. Een ondernemingsraad en een klokkenluidersregeling zijn dan ook niet goed met elkaar te vergelijken. Er zijn andere doelen. Daarom is mijn mening dat artikel 2 van de Wet Huis voor klokkenluiders voor elke onderneming zou moeten gelden, ongeacht het aantal werknemers dat de werkgever in dienst heeft.

Verder is op grond van artikel 3 lid 1 van de Wet Huis voor klokkenluiders een Huis voor Klokkenluiders in het leven geroepen en regelen de artikelen 3a t/m 8 wat de bevoegdheden van het Huis zijn en wat de procedure bij het Huis inhoudt. Kort gezegd heeft het Huis twee afdelingen: een afdeling advies en een afdeling onderzoek. De afdeling advies houdt zich bezig met het informeren, adviseren en ondersteunen van potentiële klokkenluiders, vergelijkbaar met de invulling van de Commissie advies- en verwijspunt klokkenluiden destijds. De afdeling onderzoek houdt zich bezig met de beoordeling van verzoekschriften van werknemers en zij stelt op basis daarvan wel of geen onderzoek in naar het vermoeden van een misstand en de wijze waarop de werkgever zich jegens de werknemer heeft gedragen naar aanleiding van de melding. Deze twee afdelingen opereren onafhankelijk van elkaar. Zo bepaalt artikel 3b lid 3 dat een lid dat betrokken is geweest bij de advisering, niet deelneemt aan het onderzoek. Hetzelfde geldt, op grond van artikel 3d lid 5, voor de medewerkers. Verder geldt er een geheimhoudingsplicht die geregeld is in artikel 3i en wordt de identiteit van de werknemer gewaarborgd zoals bepaald in artikel 3j: *“Het Huis maakt de identiteit van de werknemer die informatie, advies of ondersteuning vraagt en van de verzoeker niet bekend zonder diens instemming”*. De belangrijkste redenen dat de afdeling onderzoek niet binnen zes weken na dagtekening van het verzoekschrift een onderzoek hoeft in te stellen zijn:

- indien het maatschappelijk belang bij een onderzoek, dan wel de ernst van de misstand, kennelijk onvoldoende is (artikel 6 lid 1 sub c);
- indien er geen interne melding heeft plaatsgevonden (tenzij dat in redelijkheid niet gevraagd kan worden) (sub e);
- indien een interne melding niet naar behoren heeft plaatsgevonden (sub f).

Uit artikel 17 lid 2 blijkt dat het Huis een rapport maakt met daarin een analyse van de misstand, vaststelling van de (vermoedelijke) oorzaken, de omvang van de gevolgen en de (mogelijke) aanbevelingen aan de werkgever. Het rapport is daarmee dus niet bindend.

2.4 EVRM

In artikel 10 EVRM is de vrijheid van meningsuiting Europeesrechtelijk geregeld. In lid 1 is dit recht verankerd, waarbij tevens vermeld staat dat dit recht geldt ‘zonder inmenging van enig openbaar gezag en ongeacht grenzen’. In lid 2 is dat enigszins genuanceerd, doordat dit recht aan bepaalde formaliteiten, voorwaarden, beperkingen of sancties kan worden onderworpen die bij wet zijn voorzien en die in een democratische samenleving noodzakelijk zijn in het belang van de nationale veiligheid, territoriale integriteit of openbare veiligheid, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden, de bescherming van de goede naam of de rechten van anderen, om de verspreiding van vertrouwelijke mededelingen te voorkomen of om het gezag en de onpartijdigheid van de rechtelijke macht te waarborgen. Bij wet voorzien houdt hier tevens een wet in materiele zin in.⁴⁴

⁴⁴ Vankan 2015, p. 20.

Het verschil met artikel 7 Gw is dat in de Nederlandse grondwet niet *alle* uitingen worden benoemd, aldus Vankan.⁴⁵ Volgens Vankan is de tekst van artikel 10 EVRM aanzienlijk ruimer en veelomvattender dan artikel 7 Gw, omdat alle vormen van expressie onder de reikwijdte van artikel 10 EVRM vallen. Hierbij noemt Vankan dat ook uitingen op de televisie, in de kunst of via het internet onder artikel 10 EVRM vallen. Daarnaast is volgens Vankan een verschil dat in artikel 10 EVRM ook het ontvangen onder de reikwijdte van vrijheid van meningsuiting valt, waar in artikel 7 Gw alleen het openbaren wordt genoemd. Moerman benoemt alleen het laatste verschil als reden dat 10 EVRM ruimer is en schrijft daar nog bij dat ook het verzamelen van denkbeelden en inlichtingen onder de reikwijdte van artikel 10 EVRM valt.⁴⁶

Mijns inziens vallen ook uitingen op de televisie, in de kunst of via het internet onder artikel 7 Gw⁴⁷ en kan ik beide auteurs volgen in hun mening dat ook het *ontvangen* onder de reikwijdte van artikel 10 EVRM valt. Met beide auteurs ben ik het eens dat artikel 10 EVRM ruimer is dan artikel 7 Gw.

⁴⁵ Vankan 2015, p. 15.

⁴⁶ Moerman 2015, p. 11.

⁴⁷ Bunschoten, in: *T&C Grondwet en Statuut*, art. 7 Grondwet (resp. Statuut), aant. 4 (online laatst bijgewerkt op 1 juli 2018).

3. Literatuur en rechtspraak

3.1 Inleiding

In dit hoofdstuk zijn de resultaten van het literatuur- en jurisprudentieonderzoek beschreven. Wat schrijven verschillende auteurs over klokkenluiders in het arbeidsrecht? Wat hebben verschillende rechters zowel vóór als na de invoering van de Wet Huis voor klokkenluiders geoordeeld en is de jurisprudentie na de invoering van de wet veranderd? Hierop zal in dit hoofdstuk antwoord worden gegeven. Zowel Nederlandse als Europese jurisprudentie is geanalyseerd. Uit de analyse blijken de verschillen en overeenkomsten van de verscheidene uitspraken.

3.2 Literatuur

3.2.1 Zelfregulering

De Graaf & Huberts schrijven dat zelfregulering in de private sector (zoals dat vóór de invoering van de Wet Huis voor klokkenluiders was) niet werkt.⁴⁸ Zij hebben gepleit voor een onafhankelijke en duidelijk zichtbare organisatie (een landelijk meldpunt) waar alle klokkenluiders terecht kunnen indien een interne melding niet het gewenste resultaat heeft opgeleverd.⁴⁹ Ook Vankan is van mening dat zelfregulering niet werkt.⁵⁰ Willems heeft reeds in 2003 gepleit voor een meldingsplicht voor werknemers bij misstanden.⁵¹

Met de Graaf & Huberts en Vankan ben ik het eens dat zelfregulering niet werkt, maar een meldingsplicht is mijns inziens een stap te ver aangezien er nogal wat consequenties aan de melding vast kunnen zitten. Immers, bij een onterechte melding geniet een werknemer geen bescherming en ook bij een terecht melding is het maar de vraag of de werknemer niet alsnog benadeeld zal worden door de werkgever. Ik vind daarom dat een werknemer altijd zelf de keuze moet hebben om wel of geen melding te doen. Dit vooral gelet op de machtsverhouding tussen de werkgever en de werknemer.

3.2.2 Vijftig of meer werknemers

Vankan wijst op het feit dat de regel dat een onderneming met vijftig of meer werknemers een procedure omtrent klokkenluiders dient te hebben willekeurig lijkt te zijn gekozen. Ook in kleinere ondernemingen kunnen immers misstanden voorkomen, aldus Vankan.⁵² Ook Brabers e.a. vinden het jammer dat er geen gehoor is gegeven aan het commentaar op het Eerste Wetsvoorstel om ook voor ondernemingen met minder dan vijftig werknemers een procedure omtrent klokkenluiders verplicht te stellen.⁵³ De Wolff is van mening dat het aantal medewerkers dat een werkgever in dienst moet hebben, voordat een procedure omtrent klokkenluiders verplicht is, aan de hoge kant is.⁵⁴

⁴⁸ De Graaf & Huberts 2010, p. 62.

⁴⁹ De Graaf & Huberts 2010, p. 67.

⁵⁰ Vankan 2015, p. 60.

⁵¹ Willems 2003, p. 7.

⁵² Vankan 2015, p. 76.

⁵³ Brabers e.a. 2015, p. 76.

⁵⁴ Wolff 2016, p. 1.

Alhoewel de bescherming niet is gerelateerd aan de hoeveelheid werknemers in een onderneming, is het wel opmerkelijk dat de verplichting voor het hebben van een interne procedure alleen geldt voor een onderneming met vijftig of meer werknemers. Het is onduidelijk waarom er aansluiting is gezocht bij de Wet op de ondernemingsraden. Zoals eerder is betoogd dient mijns inziens artikel 2 van de Wet Huis voor klokkenluiders voor elke onderneming te gelden, zodat voor alle werknemers duidelijk is wat de regels met betrekking tot klokkenluiden zijn.

3.2.3 Interne melding

De Graaf & Huberts schrijven dat het logisch is dat de melding eerst intern bij de direct leidinggevende dient te worden gedaan, maar als dat om wat voor reden dan ook niet mogelijk is er andere alternatieven voorhanden moeten zijn.⁵⁵ Tevens is Vankan, net als De Graaf & Huberts, van mening dat de werkgever eerst in de gelegenheid dient te worden gesteld om de misstand aan te pakken, zodat eerst een interne melding moet worden gedaan.⁵⁶ Daarbij onderschrijft Vankan het belang dat niet in alle gevallen deze verplichting er moet zijn, zoals in het geval dat direct leidinggevenden bij de misstand betrokken zijn of ervan op de hoogte zijn maar er niets tegen doen.⁵⁷ Tevens is Van Uden het met meerdere auteurs eens dat voorafgaande interne melding van belang is.⁵⁸ Van Uden meent dat voor een interne melding slechts één melding bij een leidinggevende reeds voldoende zou moeten zijn.⁵⁹ Hij is daarbij wel van mening dat een werkgever altijd de kans moet krijgen om de misstand eerst zelf op te lossen.⁶⁰ Verdam schreef reeds in 2001 dat een interne melding noodzakelijk is, maar dat een interne melding achterwege kan blijven indien de melding zinloos zou zijn, indien de werknemer in redelijkheid mocht vrezen voor represaillemaatregelen of indien de werknemer mocht vrezen voor vernietiging van bewijsmateriaal.⁶¹ Ter Huurne & Theunissen daarentegen vinden het opmerkelijk dat een melding eerst intern moet worden gedaan, aangezien er sprake moet zijn van een maatschappelijk belang en er dan veelal meerdere organisaties bij betrokken zijn.⁶² Ook vinden zij de interne melding in strijd met hetgeen het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: EHRM) eerder heeft bepaald.⁶³

Eenzijds ben ik van mening dat een interne melding (in de meeste gevallen) noodzakelijk is, zodat de werkgever de gelegenheid krijgt om de misstand zelf op te lossen zonder dat hij reputatieschade lijdt. In sommige gevallen zullen immers de directieleden wellicht helemaal niet van het bestaan van de misstand op de hoogte zijn. Dat kan zich bijvoorbeeld in grote organisaties voordoen. Anderzijds kan door de interne melding een misstand ook in de doofpot gestopt worden en vind ik openbaarheid en transparantie belangrijk. Als er sprake is van transparantie kan dat ook een afschrikkende werking hebben, zodat werkgevers wellicht meer geneigd zijn om geen misstand te begaan of meer controle uitvoeren om misstanden te voorkomen.

⁵⁵ De Graaf & Huberts 2010, p. 64.

⁵⁶ Vankan 2015, p. 75.

⁵⁷ Vankan 2015, p. 75.

⁵⁸ Van Uden 2003, p. 265.

⁵⁹ Van Uden 2013 (I), p. 6.

⁶⁰ Van Uden 2013 (I), p. 6.

⁶¹ Verdam 2001, p. 5.

⁶² Ter Huurne & Theunissen 2016, p. 2.

⁶³ Ter Huurne & Theunissen 2016, p. 3 waarbij Ter Huurne & Theunissen verwijzen naar EHRM 12-02-2008, ECLI:NL:XX:2008:BD1054 (Guja/Moldavië).

