

Vereeniging 'Handelsrecht' Preadviezen 2015

Klokkenluiders in perspectief

Beschouwingen over corporate governance,
(rechtsvergelijkend) arbeidsrecht, privaatrecht
en strafrecht in het licht van de Wet Huis voor
klokkenluiders

Mr. J. Brabers

Mr. M.M. Govaert

Mr. drs. A.M. Helstone

Mr. M. Jurgens

Prof. mr. H.J. de Kluiver

Prof. mr. J.S. Kortmann

Mr. M.G. Kuijpers

Mr. F.C. van Uden

Prof. mr. A.F. Verdam



UITGEVERIJ *Paris*

Zutphen 2015

ISBN 978-94-6251-091-3
NUR 827

© 2015 Uitgeverij Paris bv, Zutphen

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet van 1912 gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet 1912 dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl).

Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in een bloemlezing, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet 1912) kan men zich wenden tot de Stichting Pro (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.cedar.nl/pro).

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteurs, redacteur(en) en uitgever geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor de gevolgen hiervan.

Inhoudsopgave

1	Introductie en ten geleide — Prof. mr. H.J. de Kluiver / 11
2	Klokkenluiden: tour d'horizon — Mr. F.C. van Uden / 17
2.1	Inleiding / 17
2.2	Verenigde Staten / 17
2.2.1	Achtergronden / 17
2.2.2	Bescherming van klokkenluiders in de VS / 18
2.3	Verenigd Koninkrijk / 19
2.3.1	Achtergronden / 19
2.3.2	PIDA / 19
2.4	EHRM / 21
2.4.1	Achtergronden / 21
2.4.2	Rechtspraak van het EHRM / 21
2.5	Nederland / 22
2.5.1	Achtergronden / 22
2.5.2	Rechtspraak / 24
2.5.3	Wetsvoorstel Huis voor klokkenluiders / 25
2.6	Conclusie / 26
3	De meerwaarde van een interne klokkenluidersregeling in de praktijk — Mr. J. Brabers / 27
3.1	Inleiding / 27
3.2	Waarom een klokkenluidersregeling introduceren? / 27
3.2.1	Praktische argumenten / 28
3.2.2	Wet- en regelgeving / 28
3.3	Elementen voor een effectieve klokkenluidersregeling / 31
3.3.1	Algemeen / 31
3.3.2	Het melden van een misstand of gewoon klokkenluiden? / 31
3.3.3	Wat is een misstand? / 32
3.3.4	Wie mogen melden onder de klokkenluidersregeling? / 32
3.3.5	Een plicht of vrijwillig? / 33
3.3.6	Bij wie intern melden? / 33
3.3.7	Advies / 34
3.3.8	Aan welke eisen moet een melding voldoen? / 34
3.3.9	Vertrouwelijkheid / 35
3.3.10	Is anoniem melden mogelijk? / 35
3.3.11	Bescherming van de klokkenluider tegen vergelding en benadeling / 36
3.3.12	Bescherming van getuigen en personen die bij een onderzoek zijn betrokken / 37
3.3.13	Misbruik / 37

3.3.14	Onschuldig tot het tegendeel bewezen is / 37
3.3.15	Ontvangstbevestiging en terugkoppeling / 37
3.3.16	Informereren bedrijfsleiding / 38
3.3.17	Voorwaarden voor extern melden / 38
3.3.18	Organisatie en rapportagelijnen / 39
3.3.19	Bescherming van gegevens en dossiers / 40
3.3.20	Wet bescherming persoonsgegevens / 40
3.4	Praktische suggesties / 41
3.4.1	Implementatie en voorlichting / 41
3.4.2	Plichten en rechten van het management / 41
3.4.3	Onvrede met de uitkomst van een onderzoek / 42
3.4.4	Evaluatie / 42
3.5	Conclusie / 42
4	Het Wetsvoorstel Huis voor klokkenluiders gezien vanuit de organisatie en het ondernemingsrecht — Prof. mr. A.F. Verdam / 43
4.1	Inleiding / 43
4.2	Relatie interne klokkenluidersregeling met interne controle-systemen / 44
4.3	Betekenis van interne meldingsprocedure voor risicomanagement / 47
4.4	Interne meldlijn als onderdeel van bestuurstaak / 48
4.5	Meldingen die een bestuurder van een N.V. of B.V. betreffen / 49
4.6	Meldingen die een commissaris van een N.V. of B.V. betreffen / 51
4.7	Hoe bij andere rechtspersonen? / 51
4.8	De bestuurder of commissaris als melder? / 52
4.9	Kwetsbare positie van de organisatie / 52
4.10	Bescherming van de organisatie; wetsontwerp en het gemene recht / 53
4.11	Toepassing van het proportionaliteitsbeginsel / 53
4.12	Voorbeeld van een melding met grote gevolgen / 55
4.13	Verhouding tot andere procedures / 56
4.14	Eerst intern onderzoek of rechtstreeks naar de toezichthouder? / 57
4.15	Gang naar de media? / 58
4.16	Functie en inhoud interne procedure; terugkoppeling naar werknemer / 59
4.17	Interne anonieme melding; terugkoppeling? / 60
4.18	Eis van te goeder trouw en naar behoren handelen van werknemer / 61
4.19	Vertrouwelijkheid in acht te nemen door werknemer / 62
4.20	Directe melding bij het Huis; wanneer mogelijk? / 62
4.21	Borging interne meldingsprocedure / 64
4.22	‘Naar behoren’ behandelen van melding door organisatie; toetsing aan procedure / 65
4.23	Naar behoren behandelen; beëindigen misstand / 66
4.24	Naar behoren behandelen; afweging betrokken belangen / 66
4.25	Naar behoren behandelen; samenloopgepikelen en afweging van belangen / 67

4.26	‘Kruismelding’ door werknemer van andere organisatie / 68
4.27	Afronding / 69
5	Bescherming klokkenluiders; nut en noodzaak
	— Mr. M.M. Govaert / 71
5.1	Inleiding / 71
5.2	Huidige bescherming klokkenluiders / 73
5.2.1	Zelfregulering / 73
5.2.2	Wettelijk kader / 74
5.2.3	Klokkenluidersrechtspraak / 75
5.2.4	Benadelingsbescherming / 75
5.3	Bescherming klokkenluiders na invoering van het Tweede Wetsvoorstel / 76
5.3.1	Zelfregulering / 76
5.3.2	Beschermingsbepaling / 77
5.4	Bescherming klokkenluiders Verenigd Koninkrijk / 80
5.4.1	Zorgvuldige melding / 80
5.4.2	Te goeder trouw / 81
5.4.3	Bewijslastomkering / 82
5.4.4	Waiver geheimhouding / 83
5.4.5	Benadeling door collega’s in het licht van benadelingsverbod / 83
5.5	Benadelingsbescherming / 84
5.5.1	Bescherming tegen represailles en nadeel / 84
5.5.2	Zorgvuldige melding / 84
5.5.3	Te goeder trouw / 85
5.5.4	Bewijslast / 87
5.5.5	Geheimhoudingsplicht / 90
5.5.6	Opzegverbod / 90
5.5.7	Zorgplicht voor pestende collega’s en derden / 91
5.5.8	Aansprakelijkheid voor schade werkgever / 92
6	Evenredige klokkenluidersbescherming bij externe openbaarmaking van misstanden — Mr. drs. A.M. Helstone / 95
6.1	Onderwerp en centrale vraagstelling / 95
6.2	Opbouw en afbakening / 97
6.3	Huidig wettelijk beschermingskader / 98
6.4	Het benadelingsverbod in het Tweede Wetsvoorstel bij externe melding aan derden / 106
6.5	Ter afsluiting: kernbevindingen / 116
7	De klokkenluider: burger in de opsporing zonder rechtsbescherming? — Mr. M. Jurgens / 119
7.1	Inleiding / 119
7.2	De strafzaak tegen klokkenluider Ad Bos / 119
7.3	Strafvervolgning: rechterlijk pardon / 124
7.4	Niet-ontvankelijkheid openbaar ministerie: eerste maal / 125
7.5	De Hoge Raad / 126
7.6	Niet-ontvankelijkheid openbaar ministerie: tweede maal / 126
7.7	De klokkenluider als burger in de opsporing / 127

7.8	Van het melden van een misstand naar strafrechtelijke vervolging / 128
7.9	De klokkenluider met 'schone handen' / 131
7.10	Rechtsbescherming: wettelijke strafrechtelijke vrijwaring / 131
7.11	De klokkenluider met 'vuile handen': verdachte of kroongetuige? / 134
7.12	Rechtsbescherming: een afzonderlijke kroongetuigenregeling voor klokkenluiders? / 137

8 Klokkenluiden en belonen: doe wel en wordt steenrijk?

	— Mr. F.C. van Uden / 139
8.1	Introductie / 139
8.1.1	Floyd en Lance / 139
8.1.2	Klokkenluiders belonen? / 140
8.1.3	Plan van behandeling / 140
8.2	Rechtsbescherming van Amerikaanse klokkenluiders / 140
8.2.1	Inleiding / 140
8.2.2	Beschermingsmodel / 141
8.2.3	De <i>public policy</i> -exceptie / 142
8.2.4	Beloningsmodel / 142
8.3	False Claims Act / 144
8.3.1	Inleiding / 144
8.3.2	Totstandkoming / 144
8.3.3	Reikwijdte: klokkenluiders / 144
8.3.4	Reikwijdte: misstanden / 144
8.3.5	Procedure / 145
8.3.6	Verdere voorwaarden / 146
8.3.7	Schadevergoeding en boetes / 147
8.3.8	Beloning / 148
8.3.9	Goede trouw / 149
8.3.10	Rechtsbescherming / 149
8.3.11	Terug naar <i>Landis</i> / 149
8.3.12	Kritiek en effectiviteit / 150
8.4	Internal Revenue Code / 152
8.4.1	Inleiding / 152
8.4.2	Reikwijdte: klokkenluiders / 152
8.4.3	Reikwijdte: misstanden / 152
8.4.4	Procedure / 152
8.4.5	Verdere voorwaarden / 153
8.4.6	Beloning / 153
8.4.7	Goede trouw / 153
8.4.8	Rechtsbescherming / 153
8.4.9	Kritiek en effectiviteit / 154
8.5	Dodd-Frank / 154
8.5.1	Inleiding / 154
8.5.2	Reikwijdte: klokkenluiders / 155
8.5.3	Reikwijdte: misstanden / 156
8.5.4	Procedure / 156
8.5.5	Verdere voorwaarden / 156
8.5.6	Beloning / 157

8.5.7	Goede trouw / 157
8.5.8	Rechtsbescherming / 158
8.5.9	Kritiek en effectiviteit / 158
8.6	Bezwaren tegen belonen / 159
8.6.1	Morele bezwaren / 159
8.6.2	Gevaar voor ongefundeerde beschuldigingen / 159
8.6.3	Beperkte toepasbaarheid beloningsmodel / 160
8.6.4	Gevolgen voor de organisatie / 160
8.7	Belonen in het Verenigd Koninkrijk en Nederland / 161
8.7.1	Verenigd Koninkrijk / 161
8.7.2	Nederland / 162
8.8	Conclusie / 163
9	Wie heeft de klok allemaal horen luiden? — Mr. M.G. Kuijpers en prof. mr. J.S. Kortmann / 167
9.1	Inleiding / 167
9.2	Melding, onderzoek, rapport, publicatie / 169
9.3	De (voorzienbare) gevolgen voor de betrokken organisatie: reputatieschade en schadevergoedingsprocedures / 170
9.4	Totstandkoming en publicatie van het rapport: beperkte rechtsbescherming / 171
9.5	Beschouwing / 173
9.6	Conclusie / 176
Bijlage	33258 / 34105 Voorstel van wet houdende de oprichting van een Huis voor klokkenluiders (Wet Huis voor klokkenluiders) / 177

Hoofdstuk 1

Introductie en ten geleide

Prof. mr. H.J. de Kluiver

Dit jaar staan de preadviezen voor de Vereeniging Handelsrecht geheel in het teken van het fenomeen ‘Klokkenluiders’ ofwel, zoals de rest van de wereld ze kent, ‘Whistleblowers’. Daarmee wordt gedoeld op personen die op een gegeven moment publieke aandacht vragen voor een gebeurtenis of toestand in een organisatie waarop naar hun inzicht niet adequaat is gereageerd en die vanwege de maatschappelijke implicaties wel aandacht vergt. De historie van de whistleblower gaat uiteraard lang terug. De benaming zelf is met name sinds de jaren zeventig ingeburgerd geraakt. In Nederland heeft nadien de term ‘Klokkenluider’ school gemaakt. De functie van de klokkenluider is men steeds positiever gaan bezien. De klokkenluider heeft zich een plaats verworven in het denken over corporate governance en is daarvan een integraal onderdeel geworden. Dat geldt in het buitenland, maar evenzeer in Nederland. Niet voor niets bepaalt de Nederlandse corporate governance code (in best practice bepaling II.1.7) dat het bestuur van een beursgenoteerde onderneming er zorg voor moet dragen dat werknemers zonder gevaar voor hun rechtspositie vermeende ernstige onregelmatigheden kunnen melden en daartoe een klokkenluidersregeling op de website moet worden gepubliceerd.

De steeds welwillender beschouwing van whistleblowers c.q. klokkenluiders heeft in een aanzienlijk aantal landen geleid tot wetgeving die klokkenluiders beschermt en waarin wordt voorzien in organisaties die klokkenluiders adviseren of naar aanleiding van meldingen van klokkenluiders onderzoeken instellen. Een voorbeeld is de ‘Office of the Whistleblower’, zoals die is ingesteld door de Amerikaanse Securities Exchange Commission, de toezichthouder op de Amerikaanse financiële markten. Als meldingen van klokkenluiders bij die instantie inderdaad leiden tot ontdekking van het ontduiken van wetgeving, worden klokkenluiders niet slechts beschermd tegen ontslag, maar kunnen zij bij succesvolle acties van de SEC ook een substantieel deel (10 tot 30%) van de aan een de wet schendende organisatie opgelegde boete tegemoetzien. De hoogste op die basis tot nu toe uitgekeerde beloning, in september 2014, bedraagt maar liefst \$ 30 miljoen. Dat is overigens nog relatief laag vergeleken bij vergoedingen die zijn toegekend op basis van de meer algemene regeling van de False Claims Act op basis waarvan de hoogste beloning \$ 96 miljoen bedroeg voor een klokkenluider die aan de kaak stelde dat vervuilde en ten onrechte goedgekeurde medicijnen werden verhandeld. Op basis van de Amerikaanse fiscale klokkenluidersregeling is zelfs een bedrag van \$ 104 miljoen toegekend. Hoe men daar ook over denkt (en in het navolgende wordt ook hierop nog nader ingegaan), in ieder geval is duidelijk dat het thema ‘klokkenluider’ zeer actueel is en dat steeds meer initiatieven ter facilitering van de klokkenluider worden ontwikkeld. Voor een eerste overzicht van de ontwikkelingen en de stand van zaken met betrekking tot de regulering van klokkenluiders in diverse jurisdicties zie men hierna de inleidende tour d’horizon van *Van Uden*.

Wat betreft de Nederlandse situatie is de hernieuwde ruime aandacht voor het onderwerp ‘klokkenluiden’ op dit moment met name toe te schrijven aan de verwachte instelling van een ‘Huis voor klokkenluiders’. In 2013 is daartoe een wetsvoorstel door de Tweede Kamer aangenomen. Dit wetsvoorstel, genummerd 33258, wordt hierna en in dit preadvies aangeduid als het ‘Eerste Wetsvoorstel’. Dit Eerste Wetsvoorstel voorzag dat het ‘Huis voor klokkenluiders’ onderdeel zou worden van (het bureau van) de Nationale Ombudsman. Onder andere dit aspect, maar er was meer, leidde echter tot veel bezwaren in de Eerste Kamer. Het wetsvoorstel is vervolgens door de indieners teruggedraagen en in 2015 is een gewijzigd wetsvoorstel, onder nummer 34105, door de Tweede Kamer aangenomen. Dit wetsvoorstel wordt hierna, en in dit preadvies, aangeduid als het ‘Tweede Wetsvoorstel’. De verwachting lijkt gewettigd dat dit wetsvoorstel op korte termijn de instemming van de Eerste Kamer zal verkrijgen en in werking zal treden. *Een doorlopende tekst van het wetsvoorstel zoals het naar verwachting bij invoering zal luiden is als bijlage* achterin dit boek opgenomen.

Volgens het vermelde Tweede Wetsvoorstel zal het ‘Huis voor klokkenluiders’ – overigens hierna en in de preadviezen vaak ook eenvoudigweg aangeduid als (het) ‘Huis’ – een zelfstandig bestuursorgaan zijn. Het bestuur zal bestaan uit maximaal vijf leden, die bij koninklijk besluit zullen worden benoemd en ontslagen (zie art. 3c). Het Huis zal bestaan uit een afdeling advies en een afdeling onderzoek. De afdeling advies zal zowel algemene voorlichting geven als ook advies en ondersteuning aan individuele personen die overwegen als klokkenluider op te treden. De personen die volgens deze wet bevoegd zijn om het Huis te benaderen zijn al degenen die *al of niet* krachtens dienstbetrekking (het gaat dus bijvoorbeeld ook om opdrachtnemers, uitzendkrachten en stagiaires) arbeid hebben verricht in de organisatie waarnaar een onderzoek wordt gevraagd. Al deze personen worden door de wet aangeduid als ‘werknemer’, maar dat moet dus ruim worden begrepen.

Als een persoon daadwerkelijk het verzoek tot een onderzoek door het Huis wil doen, geschiedt dat door middel van een verzoekschrift aan de afdeling onderzoek van het Huis. Cruciaal daarbij is dat het moet gaan om het ‘vermoeden van een misstand’ dat (i) gebaseerd is op redelijke gronden en (ii) waarbij ‘het maatschappelijk belang in het geding is’ omdat een wettelijk voorschrift is overtreden, een gevaar voor de volksgezondheid of de veiligheid van personen bestaat of een gevaar voor de aantasting van het milieu of het ‘goed functioneren’ van de openbare dienst of een onderneming ‘als gevolg van een onbehoorlijke wijze van handelen of nalaten’. Kortom, het werkingsgebied van de wet is aanzienlijk ruimer dan het gebruik van de term ‘werknemer’ zou doen vermoeden. Daarnaast kan de afdeling onderzoek van het Huis niet slechts een onderzoek doen naar een gemeld vermoeden van een misstand, maar ook naar ‘de wijze waarop de werkgever zich jegens [de werknemer] heeft gedragen naar aanleiding van de melding van een vermoeden van een misstand’ (art. 4 lid 1).

Dat ruime werkingsgebied komt ook daarin tot uitdrukking dat het Huis zowel de bevoegdheid heeft onderzoeken te doen naar organisaties in de publieke als de private sector, met inbegrip van private ondernemingen. Bij dergelijke organisaties is het niet ongebruikelijk dat er een interne klokkenluidersregeling geldt. Dat doet

de vraag rijzen naar het belang van en de verhouding tussen dergelijke *interne* klokkenluidersregelingen en de wet. In het Tweede Wetsvoorstel is dit een essentieel element geworden. Niet alleen schrijft art. 2 van het wetsvoorstel uitdrukkelijk voor dat elke organisatie waarbij ten minste vijftig personen in dienst zijn een klokkenluidersreglement moet hebben (de wet spreekt overigens neutraal van een 'procedure'), maar geeft die bepaling ook aan wat er allemaal daarin moet worden opgenomen. Dat omvat de specifieke aanduiding hoe de melding moet worden gedaan, wie de daartoe aangewezen functionaris is, dat de werkgever verplicht is de melding vertrouwelijk te behandelen en dat de werknemer de mogelijkheid heeft om een raadsman in vertrouwen te nemen. Voorts moet uitdrukkelijk worden vermeld wat de rechtsbescherming is van de werknemer en onder welke omstandigheden het vermoeden van een misstand ook buiten de organisatie kan worden gemeld. Met betrekking tot zo'n regeling krijgt bovendien de ondernemingsraad instemmingsrecht (zie art. 18d wetsvoorstel). In aansluiting daarop bepaalt art. 6 Tweede Wetsvoorstel (sub e en f) dat een verzoek tot onderzoek bij het Huis in beginsel niet-ontvankelijk is als niet eerst de misstand intern is gemeld in de organisatie conform de hiervoor aangeduide procedure (i.e. de klokkenluidersregeling) en de organisatie voldoende gelegenheid heeft gehad de melding te behandelen. Van het voorgaande (i.e. het primaat van de interne regeling) kan echter wel steeds worden afgeweken als van de verzoeker het doen van een interne melding 'in redelijkheid niet gevraagd kan worden'.

Het voorgaande betekent dat een goede interne klokkenluidersregeling, juist ook in het perspectief van de wet en de mogelijkheid van extern onderzoek door het Huis, voor organisaties van groot belang is. Over dat grote belang en de wijze waarop binnen organisaties met zo'n klokkenluidersregeling ware om te gaan, zie men hierna de preadviezen van *Brabers* en *Verdam*, die gedetailleerd en indringend niet slechts een groot aantal vragen bespreken, maar ook de praktijk handvatten bieden hoe met een en ander ware om te gaan. *Brabers* belicht in dat verband op basis van zijn ruime praktijkervaring de meerwaarde van een interne klokkenluidersregeling en bespreekt hoe die meerwaarde kan worden bereikt en gewaarborgd. *Verdam* analyseert vervolgens, evenzeer op basis van een langjarige ervaring in de praktijk, de organisatie- en ondernemingsrechtelijke aspecten van klokkenluidersregelingen en hoe daarmee om te gaan op een wijze die uiteindelijk leidt tot een evenwichtige benadering van zowel de belangen van de organisatie als het algemeen belang dat misstanden worden gecorrigeerd.

Een cruciaal aandachtspunt bij de regeling van de positie van klokkenluiders is uiteraard de vraag naar de bescherming van klokkenluiders als zij daadwerkelijk een melding van een misstand doen en deze eventueel publiek wordt gemaakt. Over die rechtsbescherming is in de afgelopen decennia een levendig debat gevoerd. Een belangrijke rol is daarbij gespeeld door het Europese Hof voor de Rechten van de Mens. Op basis van het in het EVRM verankerde recht op vrije meningsuiting heeft dat Hof een aantal betrekkelijk gedetailleerde regels opgesteld die aspirant-klokkenluiders houvast kunnen geven of en wanneer een externe melding gerechtvaardigd is, ook daar waar zij als werknemer gebonden zijn aan contractuele beperkingen die mede zien op de in acht te nemen vertrouwelijkheid. Ook de Hoge Raad heeft zich over deze vragen uitgelaten, maar minder diepgaand dan het

Europese Hof. Hoe dat ook zij, de vraag naar de beperkingen op de verplichting om als werknemer vertrouwelijkheid in acht te nemen, is uiteraard slechts een aspect van de arbeidsrechtelijke positie. Er zijn vele wijzen waarop een werknemer die als klokkenluider optreedt, kan worden benadeeld. De voorgenomen Wet Huis voor klokkenluiders besteedt hier ook de nodige aandacht aan. Dat omvat onder andere dat het Huis de identiteit van een persoon die zich tot het Huis wendt niet bekend mag maken zonder diens toestemming (art. 3j) en (door invoeging van een nieuw art. 7:658c BW) 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 'bij de werkgever' of de daartoe bevoegde instantie' (art. 18 wetsvoorstel). Dat roept uiteraard een aantal, ook praktische, vragen op. In deze bundel wordt een en ander diepgaand belicht in de preadviezen van *Govaert* en *Helstone*. *Helstone* besteedt daarbij ook specifiek aandacht aan de bescherming van de klokkenluider juist als de melding niet plaatsvindt bij de werkgever, maar bij een 'bevoegde instantie', meer in het bijzonder bij toezichthouders zoals onder meer de ACM, de AFM, DNB, de Onderzoeksraad voor Veiligheid en de vele inspecties die Nederland inmiddels rijk is. Ook het wetsvoorstel heeft daarmee overigens rekening gehouden. Zo is bepaald dat de afdeling advies van het Huis mede tot taak heeft om een werknemer die overweegt een misstand kenbaar te maken, ook eventueel te verwijzen 'naar bestuursorganen of diensten die zijn belast met de opsporing van strafbare feiten of met het toezicht op de naleving van het bepaalde bij of krachtens enig wettelijk voorschrift' (art. 3a lid 2 sub b). Ook kan het Huis krachtens de wet van een onderzoek afzien als het vermoeden van de gemelde misstand 'ter beoordeling staat van bestuursorganen of diensten die zijn belast met de opsporing van strafbare feiten of met het toezicht op de naleving van [...] enig wettelijk voorschrift' en die instantie de melding 'naar behoren behandelt of heeft behandeld' (art. 6 lid 1 sub d). Ten slotte is voorzien dat het Huis ook samenwerkingsprotocollen kan afsluiten met de hiervoor bedoelde instanties (art. 17b).

Een bijzondere positie neemt in dit verband het Openbaar Ministerie in. Het wetsvoorstel onderkent expliciet dat er sprake van kan zijn dat met betrekking tot een vermoeden van een misstand, afhankelijk van de aard van de misstand, het OM onderzoeksbevoegdheden kan hebben. In art. 17a wordt daarom bepaald dat het Huis en het OM afspraken zullen (moeten) maken over de samenwerking en de informatie-uitwisseling. Die afspraken zullen worden neergelegd in een samenwerkingsprotocol dat moet worden goedgekeurd door de Minister van Veiligheid en Justitie. De bemoeienis van het OM hoeft zich echter niet te beperken tot onderzoek naar de misstand die is gemeld, maar kan zich ook uitstrekken naar de rol van de klokkenluider daarin. Dat kan voor de klokkenluider grote nadelige gevolgen hebben en ook een aanzienlijk effect hebben op de bereidheid van klokkenluiders om mogelijke misstanden te melden. Dat roept de vraag op of er voor klokkenluiders naast de arbeidsrechtelijke bescherming ook niet zou moeten worden voorzien in een strafrechtelijke rechtsbescherming in enigerlei vorm. Deze vraag staat centraal in het preadvies van *Jurgens*. Aan de hand van de bekende casus rond klokkenluider Ad Bos analyseert hij waarmee een klokkenluider zo al te maken kan krijgen in zijn verhouding met het OM en welk instrumentarium beschikbaar is om met de positie van de klokkenluider rekening te houden, met inbegrip van de mogelijkheid

van een kroongetuigenregeling. Met betrekking tot dit laatste doet Jurgens een aantal voorstellen.