3.2.4 Bescherming

Moerman schrijft dat, alhoewel er verbeterpunten voor het wetsvoorstel van de Wet Huis voor klokkenluiders waren die niet zijn doorgevoerd, de wet toch een grote verbetering voor de bescherming van de werknemers is aangezien garanties als recht op loon of bescherming tot ontslag tot op heden niet golden.⁶⁴ Vankan is van mening dat bescherming van de melder noodzakelijk is, wil men stimuleren dat werknemers misstanden melden.⁶⁵ Brabers e.a. vinden dat de benadelingsbescherming van de klokkenluider niet afdoende is.⁶⁶ Zo zijn zij van mening dat het motief van de klokkenluider van ondergeschikt belang zou moeten zijn en vrezen zij dat een potentiële melder afgeschrikt kan worden door het feit dat enkel recht op bescherming bestaat als de melding te goeder trouw is gedaan.⁶⁷ Ook zijn zij voorstander van een omkering van de bewijslast, waarbij de werkgever dient aan te tonen dat niet in strijd met het benadelingsverbod is gehandeld.⁶⁸ Met Brabers e.a. was Van Uden reeds in 2003 van mening dat het motief van de klokkenluider in beginsel niet relevant is⁶⁹ en met Brabers e.a. is hij ook voorstander van omkering van de bewijslast.⁷⁰ Ook schrijft Van Uden dat er verdergaande bescherming van klokkenluiders in de uitspraken van het EHRM te ontdekken is ten opzichte van de Nederlandse rechtspraak.⁷¹ Ook Van den Brink & Jurjens geven aan dat de wetgeving strenger lijkt te zijn dan de reeds door het EHRM ontwikkelde rechtspraak omtrent klokkenluiders. Zo geven zij bijvoorbeeld aan dat in de Wet Huis voor klokkenluiders de bewijslast, dat er causaal verband is tussen de melding en de benadeling, bij de werknemer komt te liggen, terwijl dit bij de werkgever zou moeten liggen.⁷² Ook benoemen zij het feit dat er sprake moet zijn van te goeder trouw, terwijl zij concluderen dat het EHRM uitgaat van te goeder trouw en te kwader trouw aangetoond dient te worden door de werkgever.⁷³ Mirshahi & Nicolai vinden dat de verlichting van de bewijslast noodzakelijk is om het benadelingsverbod in de praktijk beter tot zijn recht te laten komen.⁷⁴ Ook zij zien dat vooral in de vorm van omkering van de bewijslast.⁷⁵ Zij verwachten bovendien dat, ondanks dat het benadelingsverbod nu in de wet is opgenomen, melders toch geconfronteerd zullen worden met benadeling. Om die reden zijn zij voor een fonds ter ondersteuning van melders. Een fonds zou een vergoeding kunnen uitkeren die rekening houdt met een ontslagvergoeding, met eigen schuld en met de financiële draagkracht van de melder.⁷⁶ Tevens pleiten zij ervoor dat duidelijk uit de wet zou moeten blijken wanneer een melder bij de media de klok mag luiden.⁷⁷ Tot slot zijn zij ook voor het belonen van de melder voor een terecht gedane melding.⁷⁸

Met Brabers e.a. en Van Uden ben ik het eens dat het motief van de melder van ondergeschikt belang is. Uiteindelijk is de bepaling dat een melder moet handelen uit zuivere motieven dan ook niet

⁶⁴ Moerman 2015, p. 62 en 63.

⁶⁵ Vankan 2015, p. 63.

⁶⁶ Brabers e.a. 2015, p. 85.

⁶⁷ Brabers e.a. 2015, p. 86.

⁶⁸ Brabers e.a. 2015, p. 88 en 89.

⁶⁹ Van Uden 2003, p. 232 en Van Uden 2013 (I), p. 7.

⁷⁰ Van Uden 2003, p. 276.

⁷¹ Van Uden 2013 (I), p. 4.

⁷² Van den Brink & Jurjens 2015, p. 14.

⁷³ Van den Brink & Jurjens 2015, p. 14.

⁷⁴ Mirshahi & Nicolai 2016, p. 3.

⁷⁵ Mirshahi & Nicolai 2016, p. 4.

⁷⁶ Mirshahi & Nicolai 2016, p. 3 en 4.

⁷⁷ Mirshahi & Nicolai 2016, p. 5.

⁷⁸ Mirshahi & Nicolai 2016, p. 5.

meer in de wet terug te vinden.⁷⁹ Ook ben ik groot voorstander van omkering van de bewijslast. Op die manier leg je de bewijslast neer bij degene bij wie de bewijslast mijns inziens hoort te liggen. Immers, als een werknemer wordt ontslagen nadat een melding is gedaan, roept dat wel de vraag op welke redenen aan het ontslag ten grondslag liggen. Zeker gelet op de machtsverhouding tussen de werkgever en werknemer is het mijns inziens wenselijk de werknemer bescherming te bieden. Daarentegen kan ik mij ook goed voorstellen dat na een melding de verhoudingen op scherp staan. Is een constructieve arbeidsrelatie na de melding nog wel haalbaar? Er zal een vertrouwensbreuk zijn ontstaan en de vraag is of het vertrouwen daarna nog wel te herstellen is.

3.2.5 Anoniem

Voorts geeft Vankan aan dat anonimiteit niet gewaarborgd is, wil men een beroep willen doen op rechtsbescherming.⁸⁰ Grapperhaus schreef reeds in 2004 dat volgens hem ook anoniem de klok geluid moet kunnen worden.⁸¹ Hij onderschrijft het belang daarvan niet alleen voor de werknemer, maar ook voor de werkgever en eventueel andere derden die bij de misstand zijn betrokken. Mirshahi & Nicolai onderschrijven de voordelen van anoniem melden, maar zien ook de nadelen van anoniem melden. Zo kan er geen onderzoek plaatsvinden op grond van hoor en wederhoor en kan de werkgever niet met vragen terecht bij een anonieme melder.⁸² Desondanks vinden zij de voordelen opwegen tegen de nadelen. Het grote voordeel is dat het risico op benadeling wordt verkleind, aldus Mirshahi & Nicolai. Ook Verdam is voorstander van de mogelijkheid tot anoniem melden⁸³ en tevens Ter Huurne & Theunissen lijken voorstander van de mogelijkheid tot anoniem melden.⁸⁴

Het anoniem melden zou een goede oplossing kunnen zijn met betrekking tot het nadeel van de ontstane vertrouwensbreuk na het doen van een melding. Met Grapperhaus ben ik van mening dat er voordelen zijn voor zowel de werkgever als de werknemer. Deze voordelen wegen, zoals Mirshahi & Nicolai ook bepleiten, mijns inziens op tegen de nadelen. Dat er geen onderzoek kan plaatsvinden op grond van hoor en wederhoor en de werkgever geen vragen kan stellen, vind ik van ondergeschikt belang. Het gaat immers om de misstand die aangepakt moet worden en niet zozeer om de melder. De melder loopt een groot risico en kan nadelige consequenties ondervinden, terwijl de melder mogelijk handelt uit een ideologie. Een rechtvaardigheidsgevoel. Ook het risico op reputatieschade voor de werkgever kan op deze manier beperkt worden. Zo kan er gedacht worden aan het eerst anoniem en intern moeten melden van een misstand, waarna bij geen resultaat de anonieme melding bij het Huis kan plaatsvinden. Het Huis kan vervolgens een onafhankelijk onderzoek instellen waarbij het Huis een beslissing dient te nemen of de misstand van dermate grote omvang is dat het publiekelijke aandacht dient te krijgen of anderszins opgelost dient te worden. Op die manier wordt voorkomen dat melders direct de media opzoeken en dat daardoor reputatieschade onvermijdelijk is. De rapporten van het Huis zullen in beginsel niet openbaar zijn. Ook zal het Huis zich dan meer gaan bezighouden met de misstanden dan met de melder. Een onderzoek als beschreven in artikel 4 lid 1 onder b van de Wet Huis voor klokkenluiders is dan niet meer nodig. Daar komt nog bij dat er ook geen belangafweging meer hoeft plaats te vinden met betrekking tot enerzijds de vrijheid van meningsuiting en anderzijds de geheimhoudingsplicht. De verantwoordelijkheid voor het eventueel publiekelijk bekendmaken van de misstand komt volledig bij het Huis te liggen. De werknemer zal

⁷⁹ *Kamerstukken II 2014/15*, 34 105, nr. 7, p. 23.

⁸⁰ Vankan 2015, p. 79.

⁸¹ Grapperhaus 2004, p. 1 en Grapperhaus 2014, p. 1.

⁸² Mirshahi & Nicolai 2016, p. 2.

⁸³ Verdam 2001, p. 6.

⁸⁴ Ter Huurne & Theunissen 2016, p. 4.

dan in beginsel niet met de misstand naar buiten mogen treden. Het Huis krijgt hiermee wel vergaande bevoegdheden en de integriteit van de werknemers van het Huis is dan zeer belangrijk.

3.2.6 Effectiviteit

Doordat het Huis geen sancties kan opleggen is het de vraag of misstanden daadwerkelijk worden aangepakt, aldus Moerman.⁸⁵ Vankan beschouwt het definitieve rapport van het Huis als een lege huls. Het gaat immers om niet-verbindende aanwijzingen die de werkgever direct naast zich neer kan leggen.⁸⁶ Van den Brink & Jurjens vragen zich af wat het Huis voor klokkenluiders toevoegt aan de huidige opties die toen reeds voor de klokkenluiders openstonden.⁸⁷ Rijke vraagt zich af waarom het Huis niet kan sanctioneren bij constatering van inbreuken op het benadelingsverbod.⁸⁸ Ook is hij van mening dat, indien het Huis besluit geen onderzoek te starten, dat niet gemeld dient te worden bij de werkgever, hetgeen nu wel het geval is.⁸⁹ Ter Huurne & Theunissen zijn van mening dat door de Wet Huis voor klokkenluiders de klokkenluiders niet beter worden beschermd.⁹⁰ Met de verschillende auteurs ben ik het eens dat het bevreemdend is dat het rapport van het Huis niet bindend is. Hierdoor kan een onderneming het rapport alsnog naast zich neerleggen en geen actie ondernemen. Het is mijns inziens juist van belang dat het Huis de bevoegdheden krijgt om ook handhavend op te kunnen treden. Het Huis krijgt dan meer een rol die vergelijkbaar is met de rol van een toezichthouder. Gedacht kan worden aan het opleggen van een verplichting, bijvoorbeeld het opheffen van de misstand binnen een bepaalde termijn op straffe van een dwangsom.

3.3 Jurisprudentieonderzoek

In totaal zijn er bijna 100 uitspraken gevonden die relevant kunnen zijn voor dit onderzoek. Niet alle uitspraken zullen even uitgebreid worden behandeld. Veelal betreft een uitspraak namelijk een herhaling van zetten. Zoals te verwachten zijn er veel meer uitspraken gevonden op het gebied van het ambtenarenrecht, aangezien vóór de invoering van de Wet Huis voor klokkenluiders reeds een wetsartikel voor ambtenaren gold met betrekking tot klokkenluiders. Eerst zullen de uitspraken van het EHRM worden behandeld en daarna de Nederlandse jurisprudentie.

3.3.1 EHRM

Het EHRM maakt in zowel uitspraken omtrent klokkenluiders als in andere zaken die artikel 10 EVRM raken, een belangenafweging tussen de vrijheid van meningsuiting en de mogelijke inperkingen van dit recht. Het EHRM bekijkt vervolgens of de inperking van dit recht noodzakelijk is in een democratische samenleving.⁹¹

⁸⁵ Moerman 2015, p. 63.

⁸⁶ Vankan 2015, p. 78.

⁸⁷ Van den Brink & Jurjens 2015, p. 14.

⁸⁸ Rijke 2017, p. 5.

⁸⁹ Wolff 2016, p. 2.

⁹⁰ Ter Huurne & Theunissen 2016, p. 1.

⁹¹ EHRM 29-02-2000, ECLI:NL:XX:2000:AD3149, m.nt. E.J. Dommering (Fuentes Bob/Spanje), EHRM 22-11-2007, ECLI:NL:XX:2007:BC0481, m.nt. E.J. Dommering (Voskuil/Nederland), EHRM, 22-11-2007 ECLI:NL:XX:2007:BC0481, m.nt. Gerard Schuijt (Voskuil/Nederland), EHRM, 18-10-2018

Guja/Moldavië

In de zaak van Guja tegen Moldavië⁹² had een ambtenaar van het openbaar ministerie interne informatie omtrent intimidaties van officieren van justitie gegeven aan de pers. Guja heeft hierna ontslag gekregen. Het hof heeft unaniem geoordeeld dat sprake is van een schending van artikel 10 EVRM.

Het EHRM stelt voorop dat werknemers een verplichting tot loyaliteit en discretie hebben ten opzichte van hun werkgever. Gelet op deze verplichting geldt als uitgangspunt dat, indien er sprake is van een misstand, eerst de leidinggevende op de hoogte wordt gesteld en pas slechts indien dit niet uitvoerbaar is, informatie kan worden onthuld aan het publiek. Het EHRM laat meewegen of een andere weg openstond om de misstand te bestrijden. Andere factoren die het EHRM mee laat wegen zijn:

- het publieke belang bij de onthulde informatie;
- mate van authenticiteit van de informatie;
- de schade die de autoriteiten lijden als gevolg van de onthulling van de informatie;
- de vraag of de onthuller te goeder trouw handelde;
- de zwaarte van de aan de onthuller opgelegde sanctie.

Deze rechtsregels zijn in latere uitspraken van het EHRM bevestigd.⁹³ Ook het stilzitten van de leidinggevende, terwijl duidelijk is dat diegene bekend is met de misstand, weegt het EHRM mee. Zo kan het voor een langere periode stilzitten van de leidinggevende, een rechtvaardiging opleveren om zelfs aan de krant informatie te onthullen. Dit was de eerste uitspraak waarin het EHRM zijn visie gaf met betrekking tot klokkenluiders. Wat opvalt is dat in deze zaak is gekeken naar de zwaarte van de sanctie in relatie tot de afschrikwekkende werking voor potentiële klokkenluiders. Deze rechtsregel is in latere uitspraken van het EHRM bevestigd.⁹⁴ Wat tevens opvalt is dat het EHRM als voorwaarde waaronder de klokkenluider aanspraak kan maken op bescherming stelt, dat het onder andere moet gaan om: *“kennis van zaken bij de dienst of het bedrijf waar de klokkenluider werkzaam is, waarvan hij als enige of als één van een beperkte categorie personen op de hoogte is, zodat hij bij uitstek in de positie verkeert om zijn werkgever dan wel een groter publiek te informeren”*. Ook dienen eventuele persoonlijke motieven mee te wegen in de belangenafweging en zal, indien daar sprake van is, bescherming niet gerechtvaardigd zijn.

Eenzijds is mijns inziens een logische redenering dat er geen persoonlijke motieven ten grondslag aan de melding mogen liggen. Conflicten dienen dan ook niet met gebruikmaking van de regels met betrekking tot klokkenluiders te worden uitgevochten. Anderzijds is er ook wat voor te zeggen dat het motief van de klokkenluider niet van belang is, zoals dat ook in paragraaf 3.2.4 reeds aan de orde kwam. Het gaat immers om de misstand en niet om de melder. De overweging dat de klokkenluider

ECLI:NL:XX:2011:BV2343, m.nt. E.A. Alkema (Sosinowksa/Polen) en EHRM 19-01-2016, ECLI:CE:ECHR:2016:0119JUDO04908507 (Görmüè e.a./Turkije).

⁹² EHRM 12-02-2008, ECLI:NL:XX:2008:BD1054, m.nt. E.A. Alkema (Guja/Moldavië).

⁹³ EHRM 21-07-2011, ECLI:NL:XX:2011:BT6201, m.nt. E.J. Dommering (Heinisch/Duitsland).

⁹⁴ EHRM 22-11-2007, ECLI:NL:XX:2007:BC0481, m.nt. E.J. Dommering (Voskuil/Nederland), EHRM, 22-11-2007 ECLI:NL:XX:2007:BC0481, m.nt. Gerard Schuijt (Voskuil/Nederland) en EHRM 19-01-2016, ECLI:CE:ECHR:2016:0119JUDO04908507 (Görmüè e.a./Turkije).

als enige of als één van een beperkte categorie personen op de hoogte is vind ik, net als Alkema⁹⁵, wat streng geformuleerd.

Heinisch/Duitsland

In de zaak van Heinisch tegen Duitsland⁹⁶ had een verpleegkundige meerdere malen intern klachten ingediend wegens het tekort aan personeel, maar werd daarop geen actie ondernomen. Kort na het indienen van een strafklacht door haar werd zij ontslagen met een opzegtermijn. Vervolgens is zij pamfletten gaan verspreiden waarin zij haar situatie heeft weergegeven en werd zij daarna op staande voet ontslagen.

Naast de bevestiging van de rechtsregels die reeds in Guja/Moldavië te vinden zijn, heeft het EHRM ook de bewijslast in casu omgekeerd. Daardoor is de werknemer beschermd. Dit heeft het EHRM gedaan omdat de werkgever onvoldoende bewijs heeft aangeleverd om de stelling van Heinisch, dat het nogmaals indienen van een interne melding geen effect zou hebben, te ontcrachten. Het hof overweegt dat, zoals reeds uit Guja/Moldavië blijkt, er sprake moet zijn van loyaliteit en discretie wat met zich mee brengt dat de werknemer informatie pas mag onthullen als er geen alternatieve, minder belastende, wegen meer openstaan.

In de annotaties van Dommering onder de uitspraak d.d. 21-07-2011 van het EHRM⁹⁷ zijn de rechtsregels overzichtelijk opgesomd:

- er moet sprake zijn van loyaliteit en discretie, die uit de arbeidsrechtelijke verhouding voortvloeien.
- het moet gaan om een publiek belang;
- de informatie moet betrouwbaar zijn;
- de werknemer moet te goeder trouw zijn;
- de schade met betrekking tot de reputatie van de werkgever wordt meegewogen;
- de zwaarte van de sanctie die tegen de werknemer is toegepast, wordt meegewogen.

Met Van Uden en Van den Brink & Jurjens ben ik van mening dat een klokkenluider op grond van de jurisprudentie van het EHRM meer bescherming kan afdwingen dan op basis van de huidige wetgeving. Immers, uit de uitspraak Heinisch/Duitsland blijkt dat het EHRM ervan uitgaat dat een klokkenluider te goeder trouw is op voorwaarde dat hij of zij redelijke gronden had om te geloven dat de onthulde informatie waar was, zelfs als later blijkt dat dit niet het geval is, en op voorwaarde dat hij of zij de onthulling niet heeft gedaan om onwettige of onethische doelstellingen na te streven.⁹⁸ Het EHRM verwijst in deze uitspraak ter zake de goede trouw ook naar de uitspraak van Guja/Moldavië. De bewijslast in Heinisch/Duitsland is omgekeerd, waardoor de werknemer bescherming geniet. De omkering van de bewijslast is in de huidige wetgeving niet terug te vinden.

⁹⁵ EHRM 12-02-2008, ECLI:NL:XX:2008:BD1054, m.nt. E.A. Alkema (Guja/Moldavië), aant. 2.

⁹⁶ EHRM 21-07-2011, ECLI:NL:XX:2011:BT6201, m.nt. E.J. Dommering (Heinisch/Duitsland).

⁹⁷ EHRM 21-07-2011, ECLI:NL:XX:2011:BT6201, m.nt. E.J. Dommering (Heinisch/Duitsland), aant. 3.

⁹⁸ EHRM 21-07-2011, ECLI:NL:XX:2011:BT6201, (Heinisch/Duitsland), r.o. 37.

3.3.2 Nederlandse jurisprudentie

3.3.2.1 Vóór de invoering van de Wet Huis voor klokkenluiders

Uit jurisprudentie vóór de invoering van de Wet Huis voor klokkenluiders blijkt dat ook toen reeds door de rechter gekeken werd of bescherming van klokkenluiders in sommige situaties gerechtvaardigd was. De rechter had zich daarbij gebaseerd op de algemene regels, zoals artikel 7:611 BW. Wat opvalt, is dat het tijdstip van klokkenluiden zeer van belang was. Indien bijvoorbeeld de functie eerder is vervallen dan het tijdstip van de melding van het vermoeden van een misstand, zal het lastiger worden om causaal verband aan te tonen door de werknemer.⁹⁹ De bewijslast om aan te tonen dat de gestelde benadeling een gevolg is van het melden van een vermoeden van een misstand, lag toen al bij de werknemer.¹⁰⁰ Tevens is uit verschillende uitspraken af te leiden dat de kantonrechter meewoog of een werknemer zijn vermoeden van een misstand eerst intern had gemeld¹⁰¹ en of de melder te goeder trouw was.¹⁰²

3.3.2.2 TGB-arrest

Een veelbesproken arrest is het Theodoor Gilissen Bankiers-arrest.¹⁰³ In eerste instantie oordeelde de rechtbank¹⁰⁴ dat sprake is van schending van de geheimhoudingsplicht en heeft de rechtbank de werknemer veroordeeld tot het betalen van een schadevergoeding. Het hof¹⁰⁵ heeft deze uitspraak (grotendeels) bekrachtigd. Echter, de Hoge Raad komt tot een ander oordeel. Vaststaat dat de werknemer niet eerst een interne melding heeft gedaan. Dat rekende zowel de rechtbank als het hof de werknemer zwaar aan. Ook vonden zowel de rechtbank als het hof dat er geen zwaarwegend publiek belang was gediend, maar slechts het belang van één cliënt. Het hof komt ook tot de conclusie dat niet altijd een interne melding afgewacht hoeft te worden. Zo kan er nog steeds sprake zijn van een gerechtvaardigde schending van de geheimhoudingsplicht, indien een eerdere interne melding niet tot het gewenste resultaat heeft geleid, indien het gevaar bestaat dat bewijsmateriaal zal worden vernietigd of indien er een wettelijke plicht bestaat om direct extern te melden. De werknemer stelt in het cassatieberoep dat hij juist de interne regels van de bank, de Wft en andere van toepassing zijnde gedragsregels heeft nageleefd door direct een melding te doen bij zijn cliënt. Zodoende zou op grond daarvan de schending van de geheimhoudingsplicht gerechtvaardigd zijn. Tevens viel van de interne melding niet veel te verwachten, nu de directievoorzitter voornemens was om af te reizen naar Washington om de cliënt, die daar in het ziekenhuis lag, een vaststellingsovereenkomst te laten tekenen voordat te veel feiten aan het licht zouden komen. Met deze vaststellingsovereenkomst zou TGB gevrijwaard worden van de overtredingen. De Hoge Raad komt tot het oordeel dat, aangezien de betreffende misstanden op het hoogste niveau van de organisatie bekend waren, een interne melding weinig effect zou hebben. Verhulp¹⁰⁶ bekritiseert de uitspraak van de Hoge Raad door te wijzen op het feit dat de werknemer zich dient te gedragen als

⁹⁹ Rb. Den Bosch 09-02-2012, ECLI:NL:RBSHE:2012:BV3050.

¹⁰⁰ CRvB 02-03-2006, ECLI:NL:CRVB:2006:AV3953 en Rb. Den Bosch 09-02-2012, ECLI:NL:RBSHE:2012:BV3050.

¹⁰¹ Rb. Alkmaar 28-02-2002, ECLI:NL:RBALK:2002:AD9687, Rb. Alkmaar 01-07-2002, ECLI:NL:RBALK:2002:AE4706, Rb. Breda 14-04-2009, ECLI:NL:RBBRE:2009:BI1633 en Rb. Rotterdam 8 april 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:2730.

¹⁰² Rb. Alkmaar 01-07-2002, ECLI:NL:RBALK:2002:AE4706 en Rb. Breda 14-04-2009, ECLI:NL:RBBRE:2009:BI1633.

¹⁰³ HR 26 -10-2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9244 (Theodoor Gilissen Bankiers).

¹⁰⁴ Rb. Amsterdam 11-02-2010, ECLI:NL:RBAMS:2010:BM5692.

¹⁰⁵ Hof Amsterdam 14-06-2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BR2582.

¹⁰⁶ HR 26-10-2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9244, m.nt. E. Verhulp (Theodoor Gilissen Bankiers), aant. 3.

een goed werknemer, waaruit voortvloeit dat het melden van de misstand proportioneel dient te geschieden. Daarmee dient volgens Verhulp het melden gericht te zijn op het wegnemen van de misstand op de voor de werkgever minst schadelijke weg. De werknemer heeft daarbij wel een ruime beoordelingsmarge, aldus Verhulp. Stamhuis¹⁰⁷ vindt het een positieve ontwikkeling dat er uitzonderingssituaties zijn waarbij werknemers informatie wel meteen buiten de organisatie aan de kaak mogen stellen.

Zelf ben ik van mening dat als een misstand op het hoogste niveau in de organisatie bekend is en er niets aan gedaan wordt door de werkgever, de werkgever daarmee het risico heeft aanvaard dat iemand uiteindelijk de klok zal gaan luiden. Met Stamhuis ben ik het eens dat in dit geval informatie meteen buiten de organisatie gedeeld mag worden, zeker omdat in het eigen beleid van TGB het belang van de cliënt voorop werd gesteld.

3.3.2.3 Na de invoering van de Wet Huis voor klokkenluiders

Uit jurisprudentie na de invoering van de Wet Huis voor klokkenluiders blijkt dat het tijdstip van de melding van het vermoeden van een misstand nog steeds van belang is.¹⁰⁸ Ook ligt de bewijslast nog steeds bij de werknemer¹⁰⁹, zoals tevens is geoordeeld door het hof in de volgende twee arresten.

Hof Arnhem-Leeuwarden d.d. 31-10-2018

In het arrest van het gerechtshof van Arnhem-Leeuwarden van 31 oktober 2018¹¹⁰ was, kort samengevat, het volgende aan de hand. De werknemer had melding gemaakt bij de voorzitter van de Raad van Commissarissen van de werkgever van onverantwoordelijke persoonlijke uitgaven van de toenmalige directeur. De werkgever heeft daarna een verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst ingediend bij de kantonrechter en de kantonrechter heeft dat verzoek toegewezen. De werknemer is in beroep gegaan tegen deze uitspraak. De werknemer beroept zich op artikel 7:658c BW, omdat hij als klokkenluider zou fungeren. De werknemer heeft tijdens de rechtszaak een brief overgelegd van de Expertgroep Klokkenluiders.

Het hof overweegt het volgende. De brief van de Expertgroep Klokkenluiders is onvoldoende, aangezien de brief alleen is gestoeld op informatie verstrekt door de werknemer. Bovendien heeft de instantie geen wettelijke taak en is evenmin een melding gedaan bij het Huis voor Klokkenluiders. Voorts blijkt niet dat de melding betrekking heeft op een maatschappelijk belang en wordt de bewijslast, anders dan de werknemer heeft betoogd, niet omgekeerd. Volgens het hof zijn er onvoldoende objectieve aanknopingspunten in de overgelegde stukken en de ter zitting afgelegde verklaringen te vinden om te concluderen dat de werkgever de arbeidsovereenkomst van de werknemer heeft doen willen beëindigen vanwege de gedane melding door de werknemer. Het hof heeft de arbeidsovereenkomst ontbonden gelet op de verstoorde arbeidsverhouding.

¹⁰⁷ HR 26-10-2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9244, m.nt. J.N. Stamhuis (Theodoor Gilissen Bankiers).

¹⁰⁸ Hof Den Haag 26-01-2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:219.

¹⁰⁹ Rb. Amsterdam 22-08-2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:6356.

¹¹⁰ Hof Arnhem-Leeuwarden 31-10-2018, ECLI:NL:GHARL:2018:9547.

Hof Den Haag d.d. 12-06-2018

Dat de bewijslast bij de werknemer ligt heeft ook het hof van Den Haag op 12 juni 2018 geoordeeld.¹¹¹ In dit arrest was, kort samengevat, het volgende aan de hand. Werknemer heeft op enig moment aan een klant laten weten dat de werkgever in strijd handelt met de eerdere overeengekomen afspraken tussen de werkgever en de klant. De werknemer zegt vervolgens zijn arbeidsovereenkomst op en downloadt een groot aantal documenten met betrekking tot het project van de klant. Deze documenten stuurt hij door naar zijn privé e-mailadres. De werkgever verbiedt vervolgens de werknemer om (nog verdere) informatie met de klant uit te wisselen en één dag later neemt de werknemer ontslag op staande voet. Ongeveer twee weken later eist de werkgever € 150.000 wegens schending van het geheimhoudingsbeding en daarnaast stapt de werkgever naar de rechter vanwege het, in zijn ogen, onterecht genomen ontslag op staande voet. De kantonrechter heeft de werkgever in het gelijk gesteld wat betreft het ontslag op staande voet, maar oordeelde dat er geen sprake is van schending van het geheimhoudingsbeding. De werkgever is in beroep gegaan.