In de inleidende alinea's van deze Introductie werd al gewezen op regelingen in het buitenland die klokkenluiders aanmoedigen om vermoedens van misstanden te melden. Zoals daar aangegeven, is een mogelijke aanmoediging dat de klokkenluider een beloning ontvangt voor zijn melding. Dat kan de vorm aannemen, zoals in de Verenigde Staten in de wet is neergelegd, dat de betaling aan de klokkenluider wordt gerelateerd aan een boete en op een percentage daarvan wordt gesteld. Ook hier is overigens, net als aan de orde kwam bij de bespreking van het strafrechtelijk kader, wel weer een vraag of, en zo ja hoe, rekening moet worden gehouden met de eventuele betrokkenheid van de klokkenluider bij het ontstaan of voortduren van de misstand. In het preadvies van *Van Uden* komt deze materie uitgebreid aan de orde. Naast een overzicht van ontwikkelingen in het buitenland bespreekt hij de discussie in Nederland en met name dat aanvankelijk het Eerste Wetsvoorstel voorzag in een fonds waaruit ook vergoedingen aan klokkenluiders konden worden betaald. Weliswaar was dit bedoeld als schadeloosstelling en niet als beloning, maar een aanzet voor een discussie over een eventuele beloning van klokkenluiders in Nederland had het zeker kunnen zijn. In het Tweede Wetsvoorstel is dit fonds echter niet meer voorzien. Overigens wijst Van Uden erop dat op bepaalde specifieke terreinen wel degelijk ook in Nederland regels bestaan die bij wijze van tipgeld een beloning mogelijk maken. Dat geldt (naast het strafrecht) onder meer in het fiscale recht. Uiteindelijk is in dit verband natuurlijk de kernvraag of een beloning voor klokkenluiders inderdaad effectief en rechtens passend is. Met die vraag, en een antwoord daarop, besluit Van Uden zijn preadvies.

Ten slotte wordt hierna stilgestaan bij de vraag wie mogelijk schadevergoedingsacties zouden kunnen instellen nadat eenmaal door toedoen van een klokkenluider een misstand aan het licht gekomen is. Dat roept vragen op over de openbaarheid van de gegevens die in het onderzoek zijn verzameld en de wijze van onderzoek en de rechtspositie van degenen die worden onderzocht. Ook zou men, aansluitend op het voorgaande, kunnen denken aan de vraag wat de rol van de klokkenluider kan en mag zijn in een eventuele schadevergoedingsprocedure (en hoe zijn eventuele rol als getuige zich verhoudt tot zijn rechten en verplichtingen zoals hiervoor aan de orde is gekomen). In het licht van het een en ander wordt in het preadvies van *Kuijpers* en *Kortmann* de aandacht met name gericht op de rapportages die ingevolge het wetsvoorstel door het Huis voor klokkenluiders verplicht zullen worden gepubliceerd. Daarbij is relevant dat het wetsvoorstel in art. 8 lid 3 uitdrukkelijk bepaalt dat een 'oordeel of aanbeveling' van de afdeling onderzoek van het Huis 'geen vaststelling van civielrechtelijke aansprakelijkheid in verband met een misstand, noch een vermoeden van schuld aan enig strafbaar feit' behelst. Tegelijkertijd legt het wetsvoorstel wel een verplichting op het Huis om een rapport op te stellen waarin tevens wordt ingegaan op 'de oorzaken of de vermoedelijke oorzaken' van de misstand. Dat rapport moet vervolgens ook door het Huis openbaar worden gemaakt (zie art. 17 van het wetsvoorstel). Weliswaar kunnen zowel de meldende werknemer als de 'werkgever' c.q. de organisatie of onderneming waartegen de melding is gericht, aangeven dat bepaalde informatie vertrouwelijk dient te worden behandeld (en in bepaalde omstandigheden zelfs weigeren die over te leggen), maar

het is uiteindelijk aan het Huis om te beslissen of zo'n verzoek (of weigering) 'gerechtvaardigd is' (zie art. 13 lid 5-8). Gelet op de openbaarheid van de rapporten en de mogelijk aanzienlijke schadelijke gevolgen, is zorgvuldigheid van het onderzoek en de rapportage geboden, zo stellen Kuijpers en Kortmann vast. Vervolgens analyseren zij of het in het wetsvoorstel voorziene niveau van rechtsbescherming daaraan tegemoetkomt en komen zij ter zake tot een kritisch oordeel en aanbevelingen voor verbetering.

De voorgaande korte introductie tot het onderwerp en de preadviezen laat zien dat de thematiek van de klokkenluider een bijzonder boeiende is die per definitie een groot aantal rechtsgebieden betreft en overstijgt. Het is daarmee bij uitstek een onderwerp dat past bij de doelstelling zoals de Vereeniging Handelsrecht die al bijna 100 jaar heeft. Die doelstelling luidt 'het bevorderen van de belangstelling voor en de kennis van het handelsrecht en andere gedeelten van het recht, die voor het economisch leven van belang zijn, alsmede het bevorderen van een wetgeving welke op die terreinen aan de eisen der samenleving voldoen.' Het bestuur van de vereniging is de preadviseurs zeer erkentelijk voor hun preadviezen over dit onderwerp, die ook de komende jaren zonder enige twijfel hun waarde zullen behouden. Hun analyses, vanuit een groot aantal perspectieven, dragen in hoge mate bij aan de verdieping van het inzicht in deze materie en de verdere discussie daarover, met inbegrip van de discussie over hoe de voorgestelde wettelijke regeling, gelet op alle relevante noties, zou moeten worden verstaan, toegepast en eventueel verbeterd. Die discussie is uiteraard met de voorliggende publicatie van de preadviezen niet afgerond. Integendeel, veeleer markeert deze publicatie een intensivering van die discussie, om te beginnen in de komende vergadering van de Vereeniging Handelsrecht op 3 december 2015. Vragen die daarbij, onder andere, aan de orde zullen komen zijn de verhouding tussen de komende Wet Huis voor klokkenluiders en de jurisprudentie van het EVRM, het juiste evenwicht in de arbeidsrechtelijke bescherming van klokkenluiders, de vraag naar een eventuele beloning, de vraag of de bestaande interne klokkenluidersregelingen voldoen of moeten worden aangepast en hoe besturen en raden van commissarissen daarmee, en met intern onderzoek, om moeten gaan, de vraag naar de consequenties van de rapportages van het Huis en, last but not least, de vraag of de positie van klokkenluiders in het strafrecht nader moet worden versterkt (en hoe dat zou moeten gebeuren).

In de vermelde vergadering van 3 december 2015 (waarover meer op www.vereeniginghandelsrecht.nl) zal er ruime gelegenheid zijn om op deze en andere vragen nader in te gaan. Voor die vergadering nodigt het bestuur alle leden van de Vereeniging alsmede andere belangstellenden van harte uit. Wij hebben geen aarzeling dat in die vergadering een boeiende discussie zal plaatsvinden en zien ernaar uit u dan te ontmoeten.

Het bestuur van de Vereeniging Handelsrecht
namens deze

Prof. mr. Harm-Jan de Kluiver
Voorzitter

Hoofdstuk 2

Klokkenluiden: tour d’horizon

Mr. F.C. van Uden *

2.1 Inleiding

In 1990 buigt de Hoge Raad zich in *Meijer/De Schelde*¹ voor het eerst over klokkenluiden. Het ontslag op staande voet van klokkenluider Dirk Meijer blijft in stand. Hoewel pas vijftientwintig jaar geleden, lijkt de conclusie van A-G Mok afkomstig uit een ander tijdperk:

‘Deze auteur² heeft kennelijk sympathie voor Meijer, die hij naar Amerikaans voorbeeld aanduidt als “whistle-blower”. Ik merk op dat whistle-blowing (...) ook wel een self-fulfilling prophecy effect kan hebben en dus op zichzelf de continuïteit van de onderneming kan bedreigen, zodat men kan begrijpen dat de leiding van een onderneming dat probeert de kop in te drukken.’

In de tweede klokkenluiderszaak die de Hoge Raad bereikt, *Quirijns/TGB*³ uit 2012, staat het uitgangspunt dat klokkenluiden bescherming verdient niet meer ter discussie. De vraag waar de grenzen liggen laat de Hoge Raad echter grotendeels onbeantwoord. Elders hebben wetgevers en rechters deze vraag wel beantwoord. Onderhavige bijdrage beoogt een inleidende *tour d’horizon* te bieden van de rechtspositie van klokkenluiders in de Verenigde Staten (par. 2.2), in het Verenigd Koninkrijk (par. 2.3), in Straatsburg (par. 2.4) en in Nederland (par. 2.5) en de belangrijkste kwesties die daarbij spelen in kaart te brengen.

2.2 Verenigde Staten

2.2.1 Achtergronden

Klokkenluiden is een Amerikaanse vinding en de VS zijn de bakermat van de rechtsbescherming van klokkenluiders. Wetgeving is steeds als reactie op schandalen tot stand gekomen. Hoewel de eerste wettelijke maatregelen al uit de jaren twintig van de vorige eeuw dateren, is *whistleblowing* pas in de jaren zeventig erkend als

* Mr. F.C. van Uden is advocaat bij Jones Day te Amsterdam, buitenpromovendus aan de Universiteit van Amsterdam en lid van de Raad van Advies van het Adviespunt Klokkenluiders.

1. HR 20 april 1990, NJ 1990/702 (*Meijer/De Schelde*).

2. Mok doelt op Van der Heijdens Groningse oratie waarin hij (naar aanleiding van de uitspraak in appèl) een lans breekt voor Meijer; P.F. van der Heijden, *Grondrechten in de onderneming* (oratie Groningen), Deventer: Kluwer 1988.

3. HR 26 oktober 2012, NJ 2013/220, JAR 2012/313, RAR 2013/14 en JOR 2013/30 (*Quirijns/TGB*).

een verschijnsel dat serieuze aandacht en bescherming verdient. Met name affaires als de *Pentagon Papers* en *Watergate* hebben hierbij destijds de doorslag gegeven.⁴ Die erkenning is sindsdien alleen maar toegenomen. Eén van de bekendste klokkenluiderszaken blijft de ramp met de *Challenger* in 1986. Roger Boisjoly, werkzaam bij de fabrikant van de starttraketten van de spaceshuttle, luidde de klok over explosiegevaar bij lage temperaturen. Hij kon echter geen sluitend bewijs leveren en slaagde er niet in zijn werkgever en de NASA te overtuigen. De onderzoekscommissie concludeerde dat de ramp had kunnen worden voorkomen indien Boisjoly's waarschuwingen ter harte waren genomen.⁵ Als 'definitieve' erkenning wordt wel gezien dat het weekblad *Time* 2002 uitriep tot 'the year of the whistleblower' en klokkenluiders Cynthia Cooper, Sherron Watkins en Coleen Rowley tot personen van het jaar. Cooper en Watkins luidden vergeefs de klok over de boekhoudfraude bij respectievelijk Enron en WorldCom, Rowley over het vroegtijdig staken van het FBI-onderzoek naar één van de kapers van 11 september.⁶

2.2.2 Bescherming van klokkenluiders in de VS

Klokkenluiders worden in de VS op federaal en statelijk niveau beschermd. Er zijn ongeveer vijftig federale klokkenluiderswetten die zien op specifieke categorieën misstanden. Daarnaast kent elke staat eigen wetgeving. Inhoudelijk lopen al deze wetten sterk uiteen. Een bespreking daarvan valt dan ook buiten het bestek van deze inleiding.⁷ Interessanter is dat men in de VS volledig andere wegen is ingeslagen dan in Europa, met name door klokkenluiden te belonen.

Schandalen bij overheidsaanbestedingen hebben in 1986 geleid tot (aanpassing van) de *False Claims Act* (FCA). Deze wet ziet enkel op fraude ten koste van de federale overheid. De FCA stimuleert werknemers met in potentie torenhoge beloningen namens de overheid hun frauderende werkgever aan te spreken. De wet ontmoedigt voorafgaande interne melding van de betreffende misstanden. Naar aanleiding van de juist genoemde boekhoudschandalen bij Enron en WorldCom heeft in 2002 de *Sarbanes-Oxley Act* (SOX) het licht gezien. SOX voorziet niet in beloningen, maar legt juist de nadruk op *self policing* en effectieve interne meldingsprocedures. Daarnaast zet de wet het strafrecht in. Op benadeling van klokkenluiders komt gevangenisstraf te staan. De in 2008 uitgebroken crisis brengt de federale wetgever weer tot een andere reactie. De *Dodd-Frank Act* uit 2012 stelt opnieuw beloningen in het vooruitzicht bij melding van overtreding van toezichtswetgeving. De wet stimuleert tegelijk echter voorafgaande interne melding door in dit geval de sanctie voor de werkgever te verlagen en de beloning voor de werknemer te verhogen. Het belonen van klokkenluiders heeft in de VS ten slotte tot spectaculaire resultaten geleid. Dit is

4. M.A.P. Bovens, *Verantwoordelijkheid en organisatie: beschouwingen over aansprakelijkheid, institutioneel burgerschap en ambtelijke ongehoorzaamheid* (diss. Leiden), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1990, p. 261-264.
5. Mark Hayhurst, 'I knew what was about to happen', *The Guardian* 23 januari 2001.
6. Richard Lacayo & Amanda Ripley, 'Persons of the year 2002: Cynthia Cooper, Coleen Rowley and Sherron Watkins', *Time* 22 december 2002.
7. Zie hiervoor Stephen Martin Kohn, *The whistleblower's handbook*, Guildford: Lyons Press 2013 (verder: Kohn 2013); F.C. van Uden, *Whistleblowers en klokkenluiders: de rechtsbescherming van werknemers en ambtenaren in het VS, het Verenigd Koninkrijk en Nederland*, Den Haag: Sdu 2003, p. 9-51 (verder: Van Uden 2003).

dan ook een model dat niet als Amerikaanse toestand kan worden afgedaan, maar serieuze overweging verdient.⁸

2.3 Verenigd Koninkrijk

2.3.1 Achtergronden

Het Verenigd Koninkrijk beschikt sinds 1998 over een klokkenluiderswet, de *Public Interest Disclosure Act* (PIDA). Aanleiding voor de wet was ook hier een reeks schandalen. Daaronder de scheepsramp met de *Herald of Free Enterprise* (1988), de brand op het boorplatform *Piper Alpha* (1989), de ondergang van de zakenbanken BCCI (1991) en Barings (1995) en tal van misstanden met de *National Health Service* (NHS). Al deze schandalen hadden kunnen worden voorkomen indien naar klokkenluiders was geluisterd of wanneer werknemers zich vrij hadden gevoeld misstanden te melden.⁹ De PIDA geldt als effectief en toonaangevend. De Raad van Europa ziet de wet als voorbeeld voor de rest van Europa.¹⁰

2.3.2 PIDA

De PIDA laat zich als volgt samenvatten:¹¹

1. Wie mag de klok luiden? De PIDA beschermt *workers*. Onder deze noemer vallen werknemers en ambtenaren en verschillende andere personen die persoonlijk arbeid verrichten waaronder uitzendkrachten, thuiswerkers en bepaalde zzp'ers en NHS-zorgverleners. In de rechtspraak is daarnaast uitgemaakt dat ook leden van een LLP (veelal partners van zakelijke dienstverleners zoals advocaten- en accountantskantoren) zich op de PIDA kunnen beroepen.

2. Waarover mag de klok worden geluid? De PIDA gaat uit van zes misstanden: (i) strafbare feiten; (ii) schending van *legal obligations*; (iii) gerechtelijke en politieke dwalingen; (iv) gevaar voor veiligheid en volksgezondheid; (v) schade aan het milieu; en (vi) het opzettelijk verbergen van informatie over één van deze misstanden. Deze lijst is limitatief, maar wordt geacht vrijwel alle mogelijke misstanden te bestrijken. Bijzonder is de ruime tweede categorie. Hieronder valt onder meer overtreding van niet-strafrechtelijke regelgeving en schending van contractuele, common law en bestuursrechtelijke verplichtingen. Zelfs schending van een bepaling in een arbeidsovereenkomst kon op deze manier als misstand worden gekwalificeerd. Om hier paal en perk aan te stellen is in 2013 een 'public interest'-vereiste ingevoerd. Een klokkenluider moet er sindsdien redelijkerwijs van uit kunnen gaan dat zijn melding het publiek belang dient. Dit sluit een melding wegens een louter persoon-

8. Zie verder hoofdstuk 8, 'Klokkenluiden en belonen: doe wel en wordt steenrijk van mijn hand?'.
9. John Bowers, Martin Fodder, Jeremy Lewis & Jack Mitchell, *Whistleblowing: law and practice*, Oxford: OUP 2011 (verder: Bowers c.s. 2011), § 1.02-1.24.
10. Report of the Committee on Legal Affairs and Human Rights, 'Protection of 'whistle-blowers'', Doc. 12006, 14 September 2009; Recommendation CM/Rec(2014)7, 30 april 2014.
11. Bowers c.s. 2011; Van Uden 2003, p. 53-83 en M.M. Govaert & A.J.P. van Beers, 'Wat leert de Nederlandse klokkenluider van Britse en Amerikaanse whistleblowers?', TRA 2014/97 en 'Whistleblower protection', www.practicallaw.com.

lijk belang uit. Zodra belangen van anderen in het geding zijn wordt echter in de regel al aan dit vereiste voldaan.

3. In hoeverre moet de misstand worden bewezen? De PIDA bepaalt dat een klokkenluider bij interne melding redelijkerwijs van de juistheid van zijn melding moet kunnen uitgaan. Bij externe melding moet hij in redelijkheid kunnen aannemen dat de melding *substantially true* is. Dit is een iets zwaarder vereiste dat een zekere onderzoeksplicht vereist. In geen van beide gevallen verlangt de wet echter sluitend bewijs.

4. Welke procedure moet worden gevolgd? De PIDA gaat uit van een systeem van evenredige bekendmaking. Misstanden mogen intern aan iedere leidinggevende worden gemeld. Gebruikmaking van een interne meldingsprocedure geldt altijd als interne melding, ook als de werkgever daar bijvoorbeeld een externe meldlijn voor heeft ingehuurd. Daarnaast mag de misstand worden gemeld aan een *responsible person* indien hier niet de werkgever, maar een derde voor verantwoordelijk is. Constateert de klokkenluider bijvoorbeeld een misstand bij een klant, dan kan hij daar rechtstreeks de klant over aanspreken. Indien een toezichthouder (*prescribed person*) bevoegd is de misstand te onderzoeken, dan mag de klokkenluider ook direct deze toezichthouder inschakelen.¹² Bij besluit is vastgelegd welke toezichthouders waarvoor bevoegd zijn. Verdere bekendmaking, bijvoorbeeld aan niet-aangewezen toezichthouders (zoals de politie), belangengroepen of de media, is toegestaan indien eerdere interne melding of melding aan een toezichthouder niets heeft opgeleverd. Directe verdere bekendmaking mag alleen indien redelijkerwijs noodzakelijk bij uitzonderlijk ernstige misstanden of bij gegronde vrees voor benadeling of verduistering van bewijs door de werkgever.

5. In hoeverre moet de klokkenluider te goeder trouw handelen? Tot 2013 kende de PIDA een goede trouw-vereiste (geparafraseerd als '*acting with honest motives*'). De wetgever acht het motief van de klokkenluiders niet langer relevant. Een uitzondering geldt voor verdere bekendmaking. In dit geval mag de klokkenluider niet louter uit persoonlijk gewin handelen, maar in de wet geregelde beloningen vallen daar niet onder.

6. Rechtsbescherming. De PIDA beschermt klokkenluiders tegen ontslag en andere vormen van benadeling. Anders dan bij reguliere ontslagzaken, is de ontslagvergoeding niet gemaximeerd. De klokkenluider moet bewijzen dat hij een misstand heeft gemeld en dat hij is benadeeld. Vervolgens is het aan de werkgever te bewijzen dat de melding geen '*material influence*' had op de benadelingshandeling.

12. De misstand mag dus zonder voorafgaande interne melding aan de toezichthouder worden gemeld. De wetgever acht dit gerechtvaardigd omdat het onderzoek van de toezichthouder vertrouwelijk is en de werkgever daardoor geen nadeel ondervindt van een melding die onterecht blijkt. Voor directe melding aan een toezichthouder geldt, zoals toegelicht, wel een zwaarder bewijsvereiste.

2.4 EHRM

2.4.1 Achtergronden

Lange tijd leek het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) niet erg ontvankelijk voor klokkenluiden.¹³ Met de arresten *Guja/Moldavië*¹⁴ en *Heinisch/Duitsland*¹⁵ in 2008 en 2011 heeft het Hof dit fenomeen echter omarmd. Het EHRM beoordeelt klokkenluiden in het licht van de in art. 10 EVRM neergelegde vrijheid van meningsuiting die ook op de werkvloer geldt.¹⁶ Het EHRM heeft zes afwegingscriteria geformuleerd die vrij ruimhartig lijken te worden toegepast.¹⁷ In navolging van de bevoorrechte positie van journalisten in de Straatsburgse jurisprudentie spreken waarnemers al over klokkenluiders als the ‘new watchdogs’.¹⁸ De reden voor deze ommezwaai is niet duidelijk. Kennelijk is sprake van voortschrijdend inzicht. Wel heeft de Raad van Europa het belang van klokkenluiders onderstreept in de *Civil Law Convention on Corruption* uit 1999¹⁹ en meer recent in een parlementaire resolutie uit 2010.²⁰ Als gezegd ziet de Raad de PIDA daarbij als modelwet voor de rest van Europa.

2.4.2 Rechtspraak van het EHRM

De rechtspraak van het EHRM laat zich als volgt samenvatten:²¹

1. Wie mag de klok luiden? In *Fuentes Bobo/Spanje*²² heeft het EHRM bevestigd dat art. 10 EVRM horizontaal (dat wil zeggen: tussen particulieren) werkt en zowel werknemers als ambtenaren beschermt. Dit volgt ook uit *Guja* en *Heinisch* waarin respectievelijk een ambtenaar en een werknemer de klok luiden.
2. Waarover mag de klok worden geluid? Het EHRM definieert niet het begrip misstand, maar stelt wel als eis dat het algemeen belang in het geding moet zijn. In *Guja* ging het om een ernstige ‘rechtsstatelijke’ misstand (politieke inmenging

13. Zie onder meer ECRM 3 mei 1988, 11389/85 (*Morissens/België*); ECRM 13 mei 1992, 18957/91 (*Haseldine/Verenigd Koninkrijk*); EHRM 14 maart 2002, JAR 2002/137 (*Diego Nafria/Spanje*).

14. EHRM 12 februari 2008, NJ 2008/305, m.nt. E.A. Alkema (*Guja/Moldavië*).

15. EHRM 21 juli 2011, NJ 2012/282, m.nt. E.J. Dommering (*Heinisch/Duitsland*).

16. EHRM 29 februari 2000, 39293/88 (*Fuentes Bobo/Spanje*).

17. De criteria zijn: (1) het algemeen belang dat met onthulling is gediend; (2) de wijze waarop de informatie is onthuld; (3) het waarheidsgehalte van de onthulde informatie; (4) het motief van de klokkenluider; (5) de schade die de werkgever door de onthulling lijdt; en (6) de zwaarte van de opgelegde sanctie. Deze criteria worden hierna uit oogpunt van consistentie ‘vertaald’ in de in par. 2.3.2 genoemde punten.

18. Anna Austin, ‘Whistleblower: the new watchdogs?’, in: Josep Casadevall, Egbert Myjer, Michael O’Boyle & Anna Austin, *Freedom of expression: essays in honour of Nicolas Bratza*, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2012, p. 421-433 (verder: Austin 2012).

19. *Civil Law Convention on Corruption*, 4 november 1999, www.conventions.coe.int; Trb. 2005/78.

20. Resolutie 1729 (2010) *Protection of ‘whistle-blowers’*, 29 april 2010, www.assembly.coe.int.

21. Austin 2012; J.P. van den Brink & E.W. Jurjens, ‘Bescherming van klokkenluiders onder artikel 10 EVRM: een blik op de Straatsburgse en Nederlandse jurisprudentie en een beoordeling van de voorgestelde wetgeving’, *Nederlands Tijdschrift voor de Mensenrechten* 2015, afl. 1; A.M. Helstone, ‘De reikwijdte van de geheimhoudingsplicht: tussen loyaliteit en klokkenluiden staan wetten in de weg en praktische bezwaren’, *ArA* 2013, afl. 2, p. 62-86 (verder: Helstone 2013); F.C. van Uden, ‘Klokkenluiden: verder van huis met het Huis (1)’, *ArbeidsRecht* 2013/18 (verder: Van Uden 2013).

22. EHRM 29 februari 2000, 39293/88 (*Fuentes Bobo/Spanje*).

in strafzaken), in *Heinisch* om een meer alledaagse kwestie (gebrekkige zorg voor verpleeghuispatiënten). De conclusie lijkt daarom juist dat een breed scala misstanden wordt beschermd.

3. In hoeverre moet de misstand worden bewezen? Voor zover de omstandigheden dat toelaten moet de klokkenluider zorgvuldig nagaan of de onthulde informatie juist is. Dat betekent dat een redelijk vermoeden volstaat en dat hij de misstand niet hoeft te bewijzen.

4. Welke procedure moet worden gevolgd? Werknemers en ambtenaren hebben volgens het Hof in *Guja* een ‘*duty of loyalty, reserve and discretion*’. Dit brengt mee dat zij meldingen eerst aan een leidinggevende óf ‘*other competent authority or body*’ moeten doen. Alleen indien dat ‘*clearly impracticable*’ is, mag de informatie ‘*as a last resort*’ publiek worden gemaakt. Misstanden dienen dus proportioneel bekend te worden gemaakt, in beginsel op de voor de werkgever minst schadelijke wijze. Opvallend is wel dat het Hof interne melding en externe melding aan een toezichthouder blijkbaar als nevenschiktelijke kanalen ziet. *Guja* en *Heinisch* suggereren voorts een ruimhartige benadering. In *Guja* fiatteerde het Hof directe melding aan de media bij gebreke van effectieve andere kanalen. In *Heinisch* was de polemische toonzetting en de (lichte) overdrijving van de melding niet meer dan ‘*a certain degree of exaggeration and generalisation*’. Kennelijk kan de soms benarde positie van de klokkenluider een niet geheel onberispelijke gang van zaken rechtvaardigen.

5. In hoeverre moet de klokkenluider te goeder trouw handelen? Het EHRM stelt goede trouw als voorwaarde zonder dit precies af te bakenen. Een klokkenluider dient ervan overtuigd te zijn dat de informatie juist is, dat het algemeen belang onthulling rechtvaardigt en dat geen minder vergaande middelen voorhanden zijn om de misstand te verhelpen. *Guja* suggereert dat motieven als persoonlijk gewin, rancune of andere *ulterior motives* problematisch zijn. Anderzijds volgt uit *Heinisch* dat goede trouw niet hetzelfde is als volstrekte onbaatzuchtigheid. *Heinisch* diende zowel haar eigenbelang (vermindering van haar werkdruk) als het algemeen belang (betere zorg voor patiënten). Het Hof verwierp het argument dat zij daarmee niet te goeder trouw zou hebben gehandeld.

6. Rechtsbescherming. Het EHRM benadert dit criterium vanuit het perspectief van de zwaarte van de opgelegde sanctie. In *Guja* en *Heinisch* overwoog het Hof dat het gegeven ontslag op staande voet de zwaarste arbeidsrechtelijke sanctie was, terwijl ook minder vergaande maatregelen voorhanden waren. Afgezien van hun morele gelijk, hoeven klokkenluiders van het EHRM zelf niet veel te verwachten. Na jarenlang procederen is het resultaat doorgaans enkel een bescheiden schadevergoeding (zowel in *Guja* als *Heinisch* € 10.000).

2.5 Nederland

2.5.1 Achtergronden

Met zijn literaire melding van machtsmisbruik in *Max Havelaar* (1860) wordt Eduard Douwes Dekker tot de eerste Nederlandse klokkenluider gerekend. Wetenschappe-

lijke en politieke aandacht is van later datum. Bovens heeft eind jaren tachtig de term klokkenluiden bedacht.²³ Arbeidsrechtelijk hebben onder meer Van der Heijden²⁴ en Verhulp²⁵ dit onderwerp op de agenda geplaatst. Politieke interesse dateert uit de jaren negentig, onder meer naar aanleiding van de Bijlmerramp (1992) toen bleek dat ambtenaren informatie ‘onder de pet’ hadden gehouden. Klokkenluiders uit die tijd die aan de bekendheid van het fenomeen klokkenluiden sterk hebben bijgedragen zijn Ad Bos (bouwfraude), Paul van Buitenen (fraude bij de Europese Commissie) en Fred Spijkers (verhullen van een dodelijk ongeval bij defensie).²⁶ Politieke belangstelling heeft zich lange tijd beperkt tot ambtelijke klokkenluiders. Sinds 2003 verplicht de Ambtenarenwet de overheid voor de verschillende sectoren klokkenluidersregelingen in te voeren en geldt een benadelingsverbod jegens ambtenaren die conform die regeling een misstand melden.²⁷

Voor klokkenluidende werknemers bepleit de regering tot op heden zelfregulering. Dit heeft geresulteerd in een gedragscode inclusief modelregeling van de Stichting van de Arbeid (2003).²⁸ De modelregeling lijkt sterk op de PIDA. Verder is een klokkenluidersbepaling opgenomen in de Corporate Governance Code (2003).²⁹ Groen Links heeft in 2003 een initiatiefwetsvoorstel ingediend.³⁰ Dit voorstel zou werknemers, kort gezegd, toestaan bedrijfsinformatie te openbaren indien het algemeen belang dat noodzakelijk maakte. De daarbij geldende criteria, vermeld in de memorie van toelichting, volgden opnieuw grotendeels de PIDA. Bij gebreke van politieke steun is het wetsvoorstel eind 2004 echter een stille dood gestorven.

In 2012 lanceert de SP een nieuw en aanmerkelijk gecompliceerder initiatiefwetsvoorstel tot oprichting van een Huis voor klokkenluiders.³¹ Het Eerste Wetsvoorstel is geen rustig bezit. Het wordt talloze malen gewijzigd. Na kritiek van de Eerste Kamer volgt eind 2014 een aangepast Tweede Wetsvoorstel.³² Dit voorstel wordt (na verdere wijzigingen) in juli 2015 unaniem door de Tweede Kamer aangenomen en ligt nu bij de Eerste Kamer.³³ Het is ondoenlijk de parlementaire behandeling hier volledig te reconstrueren. De rode draad bij de meeste aanpassingen is echter de positie van het Huis.

23. M.A.P. Bovens, ‘De rechtspositie van de ambtelijke ‘klokkeluiders’’, *NJCM Bulletin* 1987, p. 582-602.

24. Zie noot 2.

25. E. Verhulp, *Vrijheid van meningsuiting van werknemers en ambtenaren* (diss. Amsterdam UvA), Den Haag: Sdu 1996.

26. Zie over de jarenlange strijd van Spijkers tegen de overheid: S. van Oest, ‘Rechtsstaat zonder zelfkritisch en zelfreinigend vermogen’, *Openbaar Bestuur* maart 2008, p. 8-18.

27. Art. 125quinquies lid 1 sub f, lid 2 en 3 AW (met vergelijkbare bepalingen in de Politiewet en de Militaire Ambtenarenwet). Ik ga verder niet in op de rechtsbescherming van ambtelijke klokkenluiders en beperk mij tot klokkenluidende werknemers.

28. *Verklaring inzake het omgaan met vermoedens van misstanden in ondernemingen*, Stichting van de Arbeid 24 juni 2003 en (geactualiseerd) 3 maart 2010, www.stvda.nl.

29. Art. II.1.7.

30. *Kamerstukken II* 2003/04, 28990, 2; F.B.J. Grapperhaus, ‘Bescherming voor klokkenluidende werknemers: een inventarisatie van het wetsvoorstel en het SER-advies’, *Ondernemingsrecht* 2005, afl. 7, p. 232-240; F.C. van Uden, ‘De klok en de klepel’, *SR* 2004/3.

31. *Kamerstukken II* 2011/12, 33258, 2.

32. *Kamerstukken II* 2014/15, 34105, 2.

33. *Kamerstukken I* 2014/15, 34105, A.

Aanvankelijk is dit een soort onnipotente Nationale Klokkenluidersautoriteit. Het Huis adviseert klokkenluiders en doet onderzoek naar misstanden en benadeling. Klokkenluiders kunnen alle misstanden — dus niet alleen zwaardere gevallen — direct aan het Huis melden. Om voor rechtsbescherming in aanmerking te komen is het Huis zelfs een verplicht kanaal. Dit stuit op veel tegenstand. Critici menen dat het huis niet onafhankelijk is omdat het twee petten op heeft (namelijk een advies- en onderzoekspet). Zij vinden voorts dat voorafgaande interne melding de hoofdregel moet zijn en vrezen dat het Huis meer deskundige wettelijk bevoegde toezichthouders voor de voeten gaat lopen. Bovendien resulteert het onderzoek van het Huis slechts in een aanbeveling, terwijl een toezichthouder (of bij benadeling: de rechter) direct kan optreden.³⁴ De rol van het Huis wordt naar aanleiding van deze kritiek steeds verder ingeperkt. Het Tweede Wetsvoorstel verdeelt het Huis in twee (kennelijk door Chinese muren gescheiden) afdelingen: de afdeling advies en de afdeling onderzoek. De onderzoeksfunctie wordt bovendien primair ondergebracht bij de diverse toezichthouders. Klokkenluiders dienen misstanden voorts in beginsel eerst intern te melden en zij worden nu ook in dat geval tegen benadeling beschermd. Het Tweede Wetsvoorstel komt hierna (par. 2.5.3) verder aan de orde.

Een onderdeel tot slot dat al bij behandeling van het Eerste Wetsvoorstel sneuvelt is het fonds voor klokkenluiders. Werknemers die door melding van een ernstige misstand onkosten hebben gemaakt of anderszins schade hebben geleden, zouden bij het fonds een naar redelijkheid en billijkheid vast te stellen uitkering kunnen aanvragen. Deze uitkering zou het karakter hebben van een schadeloosstelling en (nadrukkelijk) niet van een beloning.

2.5.2 Rechtspraak

De Hoge Raad gaat in 2012 in *Quirijns/TGB* voorbij aan de afwegingscriteria van het EHRM en vult de rechtspositie van klokkenluiders maar ten dele in. Klokkenluiden wordt getoetst aan de open norm van het goed werknemerschap (art. 7:611 BW). Dit brengt mee dat een werknemer *‘in beginsel tegenover zijn werkgever is gehouden tot discretie en loyaliteit’*. Dat geldt ook indien hij van mening is *‘dat binnen de organisatie sprake is van een misstand die in het algemeen belang dient te worden bestreden’*. Interne melding c.q. melding op de voor de werkgever minst schadelijke wijze is de norm. Interne melding is niet aangewezen indien bedrijfsregels of de wet externe melding voorschrijven, aldus de Hoge Raad, of wanneer de *‘gestelde misstand betrekking heeft op directieleden’* van de onderneming. De lagere rechtspraak biedt evenmin bruikbare nadere aanknopingspunten. Dat betekent dat voorlopig op belangrijke onderdelen onduidelijkheid bestaat over de toelaatbaarheid van klokkenluiden.³⁵

34. Een ander — constitutioneel — bezwaar is dat het Eerste Wetsvoorstel het Huis bij de Nationale Ombudsman onderbrengt, terwijl het Huis ook onderzoeksbevoegd is ten aanzien van particuliere werkgevers. In het Tweede Wetsvoorstel is het Huis daarom een zelfstandig bestuursorgaan (ZBO).

35. Vgl. Helstone 2013; Van Uden 2013.

2.5.3 Wetsvoorstel Huis voor klokkenluiders

Het Tweede Wetsvoorstel voor oprichting van een Huis voor klokkenluiders³⁶ laat zich als volgt samenvatten:

1. Wie mag de klok luiden? Het Tweede Wetsvoorstel beschermt (ex-)werknemers en (ex-)ambtenaren en degene *'die anders dan uit dienstbetrekking arbeid verricht of heeft verricht'*. Wie onder het laatste onderdeel vallen maakt het voorstel niet duidelijk, maar vermoedelijk onder meer zzp'ers.³⁷

2. Waarover mag de klok worden geluid? Volgens het Tweede Wetsvoorstel is sprake van een misstand indien het maatschappelijk belang in het geding is bij: (i) schending van een wettelijk voorschrift; (ii) een gevaar voor de volksgezondheid; (iii) een gevaar voor de veiligheid van personen; (iv) een gevaar voor de aantasting van het milieu; en (v) een gevaar voor het goed functioneren van de openbare dienst of een onderneming als gevolg van een onbehoorlijke wijze van handelen of nalaten.³⁸

3. In hoeverre moet de misstand worden bewezen? Het Tweede Wetsvoorstel spreekt van een op redelijke gronden gebaseerd vermoeden.³⁹

4. Welke procedure moet worden gevolgd? Aspirant-klokkenluiders kunnen voor advies en ondersteuning terecht bij de afdeling advies van het Huis.⁴⁰ Dit adviesraject is vertrouwelijk. Informatie van de klokkenluider wordt niet zonder diens toestemming aan de afdeling onderzoek (zie hierna) verstrekt.⁴¹ Besluit de klokkenluider de misstand te melden, dan is voorafgaande interne melding de hoofdregel.⁴² Werkgevers met ten minste vijftig werknemers dienen een interne meldingsprocedure in te voeren waarvoor een aantal kwaliteitseisen geldt.⁴³ De procedure vereist bovendien de instemming van de ondernemingsraad.⁴⁴ Directe externe melding mag wanneer voorafgaande interne melding niet in redelijkheid van de klokkenluider kan worden gevergd.⁴⁵ Het is echter onduidelijk wanneer dat het geval is. Externe melding na interne melding is toegestaan indien de werkgever de interne melding niet behoorlijk behandelt.⁴⁶ Bij externe melding is melding aan de bevoegde toezichthouder (waaronder de opsporingsinstanties) het aangewezen kanaal.⁴⁷ Externe melding aan de afdeling onderzoek van het Huis is mogelijk bij misstanden waarvoor geen toezichthouder bevoegd is of indien de toezichthouder

36. Kamerstukken I 2014/15, 34105, A.

37. Art. 1 sub g en h Wet Huis voor klokkenluiders (WHvK).

38. Art. 1 sub d WHvK.

39. Art. 1 sub d WHvK.

40. Art. 3a lid 2 WHvK.

41. Art. 3k WHvK.

42. Art. 6 lid 1 sub e WHvK.

43. Art. 2 WHvK.

44. Art. 18d WHvK.

45. Art. 6 lid 1 sub e WHvK.

46. Art. 6 lid 1 sub f WHvK.

47. Art. 6 lid 1 sub d WHvK.

een melding niet naar behoren behandelt.⁴⁸ De ernst van de misstand moet ‘voldoende’ zijn om een onderzoek te rechtvaardigen.⁴⁹ De afdeling onderzoek beschikt over vrij uitgebreide bevoegdheden.⁵⁰ De streeftermijn om het onderzoek af te ronden is twaalf maanden.⁵¹ Het onderzoek resulteert in een openbaar rapport dat (slechts) een aanbeveling aan de werkgever doet en geen aansprakelijkheid vaststelt.⁵²

5. In hoeverre moet de klokkenluider te goeder trouw handelen? Het Tweede Wetsvoorstel bepaalt dat een melding ‘te goeder trouw en naar behoren’ dient plaats te vinden.⁵³ Onduidelijk is wat hiermee wordt bedoeld. De toelichting bij het Eerste Wetsvoorstel spreekt van handelen ‘vanuit zuivere motieven’.⁵⁴ Dit lijkt aan beloning in de weg te staan.

6. Rechtsbescherming. Een klokkenluider die meent te zijn benadeeld kan de afdeling onderzoek vragen hier een onderzoek naar in te stellen dat eveneens enkel in een aanbeveling resulteert.⁵⁵ Vervolgens zal de rechter zich dus nog over de kwestie moeten buigen. Het Tweede Wetsvoorstel voorziet in een benadelingsverbod bij interne melding of externe melding aan een toezichthouder of de afdeling onderzoek.⁵⁶ Het wetsvoorstel zwijgt over bekendmaking langs andere kanalen (zoals de media). Kennelijk wordt de klokkenluider in dat geval niet beschermd. Ook over causaliteit en bewijslast is niets geregeld.

2.6 Conclusie

Tegen de achtergrond van het Amerikaanse beloningsmodel, de Britse PIDA en de rechtspraak van het EHRM kunnen bij (de effectiviteit van) het Tweede Wetsvoorstel vragen worden gesteld. Dit betreft met name de praktische en juridische inrichting van interne meldingsprocedures, de voorwaarden voor externe melding, rechtsbescherming, de rol van het strafrecht, de vraag of klokkenluiden dient te worden beloond en de juridische implicaties van het onderzoek door het Huis. In de hiernavolgende preadviezen komen deze vragen aan de orde.

48. Art. 6 lid 1 sub d WHvK.

49. Art. 6 lid 1 sub c WHvK.

50. Art. 9-16 WHvK.

51. Art. 8 lid 1 WHvK.

52. Art. 8 lid 2 en 3 en 17 WHvK.

53. Art. 18-18c WHvK.

54. *Kamerstukken II* 2011/12, 33258, 7, p. 4.

55. Art. 3a lid 3 sub b WHvK.

56. Art. 18-18c WHvK.

Hoofdstuk 3

De meerwaarde van een interne klokkenluiders-regeling in de praktijk

Mr. J. Brabers^{*}

3.1 Inleiding

In andere hoofdstukken van dit preadvies wordt door diverse preadviseurs ingegaan op verschillende juridische aspecten van klokkenluiden. In mijn bijdrage beoog ik vooral de praktische elementen van het klokkenluiden en de toegevoegde waarde van een klokkenluidersregeling te belichten. Ik wil daarbij ook aandacht besteden aan het Initiatiefwetsvoorstel tot wijziging van de Wet Huis voor klokkenluiders,¹ (hierna het Wetsvoorstel Huis voor klokkenluiders) dat op 2 juli 2015 met algemene stemmen door de Tweede Kamer is aanvaard en dit najaar in de Eerste Kamer zal worden behandeld.² Op buitenlandse wetgeving en privacyregels zal ik hieronder maar summier ingaan, omdat die onderwerpen deels al door andere preadviseurs worden behandeld.

In deze bijdrage versta ik onder een ‘klokkenluidersregeling’ het gehele traject van regels en procedures waarbij een melder na constatering van een mogelijke misstand³ (in de eerste plaats) intern advies kan vragen, melding kan doen bij zijn of haar manager of een daartoe specifiek aangewezen functionaris alsmede de opvolging en afhandeling van die melding. Mede gezien het Wetsvoorstel Huis voor klokkenluiders⁴ en in het bijzonder het bepaalde in art. 2 lid 3 onder a zal ik ook ingaan op het melden buiten de organisatie.

3.2 Waarom een klokkenluidersregeling introduceren?

Zoals hierboven al vermeld zijn er zowel juridische als praktische redenen om een klokkenluidersregeling te introduceren. Daar in dit preadvies al ruim aandacht wordt besteed aan de juridische redenen, wil ik allereerst aandacht besteden aan de praktische redenen.

* Mr. J. Brabers is onafhankelijk adviseur op het gebied van integriteit en compliance; Jeroen Brabers Integrity & Compliance. Van maart 2005 tot 2011 was hij Group Director Integrity bij TNT en van januari 2011 tot oktober 2012 bij TNT Express. Voor die tijd was de heer Brabers onder meer General Counsel en Corporate Secretary bij TNT en daarvoor onder meer secretaris van de vennootschap bij Koninklijke KPN. Hij begon zijn loopbaan in 1978 als advocaat bij Loeff & Van der Ploeg te Amsterdam.

1. *Kamerstukken I* 2014/15, 34105, A; het oorspronkelijke initiatiefwetsvoorstel had als nummer 33258.
2. In deze bijdrage wordt aan de ontwikkelingen met betrekking tot het Wetsvoorstel Huis voor klokkenluiders tot 10 augustus 2015 aandacht besteed.
3. Op het begrip misstand zal in par. 3.3 worden ingegaan. Zie ook de voorbeeldprocedure bij de ‘Verklaring inzake het omgaan met vermoedens van misstanden in ondernemingen’, Stichting van de Arbeid 3 maart 2010, publicatienr. 1/10 (hierna ook de Verklaring van de Stichting van de Arbeid). De eerste versie van deze Verklaring dateert uit 2003.
4. *Kamerstukken I* 2014/15, 34105, A.

3.2.1 Praktische argumenten

In de praktijk is gebleken dat de ethische cultuur in een onderneming of organisatie niet alleen van belang is voor het goed functioneren daarvan,⁵ maar ook voor het door medewerkers al of niet aan de orde stellen van zaken die niet goed lopen, of ernstiger, een vermoeden van een misstand.

Medewerkers zijn eerder bereid zaken die niet goed lopen of vermoedens van een misstand te melden als zij een positieve perceptie hebben van de cultuur van de organisatie waar zij werken en daar ook een goede meldinfrastructuur aanwezig is. Bij een organisatie waar dat het geval is, worden minder misstanden gesignaleerd en tegelijkertijd wordt er meer gemeld.⁶ Ook speelt vertrouwen in de organisatie en de aanwezigheid van meldprocedures een belangrijke rol bij een besluit om een zaak of een misstand al of niet te melden.⁷

Een klokkenluidersregeling helpt niet alleen bij het voorkomen van misstanden; ook bij het opsporen daarvan kan die een belangrijke rol spelen. Volgens de Association of Certified Fraud Examiners (ACFE) wordt meer dan 40% van alle fraudegevallen (waartoe ook corruptie wordt gerekend) ontdekt door tips.⁸ Daarnaast helpen tips bij het beperken van schade in geval van fraude.⁹ Vaak wordt die eerder ontdekt, waardoor verdere schade bij het voortduren van de misstand wordt voorkomen en reputatieschade kan worden vermeden.

Samengevat kan dus worden gesteld dat een klokkenluidersregeling kan helpen bij het voorkomen en ontdekken van misstanden alsmede het vermijden dan wel beperken van financiële en reputatieschade.

3.2.2 Wet- en regelgeving

Nederland

Hoewel sedert 2000 in Nederland al wordt gesproken over klokkenluiden in de private sector¹⁰ en in het bijzonder over bescherming van klokkenluiders, bestaat er in Nederland op dit moment voor de private sector in het algemeen nog steeds geen wettelijke verplichting een klokkenluidersregeling in te voeren. Slechts voor beursvennootschappen met een statutaire zetel in Nederland geldt sedert 2004 krachtens de Nederlandse Corporate Governance Code dat zij een klokkenluidersregeling moeten invoeren.¹¹ Vanuit het bedrijfsleven is sedert het begin van deze eeuw zelfregulering op dit terrein bepleit, hetgeen onder meer heeft geresulteerd

5. Zie EY, 'Fraud and corruption — the easy option for growth?', Europe, Middle East, India and Africa Fraud Survey 2015', p. 8-9.
6. Zie het Evaluatierapport van Berenschot, 'Veilig melden van misstanden op het werk', juli 2014, p. 6, 11, 28 e.v., 56 en 62.
7. Zie het Evaluatierapport van Berenschot, p. 29.
8. Zie 'Report to the Nations on occupational fraud and abuse, 2014 global fraud study', van ACFE, p. 19.
9. Zie hetzelfde report van ACFE, figure 12 op p. 20.
10. Zie Preadvies BZK, *Kamerstukken II* 2013/14, 33258, 16, p. 3.
11. De eerste Nederlandse Corporate Governance Code is in 2003 vastgesteld en trad in 2004 in werking. Zie verder de thans geldende Nederlandse Corporate Governance Code 2009, preambule onder 2 en best practice bepaling II.1.7. De code is niet van toepassing op een beleggingsmaatschappij die geen beheerder is in de zin van art. 1:1 Wet op het financieel toezicht (Wft). Zie ook art. 2:391 BW en het koninklijk besluit van 23 december 2004, *Stb.* 747.

in de voorbeeldprocedure bij de Verklaring inzake het omgaan met vermoedens van misstanden in ondernemingen van de Stichting van de Arbeid.¹²

Met het aannemen van het Wetsvoorstel Huis voor klokkenluiders door de Tweede Kamer begin juli 2015 lijkt hier spoedig verandering in te gaan komen voor werkgevers bij wie in de regel ten minste vijftig personen werkzaam zijn.¹³ Krachtens art. 2 lid 1 van dat wetsvoorstel zijn werkgevers die aan die voorwaarden voldoen verplicht een klokkenluidersregeling in te voeren. In het tweede lid is bepaald aan welke eisen die klokkenluidersregeling moet voldoen, terwijl in lid 3 voorschriften zijn opgenomen over de informatie die een werkgever aan zijn werknemers (zoals gedefinieerd in het Wetsvoorstel Huis voor klokkenluiders¹⁴) moet verstrekken over de omstandigheden waaronder een vermoeden van een misstand buiten de organisatie kan worden gemeld en over hun rechtsbescherming bij het melden van een vermoeden van een misstand.¹⁵

Bij en na het doen van een melding op basis van een klokkenluidersregeling worden persoonsgegevens verwerkt waarop privacywetgeving, in Nederland de Wet bescherming persoonsgegevens, van toepassing is. Die gegevens kunnen betrekking hebben op de melders, de beschuldigten en op andere genoemde personen (hierna 'betrokkenen'). Met name die twee laatste categorieën van personen verdienen aandacht omdat die zelf veelal niet bewust zijn van het feit dat hun persoonsgegevens worden verwerkt. Met betrekking tot die verwerking van persoonsgegevens moet bij de nationale autoriteit een melding worden gedaan. Bij de Nederlandse autoriteit, het College bescherming persoonsgegevens (CBP), kan relatief eenvoudig een melding worden gedaan via hun website.¹⁶

Verder is het in Nederland verstandig om bij de invoering van een klokkenluidersregeling rekening te houden met de Wet op de ondernemingsraden. Hoewel de klokkenluidersregeling nog niet expliciet wordt genoemd bij de onderwerpen in art. 27 Wet op de ondernemingsraden waarvoor instemming van de ondernemingsraad is vereist, wordt veelal een rol voor de ondernemingsraad bij de introductie van een klokkenluidersregeling bepleit.¹⁷ In het Wetsvoorstel Huis voor klokkenluiders wordt in art. 18d een nieuw lid m aan art. 27 Wet op de ondernemingsraden toegevoegd, waardoor goedkeuring van de ondernemingsraad expliciet wordt vereist bij de introductie van een klokkenluidersprocedure.

Internationale/extraterritoriale werking

Voor Nederlandse ondernemingen die in de Verenigde Staten een beursnotering hebben of 'reports' moeten deponeren/rapporteren onder de Securities Exchange Act 1934, is de US Sarbanes-Oxley Act van belang.¹⁸ Section 301 sub 4 van die wet

12. 'Verklaring inzake het omgaan met vermoedens van misstanden in ondernemingen', Stichting van de Arbeid 3 maart 2010, publicatienr. 1/10.

13. *Kamerstukken I* 2014/15, 34105, A, art. 2.

14. *Kamerstukken I* 2014/15, 34105, A, art. 1 sub h.

15. Op deze beide onderwerpen zal ik in par. 3.3 nader ingaan.

16. Zie verder par. 3.3.20.

17. Zie onder meer 'Verklaring inzake het omgaan met vermoedens van misstanden in ondernemingen', Stichting van de Arbeid 3 maart 2010, publicatienr. 1/10, p. 7.

18. The Sarbanes-Oxley Act of 2002 (*Pub.L.* 107-204, 116 Stat. 745, enacted July 30, 2002).

verplicht tot het invoeren van een klokkenluidersprocedure, terwijl Section 806 de bescherming van klokkenluiders regelt. In 2010 zijn daar voorschriften over klokkenluiden in de US Dodd-Frank Act¹⁹ bijgekomen. Daar de US Dodd-Frank Act klokkenluiders bij de US Securities and Exchange Commissie (SEC) belooft met 10 tot 30% van sanctiebedragen die aan het betreffende bedrijf worden opgelegd, is die wet een stimulans voor bedrijven om compliance te bevorderen en een goede klokkenluidersregeling in te voeren om aldus het risico dat bij de SEC de klok wordt geluid te verkleinen. Bovendien kan het hebben van een ‘effective compliance program’, waar een klokkenluidersregeling onderdeel van is, leiden tot lagere sancties in geval van geconstateerde misstanden.²⁰

In het Verenigd Koninkrijk (VK) is, nadat in 1998 de Public Disclosure Interest Act werd geïntroduceerd ter bescherming van de klokkenluider,²¹ in 2011 regelgeving geïntroduceerd, die het voor ondernemingen van belang maakt een klokkenluidersregeling in te voeren. Het gaat hier om de Bribery Act 2010. In Section 7 van de Bribery Act wordt ‘strict liability’ geïntroduceerd voor ‘failure to prevent bribery’. Enige verdediging tegen deze aansprakelijkheid is dat een bedrijf (‘commercial organisation’) ‘adequate procedures in place’ heeft.²² Section 7 is niet alleen van toepassing op Britse personen, inwoners en rechtspersonen, maar ook op ‘any other body corporate (wherever incorporated) which carries on a business, or part of a business, in any part of the United Kingdom’.²³ Hieronder vallen gemakkelijk Nederlandse rechtspersonen die zakendoen in het VK, waardoor de Bribery Act ook op hen van toepassing is.

In de ‘Guidance to The Bribery Act 2010’ wordt uiteengezet wat ‘adequate procedures’ zijn en aan welke eisen (‘principles’) die moeten voldoen. Onder ‘Principle 5 Communication’ staat onder meer het volgende:

‘Another important aspect of internal communications is the establishment of a secure, confidential and accessible means for internal or external parties to raise concerns about bribery on the part of associated persons, to provide suggestions for improvement of bribery prevention procedures and controls and for requesting advice’.

Ook in het VK moet dus een klokkenluidersregeling deel uitmaken van een compliance programma wil dat als een ‘adequate procedure’ worden beschouwd. Tot zover de regelgeving (of het nog ontbreken daarvan) in Nederland en twee belangrijke handelspartners.

Op basis van het bovenstaande is mijn conclusie dat er zeker goede praktische redenen zijn (cultuurverbetering en voorkoming/beperking van financiële en reputatieschade) om een klokkenluidersregeling te introduceren. Daar komen, wanneer het Wetsvoorstel Huis voor klokkenluiders wet wordt, juridische redenen bij.

19. The Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act (*Pub.L.* 111-203, H.R. 4173; commonly referred to as Dodd-Frank), Section 922.