Het hof overweegt het volgende. Niet is vast komen te staan dat de directeur voldoende op de hoogte was van de misstand. Dit blijkt namelijk niet uit de e-mail die de werknemer aan de directeur heeft verstuurd, enkele uren voordat hij belastende informatie heeft doorgespeeld aan de klant. Tevens overweegt het hof dat op geen enkele wijze vast is komen te staan dat er sprake is geweest van fraudeleuze handelingen door de werkgever. Ook heeft de werknemer slechts enkele uren na de verzonden e-mail de informatie doorgespeeld. Gelet op het vorenstaande is onvoldoende onderbouwd dat de werknemer de status van een klokkenluider dient te krijgen. Het hof overweegt, in tegenstelling tot de kantonrechter, dat er wel sprake is van schending van het geheimhoudingsbeding. Dit omdat de werknemer kon weten dat de werkgever met het doorspelen van de betreffende informatie in een kwaad daglicht zou worden gesteld. Wat betreft de vordering van € 150.000 krijgt de werknemer de gelegenheid om het bewijsvermoeden te ontcrachten. Iedere andere beslissing is aangehouden, aldus het hof.

Rb Overijssel d.d. 06-06-2017

Van de weinige uitspraken waarin een verzoek om ontbinding van de arbeidsovereenkomst van een klokkenluider is afgewezen, zijn de uitspraken van de rechtbank Overijssel van 6 juni 2017 voorbeelden.¹¹² In deze uitspraken oordeelde de kantonrechter dat de klokkenluiders niet zodanig misstanden hebben aangekaart dat sprake is van een verstoorde arbeidsverhouding. Kort samengevat, was het volgende aan de hand. Een groep van zes werknemers heeft haar bezorgdheid geuit bij de voorzitter van de Raad van Commissarissen over vermeende onregelmatigheden en over het functioneren van de directeur. De groep heeft een gesprek geëist voor dezelfde dag en de groep heeft daarbij aangegeven dat indien dat niet zou gebeuren, zij alle leden van de organisatie een brief zouden sturen met daarin de informatie over de onregelmatigheden. De brief is uiteindelijk verstuurd. De werkgever heeft een verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst ingediend. De werknemers beroepen zich op artikel 15 van de gedragscode, waarin staat dat de Raad van Commissarissen een klokkenluidersregeling vaststelt waarbij werknemers zonder gevaar voor hun rechtspositie, vermoeden van misstanden kunnen melden.

¹¹¹ Hof Den Haag 12-06-2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:1608.

¹¹² Rb. Overijssel 06-06-2017, ECLI:NL:RBOVE:2017:2320 en Rb. Overijssel 06-06-2017, ECLI:NL:RBOVE:2017:2321.

De rechter overweegt het volgende. Het is niet aannemelijk geworden dat de werknemers zodanig verwijtbaar hebben gehandeld, door de Raad van Commissarissen op de hoogte te stellen van de vermeende onregelmatigheden, dat de arbeidsrelatie daardoor zodanig is verstoord dat dit tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst zou moeten leiden. Wellicht hebben de werknemers niet steeds de juiste toon gebezigd, maar aannemelijk is geworden dat het belang van de organisatie bij de werknemers voorop stond. En alhoewel er thans sprake is van een verstoorde arbeidsrelatie, is er geen sprake van een situatie die niet meer hersteld kan worden. Ook met het delen van de informatie aan de leden is niet gebleken dat de organisatie schade heeft geleden. De kantonrechter wijst het verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst af.

Wat opvalt aan de jurisprudentie inzake klokkenluiders is dat de arbeidsovereenkomst veelal ontbonden is door de rechter.¹¹³ Een enkele keer gebeurde dat niet. Hieruit kan geconcludeerd worden dat de werknemer een groot risico loopt indien hij een misstand aan de kaak stelt. Of de jurisprudentie in het voordeel van de werknemer zal veranderen, dient afgewacht te worden. Zoals het hof van Arnhem-Leeuwarden en het hof van Den Haag terecht hebben geoordeeld is er geen sprake van omkering van de bewijslast, aangezien dat niet terug is te vinden in de wet. Afgevraagd kan worden of de omkering niet alsnog in de wet opgenomen dient te worden, om zodoende de werknemer beter te beschermen. Er zijn nog te weinig uitspraken van na de invoering van de Wet Huis voor klokkenluiders om een goed onderbouwde conclusie te kunnen trekken dat werknemers nu beter worden beschermd tegen benadeling, nadat door hen een melding is gedaan. Wel kan de conclusie worden getrokken dat de werknemer dient te bewijzen waarom de schending van zijn geheimhoudingsplicht gerechtvaardigd is, hetgeen niet gemakkelijk is. Tevens dient de werknemer te bewijzen dat de gestelde benadeling het gevolg is van de gedane melding, hetgeen eveneens niet gemakkelijk is.

¹¹³ Zie daarvoor naast de reeds besproken jurisprudentie ook een recentere uitspraak: Rb. Noord-Holland 16-04-2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:3965.

4. Europese richtlijn

4.1 Inleiding

In dit hoofdstuk zal de Europese richtlijn inzake de bescherming van personen die inbreuken op het Unierecht melden (Richtlijn 2019/1937) naast de Nederlandse wetgeving worden gelegd. De vraag die in dit hoofdstuk centraal staat, is of de huidige Nederlandse wet voldoet aan de eisen die de richtlijn stelt. Eerst zal de richtlijn behandeld worden, dan de wijzigingen in de Nederlandse wet en vervolgens wordt de Nederlandse wet getoetst aan de richtlijn in paragraaf 4.4.

4.2 Richtlijn 2019/1937

In de preambule van het voorstel voor de richtlijn wordt de motivering en het doel van de richtlijn toegelicht.¹¹⁴ Zo is te lezen dat bescherming van klokkenluiders van belang is om de vrees die klokkenluiders veelal hebben voor represailles weg te nemen om zodoende het algemeen belang te dienen. Immers, het zijn klokkenluiders die veelal als eerste op de hoogte zijn van misstanden in organisaties die het algemeen belang soms ernstig kunnen schaden. Het begrip klokkenluiders wordt in het voorstel voor de richtlijn als volgt omschreven: personen die informatie over een misstand die zij in een werkgerelateerde context hebben verkregen, melden of in de openbaarheid brengen.¹¹⁵ Ook zijn cijfers in de preambule van het voorstel voor de richtlijn terug te vinden. Uit enquêtes zou gebleken zijn dat 81% van de respondenten aangaf geen melding te hebben gedaan van corruptie waarmee zij te maken hadden gekregen of waarvan zij getuige waren geweest. Ook meende 85% van de respondenten dat werknemers zelden of zeer zelden melding maken van hun bezorgdheid over dreigingen of schade voor het publiek uit vrees voor juridische en financiële gevolgen.¹¹⁶ Verder leidt het gebrek aan bescherming voor klokkenluiders tot inkomstenverlies ten nadele van de EU-begroting, overheidsopdrachten van de verschillende EU-lidstaten en belastingopbrengsten van de verschillende EU-lidstaten.¹¹⁷

In artikel 2 van de richtlijn is het materieel toepassingsgebied te lezen. Zo is bepaald dat de richtlijn van toepassing is ter bescherming van melders van de navolgende onrechtmatige activiteiten:

- Inbreuken die binnen het toepassingsgebied vallen als beschreven in de bijlagen van de richtlijn¹¹⁸ met betrekking tot de volgende gebieden:
 - Overheidsopdrachten;
 - Financiële diensten en voorkoming van witwassen van geld en terrorismefinanciering;
 - Productveiligheid en productconformiteit;
 - Veiligheid van vervoer;
 - Bescherming van milieu;
 - Stralingsbescherming en nucleaire veiligheid;
 - Veiligheid van levensmiddelen en diervoeders, diergezondheid en dierenwelzijn;

¹¹⁴ COM(2018)218 final, p. 2.

¹¹⁵ COM(2018)218 final, p. 2.

¹¹⁶ COM(2018)218 final, p. 3.

¹¹⁷ COM(2018)218 final, p. 10.

¹¹⁸ Richtlijn 2019/1937 bijlagen (delen I en II).

- Volksgezondheid;
- Consumentenbescherming;
- Bescherming van de persoonlijke levenssfeer en persoonsgegevens, beveiliging van netwerk- en informatiesystemen.
- Inbreuken waardoor de financiële belangen van de Unie als omschreven in art. 325 VWEU worden geschaad;
- Inbreuken in verband met de interne markt.

Alhoewel een groot bereik van verschillende toepassingsgebieden is bepaald in de richtlijn, zijn er mogelijk inbreuken die hier niet onder vallen. Daarentegen zullen veel inbreuken indirect onder inbreuken in verband met de interne markt vallen.

Verder is in artikel 4 bepaald dat de richtlijn van toepassing is voor melders werkzaam in de private of publieke sector met inbegrip van ten minste werknemers in de zin van artikel 45 VWEU, zelfstandigen in de zin van artikel 49 VWEU, aandeelhouders en personen die behoren tot het leidinggevend orgaan van de onderneming en een ieder die werkt onder toezicht en leiding van aannemers, onderaannemers en leveranciers. De richtlijn is zelfs van toepassing op sollicitanten, , vrijwilligers, stagiaires, ex-werknemers en gedeeltelijk voor facilitators, derden verbonden met de melders zoals familieleden van de melders en juridische entiteiten die eigendom zijn van de melders.

Artikel 8 bepaalt dat de lidstaten zorg moeten dragen dat juridische entiteiten in zowel de private als publieke sector, interne kanalen en procedures voor meldingen en opvolging van meldingen opzetten. In de private sector geldt dat voor juridische entiteiten met vijftig of meer werknemers of juridische entiteiten op het gebied van financiële diensten of die kwetsbaar zijn waar het gaat om witwassen van geld of terrorismefinanciering.

In artikel 9 is bepaald dat binnen een redelijke termijn, en een termijn van drie maanden wordt in dezen als redelijk beschouwd, de melder feedback dient te krijgen over de opvolging van de melding. Ook is in dit artikel bepaald dat duidelijke en gemakkelijk toegankelijke informatie over hoe en onder welke voorwaarden meldingen extern kunnen worden gedaan beschikbaar moet zijn.

Artikel 11 bepaalt dat de lidstaten een autoriteit dienen aan te wijzen die bevoegd is meldingen te ontvangen en behandelen. Voor de behandeling van deze melding geldt ook weer een termijn van drie maanden of, in gemotiveerde gevallen, zes maanden. De bevoegde autoriteit dient de bevoegdheid te hebben de melding te onderzoeken en noodzakelijke maatregelen te treffen.

Vervolgens is in artikel 12 bepaald dat de autoriteit onafhankelijk en autonoom moet zijn en om die onafhankelijkheid en autonomie te waarborgen is een aantal vereisten opgesomd. Zo moeten de kanalen de volledigheid, integriteit en geheimhouding van de informatie waarborgen en niet toegankelijk zijn voor niet-gemachtigde personeelsleden van de bevoegde autoriteit. Ook dienen de personeelsleden specifiek opgeleid te zijn voor het behandelen van meldingen.

In artikel 13 staat beschreven welke informatie de autoriteit op de website moet hebben gepubliceerd en ook op welke wijze deze informatie gepubliceerd dient te zijn op de website.. Zo dienen de voorwaarden waaronder de melders in aanmerking komen voor bescherming in een afzonderlijke, gemakkelijk herkenbare en toegankelijke rubriek te zijn gepubliceerd. Dit geldt ook voor de communicatiekanalen, waarbij bij de telefoonnummers de vermelding dient te staan of de gesprekken al dan niet worden opgenomen. Tevens dient de procedure die van toepassing is, de geheimhoudingsregels en de soort opvolging die meldingen moeten krijgen in een afzonderlijke, gemakkelijk herkenbare en toegankelijke rubriek te zijn gepubliceerd. Verder dienen ook de

beschikbare rechtsmeldingen en procedures tegen represailles en de mogelijkheden om vertrouwelijk advies te ontvangen voor personen die overwogen tot melding over te gaan in een afzonderlijke, gemakkelijk herkenbare en toegankelijke rubriek te zijn gepubliceerd. En tot slot dient ook een verklaring in een afzonderlijke, gemakkelijk herkenbare en toegankelijk rubriek te zijn gepubliceerd waarin duidelijk wordt uitgelegd dat personen die overeenkomstig deze richtlijn informatie aan de bevoegde autoriteiten verstrekken, niet geacht worden inbreuk te maken op enige bij overeenkomst of bij wettelijke of bestuursrechtelijke bepaling opgelegde beperking van openbaarmaking van informatie en dat deze personen op geen enkele wijze aansprakelijk mogen worden gesteld in verband met deze openbaarmaking.

In artikel 6 en artikel 15 is te lezen dat een melder in aanmerking voor bescherming komt, als hij gegronde redenen heeft om aan te nemen dat de gemelde informatie juist was op het moment van de melding. De informatie moet bovendien binnen het toepassingsgebied van de richtlijn vallen (artikel 2). Een melder die een externe melding verricht, komt in aanmerking voor bescherming als de melder eerst een interne melding heeft gedaan, maar naar aanleiding daarvan geen passende maatregelen zijn getroffen binnen een redelijke termijn. Als redelijke termijn geldt hier weer drie maanden, zoals is bepaald in artikel 9 of maximaal zes maanden, zoals is bepaald in artikel 11. Voor openbaarmaking ex artikel 15 van de richtlijn is vereist dat een melding zowel intern als extern is gedaan, maar er geen passende maatregelen zijn getroffen binnen de gestelde termijn, of indien de melder gegronde redenen heeft om aan te nemen dat de inbreuk een dreigend of reëel gevaar voor het algemeen belang kan zijn of er risico bestaat op represailles dan wel dat het onwaarschijnlijk is dat de inbreuk doeltreffend wordt verholpen, omdat bijvoorbeeld bewijsmateriaal kan worden achtergehouden of vernietigd.