20. Zie ‘Resource Guide to the US Foreign Corrupt Practices Act’ van november 2012, p. 61, waar wordt gesteld dat een klokkenluidersregeling deel uit moet maken van een compliance programma.

21. UK Public Disclosure Interest Act 1998, Section 1.

22. UK Bribery Act 2010, Section 7.

23. UK Bribery Act 2010, Section 7, sub 5.

Daarnaast moet worden opgemerkt dat het hebben van een klokkenluidersregeling vooral internationaal ‘good practice’ is geworden.²⁴ In onder meer de ‘supply-chain’ eisen grote afnemers van hun toeleveranciers dat zij een adequaat compliance programma hebben waarvan een klokkenluidersregeling onderdeel moet uitmaken.

3.3 Elementen voor een effectieve klokkenluidersregeling

3.3.1 Algemeen

Hoewel van belang is dat een klokkenluidersregeling goed en duidelijk is geformuleerd, is kernvoorwaarde voor het goed functioneren van een klokkenluidersregeling dat degenen die overwegen een melding van een vermoede misstand te doen, vertrouwen hebben in de regeling zelf, in de opvolging/afhandeling van hun melding en (de in die regeling opgenomen bepaling) dat jegens hen geen vergelding of benadeling zal plaatsvinden als gevolg van die melding.²⁵ Ook moet voor een persoon die overweegt een melding te doen het mogelijk zijn vertrouwelijk advies te vragen.²⁶ Voor dat vertrouwen is ook van belang dat de functionaris die binnen de onderneming de verantwoordelijkheid heeft (gekregen) voor de klokkenluidersregeling en de behandeling van meldingen, vertrouwen geniet en een zekere senioriteit en gezag heeft. De drempel om een melding te doen dient zo laag mogelijk te zijn. De regeling moet daarom niet te ingewikkeld, goed leesbaar en gemakkelijk te begrijpen zijn. Verder dient de klokkenluidersregeling afgestemd te zijn op de omvang en aard van de onderneming en het aantal personeelsleden. In geval van een multinational dient een regeling, wanneer die ook buiten Nederland geldt, eveneens in de lokale taal van het betreffende land beschikbaar te zijn.

3.3.2 Het melden van een misstand of gewoon klokkenluiden?

Hoewel in juridische documenten veelal wordt gesproken van klokkenluiden²⁷, wordt in de praktijk veelal een andere naam, zoals het melden van misstanden, gebruikt. Reden hiervoor is dat het woord klokkenluiden vaak negatieve associaties oproept, doordat klokkenluiders in de praktijk geregeld worden geconfronteerd met represailles zoals pesterijen, uitsluiting of verlies van hun baan. Woorden als hulplijn of meldprocedure roepen die negatieve associaties in de praktijk minder op, waardoor de psychologische drempel om een vermoede misstand te melden wellicht wat lager is. In deze bijdrage gebruik ik de woorden overigens gemakshalve door elkaar.²⁸

24. Zie onder meer de ‘OECD Recommendations of the Council for Further Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions’ van 26 november 2009, Annex II onder A, sub 11; ‘ICC Rules on Combating Corruption’ (2011), Article 10 sub m; en ‘Transparency International Business Principles for Countering Bribery’ (2013), Section 6.5.1.

25. Zie het Evaluatierapport van Berenschot, ‘Veilig melden van misstanden op het werk’, juli 2014, p. 27 e.v.

26. Zie hierna in par. 3.3.7 en het citaat op p. 30 hierboven uit de ‘Guidance to The Bribery Act 2010’.

27. Uitzondering hierop is onder meer het Wetsvoorstel Huis voor klokkenluiders dat spreekt van het melden van een vermoeden van een misstand, *Kamerstukken I* 2014/15, 34105, A.

28. Verder wordt de laatste jaren met klokkenluiden steeds meer bedoeld op het melden van misstanden bij externe instanties buiten de organisatie. De klokkenluidersregeling die in deze bijdrage wordt beschreven, beoogt dergelijke meldingen nu juist te voorkomen.

3.3.3 Wat is een misstand?

Deze vraag is van groot belang om te bepalen wat voor soort zaken via een klokkenluidersregeling kunnen worden gemeld. Aan het begin van deze eeuw werd bij onderwerpen waarover een melding mogelijk was, vooral gedacht aan onderwerpen die betrekking hebben op de jaarrekening van ondernemingen, interne controle, accountantscontrole en zaken die daar invloed op hebben, zoals fraude en corruptie.²⁹ Hoewel dat enige jaren uitgangspunt is geweest, en in de wetten van sommige landen zelfs tot vrij recent was terug te vinden,³⁰ is nu een ruimere definitie van 'misstand' gangbaar.³¹ Het is derhalve verstandig het melden van misstanden niet alleen tot eerder genoemde financiële en controle gerelateerde zaken te beperken, maar ook mogelijk te maken met betrekking tot zaken zoals schending van de wet, overtreding van interne gedrags- en beleidsregels, het bewust achterhouden, vernietigen of manipuleren van informatie, schending van ethische en professionele normen, enzovoort.³² Zowel in de voorbeeldprocedure van de Stichting van de Arbeid als in het Wetsvoorstel Huis voor klokkenluiders³³ wordt de eis gesteld dat het maatschappelijk belang in het geding moet zijn. Ik vind dit, zeker waar het om een interne klokkenluidersregeling van een onderneming of organisatie gaat, te beperkt, omdat hiermee het melden van zaken waar het maatschappelijk belang niet in het geding is, wordt uitgesloten, terwijl dat soort zaken op termijn, naar mijn ervaring, soms wel van maatschappelijk belang kan worden. Voorts beperkt dit de bescherming van de klokkenluiders (daar die vaak is gekoppeld aan het begrip misstand) en aldus wordt een extra drempel om zaken te melden opgeworpen. Dit kan een belemmering vormen voor een transparante cultuur, waar werknemers het doodnormaal vinden zaken die niet goed lopen bij hun manager aan de orde te stellen.

In de praktijk rijst verder nog de vraag of ook meer algemene aan personeelsbeheer (human resources, 'HR')-gerelateerde zaken, zoals pesten en (seksuele) intimidatie onder een klokkenluidersregeling kunnen worden gemeld. Ik ben er om bovenvermelde redenen voorstander van geen zaken uit te sluiten,³⁴ maar vind wel dat een melding van dit soort zaken doorverwezen moet worden als er binnen de onderneming een specifieke regeling voor een dergelijk onderwerp is; bijvoorbeeld een klachtenregeling op HR-gebied.

3.3.4 Wie mogen melden onder de klokkenluidersregeling?

Klokkenluidersregelingen zijn over het algemeen bedoeld om misstanden tegen te gaan en ondernemingen beter te laten functioneren door de personen die werken

29. Naar mijn indruk is dit gebeurd onder invloed van de diverse financiële schandalen en van de US Sarbanes-Oxley Act of 2002, Section 301, sub 4 under A.

30. Bijv. Frankrijk, waar op grond van privacywetgeving de regels pas begin 2014 zijn verruimd.

31. Zie art. 1 van de voorbeeldprocedure bij de Verklaring van de Stichting van de Arbeid.

32. Zie onder meer 'OECD Recommendations of the Council for Further Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions' van 26 november 2009, Annex II onder A, sub 11 onder ii.

33. *Kamerstukken I* 2014/15, 34105, A, art. 1 sub d.

34. Ik ben het derhalve oneens met de beperkingen die zijn opgenomen in de 'Verklaring inzake het omgaan met vermoedens van misstanden in ondernemingen', Stichting van de Arbeid 3 maart 2010, publicatienr. 1/10, p. 3 onderaan en p. 4 bovenaan.

in die onderneming en derhalve veel kennis hebben van wat daar gebeurt, zaken aan de orde te kunnen laten stellen. Tot vrij recent werd daarbij vooral gedacht aan werknemers,³⁵ managers en de directie. Met de in de laatste jaren sterk toegenomen flexibilisering van de arbeidsmarkt werken er tegenwoordig ook steeds meer personen binnen een onderneming die daarmee geen arbeidsovereenkomst hebben. Te denken valt onder meer aan zelfstandigen zonder personeel (hierna zzp'ers), uitzendkrachten of contractwerkers. Het is van belang dat ook die personen van de klokkenluidersregeling gebruik kunnen maken. Deze opvatting wordt gedeeld door de initiatiefnemers van het Wetsvoorstel Huis voor klokkenluiders, die met de definitie van 'werknemer' in art. 1 onder h ook die personen op het oog hebben.³⁶

Gezien het doel van de klokkenluidersregeling en op basis van mijn ervaring wil ik bepleiten nog een stap verder te gaan en ook anderen, zoals oud-werknemers, leveranciers en klanten, toe te laten van de klokkenluidersregeling gebruik te maken. De praktijk laat zien dat dat loont.³⁷

3.3.5 Een plicht of vrijwillig?

In de vraagstelling in par. 3.3.4 gebruik ik bewust de woorden 'mogen melden', waarmee ik beoog aan te geven dat melden naar mijn mening geen plicht is. Daarover wordt echter lang niet overal in de wereld hetzelfde gedacht. Vooral in de Angelsaksische landen wordt het melden van misstanden wel als een plicht beschouwd.³⁸ Op het Europese continent wordt hier mede door de ervaringen in de Tweede Wereldoorlog vaak anders over gedacht, vooral ook in de private sector. Daarom wordt in Nederland in klokkenluidersregelingen in veel gevallen opgenomen dat potentiële melderders worden aangemoedigd bepaalde zaken te melden.³⁹ Naar mijn ervaring hebben ook vakorganisaties en ondernemingsraden vaak bezwaren tegen een meldplicht.⁴⁰ De eerlijkheid gebiedt wel te vermelden dat het niet melden van vermoede misstanden door directeuren en managers gezien hun voorbeeldrol moeilijk uit te leggen valt en dat dat hun om die reden vaak zwaar wordt aangerekend. Op grond van hun senioriteit rust op hen eerder een plicht dan op niet-leidinggevenden.

3.3.6 Bij wie intern melden?

Idealiter heerst in een onderneming een transparante cultuur waarbij zaken die minder goed lopen, maar ook ernstiger problemen, gemakkelijk door werknemers

35. Zie onder meer de 'Verklaring inzake het omgaan met vermoedens van misstanden in ondernemingen', Stichting van de Arbeid 3 maart 2010, publicatienr. 1/10, p. 1-2.

36. *Kamerstukken I* 2014/15, 34105, A, art. 1 sub h en *Kamerstukken I* 2013/14, 33258, C, p. 17.

37. Zie 'Report to the Nations on occupational fraud and abuse, 2014 global fraud study', van ACFE, p. 21.

38. Zie ICC *Ethics and Compliance Training Handbook* (2013), p. 111 onder 4.

39. Overigens kan het onderscheid plicht-aanmoediging deels worden overbrugd door te pogen zaken die niet goed lopen of vermoede misstanden gemakkelijker bespreekbaar te maken met de leidinggevende. Daarvoor moet wel een geschikte cultuur worden gecreëerd. Zie par. 3.3.6.

40. Zie ook par. 3.2.2 en *Kamerstukken I* 2014/15, 34105, A, art. 18d, waarmee aan art. 27 Wet op de ondernemingsraden een lid m wordt toegevoegd. Daarmee behoeft een klokkenluidersregeling expliciet de instemming van de ondernemingsraad.

aan de orde gesteld kunnen worden bij hun leidinggevende. Om een dergelijke cultuur te bevorderen is het van belang in een klokkenluidersregeling de mogelijkheid op te nemen dat een werknemer een mogelijk probleem of vermoede misstand eerst kan melden aan diens leidinggevende of diens manager.⁴¹ Als dat niet mogelijk is, omdat de vermoede misstand mogelijk de leidinggevende of manager betreft, of de werknemer in die route geen vertrouwen heeft, dan moet kunnen worden gemeld bij een daartoe aangewezen persoon of meldpunt. Indien de leidinggevende of diens manager een melding ontvangt, dient die terstond doorgeleid te worden naar de persoon of afdeling verantwoordelijk voor de behandeling van meldingen.⁴² Van daaruit dient de melder op korte termijn een ontvangstbevestiging te krijgen.

3.3.7 Advies

Het is 'good practice' om als onderdeel van een klokkenluidersregeling of van een compliance programma werknemers de mogelijkheid te bieden vertrouwelijk advies in te winnen over mogelijke misstanden of ethische vragen of problemen.⁴³ Daarbij rijst al gauw de vraag of dat soort vertrouwelijk advies moet worden ingewonnen bij dezelfde persoon of functionaris bij wie vermoede misstanden kunnen worden gemeld of bij een andere functionaris, bijvoorbeeld een vertrouwenspersoon. Hoewel het voor kleinere ondernemingen veelal niet haalbaar zal zijn deze verantwoordelijkheden bij twee verschillende functionarissen neer te leggen, ben ik mede onder invloed van de discussie rondom de advies- en onderzoekstaken van het Huis voor klokkenluiders⁴⁴ van mening dat waar mogelijk die verantwoordelijkheden niet bij dezelfde functionaris moeten liggen en ook qua rapportagelijnen gescheiden moeten zijn. In de 'Verklaring inzake het omgaan met vermoedens van misstanden in ondernemingen' van de Stichting van de Arbeid, wordt onder f op bladzijde 6 de mogelijkheid opengelaten om ook bij een externe raadsman advies te vragen. Hoewel ik daar onder bijzondere omstandigheden, waarbij het gaat om een gevoelige kwestie met grote belangen, begrip voor kan opbrengen, zou ik alleen al uit kostenoverwegingen terughoudend zijn die mogelijkheid ongeclausuleerd te bieden. Naar mijn mening moet een interne vertrouwenspersoon met een onafhankelijke positie in de meeste gevallen voldoende zijn.

3.3.8 Aan welke eisen moet een melding voldoen?

Eerder in dit hoofdstuk bepleitte ik de drempel om een melding te doen zo laag mogelijk te houden. Om dezelfde reden is het naar mijn mening aan te bevelen

41. Ik ga hier niet in op meldingen van vermoede misstanden waarbij mogelijk leden van de directie of de raad van commissarissen zijn betrokken. Daarvoor dient een speciale procedure te worden gevolgd met een melding bij de voorzitter van de raad van commissarissen.

42. Uiteindelijk is de voorzitter van het bestuur verantwoordelijk voor dergelijke klachten en zal hij of zij een functionaris aanwijzen. Zie de Nederlandse Corporate Governance Code 2009, best practice bepaling II.1.7. Veelal zal dit de directeur juridische zaken zijn of de chief compliance officer.

43. Zie onder meer de 'OECD Recommendations of the Council for Further Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions' van 26 november 2009, Annex II onder A, sub 11; 'ICC Rules on Combating Corruption' (2011), Article 10 sub m; 'Transparency International Business Principles for Countering Bribery' (2013), Section 6.5.2 en 'Resource Guide to the US Foreign Corrupt Practices Act' van november 2012, p. 59.

44. *Kamerstukken I 2014/15*, 34105, A, art. 3a e.v.

geen vormvoorschriften voor de melding in een klokkenluidersregeling op te nemen en mondelinge, telefonische en schriftelijke meldingen per post en/of e-mail toe te staan. Daar melders mogelijk die weg, die strikt vertrouwelijk moet zijn (zie par. 3.3.9), nog onvoldoende vertrouwenwekkend vinden, hebben veel grotere bedrijven een externe dienstverlener ingeschakeld,⁴⁵ waar 24 uur per dag, zeven dagen per week vertrouwelijk een melding per telefoon (zogenaamde hotline) en/of via andere middelen kan worden ingediend. Die kan dan strikt vertrouwelijk en desgewenst anoniem (zie par. 3.3.10) worden doorgegeven aan de eerdergenoemde functionaris verantwoordelijk voor de behandeling van meldingen. Wel wil ik opmerken dat het niet opnemen van vormvoorschriften in een klokkenluidersregeling ten aanzien van een melding niet mag leiden tot het in behandeling nemen van vage of inhoudsloze meldingen. Met andere woorden: in een klokkenluidersregeling zal opgenomen moeten worden dat meldingen zo concreet mogelijk moeten zijn en zo veel mogelijk informatie moeten bevatten (inclusief het noemen van mogelijke getuigen, enzovoort).

3.3.9 Vertrouwelijkheid

Gezien de (toekomstige) wettelijke vereisten in Nederland⁴⁶ en in relevante buitenlandse wetgeving, en gezien de gevoeligheid van vele meldingen dient een klokkenluidersregeling strikte bepalingen over geheimhouding van de identiteit van de melder te bevatten en dient ook het proces rond een melding en de behandeling daarvan op vertrouwelijkheid te worden ingericht. Anders zullen potentiële melders die de indruk hebben dat hun identiteit niet goed wordt afgeschermd, om die reden veelal besluiten niet te melden of anoniem te melden, hetgeen het onderzoek kan bemoeilijken. Aldus kan de effectiviteit van een klokkenluidersregeling worden ondergraven. De enige omstandigheid waarbij de vertrouwelijkheid van de identiteit van de melder niet kan worden gegarandeerd, is een bevel van de rechter of een wettelijk verplichte melding aan opsporings- of toezichthoudende autoriteiten. Verder moet ervoor worden gewaakt dat de identiteit van de melder niet door degene over wie is geklaagd, valt af te leiden door de vragen die hem of haar in een onderzoek worden gesteld.⁴⁷

3.3.10 Is anoniem melden mogelijk?

In sommige landen wordt expliciet vereist dat het anoniem melden van misstanden mogelijk is.⁴⁸ In andere landen⁴⁹ daarentegen was anoniem melden tot voor kort op grond van de privacywetgeving aan strenge voorwaarden gebonden en/of beperkt tot enkele specifieke onderwerpen. Thans wordt anoniem melden op grond van

45. Het voert te ver hier namen van providers/dienstverleners te noemen en de technische mogelijkheden te beschrijven. Die zijn gemakkelijk via internet te vinden.

46. *Kamerstukken I* 2014/15, 34105, A, art. 2.

47. Bepaalde informatie kan zo specifiek zijn dat maar enkele personen daarvan op de hoogte kunnen zijn, hetgeen de identiteit van een melder kan verraden.

48. Zie onder meer US Sarbanes-Oxley Act of 2002, Section 301, sub 4 under B.

49. Frankrijk bijvoorbeeld, waar de wetgeving pas in 2014 is aangepast.

de privacyregels⁵⁰ toegestaan,⁵¹ mits onder meer in de klokkenluidersregeling anoniem melden wordt ontmoedigd door vermelding dat dit het onderzoek kan bemoeilijken. Naar mijn mening mag dit geen reden zijn om de mogelijkheid zaken anoniem te melden niet te bieden. Ik heb in mijn praktijk diverse anonieme meldingen gezien met zeer waardevolle en bruikbare informatie.⁵²

3.3.11 Bescherming van de klokkenluider tegen vergelding en benadeling

Een klokkenluidersregeling moet uitdrukkelijk bepalen dat geen enkele vorm van vergelding jegens of benadeling van een klokkenluider als gevolg van een door hem of haar te goeder trouw gedane melding is toegestaan.⁵³ Onder vergelding of benadeling vallen ook pesten en andere vormen van intimidatie.⁵⁴ In dit verband wil ik bepleiten om in een klokkenluidersregeling niet alleen werknemers als bedoeld in Boek 7 Burgerlijk Wetboek te beschermen, maar ook in verband met de flexibilisering van de arbeidsmarkt uitzendkrachten, zzp'ers en contractwerkers.⁵⁵ Aan de bescherming moet strikt de hand worden gehouden, omdat een inbreuk of zelfs vermeende inbreuk zeer negatieve gevolgen kan hebben voor het vertrouwen in een klokkenluidersregeling in het algemeen. Dat kan potentiële melders bewegen geen melding te doen of slechts anoniem, wat het onderzoek kan bemoeilijken. Bovengenoemde bescherming kan alleen vergelding en benadeling als gevolg van de melding betreffen.⁵⁶ Het is aan te bevelen om bij de voorlichting over een klokkenluidersregeling te benadrukken dat disciplinaire maatregelen of beëindiging van de arbeidsrelatie wegens dringende reden of niet functioneren (dus niet zijnde gelegen in de gedane melding) mogelijk blijven. In de praktijk komt het geregeld voor dat werknemers die al een arbeidsgeschil hebben, op een laat moment een melding doen in de valse hoop aldus beschermd te zijn tegen ontslag. De bescherming geldt verder uitsluitend voor meldingen die te goeder trouw zijn gedaan.⁵⁷ Dat wil zeggen, zaken betreffen waarvan de melder redelijkerwijs dacht of mocht denken dat die in strijd met de wet, regels of ethische normen zijn. Daar staat tegenover dat geen bescherming mag worden verwacht indien opzettelijk valse informatie wordt verstrekt bij een melding.

50. Zie Europese richtlijn bescherming persoonsgegevens (95/46/EG), Working Party Group Article 29 Data Protection Working Party 00195/06/EN WP 117 *Opinion 1/2006 on the application of EU data protection rules to internal whistleblowing schemes in the fields of accounting, internal accounting controls, auditing matters, fight against bribery, banking and financial crime*, Adopted on 1 February 2006. Available at (September 2014) http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2006/wp117_en.pdf en de Wet bescherming persoonsgegevens.

51. Dit geldt niet voor het Wetsvoorstel Huis voor klokkenluiders, dat niet de mogelijkheid biedt extern anoniem te melden. *Kamerstukken I* 2014/15, 34105, A, art. 5. Daar valt naar mijn mening ook wel wat voor te zeggen, daar het wetsvoorstel vooral ziet op extern melden.

52. Bovendien zijn sommige van de in voetnoot 45 bedoelde providers in staat om ook bij anonimiteit in contact te blijven met een melder.

53. Zie *Kamerstukken I* 2014/15, 34105, A, art. 18 e.v.

54. Zie *Kamerstukken II* 2014/15, 34105, 9, p. 10.

55. Die vallen niet onder de beschermingsbepalingen van het Wetsvoorstel Huis voor klokkenluiders. Zie *Kamerstukken II* 2014/15, 34105, 10, p. 2.

56. Zie *Kamerstukken II* 2014/15, 34105, 9, p. 7.

57. Zie ook de 'Verklaring inzake het omgaan met vermoedens van misstanden in ondernemingen', Stichting van de Arbeid 3 maart 2010, publicatienr. 1/10 en Wetsvoorstel Huis voor klokkenluiders, *Kamerstukken I* 2014/15, 34105, A, art. 18 e.v.

3.3.12 Bescherming van getuigen en personen die bij een onderzoek zijn betrokken

In de praktijk komt het helaas voor dat na een melding en tijdens een daaropvolgend onderzoek mogelijke getuigen en zelfs medewerkers van de compliance afdeling en personen belast met het onderzoek onder druk worden gezet of anderszins geïntimideerd. Dit kan het onderzoek en de uitkomst daarvan in ernstige mate beïnvloeden en verstoren. Daarnaast wordt hiermee het vertrouwen in het klokkenluiderssysteem ondergraven. Het is daarom van belang in een klokkenluidersregeling expliciet op te nemen dat beïnvloeding van getuigen of andere personen betrokken bij het onderzoek verboden is en disciplinair zal worden bestraft.

3.3.13 Misbruik

Zoals in par. 3.3.11 vermeld, komt het in de praktijk geregeld voor dat een klokkenluidersregeling wordt misbruikt om opzettelijk valse beschuldigingen te verspreiden en zo directieleden, managers, medewerkers, een bedrijfsonderdeel of de hele onderneming te beschadigen of in diskrediet te brengen. Daarom dient in een klokkenluidersregeling en/of in een gedragscode expliciet te worden bepaald dat dergelijk misbruik niet is toegestaan en disciplinair zal worden bestraft, waaronder ontslag op staande voet en andere rechtsmaatregelen. Hoewel zulk misbruik vaak moeilijk te bewijzen is en het Openbaar Ministerie niet gauw bereid lijkt hier energie in te steken, is het toch mede ter bescherming van het gehele personeel en de onderneming van groot belang zulk misbruik actief te blijven bestrijden.

3.3.14 Onschuldig tot het tegendeel bewezen is

Dit rechtsprincipe⁵⁸ is zo cruciaal dat het expliciet in de klokkenluidersregeling moet worden opgenomen en voortdurend in het oog moet worden gehouden. Niet alleen klokkenluiders hebben recht op bescherming; ook degenen die worden beschuldigd hebben daar recht op, zolang niet bewezen is dat zij schuldig zijn. Dat betekent dat hun rechten gerespecteerd moeten worden en dat ze zich door een raadsman of -vrouw kunnen laten bijstaan wanneer ze in het kader van een intern onderzoek worden gehoord.⁵⁹ Verder dient een onderzoek op zodanige wijze plaats te vinden dat beschuldigten niet alleen al door dat onderzoek en de wijze waarop het plaatsvindt, in hun reputatie worden geschaad.

3.3.15 Ontvangstbevestiging en terugkoppeling

In de klokkenluidersregeling horen ook bepalingen over het terstond informeren van de daartoe aangewezen functionaris als een melding bij een leidinggevende

58. Zie art. 6 Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden.

59. Vaak is onduidelijk of de resultaten van een dergelijk onderzoek ook door het Openbaar Ministerie of de buitenlandse opsporingsinstantie kunnen worden gebruikt. Met name in de Verenigde Staten is het beleid van het Department of Justice (DoJ) dat al dergelijke informatie aan hen moet worden overhandigd, wil de DoJ bereid zijn een zaak met een schikking, zoals een 'non-prosecution agreement' of 'deferred prosecution agreement', af te doen.

of manager is binnengekomen, en een ontvangstbevestiging aan de melder binnen 24 of 48 uur.

Daarnaast dient de melder met enige regelmaat te worden geïnformeerd over de status van het onderzoek en uiteindelijk de uitkomst⁶⁰ daarvan, tenzij dat een negatieve invloed kan hebben op het onderzoek, dat onderzoek (mogelijk) bemoeilijkt of belemmert of de privacyrechten van een beschuldigde in gevaar brengt.⁶¹ Alleen op die manier kan vertrouwen worden gewekt in het klokkenluiderssysteem.

Voorts dient het principe van hoor en wederhoor te worden toegepast en dienen de melder en de beschuldigde (mede ter bescherming van diens rechten — zie par. 3.3.14) te worden gehoord.

Uiteindelijk zal de beschuldigde ook moeten worden geïnformeerd over de uitkomst van het onderzoek. Dat geldt ook als de beschuldigingen niet kunnen worden bewezen. Hoewel de (ten onrechte) beschuldigde in zo een geval graag een positieve brief wil ontvangen, leert de ervaring dat die brief zeer secuur moet worden geformuleerd en dat men met het afgeven van een dergelijke brief zeer voorzichtig moet zijn. Het risico bestaat namelijk dat die brief door de beschuldigde tegen de onderneming zal worden gebruikt, mochten de problemen en beschuldigingen zich in de toekomst toch weer voordoen.