Voorts is in artikel 19 het verbod op benadeling opgenomen: *“De lidstaten nemen de nodige maatregelen om tot het verbieden van elke vorm van represailles tegen de in artikel 4 bedoelde personen, waaronder dreigingen met en pogingen tot represailles, met name:...”*. Als mogelijke represailles worden genoemd: schorsing, ontslag, degradatie, onthouden van bevordering, overdracht van taken, verandering van locatie van de arbeidsplaats, loonsverlaging, verandering van werktijden, onthouden van opleiding, negatieve prestatiebeoordeling of arbeidsreferentie, opleggen of toepassen van een disciplinaire maatregel, berisping, financiële sanctie, dwang, intimidatie, pesterijen, uitsluiting van werk, discriminatie, nadelige of ongelijke behandeling, niet-omzetting van een tijdelijke arbeidsovereenkomst in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, niet-verlenging of vroegtijdige beëindiging van een tijdelijke arbeidsovereenkomst, (reputatie)schade, financieel verlies, omzetting, inkomstenderving, opname op een zwarte lijst voor een hele sector of bedrijfstak, vroegtijdige beëindiging of opzegging van een contract voor de levering van goederen of diensten en intrekking van een vergunning of machtiging.

In artikel 20 en artikel 21 is bepaald dat de lidstaten maatregelen moeten nemen om te zorgen dat melders die voor bescherming in aanmerking komen, worden beschermd. Dit dienen zij te doen door zorg te dragen voor volledige en onafhankelijk informatie en adviezen over de beschikbare rechtsmiddelen en procedures die bescherming bieden tegen represailles, kosteloos, gemakkelijk en toegankelijk voor het publiek beschikbaar zijn. Ook dient er sprake te zijn van een omkering van de bewijslast. Zo wordt aangenomen dat een genomen represaillemaatregel is genomen vanwege de melding en is het vervolgens aan de persoon die de represaillemaatregel heeft genomen om aan te tonen dat de benadeling geen gevolg was van de melding, maar uitsluitend is gebaseerd op naar behoren gemotiveerde gronden. Tevens dienen melders toegang te hebben tot herstelmaatregelen in verband met represailles en hebben melders in gerechtelijke procedures onder meer wegens laster, schending van auteursrechten, schending van geheimhoudingsplicht of wegens verzoeken om

schadeloosstelling, het recht te verzoeken om ongegrondverklaring op grond van het feit dat zij de melding overeenkomstig de richtlijn hebben verricht.

Artikel 23 bepaalt dat de lidstaten moeten zorgen voor doeltreffende, evenredige en afschrikkende sancties tegen natuurlijke personen of rechtspersonen die een melding belemmeren of trachten te belemmeren, represaillemaatregelen nemen tegen melders, vexatoire procedures aanspannen tegen melders of de verplichting tot geheimhouding van de identiteit van de melder schenden. In artikel 23 is te lezen dat de sancties ook opgelegd kunnen worden tegen personen die kwaadwillige of oneerlijke meldingen verrichten.

4.3 Wijzigingen in de Nederlandse wet

Gelijktijdig met de inwerkingtreding van de Wet Huis voor klokkenluiders is een aantal andere wetten gewijzigd dan wel in werking getreden. Zo ook artikel 7:658c BW:

“De werkgever mag de werknemer niet benadelen als gevolg van het te goeder trouw en naar behoren melden van een vermoeden van een misstand als bedoeld in artikel 1, onderdeel d, van de Wet Huis voor klokkenluiders tijdens en na de behandeling van deze melding bij de werkgever of de daartoe bevoegde instantie.”

Aanvankelijk zouden er nog meer artikelen in Boek 7 wijzigen die een bescherming voor de werknemer zouden moeten inhouden, maar aangezien deze bescherming reeds in bovengenoemd artikel gewaarborgd zou moeten zijn, hebben deze artikelen de inwerkingtreding niet gehaald.¹¹⁹ Voor ambtenaren is een gelijksoortige bepaling te vinden in de Ambtenarenwet, Politiewet 2012 en Militaire Ambtenarenwet 1931.¹²⁰ De rechtsbescherming kan worden ingeroepen bij zowel een interne melding van een vermoeden van een misstand als bij een externe melding. Er dient wel aan een aantal voorwaarden te zijn voldaan. Zo dient er in de eerste plaats sprake te zijn van een op redelijke gronden gebaseerd vermoeden van een misstand. Voorts dient de melding te goeder trouw en naar behoren te zijn gedaan. De werknemer dient zowel procedureel als materieel zorgvuldig te handelen.¹²¹ Van procedureel zorgvuldig handelen is sprake indien de melding eerst intern is gedaan, zo nodig tot op het hoogste niveau, tenzij dat in redelijkheid niet gevegd kon worden of in strijd is met het maatschappelijk belang. Verder dienen bij een externe melding, indien de interne melding niet tot resultaat heeft geleid, de feiten op een passende en evenredige wijze bekend te zijn gemaakt. Van materieel zorgvuldig handelen is sprake indien de melder een op redelijke gronden gebaseerd vermoeden heeft dat de desbetreffende feiten juist zijn, een maatschappelijk belang in het geding is en het belang van externe bekendmaking in maatschappelijk opzicht prevaleert boven het belang van geheimhouding voor de werkgever.¹²² Er is sprake van een op redelijke gronden gebaseerd vermoeden, indien het vermoeden voortvloeit uit de kennis die de werknemer bij zijn werkgever heeft opgedaan of door zijn werkzaamheden bij een ander bedrijf of organisatie. Daarnaast dient het vermoeden te bestaan dat de desbetreffende feiten juist zijn.¹²³

¹¹⁹ Kroon, in: *arbeidsovereenkomst, commentaar op art. 7:658c BW*, aant. 1.1 (online, bijgewerkt 28 mei 2019) en *kamerstukken II 2014/15*, 34 105, nr. 7, p. 22.

¹²⁰ *Kamerstukken II 2014/15*, 34 105, nr. 7, p. 22.

¹²¹ *Kamerstukken II 2014/15*, 34 105, nr. 7, p. 22 en 23 en Kroon, in: *arbeidsovereenkomst, commentaar op art. 7:658c BW*, aant. 1.2 (online, bijgewerkt 28 mei 2019).

¹²² *Kamerstukken II 2014/15*, 34 105, nr. 7, p. 23 en Kroon, in: *arbeidsovereenkomst, commentaar op art. 7:658c BW*, aant. 2.3 (online, bijgewerkt 28 mei 2019).

¹²³ Kroon, in: *arbeidsovereenkomst, commentaar op art. 7:658c BW*, aant. 2.2 (online, bijgewerkt 28 mei 2019).

Daarbij dient opgemerkt te worden dat de rechtbank Noord-Holland op 16 april 2019 zich ook heeft uitgelaten over de wijze waarop de interne melding is gedaan. In deze uitspraak bleek dat de werknemer in een e-mail op een ongepaste en dwingende wijze het bestuur en de directie heeft willen bewegen tot aftreden en opstappen, onder de dreiging van het zoeken van publiciteit.¹²⁴ De rechtbank vond dat deze manier van een vermoeden van een misstand intern melden, onbehoorlijk, ongepast en op dwingende wijze en daarmee dus niet zorgvuldig was.¹²⁵

Met betrekking tot de omvang van het benadelingsverbod is in de memorie van toelichting een, niet-limitatieve, opsomming te lezen waaraan gedacht kan worden. Gedacht kan worden aan ontslag, tussentijds beëindigen of het niet verlengen van een tijdelijke arbeidsovereenkomst, overplaatsen of juist weigeren van een verzoek daartoe, treffen van een ordemaatregel, onthouden van salarisverhoging, onthouden van promotiekansen, afwijzen van verlof.¹²⁶

4.4 Toetsing Nederlandse wetgeving aan de richtlijn

Er bestaat een aantal overeenkomsten tussen de richtlijn en de huidige Nederlandse wetgeving op het gebied van klokkenluiders. Zo geldt zowel de richtlijn als de Nederlandse wet voor zowel de private als publieke sector. Tevens is voor de verplichting om een interne procedure vast te stellen en bekend te maken een minimaal aantal van vijftig werknemers terug te vinden. Ook het vereiste in de richtlijn dat de autoriteit die bevoegd is meldingen te ontvangen en te behandelen, onafhankelijk en autonoom moet zijn, is in Nederland door de aanstelling van het Huis voor Klokkenluiders als Zelfstandig bestuursorgaan met een duidelijke scheiding tussen de afdelingen advies en onderzoek, gewaarborgd. Verder dient er zowel conform de richtlijn als de Nederlandse wet eerst intern gemeld te worden.

Daarentegen is er ook een aantal verschillen te ontdekken. Allereerst is bijvoorbeeld in de richtlijn een lange opsomming te vinden met betrekking tot het toepassingsgebied. Waar de Wet Huis voor klokkenluiders spreekt over een maatschappelijk belang bij schending van een wettelijke voorschrift, gevaar voor de volksgezondheid, gevaar voor de veiligheid van personen, gevaar voor aantasting van het milieu, gevaar voor het goed functioneren van de openbare dienst of een onderneming als gevolg van een onbehoorlijke wijze van handelen of nalaten, spreekt de richtlijn over onrechtmatige activiteiten of vormen van rechtsmisbruik met betrekking tot overheidsopdrachten, financiële diensten, productveiligheid, veiligheid van vervoer, bescherming van milieu, nucleaire veiligheid, veiligheid van levensmiddelen en diervoeders, diergezondheid en dierenwelzijn, volksgezondheid, consumentenbescherming en bescherming van persoonlijke levenssfeer en persoonsgegevens, beveiliging van netwerk- en informatiesystemen. Naast het feit dat de richtlijn meerdere gebieden omvat, spreekt de richtlijn ook niet over een maatschappelijk belang dat in het geding moet zijn. Er wordt enkel gesproken over onrechtmatige activiteiten of vormen van rechtsmisbruik.

Geconcludeerd kan worden dat daarin de Nederlandse wet strenger is geformuleerd. Ook blijkt uit artikel 4 van de richtlijn dat de definitie van 'melders' ruimer is dan de Nederlandse wet. Zo vallen ook zelfstandigen, aannemers, onderaannemers, leveranciers en zelfs sollicitanten onder de definitie. Thans ligt er een conceptwetsvoorstel waarin het benadelingsverbod in Nederland ook van toepassing wordt verklaard op personen zonder arbeidsovereenkomst, zoals zzp'ers, vrijwilligers en onbezoldigde stagiairs.¹²⁷ Verder kijken ook de termijnen van afhandeling iets af. Waar de richtlijn

¹²⁴ Rb. 16-04-2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:3965.

¹²⁵ Rb. 16-04-2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:3965, r.o. 5.11.

¹²⁶ *Kamerstukken II* 2014/15, 34 105, nr. 7, p. 23 en 24.

¹²⁷ 'Vegter', in: T&C Burgerlijk Wetboek, art. 7:658c BW, aant. 1.

het heeft over een termijn van drie of, in gemotiveerde gevallen, van zes maanden, heeft artikel 6, eerste lid, van de Wet Huis voor klokkenluiders het over een termijn van zes weken waarbinnen de afdeling Onderzoek een onderzoek moet aanvangen, tenzij zij besluit dat geen onderzoek ingesteld zal worden. Artikel 8 van de Wet Huis voor klokkenluiders schrijft voor dat de afdeling Onderzoek ernaar streeft om binnen één jaar een uitspraak te doen over de ontvankelijkheid van het verzoekschrift. Dat is dus een aanzienlijk langere termijn, dan de termijn die de richtlijn voorschrijft. Verder is van belang dat de richtlijn ook voorschrijft dat een verklaring waarin duidelijk wordt uitgelegd dat personen die overeenkomstig de richtlijn meldingen verrichten, niet geacht worden een inbreuk te maken op bijvoorbeeld de overeengekomen geheimhoudingsclausule, in een afzonderlijke, gemakkelijk herkenbare en toegankelijke rubriek dient te zijn gepubliceerd. Met andere woorden: het moet voor iedereen duidelijk zijn dat als zij een vermoeden van een misstand overeenkomstig de richtlijn melden, zij op geen (enkele) manier aansprakelijk gesteld kunnen worden. Dat moet dus vooraf al duidelijk zijn. Dit staat niet met zoveel woorden in de Nederlandse wet, maar informatie met vergelijkbare strekking is wel te vinden op de website van het Huis voor Klokkenluiders.¹²⁸

Verder zijn de vereisten waaraan de melding dient te voldoen om recht te hebben op bescherming tegen (latere) represailles, verschillend tussen de richtlijn en de Nederlandse wet. Zo is in de richtlijn te lezen dat de melder in aanmerking komt voor bescherming als hij gegronde redenen heeft om aan te nemen dat de informatie juist was op het moment van melden. In de Nederlandse wet is dat niet terug te vinden. In artikel 1, onderdeel d, van de Wet Huis voor klokkenluiders is te lezen dat onder een vermoeden van een misstand wordt verstaan een vermoeden gebaseerd op redelijke gronden, die voortvloeien uit de kennis die de werknemer bij zijn werkgever heeft opgedaan of die hij heeft verkregen door zijn werkzaamheden bij een ander bedrijf of een andere organisatie. Er staat dus niet expliciet bij dat, indien achteraf blijkt dat de informatie niet juist was, er ook recht is op bescherming. Dit is ook niet terug te vinden in de memorie van toelichting.¹²⁹

Een groot verschil is de bescherming die een melder toekomt. Uit de richtlijn blijkt namelijk dat er sprake is van een omkering van de bewijslast. Er wordt aangenomen dat er sprake is van een represaillemaatregel en degene die de maatregel heeft genomen dient aan te tonen dat de benadeling geen gevolg is geweest van de melding. Verwacht wordt dat door deze bepaling veelal de bewijslast bij de werkgever komt te liggen. Dit is een belangrijke voortuitgang voor de bescherming van de werknemer, vanuit het oogpunt van de werknemer gezien. Dit is namelijk niet in de Nederlandse wet terug te vinden. Ook moet de melder op basis van de richtlijn toegang krijgen tot herstelmaatregelen van de represailles die eventueel, desondanks, zijn genomen. Ook hierover vindt men niets terug in de Nederlandse wet. Tot slot is een groot verschil dat op grond van de richtlijn de lidstaten zorg dienen te dragen voor doeltreffende, evenredige en afschrikkende sancties op natuurlijke personen of rechtspersonen die meldingen trachten te belemmeren, represaillemaatregelen nemen tegen melders, vexatoire procedures aanspannen tegen melders of de geheimhouding van de identiteit van de melder schenden. In de Nederlandse wet is dit niet opgenomen.