3.3.16 Informeren bedrijfsleiding

In een klokkenluidersregeling dient te worden opgenomen dat de directie of raad van bestuur regelmatig over klokkenluiderszaken zal worden geïnformeerd.⁶² Wanneer sprake is van significante beschuldigingen is het zaak de algemeen directeur of bestuursvoorzitter onverwijld te informeren. Hoewel aan de directie de relevante gegevens van een vermoede misstand moeten worden verstrekt, is het van belang in eerste instantie niet te snel namen en/of de identiteit van de beschuldigde te noemen, daar die — zoals in par. 3.3.14 vermeld — onschuldig is tot het tegendeel is bewezen.⁶³ Pas als de beschuldigingen heel concreet worden en in zekere mate gesubstantieerd, kan overwogen worden onder strikte vertrouwelijkheid aan de algemeen directeur of bestuursvoorzitter de identiteit van de beschuldigde bekend te maken. Mocht de onderneming een raad van commissarissen hebben, dan dient ook die te worden geïnformeerd, hoewel dat in de praktijk gezien hun toezichhoudende rol vaak minder in detail gebeurt dan bij de bedrijfsleiding.

3.3.17 Voorwaarden voor extern melden

In verband met de verwachte invoering van de Wet Huis voor klokkenluiders is het thans meer dan voorheen van belang in een klokkenluidersregeling ook op te nemen onder welke omstandigheden een vermoeden van een misstand buiten de

60. Zie *ICC Ethics and Compliance Training Handbook* (2013), p. 112 onder 10.

61. Als van deze laatste uitzondering sprake is, zal dat helder en transparant moeten worden gecommuniceerd; zonder overigens informatie te verstrekken die de privacy van de beschuldigde kan schaden.

62. Zie *ICC Ethics and Compliance Training Handbook* (2013), p. 112 onder 11.

63. Zoals in par. 3.3.9 vermeld moet ten aanzien van de naam en identiteit van de melder strikte vertrouwelijkheid worden bewaard. Dat betekent dat die niet aan de bedrijfsleiding, algemeen directeur of bestuursvoorzitter kan worden onthuld.

organisatie mag worden gemeld.⁶⁴ Voor een dergelijke externe melding is in ieder geval vereist dat het vermoeden van een misstand eerst intern is gemeld (tenzij dat niet in redelijkheid van de melder gevraagd kan worden), of dat na een interne melding de organisatie de vermoedelijke misstand niet naar behoren heeft behandeld.⁶⁵ Volgens de heersende rechtspraak moet externe melding voor de melder een ultimatum remedium zijn.⁶⁶ Uitgaande van het Wetsvoorstel Huis voor klokkenluiders zal als voorwaarde voor een externe melding in ieder geval ook het maatschappelijk belang in het geding moeten zijn.⁶⁷ Verder ben ik geneigd extern melden alleen toe te staan indien dat geschiedt aan het Huis voor Klokkenluiders, het Openbaar Ministerie en andere bevoegde instanties zoals toezichthouders of inspectiediensten.⁶⁸ Om diverse redenen ben ik geen voorstander van extern melden bij de media.⁶⁹ Mijn twijfels ten aanzien van extern melden bij de media betreffen onder meer hun onafhankelijkheid en motieven een zaak te onderzoeken (Wat is voor hen belangrijker: een goed onderzoek naar de feiten of hun oplages/kijkcijfers?) en hun onderzoekdeskundigheid (Wat zijn hun onderzoeksmethoden? Houden zij zich aan adequate onderzoeksprotocollen en wat behelzen die?). Bovendien bestaat in geval van een externe melding bij de media het risico van premature publiciteit, waardoor het beginsel 'onschuldig tot het tegendeel is bewezen' onder druk kan komen te staan of zelfs kan worden geschonden.

3.3.18 Organisatie en rapportagelijnen

De organisatie van een klokkenluiderssysteem en de verantwoordelijkheid voor de regeling hangen af van de grootte van de onderneming. Bij kleine ondernemingen ligt de verantwoordelijkheid nogal eens bij de algemeen directeur of de directiesecretaris. Grotere ondernemingen roepen vaak een speciale functie in het leven die dan tevens verantwoordelijk is voor een compliance programma. Het is van belang dat die functionaris (chief compliance officer) toegang heeft tot de voorzitter van de raad van bestuur en in bijzondere omstandigheden tot de voorzitter van de raad van commissarissen⁷⁰ (als die bestaat), voor het geval die functionaris tijdens een onderzoek door een beschuldigde en/of sympathisanten onder druk wordt gezet. Best practice is in toenemende mate dat de eerder genoemde functionaris rapporteert aan de voorzitter van de raad van bestuur met een functionele rapportagelijijn aan de voorzitter van de raad van commissarissen.⁷¹ Dat biedt ook waarborgen ten

64. Zie *Kamerstukken I* 2014/15, 34105, A, art. 2 lid 3.

65. Zie *Kamerstukken I* 2014/15, 34105, A, art. 6.

66. Verwezen wordt naar HR 26 oktober 2012, *JAR* 2012/313, EHRM 12 februari 2008, *EHRC* 2008/67 en EHRM 21 juli 2011, *EHRC* 2011/140 alsmede naar de bijdrage van mr. F. van Uden (hoofdstuk 2) aan dit preadvies.

67. Zie *Kamerstukken I* 2014/15, 34105, A, art. 1.

68. Gezien de verwachte invoering van de Wet Huis voor klokkenluiders lijkt het onverstandig extern melden in een klokkenluidersregeling te verbieden. In een recente zaak in de Verenigde Staten is KBR daarvoor door de SEC op de vingers getikt. Zie SEC's Release No. 74619 under the Securities Exchange Act of 1934 and Administrative Proceeding File No. 3-16466 (beide gedateerd 1 april 2015).

69. Ik denk daarbij onder meer aan het Publeaks initiatief: <http://nos.nl/artikel/549174-veilige-site-voor-klokkenluiders.html>.

70. 'Resource Guide to the US Foreign Corrupt Practices Act' van november 2012, p. 58.

71. Voor de internationale trend zie: Deloitte en Compliance Week 'In Focus: 2015 Compliance Trends Survey', p. 8-9.

aanzien van zijn onafhankelijkheid, mocht er bijvoorbeeld een geschil ontstaan met de raad van bestuur.

Verder is van belang dat de persoon die verantwoordelijk is voor de uitvoering van de klokkenluidersregeling ook voldoende medewerkers heeft, afgestemd op de omvang en de aard van de onderneming.⁷² Dit is niet alleen nodig voor een adequate behandeling van meldingen, doch ook voor de vastlegging daarvan.⁷³

Tot slot dient in dit verband te worden opgemerkt dat systemen moeten worden opgezet om meldingen en de afhandeling daarvan op adequate wijze te administreren, zodat afdoende kan worden gereageerd in geval van verzoeken om informatie van autoriteiten.

3.3.19 Bescherming van gegevens en dossiers

Naast een goede organisatie, zoals zojuist omschreven, is ook de vertrouwelijkheid van het klokkenluidersproces en alle daarmee verband houdende informatie van groot belang.⁷⁴ Gezien de wettelijke voorschriften tot vertrouwelijkheid en de gevoeligheid van de informatie zal die goed beschermd moeten worden. Aan alle betrokkenen bij dit proces zal strikte vertrouwelijkheid moeten worden opgelegd en maatregelen zullen moeten worden genomen om te voorkomen dat onbevoegden proberen toegang te krijgen tot (informatie in) klokkenluidersdossiers. Zo dienen (elektronische) dossiers afdoende beveiligd te worden. Voorts is het aan te bevelen dat informatie aan personen buiten de afdeling van de in par. 3.3.18 genoemde functionaris slechts mag worden verstrekt met zijn/haar voorafgaande goedkeuring. Het is van belang dat die functionaris zich in dit soort situaties gesteund weet door de algemeen directeur/voorzitter raad van bestuur.

3.3.20 Wet bescherming persoonsgegevens

In par. 3.2.2 heb ik kort aandacht besteed aan privacywetgeving, in Nederland de Wet bescherming persoonsgegevens. In bepaalde landen, waaronder Nederland, is het vereist om de kernpunten van privacywetgeving te implementeren in een klokkenluidersregeling en het afhandelingsproces van meldingen. Daarbij moet worden gedacht aan een procedure voor het bewaren en verwijderen van persoonsgegevens, een procedure voor het recht op informatie door betrokkenen, een procedure voor het informeren van betrokkenen, een procedure waarin de afhandeling van de melding is vastgelegd, verwerking van persoonsgegevens op een strikte need-to-knowbasis, voldoende beveiliging van de gegevens en een document waarin de interne procedures – inclusief privacyaspecten – begrijpelijk staan beschreven, welk document beschikbaar is voor alle ‘betrokkenen’ als genoemd in par. 3.2.2.

72. ‘Resource Guide to the US Foreign Corrupt Practices Act’ van november 2012, p. 58.

73. Op de vraag wie het onderzoek het beste kan uitvoeren ga ik in dit verband niet in. Dat hangt van diverse factoren af, zoals omvang van de onderneming, aard van de melding en het al of niet beschikbaar zijn van een ‘in house’ onderzoeksafdeling.

74. Dit heeft de Serious Fraud Office in het VK recent ondervonden. Zie www.fcablog.com/blog/2015/3/30/; SFO fined £180,000 for disclosing confidential BAE witness data.

3.4 Praktische suggesties

3.4.1 Implementatie en voorlichting

Zoals vermeld in par. 3.2.2 is het aan te bevelen en met het wet worden van het Wetsvoorstel Huis voor klokkenluiders verplicht de ondernemingsraad, zo die is ingesteld, om instemming te vragen⁷⁵ alvorens een klokkenluidersregeling in te voeren.

Zeker wanneer de klokkenluidersregeling deel uitmaakt van een integriteitsprogramma, maar ook als dat niet het geval is, dient de regeling niet slechts gepubliceerd te worden, maar dient de uitrol begeleid te worden door middel van voorlichting. Dit kan door het verspreiden van informatie zoals flyers met een korte uitleg, posters, maar ook door middel van videoboodschappen. Een dergelijke begeleiding door middel van voorlichting is essentieel voor het functioneren van een klokkenluidersregeling. Om vertrouwen te wekken⁷⁶ is het van belang dat de bedrijfsleiding hierbij zelf betrokken is; bijvoorbeeld een voorwoord schrijft of een boodschap insprekt in een video.⁷⁷ Communicatie richting medewerkers over het aantal meldingen en resultaten van onderzoek (bewezen of niet) kan bijdragen tot het vertrouwen in het systeem.

3.4.2 Plichten en rechten van het management

Het is verstandig om of in de klokkenluidersregeling of in een gedragscode de plichten van het management (directeuren en managers) in geval van een melding te omschrijven en vooral wat zij wel en niet mogen. Dit is vooral van belang om zo veel mogelijk te voorkomen dat managers of zelfs directieleden proberen zich met het onderzoek te bemoeien, dat verstoren of weigeren daaraan mee te werken. Daarom is het verstandig vast te leggen dat het management wordt geacht: (i) eventuele meldingen terstond aan de verantwoordelijke functionaris door te sturen; (ii) medewerking te verlenen aan het onderzoek en met de onderzoekers samen te werken; (iii) niet zelf een onderzoek te beginnen zonder voorafgaande toestemming van de bevoegde functionaris; (iv) niet te proberen uit te vinden wie de melder is of contact te zoeken met de melder; (v) geen vergeldingsmaatregelen te nemen tegen de melder of die anderszins te benadelen; (vi) geen maatregelen te treffen tegen een beschuldigde.⁷⁸

Wanneer dit soort regels niet worden gesteld én gehandhaafd, bestaat het risico dat de geloofwaardigheid van de klokkenluidersregeling gemakkelijk wordt ondergraven. Daarnaast kan bewijsvoering worden belemmerd en de juridische positie van de onderneming in gevaar worden gebracht doordat het onderzoeksproces niet in de hand kan worden gehouden.

75. Zie *Kamerstukken I* 2014/15, 34105, A, art. 18d en de Wet op de ondernemingsraden.

76. Zie par. 3.3.1.

77. Als de klokkenluidersregeling onderdeel is van een compliance programma is dit temeer van belang om zogenaamd 'top level commitment' te demonstreren – zie onder meer 'Resource Guide to the US Foreign Corrupt Practices Act' van november 2012, p. 57 en in het VK 'Guidance to the Bribery Act 2010', p. 23-24.

78. In de praktijk kunnen dat soort maatregelen, zoals ontslag, grote juridische problemen geven en achteraf voorbarig blijken. Een ontslagen beschuldigde werkt meestal niet meer mee aan het onderzoek en stelt vaak een vordering in wegens kennelijk onredelijk ontslag.

3.4.3 Onvrede met de uitkomst van een onderzoek

Het komt van tijd tot tijd voor dat een melder geen genoegen neemt met de uitkomst van het onderzoek of de correctieve maatregelen genomen naar aanleiding van het onderzoek.⁷⁹ Vooral als een melder geen genoegen neemt met de uitkomst van een onderzoek, kan het in bijzondere gevallen verstandig zijn alle facetten van het onderzoek nogmaals te laten beoordelen door een andere eventueel meer seniore deskundige. Tegenwoordig komt het echter steeds vaker voor dat een melder in zo een geval extern de klok luidt. Het Wetsvoorstel Huis voor klokkenluiders beoogt onder meer voor zulke gevallen regels te stellen; zie par. 3.3.17.

3.4.4 Evaluatie

Het verdient aanbeveling het functioneren van een klokkenluiderssysteem en -regeling en de uitkomsten van onderzoek regelmatig en in ieder geval jaarlijks te evalueren in een ethische commissie (als die bestaat) of tussen de relevante functies en functiehoofden.⁸⁰ Die evaluatie kan ertoe leiden dat trends zichtbaar worden en dat stappen moeten worden genomen om de daarmee samenhangende risico's het hoofd te bieden. Wat betreft het systeem en de regeling kan een evaluatie leiden tot verbeteringen.

3.5 Conclusie

In Nederland is er voor niet-beursgenoteerde ondernemingen nog steeds geen verplichting een klokkenluidersregeling in te voeren. Nog steeds wordt de vraag gesteld waarom het hebben van een klokkenluidersregeling nodig is en wat dat toevoegt. Uit het Evaluatierapport van Berenschot blijkt dat een grote groep medewerkers niet weet of er binnen de organisatie waar hij of zij werkt een klokkenluidersregeling bestaat en wat die inhoudt.⁸¹ Om juridische redenen zal dit met het van kracht worden van de Wet Huis voor klokkenluiders waarschijnlijk veranderen.

Ik hoop hierboven echter duidelijk gemaakt te hebben dat een klokkenluidersregeling niet alleen een goede bijdrage kan leveren aan de cultuur binnen een onderneming en de bedrijfsvoering, maar ook de mogelijkheid biedt kostbare incidenten te voorkomen of in een vroegtijdig stadium op te sporen. Daarmee kan financiële en reputatieschade worden voorkomen of beperkt.

Dat kan echter alleen als de werking van een klokkenluidersregeling niet wordt beperkt door de onderwerpen waarover een melding kan worden gedaan of de groep personen die een melding mag doen, te limiteren. Hierboven heb ik de elementen omschreven die nodig zijn voor een effectieve klokkenluidersregeling die optimaal waarde kan toevoegen, mits die op een vertrouwenwekkende wijze wordt gehanteerd en gebruikt.

79. Vaak kan om privacyredenen dergelijke informatie ook niet aan een melder worden verstrekt. Zie ook par. 3.3.15.

80. Te denken valt aan de directeuren van juridische zaken, compliance, audit, risk management, HR en een onderzoeksafdeling, als die bestaat.

81. Zie het Evaluatierapport van Berenschot, 'Veilig melden van misstanden op het werk', juli 2014, p. 24 e.v.

Hoofdstuk 4

Het Wetsvoorstel Huis voor klokkenluiders gezien vanuit de organisatie en het ondernemingsrecht

Prof. mr. A.F. Verdam^{*}

‘De wereld is niets anders dan een nooit rustende slinger. Alle dingen zijn onophoudelijk in beweging (...) zowel door een gemeenschappelijke als door hun eigen beweging. De bestendigheid zelf is niets anders dan een trager heen en weer gaan.’

Montaigne, Essays III, 2.

4.1 Inleiding

Het Wetsvoorstel Huis voor klokkenluiders richt zich op de ‘werkgever’ in brede zin die uit dienstbetrekking, publiekrechtelijke aanstelling dan wel anderszins arbeid laat verrichten. Daarmee strekt het zich in wezen uit tot een zeer breed scala van werkgevers, variërend van de slager op de hoek, een ‘not for profit’ organisatie, een gemeentelijke instelling tot een grote multinational; ik noem die hierna ook wel: de organisatie.

In deze bijdrage zie ik eerst een aantal aspecten van het ondernemingsrecht – beter wellicht: rechtspersonenrecht – die aan de orde komen voor de privaatrechtelijke rechtspersoon bij het Wetsvoorstel. Ten eerste belicht ik de interne klokkenluidersregeling vanuit het perspectief van de risicobeheersings- en controlesystemen van de rechtspersoon. Daarna ga ik in op de procedure ingeval de interne melding een lid van het bestuur of het toezichthoudende orgaan betreft.

Vervolgens zie ik het Wetsontwerp vanuit de organisatie en haar belangen. Het gaat dan niet zozeer om de situatie dat een misstand door een interne melding direct wordt – en direct kan worden – opgelost door de organisatie. Ik ga met name in op de kwetsbare positie van een welwillende organisatie in bijvoorbeeld de situatie dat het vermoeden van de klokkenluider niet juist is, of dat de misstand reeds wordt onderzocht, maar de melder denkt dat er te weinig aan wordt gedaan en hij het Huis voor klokkenluiders (‘Huis’) om een onderzoek verzoekt. Ook ga ik in op het belang van de organisatie om de schadelijke gevolgen van de misstand zo veel mogelijk te beperken. De kwetsbaarheid van de organisatie bestaat ook daarin dat een melding door de werknemer buiten de organisatie, ertoe kan leiden dat de buitenwereld ‘rook’ ziet. En waar rook is ligt de – meer bekende – organisatie direct onder vuur van de buitenwereld.¹

Tot slot neem ik vanuit het perspectief van de organisatie enige aspecten van het Wetsvoorstel onder de loep. Voorts zal ik bij verschillende meer open normen in

^{*} Prof. mr. A.F. Verdam is bedrijfsjurist en als hoogleraar ondernemingsrecht verbonden aan het Zuidas Instituut voor Financieel en Ondernemingsrecht van de Vrije Universiteit te Amsterdam.

1. Dit kan voor de kwaadwillende medewerker een ‘nuisance value’ jegens de organisatie opleveren; een situatie die in de praktijk helaas ook voorkomt. Zie ook par. 4.9.

het Wetsvoorstel bezien hoe de belangen van de organisatie daarin kunnen doorklinken, al dan niet in combinatie met een zorgvuldig ingerichte interne meldingsprocedure.

Wat betreft de terminologie gebruik ik – tenzij uit de context anders blijkt – de term ‘werknemer’ in de (bredere) zin zoals gehanteerd in het Wetsvoorstel. Hetzelfde geldt voor het woord ‘werkgever’, welke term wordt afgewisseld met ‘organisatie’ en ‘onderneming’. Met het Eerste Wetsvoorstel wordt bedoeld op het initiatiefvoorstel met Kamernummer 33258; met het Tweede Wetsvoorstel op het met de novelle gewijzigd voorstel met Kamernummer 34105 (dit laatste wordt ook wel kortweg Wetsvoorstel genoemd).² Bij vermelding van een artikel slaat dit – behoudens andere vermelding – op een artikel van het (Tweede) Wetsvoorstel.

4.2 **Relatie interne klokkenluidersregeling met interne controlesystemen**

Reeds in het Venetië van de Middeleeuwen bestond al een soort meldlijn voor klokkenluiders in de vorm van de Bocca di Leone, brievenbussen in de vorm van een koperen leeuwenbek die werden gebruikt om anoniem aangifte te doen van misstanden als belastingontduiking, omkoperij en verduistering van staatsgeld. Elk district had wel zo’n leeuwenmuil die aan de achterzijde geopend kon worden met een sleutel die de magistraat beheerde. Het was daarmee een systeem dat onder controle van de magistraat functioneerde. De leeuwenbekken ontstonden na de opstand van Baiamonte Tiepolo van 1310, waarna de zogenaamde Raad van Tien werd ingesteld, een rechtelijke instantie die waakte over staatsinstellingen.³ De leeuwenbekken waren in wezen een vorm van interne controle.

2. Laatstelijk gewijzigd met het document *Kamerstukken I* 2014/15, 34105, A van 2 juli 2015.

3. Deze informatie is o.a. ontleend aan www.merodeinvenetie.nl/bocca-di-leone.



Een Bocca di Leone in het Doge paleis in Venetië. De tekst luidt vrij vertaald: geheime aangiften tegen ieder die gunsten of diensten verbergt of samenspanst om werkelijke inkomsten te verhullen.⁴

Ook vandaag de dag bestaat er onmiskenbaar een relatie tussen (de instelling van) een interne klokkenluidersregeling en het interne controlesysteem van de organisatie.

Voor Nederlandse beursvennootschappen die ook in Amerika een beursnotering hebben, kwam dit reeds duidelijk naar voren in de Amerikaanse Sarbanes Oxley wetgeving die het antwoord was van de Amerikaanse regelgever op met name het Enron boekhoudschandaal.⁵ Section 3.01 verplicht de audit committee van een

4. De afbeelding is te vinden op Wikimedia Commons image.

5. Het vormde een antwoord van de wetgever op het verweer van verschillende topmanagers van Enron dat zij niet tot in detail op de hoogte waren van de diverse financiële constructies en dat dit onmogelijk kon worden verwacht van de leiding van grote internationaal opererende concerns;

vennootschap om procedures vast te stellen voor werknemers om klachten in te dienen — zowel anoniem als niet-anoniem — wat betreft ‘questionable accounting or auditing matters’. Anders gezegd, de organisatie moet een interne klokkenluiderslijn voor dit soort klachten instellen.⁶

Voor de Nederlandse praktijk is meer relevant, de best practice bepaling II.1.7 in de Corporate Governance Code voor beursgenoteerde vennootschappen, die bepaalt dat het bestuur er zorg voor draagt dat werknemers zonder gevaar voor hun rechtspositie de mogelijkheid hebben aan de voorzitter van het bestuur of aan een door hem aangewezen functionaris te rapporteren over vermeende onregelmatigheden van algemene, operationele en financiële aard.⁷

De best practice bepaling moet gezien worden als een uitwerking van dat deel van principe II.1 van de Code dat spreekt van de verantwoordelijkheid van het bestuur ‘voor de naleving van alle relevante wet- en regelgeving, het beheersen van de risico’s verbonden aan de ondernemingsactiviteiten en voor de financiering van de vennootschap’, en de daarna genoemde ‘interne risicobeheersings- en controlesystemen’.⁸ Deze best practice bepaling wordt goed nageleefd.⁹ Daaraan verbind ik de conclusie dat bij — kort gezegd — Nederlandse beursgenoteerde vennootschappen standard practice is dat een interne klokkenluidersregeling onderdeel uitmaakt van de interne risicobeheersings- en controlesystemen (hierna: risicomanagement). Dit breder verband, dat niet beperkt tot beursvennootschappen, stelt de Stichting van de Arbeid (STAR), in haar verklaring inzake het omgaan met vermoedens van misstanden in ondernemingen,¹⁰ dat een interne klokkenluiderslijn van belangrijk instrument is voor de ondernemingsleiding om beter haar verantwoordelijkheid te nemen in de bestrijding van vermoedens van misstanden — te kunnen nemen. Het vergt van de ondernemingsleiding dat zij zich rekenschap geeft van de manier waarop de onderneming in relatie tot de geldende opvattingen binnen de samenleving

4.4

+ P V G TOEGEFK INQUIP F G T FOCUS U V W W T U V C C M

Uit de vorige paragrafen mogen blijken, dat ik de interne meldlijn plaats in het kader van het risicomanagement. Met risicomanagement is een aspect van de bestuurstaak om toezicht te houden op de gang van zaken binnen de onderneming. De importantie van risico’s voor de onderneming wordt geïllustreerd door het wettelijke voorschrift — in art. 2:391 lid 1 BW — dat het jaarverslag een beschrijving geeft ‘van de voornaamste risico’s en onzekerheden waarmee de rechtspersonen wordt geconfronteerd’; die bepaling geldt niet alleen voor de kapitaalvennootschap en de coöperatie, maar ook de stichting en vereniging die een onderneming (van een bepaalde omvang) in stand houdt (zie art. 2:360 lid 3 BW).¹⁵ Het afgelopen decennium heeft het denken in termen van risicomanagement een steeds grotere plaats ingenomen bij het management van een onderneming.

Alhoewel in deze context het begrip onderneming niet precies is omschreven, ziet het vooral op de organisatie die door haar activiteiten gericht is op het behalen van economisch voordeel¹⁶ en niet zo zeer op een organisatie als een museum, de vereniging Rembrandt of het Rode Kruis, welke organisaties wel onder het Wets-

15. B. Assink, *Compendium Ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2013, par. 51.1.

16. Zie Assink, a.w., par. 1, Pitlo/Raaijmakers, Deventer 2006, par. 1.2.

voorstel vallen. Maar ook voor deze organisaties zal de bestuurstaak mede omvatten het zicht hebben en beheersen van de risico's. Ook bij die organisaties gaat het om de risico's die een negatieve weerslag kunnen hebben op de organisatie. Daarbij is te denken aan de gevolgen voor de resultaten, haar balanspositie, eventueel haar reputatie of die van haar producten of diensten. Het behoeft geen betoog dat indien aan de activiteiten van de organisatie weinig risico's zijn verbonden, het risicomanagement beperkter zal zijn.

De positionering van de interne meldlijn als onderdeel van het risicomanagement, maakt het bestuur verantwoordelijk voor de inrichting, het beheer en het goed functioneren van de interne meldlijn. Daarmee komt het ook binnen het gezichtsveld van het toezichthoudend orgaan, dat toezicht houdt op de uitvoering van de bestuurstaak waarbij – afhankelijk van het soort organisatie – het systeem en het functioneren van het risicomanagement een bijzonder aandachtspunt is.

De centrale functie die het bestuur binnen de rechtspersoon vervult, brengt mee dat de compliance officer ook 'onder' de verantwoordelijkheid van het bestuur valt. Dat behoeft er niet aan in de weg te staan dat (de voorzitter van) het toezichthoudend orgaan met een zekere regelmaat contact heeft met de compliance officer, of door hem wordt geïnformeerd in geval van een melding over een bestuurder; ook de interne meldlijn kan voorzien in de mogelijkheid van een melding op het niveau van het toezichthoudend orgaan.

4.5 Meldingen die een bestuurder van een N.V. of B.V. betreffen

Hoe dient men om te gaan met meldingen die het bestuursorgaan, of een bestuurder betreffen? Het Wetsvoorstel laat zich hierover niet uit. De verantwoordelijkheid van het bestuur voor het functioneren van de interne meldlijn creëert een spanningsveld waar het gaat om de ontvangst, de behandeling en verdere follow-up van een melding die het functioneren van het bestuur betreft. Dat geldt ook als het gaat om het functioneren van een lid van het bestuur. Ik benader dit aspect hier vanuit het rechtspersonenrecht; later in deze bijdrage ga ik in op de vraag op welk niveau in de organisatie een melding kan worden gedaan en de rol van de meldingsprocedure daarbij.

De vraag dient zich aan welke rol hier toekomt aan de – voor de kapitaalvennootschap geldende – bepaling van art. 2:129 lid 6/2:239 lid 6 BW, dat een besluitvormingsregeling voor het bestuur bevat in geval van een tegenstrijdig belang van een bestuurder. Dit artikel is relevant om twee redenen:

- het bepaalt dat de betrokken bestuurder niet deelneemt aan de beraadslaging en besluitvorming, maar dat het bestuursorgaan voor het overige bevoegd blijft;
- het bepaalt dat (pas) indien daardoor geen bestuursbesluit kan worden genomen, het besluit wordt genomen door de raad van commissarissen en bij gebreke daarvan door de algemene vergadering van aandeelhouders, tenzij de statuten anders bepalen.

De nieuwe wettelijke regeling begrijpt onder 'tegenstrijdig belang' een direct of indirect persoonlijk belang dat tegenstrijdig is met het belang van de vennoot-

schap.¹⁷ De klacht met betrekking tot een bestuurder creëert voor hem een persoonlijk belang bij de besluitvorming daarover. Kortom in geval van een melding over het gedrag van een bestuurder, is die bestuurder krachtens voornoemd wetsartikel uitgesloten van deelname aan de beraadslaging en besluitvorming het bestuur. Het besluit — inzake de afhandeling van de klacht met inbegrip van eventueel tegen de bestuurder te nemen maatregelen — wordt dan door de overige bestuurders genomen; bij onmogelijkheid daarvan is het escalatiescenario van de wettelijke bepaling van toepassing.

Men kan zich intussen afvragen of in het genoemde geval er wel sprake is van een besluit van het bestuursorgaan, waarop de wettelijke bepaling is toegespitst. De wettelijke bepaling vindt geen toepassing indien er geen besluit van het bestuur aan de orde is.¹⁸ Kan er aldus toch een gevaar van tegenstrijdig belang sluipen in de procedure van de behandeling van de klacht over een bestuurder? Bijvoorbeeld doordat de compliance officer, of een andere functionaris die met de behandeling van de klacht is belast, in het geval bij de bestuurder wil komen en de kwestie daarom in het voordeel van bestuurder afhandelt? Van belang is dat de afwezigheid van een bestuursbesluit doordat de kwestie op lager niveau is afgewikkeld, de bestuurder (of zelfs in meervoud: de bestuurders) op zich niet tegen aansprakelijkheidsstelling op grond van art. 2:9 BW beschermt. Daarvoor is een onderliggend bestuursbesluit geen vereiste.¹⁹ Belangwekkend is vooral wat de minister in dit verband zegt: ‘het ligt (...) voor de hand dat bestuurders alert zullen zijn op eventuele tegenstrijdige belangen van medebestuurders omdat zij collectief verantwoordelijk zullen zijn’. Ik vertaal dit in relatie met de klacht over een bestuurder zo, dat de collegiale verantwoordelijkheid van bestuurders meebrengt dat zij alert zullen moeten zijn met betrekking tot de behandeling van klachten over een lid van het bestuur. Het bestuurlijk toezicht — zoals ik dat eerder heb genoemd²⁰ — van het collegiale bestuur op het functioneren van een individuele bestuurder, brengt mee dat zeer zorgvuldig moet worden omgegaan met een klacht over een bestuurder. Dit geldt temeer waar men de interne meldingsregeling ziet als een aspect van het risicomanagement. Om dit bestuurlijk toezicht effectief te kunnen uitoefenen, zal het bestuur op de hoogte moeten worden gebracht van zulke meldingen; en zal daarvan in beginsel ook een rapportering aan het toezichthoudend orgaan moeten plaatsvinden. Daarbij acht ik het wel goed denkbaar dat zo’n melding alleen aan de voorzitter van ieder orgaan wordt gemeld, met dien verstande dat als het een ‘issue’ wordt voor het bredere functioneren van de betrokken bestuurder, dit met het gehele college wordt gedeeld.

Voor wat betreft beursvennootschappen, spoort deze benadering met de best practice bepaling II.1.7 van de Corporate Governance Code die spreekt van een rapportering van een melding die een bestuurder betreft, aan de voorzitter van de raad van commissarissen.

17. Zie nota naar aanleiding van het verslag 17 februari 2009, *Kamerstukken II* 2008/09, 31763, 6, p. 20-22.

18. Zie nota naar aanleiding van het verslag 17 februari 2009, *Kamerstukken II* 2008/09, 31763, 6, p. 20-21 en MvA, *Kamerstukken I* 2010/11, 31763, p. 7.

19. Aldus de minister in de memorie van antwoord 3 mei 2011, p. 7.

20. A.F. Verdam, ‘Van collegiaal bestuur, bestuursbesluiten, aantastbaarheid en delegatie, en het besluit van een bestuurslid onder het nieuwe artikel 2:129a lid 3’, *Ondernemingsrecht* 2013/102.

Overigens ligt het voor de hand dat indien het een kwestie van enige materiële aard betreft, de besluitvorming op het bestuursniveau plaatsvindt. Goed denkbaar is daarbij dat een interne regeling er in voorziet dat deze besluitvorming aan het toezichthoudende orgaan wordt opgedragen, alsook dat dat orgaan de kwestie delegeert aan bijvoorbeeld zijn voorzitter.

4.6 Meldingen die een commissaris van een N.V. of B.V. betreffen

Een melding over een lid van een raad van commissarissen zal op het niveau van de raad van commissarissen moeten worden behandeld. In het licht van de toezichthoudende rol van de commissarissen waaraan het bestuur is onderworpen, acht ik niet passend dat het bestuur hier een besluitvormende rol heeft. Wat betreft de rol van de betrokken commissaris bij de beraadslaging en besluitvorming van de raad van commissarissen is, gezien de bepaling van art. 2:250 lid 5 BW, dat tegelijk met de overeenkomstige bepaling voor bestuurders met een tegenstrijdig belang is ingevoerd, van overeenkomstige toepassing hetgeen hiervoor is uiteengezet ten aanzien van een melding over een bestuurder. Indien door de werking van de bepaling geen besluit kan worden genomen door de raad van commissarissen, wordt het besluit genomen door de algemene vergadering van aandeelhouders. Bij open verhoudingen, zoals de beursvennootschap, acht ik de route naar de algemene vergadering van aandeelhouders met betrekking tot de hier behandelde problematiek praktisch niet begaanbaar. De statuten zullen bij open vennootschappen evenwel meestal in een statutaire route voorzien. Mocht die hierin bestaan dat de raad van commissarissen toch bevoegd blijft tot besluitvorming, dan kan het instrument van de interne melding met een adequate follow-up in dit soort situaties (waar alle commissarissen geconfronteerd zijn) waarschijnlijk geen goede rol meer vervullen en zal een directe melding bij het Huis in beeld komen.

4.7 Hoe bij andere rechtspersonen?

Elders heb ik bepleit dat de nieuwe tegenstrijdigbelangregeling voor de kapitaalvennootschap van analoge toepassing is op de stichting.²¹ Een bijzonder punt van aandacht in dat betoog was of analoge toepassing alleen de gedragsnorm voor de besluitvorming betreft of dat het er ook toe leidt dat het tegenstrijdig belang niet aan de vertegenwoordigingsbevoegdheid van de bestuurder(s) in de weg staat. Het aspect van de vertegenwoordigingsbevoegdheid lijkt mij in de interne verhouding minder relevant (het kan mogelijk wel een rol spelen bij een rechtshandeling van de rechtspersoon die ertoe strekt de betrokken bestuurder met een sanctie te treffen, zoals ontslag). In die zin bepleit ik dat (in ieder geval) bij de besluitvorming binnen de stichting – en hetzelfde geldt voor andere rechtspersonen anders dan de kapitaalvennootschap – de regeling van art. 2:129 lid 6/2:239 lid 6 BW analoge toepassing vindt op de wijze als hiervoor bepleit voor de kapitaalvennootschap.

21. A.F. Verdam, 'Inhoud en reikwijdte van de nieuwe tegenstrijdig belang-bepaling voor kapitaalvennootschappen, en haar betekenis voor de stichting', WPNR 2013/6979.

Ook voor andere rechtspersonen zal gelden hetgeen hiervoor bij de kapitaalvennootschap is betoogd over het niveau waarop de besluitvorming inzake de afhandeling van de melding dient plaats te vinden.

4.8 De bestuurder of commissaris als melder?

Voor een melding via de interne meldlijn door een bestuurder of commissaris lijkt mij geen plaats te zijn. De betrokken functionaris zal zijn verantwoordelijkheid moeten nemen door de kwestie direct binnen het bestuur of de raad van commissarissen aan de orde te stellen. Voor anonimiteit bij zo'n melding zal weinig plaats zijn. Dit laatste standpunt zal in de praktijk evenwel weinig betekenis hebben voor een anonieme melding gedaan door een bestuurder of commissaris.

4.9 Kwetsbare positie van de organisatie

De bescherming van de klokkenluider staat in het Wetsvoorstel terecht centraal. Toch kan niet voorbij worden gegaan aan de belangen van de organisatie, in het bijzonder in geval van een externe melding door een werknemer van een vermoede misstand binnen de organisatie. Het naar buiten brengen van het vermoeden kan voor de organisatie bijzonder schadelijk zijn. De melding — direct of via het Huis — bij de autoriteiten kan tot boetes leiden en tot schadeclaims van derden. De enkele beschuldiging van illegaal of immoreel gedrag kan de reputatie van de organisatie danig schaden. Ingeval de melding breder bekend wordt, kan het publiek direct reageren op een beschuldiging zonder nader onderzoek af te wachten, zoals werd geïllustreerd door de dreigende boycot van Shell-producten in Duitsland na beschuldigingen — waarin naderhand grote fouten bleken te zitten — van Greenpeace in de zaak Brent Spar. De hoogleraar arbeidsrecht Max Rood stelde dat klokkenluiden tot gevolg kan hebben dat banken hun leningen aan de onderneming stopzetten, leveranciers besluiten verdere leveringen alleen tegen contante betaling te verrichten en klanten betaling van rekeningen opschorten. Relevant is voorts dat het klokkenluiden ook een wraakoefening van de werknemer jegens de organisatie kan zijn, een aspect waar met name in de Amerikaanse literatuur op wordt gewezen.²² Bij dit alles speelt een rol dat tussenkomst van het Huis — als ik het goed zie — meebrengt dat de zaak in de openbaarheid komt. Immers, volgens het Wetsvoorstel (art. 17:8) maakt het Huis het rapport van de afdeling onderzoek uit eigen beweging openbaar.²³

De omstandigheid dat de daadwerkelijke situatie kan verschillen van het geuite vermoeden, dat de kwestie mogelijk reeds door de organisatie wordt onderzocht en aangepakt, hetgeen in de praktijk enige tijd kan vergen (zie ook par. 4.12), en het legitieme belang van de organisatie om de schade voortvloeiend uit de kwestie

22. A.F. Verdam, 'Bescherming van klokkenluiders: welke regels en procedures (dienen te) gelden?', *ArbeidsRecht* 2001/3, met literatuurverwijzingen.

23. Er geldt een uitzondering in de gevallen 'die in artikel 10 van de Wet openbaarheid van bestuur worden genoemd, bijvoorbeeld informatie die de veiligheid van de Staat zou kunnen schaden of indien het bedrijfs- en fabricagegegevens betreft'; *Kamerstukken II* 2014/15, 34105, 7, p. 21. Ik neem evenwel aan dat dit niet zover strekt dat deze uitzondering toepassing vindt om de reden van dreigende reputatieschade.

zoveel mogelijk te beperken, brengt mee dat het van groot belang is dat de klokkenluider handelt op een zorgvuldige en afgewogen wijze.

4.10 **Bescherming van de organisatie; wetsontwerp en het gemene recht**

Ons rechtssysteem en onze rechtsregels strekken er veelal mede toe om misstanden te voorkomen en weg te nemen, bijvoorbeeld op het gebied van milieu door milieuwetgeving, veiligheid door veiligheidsvoorschriften, met betrekking tot fraude in financiële rapportages door strafrechtelijke bepalingen, regelingen omtrent financiële publicaties, en het jaarrekeningrecht. Gaat het om de opsporing van overtredingen daarvan, dan kennen we een door de jaren heen ontwikkeld systeem van uitgewogen rechten en verplichtingen van autoriteiten, opsporingsambtenaren, met daarbij regels die de zorgvuldigheid van procedures en processen moeten waarborgen. Een en ander komt ook tot uiting in het mensenrecht van ‘fair trial’ dat ook op rechtspersonen van toepassing is. Regels ter bescherming van vermogensbestanddelen, met inbegrip van bedrijfskennis en — geheimen, alsook reputatie en goodwill, zijn met name te vinden in een veelheid van vermogensrechtelijke bepalingen, met inbegrip van de mogelijkheid van contractuele bepalingen die de onderneming in het algemeen zal opnemen in de overeenkomsten met de personen die bij haar activiteiten zijn betrokken. Ter bescherming van de financiële markten kennen wij voorts regels over o.a. financiële rapportage, en het beheersen en op gepaste wijze bekendmaken van koersgevoelige informatie.

Van een bescherming van klokkenluiders, ben ik een groot voorstander.²⁴ Tezelfdertijd staat voor mij ook voorop de zorgvuldigheid die door de klokkenluider in acht moet worden genomen. Het is van groot belang dat de bestaande regels en procedures onder het gemene recht, waarin een plaats is ingeruimd voor bestaande rechtsbeginselen, evenwichtigheid, expertise en proportionaliteit, niet eenvoudigweg kunnen worden doorkruist door de regels van het Wetsvoorstel die voor de klokkenluider gelden. Het Wetsvoorstel komt hieraan ten dele tegemoet door de mogelijkheid van het Huis om te adviseren over, en door te verwijzen naar, een bestaande procedure of deze zelf te entameren. Opmerkelijk is echter dat zo’n procedure door het Huis of de klokkenluider ook terzijde lijkt te kunnen worden gesteld.

Hierna zal ik op verschillende punten van het Wetsvoorstel ingaan, en daarbij regelmatig de vraag stellen hoe die zich verhouden tot andere procedures of routes in het gemene recht, dan wel op welke wijze de verhouding tussen een en ander de meer open normen van het Wetsvoorstel zullen inkleuren, alsook door bijvoorbeeld de interne meldingsregeling nader kunnen worden ingevuld.

4.11 **Toepassing van het proportionaliteitsbeginsel**

Bij de toepassing van de regeling van het Wetsvoorstel zal het proportionaliteitsbeginsel (ook wel het evenredigheidsbeginsel genoemd) een rol spelen. In die zin dat wanneer — zoals Vranken het verwoord — een beroep op een bevoegdheid wordt

24. Zo getuige ook mijn pleidooi van 15 jaar geleden genoemd in voetnoot 22.

gedaan (in de context van deze bijdrage: de bevoegdheid om een vermoeden extern te melden), dat zal geschieden voor de behartiging van een bepaald belang (hier het algemeen belang dat zo'n rode draad vormt in het wetsvoorstel?), en dat belang wordt afgewogen tegen het door de bevoegdheidsuitoefening te schaden belang (hier: van de organisatie en haar stakeholders).²⁵

Van Ginneken en Timmerman schrijven dat het proportionaliteitsbeginsel wel als centraal element van het recht van de toekomst wordt genoemd.²⁶ In hun artikel vatten zij de methodiek van het beginsel — met verwijzingen naar het Duitse recht — in drie elementen samen, hier vrij vertaald als volgt weergegeven: er moet een redelijk belang voor de bevoegdheidsuitoefening zijn; indien de uitoefening nadelig is voor bepaalde betrokken belangen, dient zo mogelijk een andere actie te worden genomen waarmee ook het doel kan worden bereikt; en — sterk samenhangend met het vorige element — er mag geen minder bezwaarlijk alternatief bestaan voor de te nemen actie.²⁷

Overigens klinkt 'het algemeen belang' dat bij de afweging in het kader van een melding wellicht een rol speelt, mogelijk zwaarder dan het in het concrete geval is. Volgens de memorie van antwoord is het algemeen belang ook in het geding bij 'een tekort schieten in de wijze van functioneren van een onderneming die de integriteit van (een deel van) het bedrijf als zodanig in gevaar kan brengen'.²⁸ De STAR-verklaring, waarop de definitie van een vermoeden van een misstand is gebaseerd,²⁹ spreekt van 'een schending van wet- en regelgeving', waar echter wel aan wordt toegevoegd dat er sprake moet zijn van 'een zekere mate van ernst van het feit of de situatie'.³⁰ Van Uden stelt — met verwijzing naar A-G Spier in zijn conclusie bij het *Quirijns/TGB*-arrest — dat een 'gewoon' belang volstaat. Opvallend daarbij is dat de Hoge Raad in dit arrest spreekt van 'een misstand die in het algemeen belang dient te worden bestreden'.³¹ Hier wordt het algemeen belang gekoppeld aan de bestrijding. De drempel ligt dan erg laag; ook het fietsen door rood licht zal 'in het algemeen belang' worden bestreden.

Maar lees je verder in de STAR-verklaring, dan valt op dat het evenredigheidsbeginsel in verschillende aspecten naar voren komt in de — door het Wetsvoorstel — overgenomen beschrijving van het vermoeden van een misstand, in het kader van een extern melden 'bij een bevoegde instantie'. Zo wordt gezegd: 'het aan de orde stellen van een misstand moet proportioneel zijn.' Daaraan wordt toegevoegd dat de aard en de ernst van de misstand dus de melding beïnvloedt.³² Alsook: 'In alle gevallen geldt dat het vermoeden van de werknemer op redelijke gronden gebaseerd moet zijn. Naarmate de mogelijkheid van schade van de werkgever als gevolg van het klokkenluiden groter wordt, dient dat vermoeden sterker te zijn.' Ook wordt

25. Asser/Hartkamp 3-I* 2011/131.

26. M.J. van Ginneken & L. Timmerman, 'De betekenis van het evenredigheidsbeginsel voor het Ondernemingsrecht', *Ondernemingsrecht* 2011, afl. 1, 123.

27. A.w., nr. 5-8.

28. MvA I 2013/14, 33258, C, p. 17.

29. *Kamerstukken II* 2014/15, 33258, 3, p. 7.

30. STAR-verklaring, p. 4.

31. HR 26 oktober 2012, JAR 2012/313 (*Quirijns/TGB*), in overweging 3.5.1.

32. STAR-verklaring, p. 4.

gesteld dat een maatschappelijk belang in het geding moet zijn dat zwaarder weegt dan het belang van de onderneming bij de geheimhouding.³³

We zien hier alleen al in de omschrijving van het vermoeden van een misstand, de betekenis van het proportionaliteitsbeginsel sterk naar voren komen als het gaat om een externe melding bij een bevoegde instantie. Die laatste term zal in het licht van het Wetsvoorstel ook het Huis omvatten, dat immers waar mogelijk doorverwijst naar een (andere) bevoegde instantie waar het vermoeden kan worden gemeld.

4.12 Voorbeeld van een melding met grote gevolgen

Afhankelijk van de misstand waaromtrent het vermoeden bestaat, kan de ontdekking en aanpak hiervan een enorme impact op de organisatie hebben. Ter verduidelijking hiervan noem ik een voorbeeld van een melding die grote gevolgen heeft, en wellicht niet ‘snel’ zal worden opgelost; het is geïnspireerd door de Ahold-affaire. Bij een grote aan de beurs (in Nederland en in de VS) genoteerde onderneming heeft een werknemer een sterk vermoeden dat bepaalde joint ventures gedurende een reeks van jaren in de financiële rapportage ten onrechte als dochtermaatschappij worden behandeld en in de jaarrekening worden geconsolideerd. Zou dit vermoeden waar zijn, dan kan dit dramatische gevolgen hebben voor de onderneming, waaronder: een ‘*restatement*’ van eerdere jaarrekeningen, vervolging van de CEO en CFO door de Amerikaanse toezichthouder SEC, boetes van binnenlandse en buitenlandse toezichthouders, beëindiging van de kredietverlening door de banken, instorting van de beurskoers, ontslag van betrokken personen op topniveau, class-actions van aandeelhouders tot verhaal van schade, en een enorme reputatieschade.

De organisatie die naar aanleiding van de melding een onderzoek gaat instellen wordt geconfronteerd met vragen als: Is dit een incident op beperkte schaal of van grotere omvang? Op welke niveaus zijn leidinggevenden hierbij betrokken? Wat is de mogelijke schade voor de onderneming en hoe kan die zo veel mogelijk worden beperkt? Wat is de schaal van het onderzoek dat moet plaatsvinden eventueel onder leiding van externe en onafhankelijke deskundigen, in opdracht van het bestuur of de commissarissen, ‘onder de vleugels’ van een advocatenkantoor ter bescherming van het legal privilege met het oog op boetes van toezichthouders of schadeacties van aandeelhouders en derden?

Gedurende het onderzoek kan het vermoeden van de misstand grotere proporties aannemen waardoor het antwoord op voornoemde vragen gaandeweg moet worden aangepast. Bij dit alles speelt dat de vennootschap ter bescherming van haar positie, informatie over het onderzoek en de resultaten daarvan op strikt gecontroleerde wijze naar buiten zal willen — en onder effectenrechtelijke voorschriften veelal ook zal moeten — brengen. Het liefst wellicht in de vorm dat het gehele probleem is onderzocht en in kaart gebracht en dat maatregelen zijn genomen om de schade zo veel mogelijk te beperken, waaronder het veilig stellen van de kredietverlening

33. STAR-verklaring, p. 6. Voorts wordt gesteld dat de melder goed moet afwegen of er voldoende aanwijzingen zijn voor het bestaan en de ernst van de misstand alvorens hij daadwerkelijk de externe melding doet.

door banken. De mogelijkheid van zo'n gecontroleerde berichtgeving wordt weer beïnvloed door de mate van geruchten in de markt.

In dit voorbeeld, waarin de misstand aan de 'voorkant' wordt aangepakt, staat de beperking van de schade (van de onderneming, maar ook van haar stakeholders) en de verzekering van haar continuïteit voorop. Indien deze aanpak aan de 'voorkant' adequaat is, is hier geen plaats voor een onderzoek door het Huis, en zal een gang door de melder naar het Huis belemmerend voor de aanpak van de misstand kunnen werken. De werkgever zal te goeder trouw willen proberen de melder ervan te weerhouden om het Huis om een onderzoek te verzoeken.³⁴

4.13 Verhouding tot andere procedures

De verhouding tot andere wettelijk geregelde procedures is een regelmatig punt van zorg van verschillende fracties in het parlement bij de behandeling van het Eerste en Tweede Wetsvoorstel. De initiatiefnemers lijken met deze zorg wat luchtig om te gaan. Zij beroepen zich meermaals op het 'belang van het verschil' tussen een strafrechtelijk onderzoek door het Openbaar Ministerie en het onderzoek van het Huis; dit is gelegen in de doelstelling van beide instanties. Bij het strafrechtelijk onderzoek gaat het 'uiteindelijk' om de vraag naar de schuld van de verdachte, en bij het Huis gaat het om waarheidsvinding; de waarheidsvinding rond een beweerde misstand, aldus de initiatiefnemers.³⁵ Dit argument heeft demagogisch een hoge waarde, maar overtuigt inhoudelijk niet direct. Het lijkt bestaande rechtsregels en procedures op strafrechtelijk gebied, en in het verlengde daarvan ook op andere rechtsgebieden, wat 'weg te zetten' als een soort juridisch geneuzel, en suggereert dat men voor het voorkomen en wegnemen van maatschappelijke misstanden, en de waarheidsvinding terzake, uitsluitend zou zijn aangewezen op de in het Wetsvoorstel vervatte maatregelen. Dit baart zorgen.

In geval van een onderzoek door het Huis, zijn er weinig waarborgen voor de bescherming van de positie en de legitieme belangen van de organisatie die onderwerp is van het onderzoek. De enige in die richting wijzende bepaling van art. 8 lid 3 – dat een oordeel of aanbeveling van het Huis geen vaststelling van civielrechtelijke aansprakelijkheid, noch een vermoeden van schuld aan enig strafbaar feit bevat – geeft door zijn beperkte inhoud en strekking de kwetsbaarheid van de organisatie die onderwerp is van het onderzoek aan. Die organisatie ziet zich geconfronteerd met vragen zoals:

- In welke mate zullen in de praktijk de beschrijving van de omstandigheden vervat in het rapport van het Huis, mede grond geven aan (het beweerde feitenmateriaal van) schadeclaims van derden of sancties van binnenlandse of buitenlandse instanties?
- Leidt het rapport dat openbaar wordt gemaakt niet tot reputatieschade van de organisatie, ook indien het is geanonimiseerd, doordat het herleidbaar is – of in de pers wordt herleid – tot de organisatie?

34. Zie voor een beschrijving van de druk om de organisatie met behoud van continuïteit ten goede te keren, het boek van Jeroen Smit, *De Ahold-affaire*, Amsterdam: Uitgeverij Balans 2004.

35. *Kamerstukken II 2014/15, 34105, 7, p. 21 en Kamerstukken II 2014/15, 34105, 7, p. 18.*

- Wordt de organisatie de facto niet gedwongen de aanbevelingen van het Huis op te volgen gezien het openbare karakter daarvan en de autoriteit van het Huis?

Het zijn vragen die direct samenhangen met de vraag in welke mate de organisatie door een onderzoek van het Huis de facto niet wordt afgetrokken van de gewone rechter en de regels van het gemene recht — inzake bijvoorbeeld procedureverloop, bewijsvoering, beroep — die een ‘fair trial’ moeten waarborgen. Behandeling daarvan gaat buiten het bestek van mijn bijdrage.

4.14 Eerst intern onderzoek of rechtstreeks naar de toezichthouder?

Uitgangspunt in het Wetsvoorstel is dat een vermoeden van een misstand eerst intern wordt gemeld en de organisatie aldus in de gelegenheid wordt gesteld ‘schoon schip te maken’; zie ook hiervoor par. 4.2. Dit komt terug in de beoordeling van de ontvankelijkheid van de persoon die een onderzoek bij het Huis verzoekt; zie art. 6 lid 1 sub f Wetsvoorstel. Immers, de organisatie moet daadwerkelijk de gelegenheid hebben gehad om de melding te behandelen.³⁶ Pas nadat het vermoeden binnen de organisatie niet naar behoren is behandeld, kan de verzoeker bij de afdeling onderzoek van het Huis terecht.³⁷ Deze benadering is een uitwerking van het advies van de Raad van State die stelt dat de verantwoordelijkheid van de werkgever voor het goed functioneren van de organisatie voorop dient te staan.³⁸ Ook in het nadien beschikbaar gekomen rapport ‘Veilig misstanden melden op de werkplek’ komt volgens de initiatiefnemers van het Wetsvoorstel naar voren dat ‘de meeste winst’ te behalen is door maatregelen te treffen ‘aan de voorkant’, in en door de individuele organisatie zelf.³⁹

Als ik het goed zie willen de initiatiefnemers echter dat het Wetsvoorstel ook bescherming biedt aan de werknemer die deze interne melding overslaat (zonder dat er sprake is van een uitzonderingssituatie van art. 6 lid 1 sub e, laatste zinsdeel: ‘tenzij dat van hem in redelijkheid niet gevraagd kan worden’), en direct naar de toezichthouder loopt om te ‘klikken’ over ‘zijn’ organisatie. Die indruk wordt gewekt door de passage in de memorie van toelichting van het Tweede Wetsvoorstel: ‘Voorts is denkbaar dat de werknemer melding doet bij een toezichthouder of een inspectie. Ook deze werknemer heeft rechtsbescherming tegen benadeling indien hij te goeder trouw en naar behoren heeft gemeld bij de daartoe bevoegde instantie.’⁴⁰

Dit doet ernstig afbreuk aan het hiervoor genoemde uitgangspunt dat primair de organisatie zelf verantwoordelijk is, en eerst zelf in de gelegenheid gesteld moet worden om naar aanleiding van een melding actie te ondernemen. Het miskent ook het loyaliteitsbeginsel dat van toepassing is in de verhouding werkgever-

36. *Kamerstukken II* 2014/15, 34105, 3, p. 4.