¹²⁸ <https://huisvoorklokkenluiders.nl/wet-huis-voor-klokkenluiders/>

¹²⁹ *Kamerstukken II* 2014/15, 34 105, nr. 7.

Zo lijkt op het eerste gezicht artikel 7:658c BW een omvangrijke bescherming te bieden aan melders, maar kan men afvragen of dat daadwerkelijk zo is. In ieder geval lijkt de richtlijn in hogere mate bescherming te bieden aan werknemers. De richtlijn is in lijn met hetgeen reeds in 2010 in de klokkenluidersresolutie is geadviseerd aan de lidstaten. Zo blijkt uit artikel 6.2.4 van de klokkenluidersresolutie¹³⁰ dat geadviseerd is aan de lidstaten wetgeving te maken waarbij ervan uit wordt gegaan dat de melder de melding te goeder trouw heeft verricht op voorwaarde dat de melder redelijke gronden had om te geloven dat de onthulde informatie waar was, ook als later blijkt dat dit niet het geval is. De bewijslast van het tegendeel ligt bij de werkgever, zoals dat tevens in artikel 6.3 van de resolutie is weergegeven. Waarom de Nederlandse staat het advies niet heeft opgevolgd is onduidelijk en blijkt niet uit de memorie van toelichting.¹³¹

¹³⁰ Resolutie 1729 van de Parlementaire Vergadering van de Raad van Europa (29 april 2010), Protection of “Whistle-Blowers”.

¹³¹ *Kamerstukken II* 2014/15, 34 105, nr. 7.

5. Conclusie

5.1 Samenvatting

Tot 2016 gold er in Nederland geen specifieke wetgeving op het gebied van (bescherming van) klokkenluiders. Inmiddels is de Wet Huis voor klokkenluiders op 1 juli 2016 in werking getreden¹³² en is de Europese richtlijn inzake de bescherming van personen die inbreuken op het Unierecht melden (Richtlijn 2019/1937) op 23 oktober 2019 in werking getreden.¹³³ Vóór de invoering van de Wet Huis voor klokkenluiders gold er al wel een wettelijke bepaling voor ambtenaren met betrekking tot klokkenluiden. Zo bepaalde artikel 125quinquies lid 3 van de Ambtenarenwet (oud) dat een ambtenaar bescherming geniet indien conform de procedure en te goeder trouw misstanden zijn gemeld. Voor werknemers in de private sector gold dat zij zich ten behoeve van bescherming konden beroepen op artikel 7:611 BW en de vrijheid van meningsuiting zoals is verankerd in artikel 7 Gw en artikel 10 EVRM. Na 1 juli 2016 kunnen werknemers zich voor bescherming baseren op de Wet Huis voor klokkenluiders en artikel 7:658c BW. In artikel 7:658c BW is bepaald dat de werkgever de werknemer niet mag benadelen als gevolg van het te goeder trouw en naar behoren melden van een vermoeden van een misstand. De werknemer dient zowel procedureel als materieel zorgvuldig te handelen.¹³⁴ Van procedureel zorgvuldig handelen is sprake indien de melding eerst intern is gedaan, zo nodig tot op het hoogste niveau, tenzij dat in redelijkheid niet gevegd kon worden of strijdig is met het maatschappelijk belang. Verder dient bij een externe melding, indien de interne melding niet tot resultaat heeft geleid, de feiten op een passende en evenredige wijze bekend te zijn gemaakt. Van materieel zorgvuldig handelen is sprake indien de melder een op redelijke gronden gebaseerd vermoeden heeft dat de desbetreffende feiten juist zijn, een maatschappelijk belang in het geding is en het belang van externe bekendmaking in maatschappelijk opzicht prevaleert boven het belang van geheimhouding voor de werkgever.¹³⁵ Er is sprake van een op redelijke gronden gebaseerd vermoeden, indien het vermoeden voortvloeit uit de kennis die de werknemer bij zijn werkgever heeft opgedaan of door zijn werkzaamheden bij een ander bedrijf of organisatie. Daarnaast dient het vermoeden te bestaan dat de desbetreffende feiten juist zijn.¹³⁶

Inzake jurisprudentie van vóór de invoering van de Wet Huis voor klokkenluiders is in het arrest van de Hoge Raad van 26 oktober 2012¹³⁷ een duidelijke belangenafweging gemaakt tussen enerzijds de vrijheid van meningsuiting en anderzijds de contractuele geheimhoudingsplicht. Het uitgangspunt is dat de werknemer loyaal en discreet dient te handelen tegenover zijn werkgever, ook indien de werknemer de geheimhoudingsplicht schendt bij misstanden. Dit houdt onder andere in dat in beginsel de misstand eerst intern gemeld moet worden. Een uitzondering hierop kan alleen bij hele bijzondere omstandigheden gelden. Als de interne melding zinloos is, omdat duidelijk is dat deze melding geen effect zou hebben, kan er van een uitzondering sprake zijn. In de zaak van Guja tegen Moldavië¹³⁸ stelt ook het EHRM voorop dat werknemers een verplichting tot loyaliteit en discretie hebben ten opzichte van hun werkgever. Gelet op deze verplichting geldt als uitgangspunt dat, indien er sprake is van een misstand, eerst de leidinggevende op de hoogte wordt gesteld en pas slechts

¹³² *Stb.* 2016, 147.

¹³³ PbEU 2019, L 305/17.

¹³⁴ *Kamerstukken II* 2014/15, 34 105, nr. 7, p. 22 en 23 en Kroon, in: *arbeidsovereenkomst, commentaar op art. 7:658c BW*, aant. 1.2 (online, bijgewerkt 28 mei 2019).

¹³⁵ *Kamerstukken II* 2014/15, 34 105, nr. 7, p. 23 en Kroon, in: *arbeidsovereenkomst, commentaar op art. 7:658c BW*, aant. 2.3 (online, bijgewerkt 28 mei 2019).

¹³⁶ Kroon, in: *arbeidsovereenkomst, commentaar op art. 7:658c BW*, aant. 2.2 (online, bijgewerkt 28 mei 2019).

¹³⁷ Hoge Raad 26-10-2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9244 (Theodoor Gilissen Bankiers).

¹³⁸ EHRM 12-02-2008, ECLI:NL:XX:2008:BD1054, m.nt. E.A. Alkema (Guja/Moldavië).

indien dit niet uitvoerbaar is, informatie kan worden onthuld aan het publiek. Het EHRM laat meewegen of een andere weg openstond om de misstand te bestrijden. Andere factoren die het EHRM mee laat wegen, zijn het publieke belang bij de onthulde informatie, de mate van authenticiteit van de informatie, de schade die de autoriteiten lijden als gevolg van de onthulling van de informatie, de vraag of de onthuller te goeder trouw handelde en de zwaarte van de aan de onthuller opgelegde sanctie. Het EHRM heeft in de zaak van Heinisch tegen Duitsland¹³⁹ naast bevestiging van bovengenoemde rechtsregels ook de bewijslast in casu omgekeerd. Dat is opvallend want in de Nederlandse jurisprudentie ziet men in uitspraken van zowel vóór als na de invoering van de Wet Huis voor klokkenluiders dat de bewijslast bij de werknemer ligt.¹⁴⁰ Uit de Nederlandse jurisprudentie van zowel vóór als na de invoering van de Wet Huis voor klokkenluiders blijkt ook dat het tijdstip van de melding van het vermoeden van een misstand van belang is.¹⁴¹ Indien de melding is gedaan nadat reeds een ontslagprocedure in gang is gezet of nadat de werknemer is benadeeld (of denkt te zijn), staat de werknemer in feite met 1-0 achter.

In de Nederlandse wet zijn de volgende belangrijkste verschillen met de richtlijn te ontdekken met betrekking tot de bescherming van een klokkenluider. Uit artikel 4 van de richtlijn blijkt dat de definitie van melders ruimer is dan in de Nederlandse wet te vinden is. Zo vallen ook zelfstandigen, aannemers, onderaannemers, leveranciers en zelfs sollicitanten onder de definitie. Verder is in de richtlijn te lezen dat de melder in aanmerking komt voor bescherming, als hij gegronde redenen heeft om aan te nemen dat de informatie juist was op het moment van melden. In de Nederlandse wet is dat niet terug te vinden. In artikel 1, onderdeel d, van de Wet Huis voor klokkenluiders is te lezen dat onder een vermoeden van een misstand wordt verstaan: een vermoeden gebaseerd op redelijke gronden, die voortvloeien uit de kennis die de werknemer bij zijn werkgever heeft opgedaan of die hij heeft verkregen door zijn werkzaamheden bij een ander bedrijf of een andere organisatie. Er staat dus niet expliciet bij dat indien achteraf blijkt dat de informatie niet juist was er ook recht is op bescherming. Dit is ook niet terug te vinden in de memorie van toelichting.¹⁴² Het grootste verschil is de omkering van de bewijslast. Er wordt van uitgegaan dat de benadeling een represaillemaatregel is en degene die de represaillemaatregel heeft genomen dient aan te tonen dat de benadeling geen gevolg is geweest van de melding. Dit is niet in de Nederlandse wet terug te vinden en wordt ook door de Nederlandse rechter niet toegepast. Ook moet de melder op basis van de richtlijn toegang krijgen tot herstelmaatregelen van de represailles die eventueel, desondanks, zijn genomen. Ook hierover vindt men niets terug in de Nederlandse wet. Tot slot is een groot verschil dat op grond van de richtlijn de lidstaten zorg dienen te dragen voor doeltreffende, evenredige en afschrikkende sancties op natuurlijke personen of rechtspersonen die meldingen trachten te belemmeren, represaillemaatregelen nemen tegen melders, vexatoire procedures aanspannen tegen melders of de geheimhouding van de identiteit van de melder schenden. In de Nederlandse wet is dit niet opgenomen. Concluderend kan gezegd worden dat de richtlijn in hogere mate bescherming biedt aan werknemers. De richtlijn is in lijn met hetgeen reeds in 2010 in de klokkenluidersresolutie is geadviseerd aan de lidstaten. Zo blijkt uit artikel 6.2.4 van de klokkenluidersresolutie¹⁴³ dat geadviseerd is aan de lidstaten om wetgeving te maken waarbij ervan

¹³⁹ EHRM 21-07-2011, ECLI:NL:XX:2011:BT6201, m.nt. E.J. Dommering (Heinisch/Duitsland).

¹⁴⁰ CRvB 02-03-2006, ECLI:NL:CRVB:2006:AV3953, Rb. Den Bosch 09-02-2012, ECLI:NL:RBSHE:2012:BV3050, Hof Den Haag 12-06-2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:1608, Hof Arnhem-Leeuwarden 31-10-2018, ECLI:NL:GHARL:2018:9547 en Rb. Amsterdam 22-08-2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:6356.

¹⁴¹ Rb. Den Bosch 09-02-2012, ECLI:NL:RBSHE:2012:BV3050, Hof Den Haag 26-01-2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:219.

¹⁴² *Kamerstukken II* 2014/15, 34 105, nr. 7.

¹⁴³ Resolutie 1729 van de Parlementaire Vergadering van de Raad van Europa (29 april 2010), Protection of “Whistle-Blowers”.

uit wordt gegaan dat de melder de melding te goeder trouw heeft verricht op voorwaarde dat de melder redelijke gronden had om te geloven dat de onthulde informatie waar was, ook als later blijkt dat dit niet het geval is. De bewijslast van het tegendeel ligt bij de werkgever, zoals dat tevens in artikel 6.3 van de resolutie is weergegeven. Waarom Nederland het advies niet heeft opgevolgd is onduidelijk en blijkt niet uit de memorie van toelichting.¹⁴⁴

5.2 Conclusie

Er zijn dus belangrijke verschillen te ontdekken tussen de richtlijn en de huidige Nederlandse wetgeving. De vraag is of Nederland volstaat met de huidige wetgeving op het gebied van klokkenluiders. Het antwoord op de probleemstelling dient te worden gezocht in de implementatieregels. Immers, vanaf 2016 geldt reeds de Wet Huis voor klokkenluiders en artikel 7:658c BW. Of deze wetten voldoen aan de eisen die de richtlijn stelt, is een antwoord op de probleemstelling. De probleemstelling luidt:

Voldoet de Nederlandse wetgeving aan de eisen die gesteld worden in de Europese richtlijn inzake de bescherming van personen die inbreuken op het Unierecht melden (Richtlijn 2019/1937)?