37. *Kamerstukken II* 2014/15, 34105, 3, p. 1.

38. Zie par. 4.2.

39. *Kamerstukken II* 2014/15, 34105, 7, p. 2.

40. Deze passage komt terug in de nota naar aanleiding van het verslag, *Kamerstukken II* 2014/15, 34105, 9, p. 7 en 14.

werknemer.⁴¹ De daarin geldende loyaliteitsplicht brengt mee dat de werknemer het nodige doet om (zijn organisatie ertoe te bewegen om) de misstand aan te pakken, en daar zelf ook zijn verantwoordelijkheid toe te nemen. Als onderdeel van de organisatie is de daar werkzame persoon gehouden datgene te doen wat redelijkerwijs binnen zijn vermogen als werknemer ligt — en hetzelfde geldt mijns inziens voor de werknemer in de bredere zin van het Wetsvoorstel — om de gewraakte toestand te verbeteren.⁴² Bij het bestaan van een interne meldlijn binnen de organisatie, ligt het in het vermogen van een werknemer om hiervan gebruik te maken. Is het Wetsvoorstel eenmaal wet, dan zal het aantal organisaties met een interne meldlijn drastisch toenemen en wordt de bescherming van de gebruiker daarvan ook wettelijk verankerd. Dit zou ertoe moeten leiden dat als uitgangspunt geldt dat een interne melding tot de mogelijkheid van de werknemer behoort, en hij op grond van zijn loyaliteitsplichten die weg eerst zal moeten bewandelen. In die zin leidt de nieuwe wet niet alleen tot rechten, maar ook tot verplichtingen van de werknemer.

De mogelijkheid die het Wetsvoorstel nu — volgens de parlementaire geschiedenis — biedt voor de werknemer om steeds direct naar de toezichthouder te lopen, staat haaks hierop.⁴³ Het doet afbreuk aan de nagestreefde open cultuur binnen een organisatie waarin de medewerkers ook zelf verantwoordelijk worden gemaakt voor een juist gedrag binnen de organisatie, door hen aan te moedigen alert te zijn op foutief gedrag, dit naar voren te brengen — evenals vragen hierover — en een aanpak binnen de organisatie te ondersteunen. De mogelijkheid direct naar de toezichthouder te gaan, kan leiden tot een klik-cultuur waarin alles zo veel mogelijk voor iedereen verborgen wordt gehouden.

Overigens dient — ook indien de werknemer rechtstreeks naar de toezichthouder zou mogen gaan — voor de bescherming van de werknemer nog wel te worden voldaan aan de eis van het ‘te goeder trouw en naar behoren’ optreden van de werknemer. Met name de daarbij geldende voorwaarde van zorgvuldig handelen zal meestal tot een andere handelwijze van de werknemer nopen; zie par. 4.18.

4.15 Gang naar de media?

De Raad van State vermeldt in zijn advies dat een klokkenluider die het recht heeft een externe melding te doen zich tot het Huis kan richten, zodat hij geen grond meer heeft om de media te benaderen. Dit wordt onderschreven door de initiatiefnemers die stellen dat bedoeld is met het wetsvoorstel ‘een adequaat systeem neer

41. Volgens de Hoge Raad (HR 26 oktober 2012, *JAR* 2012/313 (*Quirijns/TGB*), brengt het goed werknemerschap mee dat een werknemer ‘in beginsel tegenover zijn werkgever is gehouden tot discretie en loyaliteit’; zie F.C. van Uden, ‘Klokkenluiden: verder van huis met het Huis (1)’, *ArbeidsRecht* 2013/18, p. 6. Die verschuldigde loyaliteit wordt ook genoemd in het belangrijke arrest *Guja/Moldavië*, EHRM 12 februari 2008, nr. 14277/04; zie J.P. van den Brink & E.W. Jurjens, ‘Bescherming van klokkenluiders onder artikel 10 EVRM: een blik op de Straatsburgse en Nederlandse jurisprudentie en een beoordeling van de voorgestelde wetgeving’, gepubliceerd op de website van Kennedy Van der Laan, p. 7.

42. Vergelijk STAR-verklaring, op p. 5: ‘Van een goede werknemer mag worden verwacht dat hij een vermoeden van een misstand binnen zijn bedrijf eerst intern aan de orde stelt’. Vergelijk ook de Hoge Raad die in zijn in de vorige voetnoot genoemde arrest spreekt van ‘andere, voor zijn werkgever minder schadelijke wegen’ die voor de werknemer open stonden om melding te doen.

43. In min of meer gelijke zin Van Uden, a.w., p. 8.

te zetten dat eventueel extern melden bij de media overbodig zal maken'.⁴⁴ Dit lijkt me een juiste benadering. In de memorie van toelichting zoals gewijzigd naar aanleiding van het advies van de Raad van State, wordt daar echter aan toegevoegd dat de vraag of er desalniettemin nog grond kan zijn om de media te benaderen, op casusniveau zal moeten worden beantwoord, in samenhang met de jurisprudentie van het Europese Hof van de Rechten van de Mens en de Aanbeveling van het Comité van Ministers van de Raad van Europa. Afgesloten wordt met de zin dat het Wetsvoorstel de eventuele externe weg naar de media niet afsluit.⁴⁵ Ik verwijs wat dit betreft naar de bijdrage van Van Uden.

Daarbij zij opgemerkt dat de weg naar de media als een 'ultimum remedium' zal gelden. De regeling van het Wetsvoorstel, in het bijzonder de bescherming van de melder en de bevoegdheden van het Huis, en de aanwezigheid van een interne meldlijn, zullen ertoe leiden dat de gang naar de media slechts in zeer uitzonderlijke situaties gerechtvaardigd zal zijn; ik zou denken dat indien het Huis goed functioneert, zo'n situatie niet licht denkbaar is. En ook hier zal de norm van het 'te goeder trouw en naar behoren' optreden van de werknemer een belangrijke rol spelen.

4.16 **Functie en inhoud interne procedure; terugkoppeling naar werknemer**

Het Wetsvoorstel verplicht in art. 2 werkgevers van enige omvang om een interne procedure vast te stellen om, binnen de organisatie, een vermoeden van misstand te melden. De procedure geeft informatie over de aanpak die de werkgever bij een melding voor ogen staat, en de mogelijke consequenties die een dergelijke aanpak voor de melder kan hebben, aldus de gewijzigde memorie van toelichting.⁴⁶ De vormgeving van zo'n interne regeling wordt aan de werkgever overgelaten, uiteraard binnen de grenzen die de wet daaraan stelt.⁴⁷ De meldingsregeling geeft de werknemer inzicht in de procedure, en mogelijk ook in de termijnen van de verschillende stappen in de procedure die de werkgever nastreeft.

De interne procedure dient ook te voorzien in de wijze van terugkoppeling aan de werknemer. Zo'n terugkoppeling, evenals het inzicht van de werknemer in de procedure, kan ook voor de organisatie belangrijk zijn, juist om te bewerkstelligen dat de werknemer steeds goed op de hoogte is van de stappen die worden genomen, of misschien meer: dat er stappen worden gezet en waarom die nog niet tot een eindconclusie hebben geleid. Een melding kan – in ernstige situaties – tot een veelheid van 'corporate actions' leiden, zonder dat dit voor de buitenwereld kenbaar is.

In geval van een ernstige misstand heeft de werknemer die de melding doet mogelijk geen benul van de reikwijdte van het probleem dat hij aankaart, noch van de gevolgen die dit teweegbrengt. Het vermoeden kan het topje van een ijsberg zijn. Goed voorstelbaar is dat de werknemer al snel denkt dat de behandeling van zijn melding veel te lang duurt en dat hij aan het lijntje wordt gehouden. In dat licht kan het van belang zijn dat hij door regelmatig contact vanuit de organisatie ervan

44. *Kamerstukken II 2014/15, 34105, 5, p. 11.*

45. *Kamerstukken II 2014/15, 34105, 7, p. 23.*

46. *Kamerstukken II 2014/15, 34105, 7, p. 7.*

47. *Kamerstukken II 2014/15, 34105, 7, p. 8.*

wordt overtuigd dat de melding serieus wordt opgepakt en de afhandeling niet wordt getraineed. In ernstige situaties zal de beursgenoteerde vennootschap hem vanwege de wettelijke bepalingen inzake koersgevoelige informatie daarbij veelal niet meer informatie kunnen geven dan noodzakelijk is.

Er zal voor de werkgever veel aan gelegen zijn te voorkomen dat de werknemer 'te snel' naar het Huis gaat omdat de werknemer een ander verwachtingspatroon heeft over bijvoorbeeld de snelheid van het onderzoek en de complexiteit daarvan. Dit kan van belang zijn voor de werkgever, juist om de problemen daadkrachtig zelf te kunnen aanpakken zonder dat die actie door een onderzoek van het Huis wordt doorkruist. Ook — niet van het minste belang — is het aannemelijk dat er een grote kans is dat de werkgever schade zal ondervinden als de kwestie bij het Huis voor onderzoek wordt aangemeld. Te denken is aan reputatieschade en de kans op boetes of andere sancties in geval van 'doorverwijzing' naar toezichthouders of andere instanties.

4.17 Interne anonieme melding: terugkoppeling?

Zie ik het goed dan verplicht het Wetsvoorstel niet om in de interne meldingsprocedure de mogelijkheid van een anonieme melding op te nemen.⁴⁸ Dat neemt niet weg dat bij vele organisaties de interne regeling wel zal voorzien in de mogelijkheid op anonieme basis een melding te doen. Reden hiervoor kan gelegen zijn in een toepasselijke code die dat voorschrijft, of omdat de organisatie dit passend acht in een cultuur waar het melden van misstanden zo veel mogelijk wordt aangemoedigd en de drempel daarvoor laag wordt gesteld. Immers bij een anonieme melding wordt de melder ook feitelijk — niet alleen juridisch — beschermd tegen nadelige gevolgen voor hem ten gevolge van de melding, juist omdat zijn identiteit niet bekend is. Een soortgelijke bescherming heeft de melder als de meldingsregeling erin voorziet dat zijn identiteit niet bekend is bij de organisatie, maar wel bij een tussenschakel; ik denk aan een organisatie als Wackenhut⁴⁹ die meldingen namens de organisatie in ontvangst neemt en die vervolgens op anonieme basis doorleedt naar de organisatie. Die tussenschakel kent dan wel de naam van de melder, althans weet hoe hij met hem in contact kan treden. Het voordeel van zo'n tussenschakel is, dat indien nadere informatie rond de gemelde misstand nodig is met het oog op het onderzoek, die door de tussenschakel bij de melder kan worden nagevraagd. Een ander voordeel is dat naar de melder het verloop van het onderzoek en de getroffen maatregelen kunnen worden teruggekoppeld. Indien aldus de identiteit van de melder via de tussenschakel voor de organisatie wordt afgeschermd, valt dit gelijk te stellen met een anonieme melding zoals bedoeld in bepaalde codes. Met het oog op een goed onderzoek naar aanleiding van de melding en de mogelijkheid van terugkoppeling, is het goed denkbaar dat de meldingsregeling slechts in zo'n wijze (via een tussenschakel) van anonieme melding voorziet.

48. Art. 2 lid 1 sub d spreekt wel van de mogelijkheid dat de werknemer verzoekt om 'de melding vertrouwelijk te behandelen', maar dit duidt op de vertrouwelijke wijze waarop de (niet-anonieme) melding in het onderzoekstraject door de werkgever wordt behandeld. Vergelijk de STAR-verklaring, waarbij voor de randvoorwaarden van de interne regeling aansluiting is gezocht (zie *Kamerstukken II 2014/15, 34105, 7, p. 8*), die stelt dat ingeval het verzoek om een vertrouwelijke behandeling de werknemer 'erop (moet) kunnen vertrouwen dat degene bij wie hij conform de procedureregeling meldt, anderen in de organisatie niet onnodig informeert'; STAR-verklaring, p. 6.

49. Zie www.wackenhut.com.

4.18 Eis van te goeder trouw en naar behoren handelen van werknemer

Als voorwaarde voor bescherming van de werknemer dient de melding door de werknemer te goeder trouw en naar behoren te zijn gedaan; aldus het voorgestelde art. 7:658c BW. Dit laatste — aldus de nota naar aanleiding van het verslag — betekent dat de werknemer in procedureel en materieel opzicht zorgvuldig moet handelen.⁵⁰ Het is niet geheel duidelijk of de woorden ‘dit laatste’ alleen terugslaan op de eis van ‘naar behoren’ of dat dit een uitwerking is van ‘naar behoren en te goeder trouw’. Hoe het ook zij, hier valt wel wat aan toe te voegen.⁵¹

De term goede trouw in art. 7:658c BW zal mede ingevuld worden aan de hand van art. 3:11 BW — dat van toepassing is via de schakelbepaling van art. 3:15 BW. Dit brengt mee dat zowel een subjectieve als een objectieve goede trouw ten aanzien van de relevante feiten en rechten aanwezig dienen te zijn bij de werknemer. De eisen van de goede trouw worden ingevuld door de omstandigheden van het concrete geval. Mede gezien de koppeling die met voornoemde bepaling in het Wetsvoorstel wordt gelegd tussen de vereiste goede trouw en de zorgvuldigheid — procedureel en materieel — van het handelen van de melder, ligt het voor de hand hierin te betrekken de kennis die de werknemer heeft of behoort te hebben over de wijze waarop volgens de interne procedure met de melding wordt omgegaan, en de informatie die voor hem beschikbaar is gesteld naar aanleiding van de melding over het vervolgtraject. De vereiste zorgvuldigheid brengt mee dat de werknemer met inachtneming van de ter beschikking staande informatie zorgvuldigheid moet betrachten in de beoordeling of er aanleiding is om een externe melding te doen. De gewijzigde memorie van toelichting noemt als noodzakelijk element van de vereiste zorgvuldigheid dat de werknemer de feiten in de externe melding ‘op een passende en evenredige wijze extern bekend maakt’.⁵² Kort gezegd: de externe melding moet in de context van het concrete geval ‘passend en evenredig’ zijn. We herkennen hierin het evenredigheidsbeginsel — genoemd in par. 4.11 — dat meebrengt dat de werknemer bij zijn beslissing om ‘extern te gaan’ rekening moet houden met de belangen van de organisatie en haar stakeholders, en de impact hierop van de externe melding.

Transparantie van de werkgever over de algemene invulling van de procedure bij een melding, en over de concrete invulling daarvan bij een specifieke melding — zo nodig met vermelding van de belangen die daarbij een rol spelen — zal leiden tot een bredere invulling van de omstandigheden waarmee de werknemer rekening zal (moeten) houden. Dit kan ertoe leiden dat de betrokkene niet ‘voortijdig’ een externe melding doet.⁵³

Gezien de transparantie in de verhouding werkgever-werknemer, is de vertrouwelijkheid die hierbij door de werknemer wordt betracht van wezenlijk belang.

50. *Kamerstukken II 2014/15, 34105, 9, p. 7.*

51. De gewijzigde memorie van toelichting stelt dat voor de private sector de norm ingekleurd kan worden door ‘onder andere’ de STAR-verklaring; *Kamerstukken II 2014/15, 34105, 7, p. 23*. Die bevat enige handvatten, maar deze kunnen niet uitputtend worden geacht.

52. *Kamerstukken II 2014/15, 34105, 9, p. 7.*

53. Art. 7:658c BW dient zo begrepen te worden dat aan de eis wordt voldaan bij elke melding die wordt gedaan, dus zowel ten tijde van de melding bij de werkgever als bij de melding bij het Huis. De voorwaarde geldt naar mijn mening ook bij een melding aan de toezichthouder of aan de media, indien die al in het algemeen aanvaardbaar zouden zijn.

4.19 Vertrouwelijkheid in acht te nemen door werknemer

Goed mogelijk acht ik eveneens de bepaling in een interne regeling dat — behoudens de stappen en het verstrekken van informatie waartoe de melder krachtens de interne regeling en de wet bevoegd is — hij voor het overige vertrouwelijkheid moet betrachten ten aanzien van de gemelde omstandigheden en zijn bedenkingen daarbij, en de terugkoppeling die hij krijgt van de werkgever. Hetzelfde geldt voor het eventuele vervolgtraject: de melding aan en terugkoppeling van het Huis, respectievelijk het bestuursorgaan of de dienst naar wie de melder is verwezen ex art. 3a lid 1 sub b en art. 6 lid 1 sub d. Ook bij gebreke van een daartoe strekkende uitdrukkelijke bepaling in de interne meldingsregeling, meen ik dat zo'n geheimhoudingsverplichting voor in ieder geval de werknemer in arbeidsrechtelijke zin voortvloeit uit de loyaliteit die hij jegens de werkgever is verschuldigd, die meebrengt dat hij de werkgever niet onnodig schade berokkent. De infrastructuur die door de interne meldingsregeling en de wet wordt geboden voor het melden van misstanden, brengt mee dat de werknemer die route kan bewandelen, en dat voor het overige de plichten die uit een goed werknemerschap voortvloeien voor hem in stand blijven.⁵⁴

4.20 Directe melding bij het Huis; wanneer mogelijk?

Een werknemer kan ook — zonder eerst de interne route te hebben bewandeld — direct een verzoek om een onderzoek bij het Huis doen, indien de interne melding 'van hem in redelijkheid niet gevraagd kan worden', aldus art. 6 lid 1 sub e. Voor de vraag wanneer dit het geval is, wordt in de nota naar aanleiding van het verslag aansluiting gezocht bij de jurisprudentie en de rechtspraak van het EHRM. Te denken is — zo wordt gesteld — aan een situatie dat 'een interne melding geen effect zou hebben of niet uitvoerbaar is', en daarvan worden drie voorbeelden genoemd:

- de situatie van een geïnvolveerde leidinggevende binnen de organisatie (geïnvolveerd vanwege mogelijke betrokkenheid bij, of bekendheid gedurende langere tijd met de situatie);
- de werknemer kan redelijkerwijs vrezen voor tegenmaatregelen als gevolg van de melding;
- er is een duidelijke dreiging van verdwijning (door vernietiging of het zoekmaken) van bewijsmateriaal.⁵⁵

Voor de behandeling van voornoemde rechtspraak verwijs ik naar de bijdrage van M.M. Govaert (hoofdstuk 5).

Ik beperk me hier tot enige opmerkingen die van invloed kunnen zijn op de invulling van de veelal open normen in de rechtsspraak of een verder nuancering daarvan, of op de relevante omstandigheden.

54. Vergelijk STAR-verklaring, p. 6 die meldt dat 'de vertrouwelijkheid ook door de melder in acht dient te worden genomen, nu bekendmaking (...) immers ernstige nadelige gevolgen voor (...) de onderneming met zich (kan) brengen'.

55. *Kamerstukken II* 2014/15, 34105, 9, p. 5.

Het Wetsvoorstel heeft ten doel bescherming te bieden aan klokkenluiders. Wanneer het kracht van wet heeft, zal er niet snel sprake kunnen zijn van een redelijke vrees voor represailles, juist door de bescherming die de wettelijke regeling biedt en de bescherming die krachtens een interne procedure geldt voor de werknemer. Terzijde vermeld ik dat indien de procedure voorziet in de mogelijkheid van een anonieme melding, die bescherming alleen maar wordt versterkt.

De inhoud van de interne meldprocedure — met inbegrip van de overige relevante informatie⁵⁶ — zal ook hier een invloed hebben op hetgeen redelijkerwijs van de werknemer verwacht kan worden. Ik doel hier op de voorziening die de procedure kan bieden om in geval van een geïnvolveerde leidinggevende, het vermoeden te melden bij een hoger geplaatste functionaris binnen de organisatie. De procedure kan daartoe een escalatieregeling bevatten. Dit kan gaan tot op het niveau van de voorzitter van de raad van commissarissen of de raad van toezicht.⁵⁷ Ook in de parlementaire geschiedenis wordt gesproken van de noodzaak van een melding ‘zo nodig tot op het hoogste niveau’, met verwijzing naar de STAR-verklaring.⁵⁸ Verdedigbaar is dat zulks ook geldt bij afwezigheid van een interne procedure met een escalatieregeling.

Bij beursvennootschappen geldt bij uitstek dat ervan kan worden uitgegaan dat de voorzitter van de raad van commissarissen wat dit betreft als een ‘hoger geplaatste functionaris’ ten opzichte van een bestuurder of het bestuursorgaan kan gelden. Dit leidt er mijns inziens toe dat voor wat betreft een interne melding, de bestuurders niet gelden als ‘hoogste functionarissen binnen de organisatie’ — in de zin van het *Quirijns/TGB*-arrest — ten aanzien waarvan de Hoge Raad overwoog dat niet valt ‘in te zien dat een melding bij een functionaris (...) enig effect zou hebben gehad’.⁵⁹ Bij kleinere organisaties, ook afhankelijk van de rechtsvorm, kan onder omstandigheden twijfel bestaan over de positie van (de voorzitter van) het toezichthoudend orgaan. Veel zal afhangen van de wettelijke en statutaire inrichting van de organisatie (waarin bijvoorbeeld aan het toezichthoudend orgaan een bevoegdheid tot schorsing van een bestuurder toekomt), maar ook van de statuur van de leden van het toezichthoudend orgaan. Zo zal bijvoorbeeld bij Stichting het Rijksmuseum te Amsterdam gezien de statuur van de leden van de raad van toezicht, aangenomen mogen worden dat — ook indien de raad geen schorsings- of ontslagbevoegdheid zou hebben — een melding bij dat orgaan niet gekwalificeerd mag worden als een ‘waarvan niet valt in te zien dat die enig effect zou hebben’.

De relevantie van de inhoud van de interne meldprocedure — met inbegrip van de overige informatie — geldt ook ten aanzien van een vrees voor het wegmaken van bewijsmateriaal. De interne documentatie kan hier duidelijke uitspraken over doen, zoals een bepaling dat het de medewerkers strikt verboden is om informatie

56. Waaronder die bedoeld in art. 2 lid 3.

57. Voor beursvennootschappen waarop de Corporate Governance Code van toepassing is, wordt een rapportering aan de voorzitter van de raad van commissarissen voorgeschreven in best practice bepaling II.1.7 van onregelmatigheden die het functioneren van een bestuurder betreffen.

58. *Kamerstukken II* 2014/15, 34105, 7, p. 23; het betreft weliswaar de invulling van het begrip ‘te goeder trouw en naar behoren’, van het voorgestelde art. 7:658c BW, maar niet valt in te zien waarom dit in het kader van de hier aan de orde zijnde vraag anders zou zijn.

59. Zie overweging 3.5.4 in HR 26 oktober 2012, JAR 2012/313 (*Quirijns/TGB*).

te vernietigen die onderwerp is of naar verwachting zal kunnen zijn, van een intern of extern onderzoek naar onregelmatigheden of ander ongewenst gedrag binnen de organisatie.

4.21 **Borging interne meldingsprocedure**

In het voorgaande stel ik verschillende malen dat de inhoud van de interne meldingsprocedure van een organisatie direct invloed zal hebben op de invulling van verschillende open normen vervat in het Wetsvoorstel. Dat roept de vraag op naar het gevaar dat een organisatie veel te strenge regels stelt in de interne procedure, of een interne procedure slechts opstelt met het oog op ‘*window dressing*’ en zich hier vervolgens niet, of zo min mogelijk, aan houdt. Dat laatste is in feite de vraag naar de ‘*tone at the top*’ en de cultuur binnen de organisatie.

Bescherming tegen een te strenge meldingsregeling wordt geboden door de verschillende regels van het Wetsontwerp, binnen welk kader de regeling dient te blijven. Een garantie dat de regeling daadwerkelijk redelijk is, is gelegen in het voorgeschreven instemmingsrecht van de ondernemingsraad. Bedenk hierbij dat de ondernemingsraad door zijn toestemming te onthouden, invoering van de regeling in beginsel blokkeert. De ondernemer kan hiertegen in beroep gaan bij de kantonrechter op de grond dat het besluit van de ondernemingsraad onredelijk is; stelplicht en bewijslast rusten hierbij op de ondernemer.⁶⁰ Daarmee kan de facto een onredelijke meldingsprocedure niet tegen de wens van de ondernemingsraad worden ingevoerd. Goed denkbaar is dat de ondernemingsraad betrokken wordt bij een periodieke evaluatie van de werking van de meldingsprocedure. De betrokkenheid van de ondernemingsraad bewerkstelligt een draagvlak van de regeling binnen de organisatie en het bespreekbaar maken van het onderwerp.⁶¹ Anders gezegd, dit alles draagt bij aan een cultuur van een ordentelijke en beschermde wijze van het aan de kaak stellen van een vermoeden, en de aanpak daarvan door de organisatie. Afhankelijk van de organisatie (zoals grootte) en de aard van haar activiteiten en haar werkgebied, zal de waarde die door het management wordt gehecht aan de interne meldingsprocedure en het aanpakken van een misstand, ook kunnen blijken uit de bredere inbedding van de meldingsprocedure. Voorbeelden van elementen hiervan zijn een ‘*awareness, training, and tracking program*’, periodieke nalevingsverklaringen die aan medewerkers ter ondertekening worden voorgelegd, rapportages over aantallen en soort van overtredingen.⁶²

Deze voorzieningen zullen bijdragen aan een borging van de meldingsprocedure en het vertrouwen dat een werknemer kan hebben in de interne aanpak van een vermoeden, waardoor er niet licht sprake zal zijn van een situatie dat een werknemer de interne melding kan ‘overslaan’.

60. Zie Assink, a.w., par. 107.

61. Aldus de STAR-verklaring, p. 7.

62. Zie bijvoorbeeld A. Schildhaus, ‘The Foreign Corrupt Practices Act: compliance to protect business clients globally’, in: S. Weinstein & Ch. Wild (ed.), *Legal Risk Management, Governance and Compliance*, Londen 2013, p. 229 e.v., op p. 239 e.v.