Op grond van artikel 288 VWEU is een richtlijn vastgesteld door (de instellingen van) de Europese Unie verbindend ten aanzien van het te bereiken resultaat voor elke lidstaat. De lidstaten hebben de bevoegdheid om de vorm en de middelen te kiezen voor implementatie van een richtlijn. De implementatie dient op zodanige wijze te gebeuren dat het beoogde resultaat van de Europese regelgeving bereikt wordt.¹⁴⁵ Het Hof heeft in dit kader bepaald dat de implementatie volledig en nauwkeurig moet zijn. De bevoegdheid om de vorm en middelen te kiezen wordt derhalve begrensd, doordat de vorm en middelen zodanig gekozen moeten worden dat ze, gelet op het onderwerp en de inhoud van de richtlijn, geschikt zijn om het nuttig effect van de richtlijn te waarborgen. De materiële inhoud van een richtlijn moet worden omgezet naar een nationaal normatief kader en daardoor dwingende rechtskracht hebben.¹⁴⁶ Als een particulier bepaalde rechten aan een richtlijn ontleent, dan moeten deze rechten ook afdwingbaar zijn. Volgens het Hof is voor de omzetting van een richtlijn niet per se vereist dat de bepalingen formeel en letterlijk in uitdrukkelijke, specifieke wettelijke bepalingen worden overgenomen.¹⁴⁷

De Wet Huis voor klokkenluiders en artikel 7:658c BW voldoen niet volledig aan de eisen van de Richtlijn 2019/1937. Er dient mijns inziens een aantal aanpassingen doorgevoerd te worden om volledig aan de eisen die de richtlijn stelt te voldoen. Immers, de richtlijn dient volledig en nauwkeurig te worden geïmplementeerd en de bepalingen dienen afdwingbaar te zijn. Alhoewel volgens het Hof voor de omzetting van een richtlijn dus niet per se vereist is dat de bepalingen formeel en letterlijk in uitdrukkelijke, specifieke wettelijke bepalingen worden overgenomen, kan uit de hierboven genoemde uitspraken wel afgeleid worden dat rechten en plichten die uit de richtlijn blijken, volledig en op duidelijke wijze omgezet dienen te worden in nationale wetgeving. Mijns inziens kan artikel 7:658c BW om die reden niet volstaan, aangezien in artikel 21 van de richtlijn is bepaald dat de bewijslast bij degene ligt die represaillemaatregelen heeft genomen. Gelet op de

¹⁴⁴ Kamerstukken II 2014/15, 34 105, nr. 7.

¹⁴⁵ HvJ EG, 8 april 1976, C-48/75, Jur. 1976, p. 497 (Royer).

¹⁴⁶ HvJ EG, 2 december 1986, C-239/85, Jur. 1986, p. 3645 (Toxische en gevaarlijke stoffen) en HvJ EG, 22 april 1999, C-340/96, Jur. 1999, p. I-2023 (Drinkwater Verenigd Koninkrijk).

¹⁴⁷ HvJ EG, 23 mei 1985, C-29/84, Jur. 1985, p. 1661 (Commissie tegen Duitsland).

huidige Nederlandse jurisprudentie en de (thans terechte) conclusie van de rechters dat de bewijslast bij de melder ligt¹⁴⁸ en aangezien niet in de wet is opgenomen dat dit anders is en het uitgangspunt is: wie stelt, bewijst conform artikel 150 Rv¹⁴⁹, dient mijns inziens de wet op dat punt reeds aangepast te worden. Verder is er nog een aantal wijzigingen die mijns inziens expliciet in de wet opgenomen dienen te worden.

5.3 Aanbevelingen

Mijns inziens dient de Wet Huis voor klokkenluiders als basis genomen te worden en waar nodig aangepast te worden conform de bepalingen in de richtlijn. Hierbij kom ik tot de volgende aanpassingen van een aantal artikelen in de Wet Huis voor klokkenluiders om volledig te voldoen aan de eisen die de richtlijn stelt:

- Artikel 1 dient allereerst aangepast te worden wat betreft de hoedanigheid van de melder. In de Wet Huis voor klokkenluiders wordt nu gesproken over ‘het vermoeden dat gebaseerd is op redelijke gronden, die voortvloeien uit de kennis die de *werknemer* bij zijn *werkgever* heeft opgedaan’, maar de richtlijn heeft zich niet beperkt tot de werknemer. Conform artikel 4 van de richtlijn gaat het ook om zelfstandige, aandeelhouders, vrijwilligers, stagiairs, sollicitanten, eenieder die werkt onder toezicht en leiding van aannemers, onderaannemers of leveranciers, ex-werknemers en gedeeltelijk voor facilitators, derden die verbonden zijn met de melders (bijvoorbeeld familieleden van de melders) of juridische entiteiten die eigendom zijn van de melders;
- Ook wat betreft het toepassingsgebied dient artikel 1 uitgebreid te worden met de in artikel 2 van de richtlijn genoemde gebieden. Het verdient mijns inziens voorkeur om beide toepassingsgebieden van zowel de Wet Huis voor klokkenluiders als de richtlijn te benoemen. Ook dient de voorwaarde dat er sprake moet zijn van een maatschappelijk belang aangepast te worden. Alhoewel in de richtlijn de meeste toepassingsgebieden raakvlakken hebben met enig maatschappelijk belang, is de huidige definitie van de term maatschappelijk belang in de Wet Huis voor klokkenluiders te streng geformuleerd. Immers, het Huis voor Klokkenluiders spreekt over ‘een situatie die meestal meerdere mensen aangaat, die meestal regelmatig voorkomt en meestal ernstige gevolgen kan hebben’.¹⁵⁰ Dat is niet terug te vinden in de richtlijn. In de richtlijn wordt enkel gesproken over handelingen of nalatigheden die onrechtmatig zijn en vallen onder het toepassingsgebied van artikel 2 van de richtlijn óf het doel of de toepassing ondermijnen van regels met betrekking tot het toepassingsgebied van artikel 2 van de richtlijn;
- Artikel 2 dient conform artikel 8 van de richtlijn aangepast te worden. Naast het feit dat particuliere entiteiten van vijftig of meer werknemers een interne regeling met betrekking tot klokkenluiders vast dienen te stellen, geldt dit ook voor particulieren

¹⁴⁸ Hof Den Haag 12-06-2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:1608, Hof Arnhem-Leeuwarden 31-10-2018, ECLI:NL:GHARL:2018:9547 en Rb. Amsterdam 22-08-2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:6356.

¹⁴⁹ Er zijn uitzonderingen op de hoofdregel, maar de rechter komt niet snel tot een dergelijke uitzondering. Zie hiervoor: De Groot, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 150 Rv, aant. 3. (online laatst bijgewerkt op 01-09-2019) en Beenders, in: *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 150 Rv, aant. 3 en 4 (online laatst bijgewerkt op 01-01-2019).

¹⁵⁰ Zie het jaarverslag van het Huis voor Klokkenluiders over 2018. https://huisvoorklokkenluiders.nl/wp-content/uploads/2019/03/HvK_jaarverslag2018.pdf

entiteiten die actief zijn op het gebied van financiële dienstverlening of kwetsbaar zijn waar het gaat om witwassen van geld of terrorismefinanciering. Dit dient in artikel 2 aangepast te worden. Tevens dient in dit artikel de termijn van drie maanden voor de opvolging van de interne melding te worden opgenomen. Thans is er helemaal geen termijn genoemd. Tot slot dient dit artikel ook de mogelijkheid te bieden voor de melder om zijn interne melding schriftelijk, elektronisch, mondeling, via een telefoonlijn, via een gespreksopname of door middel van een fysieke ontmoeting in te dienen;

- Artikel 3a dient conform artikel 13 van de richtlijn uitgebreid te worden. Thans is in lid 1 onder c geregeld dat de afdeling advies (ook) tot taak heeft dat zij algemene voorlichting geeft omtrent het omgaan met een vermoeden van een misstand, maar conform artikel 13 van de richtlijn dient de autoriteit een actievere rol te vervullen. Zo dient de autoriteit in een afzonderlijke, gemakkelijk herkenbare en toegankelijke rubriek op haar website informatie te publiceren over: de voorwaarden waaronder melders in aanmerking komen voor bescherming, communicatiekanalen voor het ontvangen van en opvolging geven aan meldingen, procedures die van toepassing zijn bij meldingen, de geheimhoudingsregeling die van toepassing zijn op meldingen, de soort opvolging die meldingen moeten krijgen, de beschikbare rechtsmiddelen en procedures die bestaan tegen represailles en een verklaring waarin duidelijk wordt uitgelegd dat personen die overeenkomstig deze richtlijn informatie aan de bevoegde autoriteiten verstrekken, niet geacht worden inbreuk te maken op enige bij overeenkomst of bij wettelijke of bestuursrechtelijke bepaling opgelegde beperking van de openbaarmaking van informatie, en dat deze personen op geen enkele wijze aansprakelijk mogen worden gesteld in verband met deze openbaarmaking;
- De termijn in artikel 8 dient aangepast te worden conform artikel 11 van de richtlijn naar een termijn van drie maanden of, in naar behoren gemotiveerde gevallen, naar zes maanden voor feedback over de opvolging van de melding.

Verder kom ik tot toevoeging van de volgende artikelen in de Wet Huis voor klokkenluiders:

- Conform artikel 18 van de richtlijn dient de autoriteit zorg te dragen voor een overzicht van elke ontvangen melding. Tevens dient de autoriteit conform artikel 11 van de richtlijn zorg te dragen voor een ontvangstbevestiging binnen zeven dagen na een ontvangen melding;
- De autoriteit zorgt ervoor dat de identiteit van de melder wordt beschermd, zoals bepaald in artikel 16 van de richtlijn;
- De autoriteit dient zorg te dragen voor doeltreffende, evenredige en afschrikkende sancties voor natuurlijke personen of rechtspersonen die een melding belemmeren of trachten te belemmeren, represaillemaatregelen nemen tegen melders, vexatoire procedures aanspannen tegen melders, de verplichting tot geheimhouding van de identiteit van de melder schenden of personen die kwaadwillige of oneerlijke meldingen of openbaarmakingen verrichten.

Voorts dient artikel 7:658c BW aangepast te worden op de volgende gronden:

- Allereerst geldt weer dat er gesproken wordt over *werknemer en werkgever*, maar hiervoor is reeds geconcludeerd dat dit uitgebreid moet worden met zelfstandigen, aandeelhouders, vrijwilligers, stagiairs, sollicitanten, eenieder die werkt onder toezicht en leiding van aannemers, onderaannemers of leveranciers, ex-werknemers en

- facilitators, derden die verbonden zijn met de melders (bijvoorbeeld familieleden van de melders) of juridische entiteiten die eigendom zijn van de melders;
- Verder dient in dit artikel vermeld te worden dat een melder die een interne of externe melding heeft verricht óf informatie openbaar heeft gemaakt, in aanmerking komt voor bescherming als de melder gegronde redenen heeft om aan te nemen dat de gemelde informatie juist was op het moment van de melding, de melding onder het toepassingsgebied van de richtlijn valt en conform de richtlijn gemeld is. Conform de richtlijn melden houdt kort gezegd in dat het vermoeden van een misstand eerst intern gemeld dient te worden, vervolgens extern en dan pas informatie openbaar gemaakt mag worden. Bovendien dienen binnen de gestelde termijnen geen passende maatregelen te zijn genomen. Voor een interne melding geldt een termijn van drie maanden en een externe melding ook of, in gemotiveerde gevallen, zes maanden. Voorts kan een interne of externe melding achterwege worden gelaten indien de melder gegronde redenen heeft om aan te nemen dat de inbreuk een dreigend of reëel gevaar voor het algemeen belang kan opleveren of er risico bestaat op represailles dan wel dat het onwaarschijnlijk is dat de inbreuk doeltreffend wordt verholpen, omdat bijvoorbeeld bewijsmateriaal kan worden achtergehouden of vernietigd;
 - Verder blijken de aangehaalde voorbeelden uit de memorie van toelichting van artikel 7:658c BW grotendeels overeen te komen met de genoemde represailles in artikel 19 van de richtlijn, maar verdient het desondanks aanbeveling om de aangehaalde voorbeelden in artikel 19 van de richtlijn expliciet in artikel 7:658c BW te benoemen, aangezien in artikel 19 van de richtlijn is opgenomen 'met name...'. Vervolgens vindt daarna de opsomming plaats;
 - Voorts is er conform artikel 21 lid 5 van de richtlijn sprake van omkering van de bewijslast inzake de causaliteit van de benadeling en de melding. Deze omkering dient expliciet in artikel 7:658c BW te worden opgenomen;
 - Tot slot hebben melders passende toegang tot herstelmaatregelen in verband met represailles en hebben melders het recht te verzoeken om ongegrondverklaring van eventuele gerechtelijke procedures, onder meer wegens laster, schending van auteursrechten, schending van de geheimhoudingsplicht of wegens schadeloosstelling op grond van het feit dat zij de melding of openbaarmaking overeenkomstig de richtlijn hebben verricht. Het verdient aanbeveling om ook deze bepaling in artikel 7:658c BW op te nemen.

Tot slot verdient het aanbeveling om bij het doorvoeren van de wijzigingen ook over de volgende punten na te denken:

- Geen grens te stellen van vijftig of meer werknemers voor het hebben van een interne procedure. Hierdoor weet iedereen waar hij aan toe is en zijn de rechten en plichten transparant voor eenieder;
- Een mogelijkheid te bieden om anoniem misstanden te melden. Hierdoor wordt de relatie tussen de melder en degene tegen wie de melding is gericht, beschermd. Het is vervolgens aan het Huis voor Klokkeluiders om, met haar gedegen expertise, te onderzoeken of de melding terecht is en welke aanpassingen er eventueel noodzakelijk zijn. De medewerkers van het Huis voor Klokkeluiders dienen dan wel de juiste expertise te hebben en dienen zich desgewenst (verplicht) voor te laten lichten door experts. Ook dient integriteit hoog in het vaandel te staan, hetgeen nu niet het geval lijkt te zijn als we de berichtgeving in de media moeten geloven.

Door deze twee punten in te voeren krijgen melders nog meer bescherming dan die zij reeds verkrijgen door de inwerkingtreding van de richtlijn. Dit is toegestaan. Immers, uit artikel 25 van de richtlijn blijkt dat er sprake is van een minimale harmonisatieverplichting en kunnen dus bepalingen rechtsgeldig in werking treden die gunstiger zijn voor de melders. De lidstaten mogen ten gunste van de melder afwijken. Daarnaast staat expliciet in artikel 6 lid 2 van de richtlijn dat het de lidstaten vrij staat om de mogelijkheid van anonieme meldingen te aanvaarden en te behandelen en staat expliciet in artikel 8 lid 7 van de richtlijn dat het de lidstaten vrij staat om juridische entiteiten in de private sector met minder dan vijftig werknemers te verplichten om kanalen en procedures voor interne meldingen op te zetten. Europa geeft daarmee aan reeds over deze twee punten te hebben nagedacht. Volgt Nederland?

6. Literatuurlijst

Beenders, in: *T&C Rv*, commentaar op art. 150 Rv

D.J. Beenders, T&C Burgerlijke Rechtsvordering, commentaar op art. 150 Rv, in: A.I.M. van Mierlo en C.J.J.C. van Nispen (red.), *Tekst & Commentaar Burgerlijke Rechtsvordering*, Deventer: Wolters Kluwer 2019 (online in Kluwer Navigator).

Boersema, *Trouw* 30 juni 2019

W. Boersema, 'Nu luidt de klok zelfs in het Huis voor Klokkenluiders: 'Ze kunnen niet eindeloos doormodderen'', *Trouw* 30 juni 2019.

Brabers e.a. 2015

J. Brabers e.a., *Klokkenluiders in perspectief. Beschouwingen over corporate governance, (rechtsvergelijkend) arbeidsrecht, privaatrecht en strafrecht in het licht van de Wet Huis voor klokkenluiders*, Zutphen: Paris 2015.

Van den Brink & Jurjens, *NTM/NJCM-bull.* 2015/3

J. van den Brink & E. Jurjens, 'Bescherming van klokkenluiders onder artikel 10 EVRM, Een blik op de Straatsburgse en Nederlandse jurisprudentie en een beoordeling van de voorgestelde wetgeving', *NTM/NJCM-bull.* 2015/3, afl. 1, p. 1-9.

Bunschoten, *T&C Grondwet en Statuut*, art. 7 Gw

Bunschoten, T&C Grondwet en Statuut art. 7 Gw D.E. Bunschoten, 'Commentaar op art. 7 Gw', in: P.P.T. Bovend'Eert, J.L.W. Broeksteeg, D.E. Bunschoten en H.G. Hoogers (red.), *Tekst & Commentaar Grondwet en Statuut*, Deventer: Wolters Kluwer 2018 (online in Kluwer Navigator).

Duk, *TRA* 2016/66

R.A.A. Duk, 'Klokkenluiders in perspectief', *TRA* 2016/66, afl. 6/7, p. 54-66 (geraadpleegd).

Van der Gaag, *Algemeen Dagblad* 24 juli 2018

S. van der Gaag, 'Klokkenluiders Blick: 'hoe vaak moeten we alarm slaan?', *Algemeen Dagblad* 24 juli 2018.

De Graaf & Huberts

G. de Graaf & L.W.J.C. Huberts, *Klokkenluiden en veiligheid*, Dordrecht: Stichting Maatschappij, Veiligheid en Politie 2010.

Grapperhaus, *Ondernemingsrecht* 2004/126

F.B.J. Grapperhaus, 'Klokkenluiders: verzoek van de regering aan de SER om advies over een onafhankelijke commissie', *Ondernemingsrecht* 2004/126, afl. 9, p. 120-136.

Grapperhaus, *TRA* 2014/51

F.B.J. Grapperhaus, 'Een zinnig wetsvoorstel over klokkenluiders', *TRA* 2014/51, afl. 6/7, p. 51-61.

De Groot, in *GS Burgerlijke Rechtsvordering*

G. de Groot, 'Bewijslastverdeling. Uitzonderingen. Billijkheid', in: P. Vlas & T.F.E. Tjong Tjin Tai (red.), *Groene Serie Burgerlijke Rechtsvordering*, Deventer: Kluwer 2019 (online in Kluwer Navigator).

Happé, *WFR* 2009/1145

R.H. Happé, 'Op het hellende vlak met fiscale tipgevers, klokkenluiders en premiejager', *WFR* 2009/1145, afl. 6836, p. 1145-1468 (geraadpleegd).

Ter Huurne & Theunissen, *TRA* 2016/104

F.H.A. ter Huurne & A.J.C. Theunissen, 'Wet Huis voor klokkenluiders verbetert de positie van de klokkenluider niet', *TRA* 2016/104, afl. 12, p. 102-111.

Jensma, *NRC* 3 april 2018

F. Jensma, 'Ook een bank mag niet alles', *NRC* 3 april 2018.

Koster, *Bb* 2016/43

H. Koster, 'Klokkenluiders: enkele ondernemingsrechtelijke aspecten', *Bb* 2016/43, afl. 14, p. 42-46 (geraadpleegd).

Kroon, *Arbeidsovereenkomst*, art. 7:658 BW

Kroon, *Arbeidsovereenkomst*, art. 7:658c BW J.P. Kroon, 'Commentaar op art. 7:658c BW', in: S.S.M. Peters (red.), *Arbeidsovereenkomst*, Deventer: Wolters Kluwer 2017 (online in Kluwer Navigator).

Mirshahi & Nicolai, *NJB* 2016/1277

S. Mirshahi & M. Nicolai, 'Klokkenluiders gaan van Adviespunt naar Huis, Hoe groot is de vooruitgang?', *NJB* 2016/1277, afl. 26, p. 1275-1340.

Modderkolk, *de Volkskrant* 19 mei 2017

H. Modderkolk, 'Hoe de kansen van WikiLeaks 'Julian Assange keerden', *de Volkskrant* 19 mei 2017.

Moerman 2015

A. Moerman, *Klokkenluiden in het arbeidsrecht*, Amersfoort: Celsus 2015.

Rengers & Dohmen, *NRC* 12 maart 2017

M. Rengers & J. Dohmen, 'AIVD'er gedetacheerd bij Huis voor Klokkenluiders', *NRC* 12 maart 2017.

Rengers, *NRC* 19 oktober 2017

M. Rengers, 'Crisis in Huis voor Klokkenluiders', *NRC* 19 oktober 2017.

Rengers, *NRC* 17 mei 2018

M. Rengers, 'Tweede meldpunt voor klokkenluiders', *NRC* 17 mei 2018.

Rengers, *NRC* 26 maart 2019

M. Rengers, 'Bestuurlijke chaos bij Huis voor Klokkenluiders', *NRC* 26 maart 2019.

Rijke, TPWS 2017/29

M. Rijke, 'De Klokkenluider onder de Wet Huis voor klokkenluiders: een circusartiest met een te klein vangnet? Over de strafrechtelijke positie van de klokkenluider en zijn rechtsbescherming', *TPWS* 2017/29, afl. 23, p. 26-47.

Rugers, Bb 2016/42

D.J. Rutgers, 'Wet Huis voor klokkenluiders: werk aan de winkel voor werkgevers en ondernemingsraden', *Bb* 2016/42, afl. 14, p. 42-46 (geraadpleegd).

Sitalsing, de Volkskrant 23 oktober 2017

S. Sitalsing, 'In het echt eindigen klokkenluiders zelden als populaire types', *de Volkskrant* 23 oktober 2017.

Stichting van de Arbeid, 2010

Stichting van de Arbeid, 'Verklaring inzake het omgaan met vermoedens van misstanden in ondernemingen', 2010, p. 1-15 (online geraadpleegd op 29-01-2019:).

Van Uden 2003

F.C. van Uden, *Whistleblowers en klokkenluiders. De rechtspositie van werknemers en ambtenaren in de VS, het Verenigd Koninkrijk en Nederland*, Den Haag: Sdu 2003.

Van Uden, ArbeidsRecht 2006/7

F.C. van Uden, 'De ondraaglijke stilte van de vrijheid van meningsuiting in het arbeidsrecht', *ArbeidsRecht* 2006/7, afl. 2, p. 5-10 (geraadpleegd).

Van Uden, ArbeidsRecht 2013/18

F.C. van Uden, 'Klokkenluiden: verder van huis met het huis (I)', *ArbeidsRecht* 2013/18, afl. 3, p. 15-21.

Van Uden, ArbeidsRecht 2013/24

F.C. van Uden, 'Klokkenluiden: verder van huis met het huis (II)', *ArbeidsRecht* 2013/24, afl. 4, p. 22-26 (geraadpleegd).

Van Uden, A&O 2017/1120

F.C. van Uden, 'Wegwijs in het Huis voor klokkenluiders', *A&O* 2017/1120, afl. 1, p. 6-19 (geraadpleegd).

Vankan 2015

F.T.M. Vankan, *Klokkenluiders. De vrijheid van meningsuiting van werknemers in verhouding tot de geheimhoudingsplicht: een onderzoek naar de rechtsbescherming van klokkenluiders in de private sector en de noodzaak tot het invoeren van een wettelijke regeling* (serie Thema's Arbeid & Recht, deel 9), Zutphen: Paris 2015.

‘Verhulp/Vegter’, T&C Burgerlijk Wetboek, art. 7:658c BW ‘Verhulp/Vegter’, T&C Burgerlijk Wetboek, art. 7:658c BW E. Verhulp/M.S.A. Vegter, ‘Commentaar op art. 7:658c BW’, in: H.B. Krans, C.J.J.M. Stolker & W.L. Valk (red.), Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek, Deventer: Wolters Kluwer 2019 (online in Kluwer Navigator).

Verlaan, NRC 23 augustus 2017

J. Verlaan, ‘Klokkenluider Ad Bos verliest beroep en krijgt geen tipgeld’, *NRC* 23 augustus 2017.

Verdam, ArbeidsRecht 2001/3

A.F. Verdam, ‘Bescherming van klokkenluiders: welke regels en procedures (dienen te) gelden?’, *ArbeidsRecht* 2001/3, afl. 1, p. 1-5.

Vollebregt, Trouw 20 februari 2018

B. Vollebregt, ‘Klokkenluiders krijgen vaak psychische problemen’, *Trouw* 20 februari 2018.

Voskuil, Algemeen Dagblad 4 april 2019

K. Voskuil, ‘Verdeeld Huis voor klokkenluiders lost nùl zaken op’, *Algemeen Dagblad* 4 april 2019.

De Vries, de Volkskrant 14 december 2018

J. de Vries, ‘Immigratiedienst dicht personeelstekort met onderbetaalde tijdelijke krachten’, *de Volkskrant* 14 december 2018.

Willems, ArbeidsRecht 2003/54

P. Willems, ‘Klokkenluiderbescherming verder ingekleurd: wordt spreken toch goud?’, *ArbeidsRecht* 2003/54, afl. 12, p. 53-59.

De Wolff, ArbeidsRecht 2017/3

D.J.B. de Wolff, ‘Huis voor klokkenluiders, een opleveringsrapport’, *Arbeidsrecht* 2017/3, afl. 1, p. 1-7.

7. Jurisprudentielijst

EHRM:

EHRM 29 februari 2000, ECLI:NL:XX:2000:AD3149, m.nt. E.J. Dommering (Fuentes Bob/Spanje)
EHRM 22 november 2007, ECLI:NL:XX:2007:BC0481, m.nt. E.J. Dommering (Voskuil/Nederland)
EHRM 22 november 2007, ECLI:NL:XX:2007:BC0481, m.nt. Gerard Schuijt (Voskuil/Nederland)
EHRM 12 februari 2008, ECLI:NL:XX:2008:BD1054, m.nt. E.A. Alkema (Guja/Moldavië)
EHRM 21 juli 2011, ECLI:NL:XX:2011:BT6201, m.nt. E.J. Dommering (Heinisch/Duitsland)
EHRM 19 januari 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:0119JUDO04908507 (Görmüè e.a./Turkije)
EHRM 18 oktober 2018, ECLI:NL:XX:2011:BV2343, m.nt. E.A. Alkema (Sosinowksa/Polen)

Hof van Justitie:

HvJ EG, 8 april 1976, C-48/75, Jur. 1976, p. 497 (Royer)
HvJ EG, 23 mei 1985, C-29/84, Jur. 1985, p. 1661 (Commissie tegen Duitsland)
HvJ EG, 2 december 1986, C-239/85, Jur. 1986, p. 3645 (Toxische en gevaarlijke stoffen)HvJ EG, 22 april 1999, C-340/96, Jur. 1990, p. I-2023 (Drinkwater Verenigd Koninkrijk)

Hoge Raad:

HR 20 april 1990, ECLI:NL:PHR:1990:AD1092, m.nt. P.A. Stein (geraadpleegd)
HR 6 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK6346, m.nt. Y. Buruma
HR 26 oktober 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9244 (Theodoor Gilissen Bankiers)
HR 26 oktober 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9244, m.nt. E. Verhulp (Theodoor Gilissen Bankiers)
HR 26 oktober 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9244, m.nt. J.N. Stamhuis (Theodoor Gilissen Bankiers)

Centrale Raad van Beroep:

CRvB 02 maart 2006, ECLI:NL:CRVB:2006:AV3953

Hof:

Hof Amsterdam 14 juni 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BR2582
Hof Den Haag 26 januari 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:219
Hof Den Haag 12 juni 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:1608
Hof Arnhem-Leeuwarden 31 oktober 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:9547

Rechtbank:

Rb. Alkmaar 28 februari 2002, ECLI:NL:RBALK:2002:AD9687
Rb. Alkmaar 1 juli 2002, ECLI:NL:RBALK:2002:AE4706
Rb. Breda 14 april 2009, ECLI:NL:RBBRE:2009:BI1633
Rb. Amsterdam 11 februari 2010, ECLI:NL:RBAMS:2010:BM5692
Rb. Den Bosch 9 februari 2012, ECLI:NL:RBSHE:2012:BV3050
Rb. Rotterdam 6 februari 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:792
Rb. Rotterdam 8 april 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:2730

Rb. Overijssel 6 juni 2017, ECLI:NL:RBOVE:2017:2320
Rb. Overijssel 6 juni 2017, ECLI:NL:RBOVE:2017:2321
Rb. Rotterdam 8 april 2018, ECLI:NL:RBROT:2014:2730
Rb. Gelderland 1 oktober 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:4189
Rb. Noord-Holland 16 april 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:3965