4.22 'Naar behoren' behandelen van melding door organisatie; toetsing aan procedure

Indien na interne melding, de werknemer een verzoek tot onderzoek aan het Huis doet, is dat niet-ontvankelijk indien de betrokken organisatie 'het vermoeden naar behoren heeft behandeld'. In de parlementaire behandeling valt niet heel veel te vinden over de invulling van deze zinsnede. Wel blijkt daaruit met een zekere regelmaat dat een relatie met de interne procedure wordt gelegd. Het advies van de Raad van State bij het Eerste Wetsvoorstel bezigt de formulering: 'de interne procedure heeft gefaald'.⁶³ De memorie van toelichting bij het Tweede Wetsvoorstel spreekt van een toetsing 'of deze organisatie daadwerkelijk de mogelijkheid heeft gehad om de melding te behandelen volgens de daarvoor voorgeschreven interne procedure'.⁶⁴ Het gewijzigd voorstel van wet (gewijzigd na het advies van de Raad van State) spreekt van 'de organisatie het vermoeden naar behoren heeft behandeld',⁶⁵ welke formulering in de gewijzigde memorie van toelichting wordt herhaald met de toevoeging '(volgens de daarvoor voorgeschreven interne procedure)'.⁶⁶

Daarmee wordt de behandeling van de melding binnen het kader van de voorgeschreven interne procedure van de organisatie geplaatst; binnen dat kader dient de behoorlijkheid van de behandeling te worden beoordeeld.

De vraag rijst of dat kader voldoende ruim is, en zich niet beperkt tot het omgaan met de melding zonder de uiteindelijke aanpak van de gemelde misstand (als die er volgens het onderzoek blijkt te zijn) te behelzen. Alhoewel dit laatste aspect niet expliciet in art. 2 tot uitdrukking komt, blijkt uit de parlementaire geschiedenis wel dat de interne procedure zich ook uitstrekt tot de beëindiging van de misstand. De memorie van toelichting bij het Tweede Wetsvoorstel spreekt van de procedure waarin 'een effectieve werkwijze voor de aanpak van dergelijke situaties wordt vastgelegd', direct nadat gesteld is dat het 'van groot belang (is) dat misstanden worden opgelost', en dat de werkgever 'zijn verantwoordelijkheid neemt voor de binnen zijn werkorganisaties bestaande situaties'.⁶⁷ Het sluit ook aan bij het advies van de Raad van State bij het Eerste Wetsvoorstel waarin de interne procedure wordt voorgeschreven 'om te verzekeren dat de werkgever zijn primaire verantwoordelijkheid ook daadwerkelijk waarmaakt', waarbij die verantwoordelijkheid eerder was omschreven als de verantwoordelijkheid ook voor het oplossen van intern gesignaleerde problemen.⁶⁸

Intussen kan mijns inziens volstaan worden met in de interne procedure te verwijzen naar '*corrective action*' die zal worden genomen om de misstand te redresseren; in abstracto kan in de interne procedure moeilijk worden vastgelegd op welke manier dit in concreto zal gebeuren. Overigens komt het me voor dat de bepaling van art. 6 lid 1 sub f voldoende ruimte laat voor het Huis, om indien het van mening is dat de betrokken interne procedure redelijkerwijs niet kan leiden tot een behoor-

63. *Kamerstukken II* 2011/12, 33258, 3, p. 7; afhankelijk van de formulering van de betrokken bepaling wordt dit toetsingselement positief of negatief geformuleerd.

64. *Kamerstukken II* 2011/12, 33258, 3, p. 14.

65. *Kamerstukken II* 2014/15, 34105, 6, p. 7.

66. *Kamerstukken II* 2014/15, 34105, 7, p. 17.

67. *Kamerstukken II* 2014/15, 34105, 3, p. 7.

68. *Kamerstukken II* 2012/13, 33258, 5, p. 6.

lijke behandeling van de melding, te oordelen dat geen behoorlijke behandeling heeft plaatsgevonden.

De toetsing door het Huis of de werkgever de melding ‘naar behoren heeft behandeld’ is naar mijn mening dus vooreerst een toetsing aan de hand van de interne procedure van de organisatie, vanaf de ontvangst van de melding, en daaropvolgend onderzoek, de uitkomst daarvan, tot en met de ‘*corrective action*’ waartoe de uitkomst van het onderzoek noopt. Het zal hier een marginale toetsing betreffen aan de hand van het criterium of de werkgever redelijkerwijs onder de interne regeling heeft kunnen handelen zoals hij feitelijk heeft gedaan (of met dit handelen heeft kunnen volstaan); de rechter kan met betrekking tot de handelwijze van de organisatie niet op de stoel van de bestuurder gaan zitten.

Bedenk daarbij dat een bescherming voor de juiste invulling, qua reikwijdte en werkwijze, van de interne regeling is gegeven door de wettelijke bepaling van art. 2 Wetsvoorstel, en daarenboven door de instemming die de regeling behoeft van de ondernemingsraad. Het is daarom ook aan de ondernemingsraad ervoor te waken dat de interne regeling de juiste inhoud, reikwijdte en diepgang heeft.

4.23 Naar behoren behandelen; beëindigen misstand

De beperking toetsingsruimte van het Huis zoals hiervoor uiteengezet, zal met name van toepassing zijn op de wijze van behandeling van de melding en de manier waarop door de werkgever aan de interne procedure invulling is gegeven. Ik denk daarbij onder andere aan de vormgeving van het onderzoek, de duur daarvan, de verdere onderzoeken die de werkgever eventueel nodig acht,⁶⁹ de wijze van rapportering daarvan en de mogelijke disciplinaire maatregelen die intern worden getroffen. Daar past het Huis een marginale toetsing.

Gaat het evenwel om de genomen maatregelen om een einde te maken aan de uit het onderzoek blijkende misstand, dan past een minder terughoudende opstelling van het Huis. Het gaat immers om gevallen waarbij – volgens de definitie van art. 1 sub d – ‘het maatschappelijk belang in het geding is’ bij de gewraakte handelingen. Dat brengt mijns inziens mee dat het Huis zich bij toetsing van de behoorlijkheid van de door de werkgever genomen maatregelen ter beëindiging van de uit het onderzoek blijkende misstand, minder terughoudend hoeft op te stellen.

4.24 Naar behoren behandelen; afweging betrokken belangen

Bij de toetsing door het Huis van de behoorlijkheid van de door de werkgever genomen maatregelen ter beëindiging van de misstand, dient ook acht te worden geslagen op de betrokken belangen, zoals de rechtmatige belangen van de organisatie en die van haar ‘stakeholders’, maar onder omstandigheden ook meer abstracte belangen zoals het ordentelijk functioneren van de financiële markten en de informatievoorziening daarvan. Het zal dan aankomen op een afweging van de betrokken belangen, waarbij het proportionaliteitsbeginsel een rol kan spelen. Ook de aard en de ernst van het betrokken maatschappelijk belang dat in het geding is, speelt daarbij een rol.

69. Zie ook het voorbeeld genoemd in par. 4.12.

Het maakt uit of het gaat om een dreigende lozing van een grote hoeveelheid zeer gevaarlijke stoffen in de Loosrechtse Plassen of – om bij eerdergenoemd voorbeeld te blijven – een onjuiste weergave in de financiële publicaties van een grote onderneming die al enige jaren plaatsvindt. De urgentie is in de eerste situatie hoger dan in de tweede situatie, zonder te willen zeggen dat de correctie van die tweede situatie niet spoedeisend is.

Maar in het in par. 4.12 genoemde voorbeeld zullen mogelijk voordien ook andere maatregelen moeten worden genomen of voorbereid, zoals het veiligstellen van kredietlijnen, een zorgvuldige wijze van informatieverschaffing aan de financiële markten, en andere schadebeperkende maatregelen, waardoor de correctie van de foute weergave in eerdere financiële rapportages pas in een later stadium naar buiten kan worden gebracht. Wat betreft de belangen waartegen het in het geding zijnde maatschappelijk belang wordt afgewogen, gaat het om de rechtmatige belangen van de organisatie, haar stakeholders en andere belanghebbenden. Het belang van de organisatie dat de gewraakte situatie voortduurt zoals zij is, is an sich niet een rechtmatig belang. Het belang dat bij correctieve actie niet onnodig schade wordt berokkend aan de betrokken belangen zal dat wel zijn.

4.25 Naar behoren behandelen; samenloopperikelen en afweging van belangen

Art. 1 lid 1 sub h bepaalt dat een onherroepelijke rechterlijke uitspraak waarin over de misstand is geoordeeld, in de weg staat aan de ontvankelijkheid van een verzoek aan het Huis om een onderzoek. Deze omstandigheid is nogal restrictief geformuleerd. Wat te denken van de situatie dat wel al in eerste instantie door een rechter over de misstand is geoordeeld, maar daartegen beroep of cassatie is ingesteld; het lijkt me onwenselijk dat lopende de gerechtelijke procedure het Huis een onderzoek doet en met aanbevelingen komt. Bedenk daarbij dat indien de urgentie dat gebiedt, het gemene recht doorgaans wegen kent om een voorlopige voorziening te vragen; urgentie kan moeilijk een legitimatie van een doorkruising van procedures onder het gemene recht door het Huis zijn.

Voornoemde bepaling in het Wetsvoorstel staat er echter niet aan in de weg dat lopende gerechtelijke procedures een rol kunnen spelen in het kader van de in par. 4.24 genoemde afweging van belangen die door het Huis zal moeten worden gemaakt als onderdeel van de beoordeling van de ‘behoorlijkheid’ van de door de werkgever genoemde maatregelen. Dit geldt ook voor de onderzoeken van buitenlandse instanties en toezichthouders. Te denken is bijvoorbeeld aan de onderzoeken van de Amerikaanse SEC of de Amerikaanse Department of Justice ten aanzien van ondernemingen die onder de Amerikaanse effectentoezichthouder vallen, of wier handelingen binnen de brede reikwijdte vallen van de Amerikaanse handhavingssystemen van de Foreign Corrupt Practices Act.

Zo zal in de situatie dat in voornoemd voorbeeld een jaarrekeningprocedure loopt of wordt voorbereid ten aanzien van de wijze waarop de onderneming de betrokken joint ventures verwerkt in haar financiële verslaglegging, dit meegewogen moeten worden bij de beoordeling door het Huis of de organisatie het vermoeden naar behoren heeft behandeld. Goed denkbaar is dat dit relevant is voor de beoordeling

van de gevolgde procedure: bijvoorbeeld de beslissing van de organisatie om het oordeel over de toelaatbaarheid van de gewraakte handeling te laten afhangen van de uitkomsten van de jaarrekeningprocedure.

4.26 'Kruismelding' door werknemer van andere organisatie

Het begrip werknemer in het Wetsvoorstel is ruim gedefinieerd, waardoor — volgens de toelichting — 'ook zelfstandigen (aannemers, zzp'ers) kunnen melden'.⁷⁰ In de definitie van een vermoeden van misstand in het Wetsvoorstel wordt daarbij gesproken van 'het vermoeden van een werknemer, dat binnen de organisatie waarin hij werkt ..., of bij een andere organisatie indien hij door zijn werkzaamheden met die organisatie in aanraking is gekomen, sprake is van een misstand'.⁷¹ Als ik het goed zie betekent dit dat ook werknemers — in arbeidsrechtelijke zin — van derden (zoals uitzendkrachten, schoonmakers en beveiligers) die in de organisatie werkzaam zijn binnen de regeling vallen.⁷² Alsdan kan werknemer A — in arbeidsrechtelijke zin — van opdrachtnemer B, een melding doen van een vermoeden van een misstand bij organisatie Z, waar hij ingevolge de opdracht van Z aan B werkzaam is. Ik noem dat hierna een 'kruismelding'; daaronder begrijp ik de melding van A via de interne procedure bij Z, maar ook een externe melding (buiten de organisatie Z) van A. Hoe de regeling van het Wetsvoorstel uitwerkt op een 'kruismelding', is verder niet uitgewerkt; de indruk ontstaat dat dit ook niet geheel goed is doordacht. Zo zal de bescherming van de werknemer die volgens het Wetsvoorstel wordt opgenomen in Boek 7 BW, strikt genomen niet van toepassing zijn op de relatie tussen Z en A.⁷³ Voorts rijzen vragen zoals: kan Z de medewerker A aansprakelijk houden voor de schade die hij lijdt,⁷⁴ en in het verlengde daarvan B als diens werkgever? En hoe zit het met een aansprakelijkheidsstelling van B op grond van de overeenkomst van opdracht tussen Z en B, waarin wellicht allerlei geheimhoudingsbedingen en andere bepalingen ter bescherming van de positie van Z zijn opgenomen? Binnen het bestek van deze bijdrage past met name de vraag in hoeverre de verplichtingen van 'loyaliteit en discretie' en het 'te goeder trouw en naar behoren melden' die hiervoor zijn genoemd,⁷⁵ ook gelden in de relatie tussen organisatie Z enerzijds en anderzijds B en A. Het komt dan aan op de invulling van de plicht als goed opdrachtnemer op te treden (art. 7:401 BW), in de relatie tussen B en Z,⁷⁶ die zal 'doorstralen' in de verplichtingen die gelden voor A als uitvoerder namens B. Bedenk daarbij dat de wettelijke bepalingen van een goed opdrachtnemer en die van een goed werknemer, alsook die van de redelijkheid en billijkheid, als pendant bepalingen kunnen worden gezien.⁷⁷ In het licht van de samenhang van

70. Kamerstukken I 2014/15, 33258, C, p. 3 en p. 17.

71. Art. 1 sub d.

72. Anders F.C. van Uden, 'Klokkenluiden: verder van huis met het Huis (2)', *ArbeidsRecht* 2013/24, p. 2.

73. Goed verdedigbaar is dat die wel geldt in de arbeidsrelatie tussen B en A.

74. Verdedigbaar is wellicht een 'reflexwerking' van de arbeidsrechtelijke bescherming in die verhouding.

75. Zie par. 4.14 en 4.22.

76. En die van de redelijkheid en billijkheid ingeval B niet als opdrachtnemer, maar als aannemer in de zin van art. 7:750 BW optreedt.

77. Meijers en Van der Grinten noemden de bepaling inzake het goede werknemerschap reeds overbodig gezien art. 6:248 BW; eenzelfde kwalificatie gaf Schoordijk aan art. 7:401 BW; zie A.F. Verdam,

die bepalingen, en nu het gelijke feitelijke omstandigheden binnen organisatie Z zal betreffen (ongeacht de juridische basis waarop men in de organisatie werkzaam is), en gezien de in het Wetsvoorstel nagestreefde gelijke behandeling van de in de organisatie werkzame personen, komt het me voor dat voornoemde normen van loyaliteit, discretie, goeder trouw en naar behoren ook gelden in de situatie van een 'kruismelding'. Evenzo zullen de bepalingen van een interne meldprocedure ook bij zo'n 'kruismelding' gelding hebben.

4.27 Afronding

Misstanden binnen een organisatie dienen zo veel mogelijk door de organisatie zelf te worden aangepakt. Het bestuur is als eerste verantwoordelijk voor processen tot het signaleren van zulke misstanden en het oplossen daarvan door de verantwoordelijke personen binnen de organisatie. De initiatiefnemers van het Wetsvoorstel onderschrijven dat ten aanzien van misstanden op de werkplek de meeste winst is te behalen in, en door de individuele organisatie zelf.

Van belang is dat daartoe de juiste voorwaarden worden geschapen met de instelling van een interne klokkenluidersregeling. In die zin is een interne regeling te zien als een aspect van het risicomanagement van de organisatie. Het is een onderdeel van de bestuurstaak waarover zich het toezicht van het toezichthoudend orgaan uitstrekt. Het verdient de voorkeur als zo'n regeling ook voorziet in de mogelijkheid van een anonieme melding, op zo'n wijze dat terugkoppeling naar de melder mogelijk is. Melding op voor de organisatie anonieme wijze kan bijdragen aan (het gevoel van) bescherming van de werknemer tegen represailles. Een mogelijkheid van melding op een hoger niveau ingeval de melding een bestuurder betreft, verdient eveneens de voorkeur. Bij afwezigheid daarvan zal de melder eerder zijn toevlucht nemen tot een externe melding bij het Huis, ook al zullen bepalingen van het rechtspersonenrecht ertoe leiden dat de betrokken bestuurder niet mag participeren in de besluitvorming over de afhandeling van de melding en de te nemen maatregelen. Ook de verdere inbedding van de interne meldingsregeling kan bijdragen aan een goede cultuur waarin het intern aan de orde stellen van vermoedens wordt aangemoedigd. Dit is mede van belang omdat een externe melding van een vermoeden tot grotere schade voor de organisatie kan leiden, bijvoorbeeld in de vorm van reputatieschade, boetes van overheidsinstanties en schadeclaims van derden. Tegen die achtergrond is het van groot belang dat een werknemer niet 'naar buiten gaat' indien een interne melding had kunnen volstaan. Een goede terugkoppeling van de organisatie naar de melder, van de stappen die na de interne melding zijn en worden genomen, is daarbij essentieel.

Ook is van belang dat met het wetsvoorstel de juiste voorwaarden worden geschapen voor een aanpak van de vermoede misstand door de organisatie zelf. Het proportionaliteitsbeginsel zal bij de invulling van de voorwaarden een grote rol spelen. Bij de totstandkoming van het Wetsvoorstel is dit ten aanzien van bepaalde aspecten van de regeling al naar voren gekomen. Het gaat er hierbij veelal om dat het extern melden van het vermoeden van de misstand proportioneel moet zijn in verhouding

¹De norm van behoorlijke taakvervulling en de trustee-functie van het bestuur', in: R.C.J. Galle & M.J.G.C. Raaijmakers, *Na twintig jaar Boek 2 BW*, Deventer: Kluwer 1996, p. 149 e.v., op p. 152-153.

tot de schadelijke gevolgen van de melding voor de organisatie. Deze proportionaliteit komt ook tot uiting in de voorwaarde voor bescherming van de werknemer, dat hij 'te goeder trouw en naar behoren' moet hebben gehandeld. Voor de invulling daarvan zal van belang zijn de wetenschap die de werknemer had over de stappen van de werkgever in het kader van de interne melding. Een goede interne meldingsprocedure met een escalatiemodel voor de situatie dat een bestuurder is geïnvolveerd, een duidelijk commitment van de organisatie tot het veiligstellen van eventueel belastend materiaal, in combinatie met de bescherming van de werknemer, zal ertoe leiden dat er niet snel sprake is van een situatie waarin de werknemer de interne meldingsprocedure kan overslaan en zich direct tot de afdeling onderzoek van het Huis kan wenden.

Gelet op het primaat van de aanpak van een vermoede misstand door de organisatie zelf, komt het ongerijmd voor dat de werknemer in het algemeen met voorbijgaan aan de interne meldingsprocedure, direct naar de toezichthouder zou kunnen gaan. Het verhoudt zich ook niet met de verplichtingen uit het goed werknemerschap. Een gang naar de media, die onder de jurisprudentie van het EHRM onder omstandigheden gerechtvaardigd kan zijn, zal naar mijn mening bij een wettelijke bescherming van de klokkenluider en een goed opgezette interne regeling, slechts in extreme situaties tot de mogelijkheden behoren.

Een verzoek tot onderzoek door het Huis is niet-ontvankelijk indien de voorafgaande interne melding door de organisatie 'naar behoren' is behandeld. Deze toetsing is vooreerst aan de hand van de interne meldingsregeling van de organisatie; het gaat er mijns inziens om of de organisatie de melding redelijkerwijs heeft kunnen behandelen zoals zij feitelijk heeft gedaan. Wat betreft de maatregelen genomen ter beëindiging van de uit het onderzoek gebleken misstand, past een minder terughoudende toetsing. Bij de toetsing door het Huis komt ook een afweging van de betrokken belangen, waaronder die van de organisatie en haar stakeholders, naar voren. De mogelijke samenloop met andere procedures — niet het sterkste punt van het Wetsvoorstel — kan in dit verband een rol spelen en zijn invloed hebben.

Hopelijk kan dit, tezamen met de bepleitte invloed van het proportionaliteitsbeginsel, ertoe bijdragen dat een zekere samenhang met de regels van het gemene recht worden bereikt, zulks met het oog op de rechtsgelijkheid en rechtszekerheid.⁷⁸

78. Vergelijk de uitspraak van Scheltema en Scheltema: 'Rechtsregels worden tot een rechtsstelsel doordat zij niet een losse verzameling van regels zijn, maar een zodanige logische samenhang vertonen dat er systematiek in te ontdekken valt. (...) De samenhang die rechtsregels van een goed rechtsstelsel vertonen bevorderen de rechtsgelijkheid en de rechtszekerheid.'; M.W. Scheltema & M. Scheltema, *Gemeenschappelijk recht, Wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2003, p. 7-8.

Hoofdstuk 5

Bescherming klokkenluiders; nut en noodzaak

Mr. M.M. Govaert*

5.1 Inleiding

Uit diverse onderzoeken in binnen- en buitenland blijkt dat minder dan de helft van de werknemers die een vermoeden heeft van een misstand, daarvan melding doet.¹ Eén van de meest voorkomende redenen om niet te melden, is angst voor represailles. Goede bescherming van de klokkenluider moet ertoe leiden dat klokkenluiders naar voren durven te komen, omdat ze niet bang hoeven te zijn voor benadelingshandelingen. Goede bescherming van klokkenluiders is dus essentieel in de strijd tegen corruptie, fraude en andere misstanden.

In november 2010 hebben de G20-leiders de bescherming van klokkenluiders aangemerkt als één van de topprioriteiten op hun wereldwijde anti-corruptieagenda. Een klokkenluider wordt terecht gezien als een: *'first and often best early warning system'*. In het tweejaarlijkse G20 Anti-Corruption Action Plan worden alle landen opgeroepen adequate maatregelen ter bescherming van de klokkenluider te implementeren en veilige mogelijkheden te bieden om fraude, corruptie en andere misstanden te kunnen melden.² De Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) heeft hiertoe richtlijnen opgesteld.³ In Europa staat de bescherming van de klokkenluider ook al enige jaren op de agenda.⁴ De Raad van Europa heeft op 30 april 2014 een aanbeveling aan alle lidstaten gedaan om in de nationale regelgeving bescherming voor klokkenluiders te waarborgen.⁵ Nederland heeft ten opzichte van de private sector nog niet aan deze internationale oproepen voldaan.

In Nederland (over)heerste lang de gedachte dat klokkenluiders in de private sector voldoende beschermd werden door de algemene norm van het goed werkgever- en werknemerschap en het fundamentele recht op vrijheid van meningsuiting. Indien er al regulering nodig zou zijn, zou zelfregulering dienen te volstaan. Hoe het bekende klokkenluiders zoals de heren A. Bos (bouwfraude) en F. Spijkers (Defensie) is vergaan sinds ze de klok hebben geluid, is echter geen uitnodiging voor potentiële klokkenluiders om naar voren te komen. Uit het jaarverslag 2014⁶ van het Advies-

* Mr. M.M. Govaert is partner bij Norton Rose Fullbright.

1. Zie onder andere J. Vermaas e.a., *De weg van de klokkenluider: keuzes en dilemma's*; Onderzoek naar de klokkenluidersproblematiek in Nederland (onderzoek verricht door IVA Tilburg), IVA Tilburg en K. Bradshaw, *IBE Good Practice Guide: Speak Up Procedures*, Londen: Institute of Business Ethics 2007.
2. G20 Anti-Corruption Action Plan, Action Point 7: Protection of Whistleblowers.
3. G20 Compendium of Best Practices and Guiding Principles for Legislation on the Protection of Whistleblowers; CleanGovBiz, *Whistleblower protection: encouraging reporting*, OECD 2012.
4. Zie onder andere Resolutie 1729 van de Parlementaire Vergadering van de Raad van Europa (29 april 2010), *On the protection of whistleblowers*.
5. Aanbeveling CM/Rec(2014)7 van het Comité van Ministers van de Raad van Europa (30 april 2014), *On the protection of whistleblowers*.
6. Te vinden via www.adviespuntklokkenluiders.nl.

punt Klokkenluiders⁷ en het in opdracht van de overheid opgestelde evaluatierapport 'Veilig misstanden melden op het werk' van 22 juli 2014 ('Evaluatierapport')⁸ blijkt dat deze zaken niet op zichzelf staan; een substantieel deel van de klokkenluiders ondervindt op enig moment negatieve gevolgen na het doen van een melding.

Met als doel de voorwaarden voor het melden van maatschappelijke misstanden te verbeteren onder meer door melders van misstanden beter te beschermen, is op 14 mei 2012 het wetsvoorstel 'Wet Huis voor klokkenluiders' ('Eerste Wetsvoorstel') ingediend.⁹ Met de nodige wijzigingen is het tweede wetsvoorstel op 2 juli 2015 door de Tweede Kamer aangenomen ('Tweede Wetsvoorstel').¹⁰ De vraag is of dit Tweede Wetsvoorstel de melders van misstanden inderdaad op adequate wijze beschermt. In dit deel van het preadvies wordt ingegaan op de arbeidsrechtelijke bescherming van de klokkenluider in de private sector en, meer specifiek, op de bescherming tegen benadelingshandelingen. Anders dan in de bijdrage van Helstone wordt niet stilgestaan bij de mogelijke bescherming geboden door het nog op te richten Huis voor klokkenluiders ('Huis'), maar staat de vraag centraal welke drempels nog weggenomen zouden moeten worden om voor een potentiële klokkenluider in effectieve bescherming te voorzien. Hierbij valt te denken aan het goede trouw vereiste waarbij de nadruk ligt op de melder in plaats van op de melding en de bewijslast die in dit wetsvoorstel nog volledig bij de klokkenluider ligt. Dit zijn drempels die ertoe kunnen leiden dat potentiële klokkenluiders kiezen niet te melden dan wel anoniem bij bijvoorbeeld Publeaks¹¹ met alle mogelijke schade van dien. Hieronder wordt kort stilgestaan bij de huidige benadelingsbescherming van de klokkenluider (par. 5.2)¹² en straks onder het Tweede Wetsvoorstel (par. 5.3). Vervolgens zal ten aanzien van een aantal onderwerpen, zoals het goede trouw vereiste en de bewijslast over de grens, worden gekeken naar het Verenigd Koninkrijk en de daar geldende Employment Rights Act 1996 ('ERA') en Public Interest Disclosure Act 1998 (hierna samen 'PIDA'). Nederland dient lering te trekken uit de jarenlange klokkenluiderservaring die daar is opgedaan. Ik sluit dit deel van het preadvies af met een aantal stellingen (par. 5.5). Met de aanduiding werknemer wordt in het hiernavolgende bedoeld op de werknemer in arbeidsrechtelijke zin en niet zoals gedefinieerd in het Tweede Wetsvoorstel, tenzij uit de tekst anders blijkt.¹³

7. Het Adviespunt Klokkenluiders is in 2012 ingesteld om (potentiële) klokkenluiders van onafhankelijk advies te voorzien.

8. F. Maas e.a., *Veilig Misstanden melden op het werk; Onderzoeksraad Integriteit Overheid en Adviespunt Klokkenluiders, evenals Besluit Melden Vermoeden van Misstand Rijk en Politie en Tijdelijk Besluit Commissie advies- en verwijspunt Klokkenluiden*, Berenschot 2014.

9. *Kamerstukken II* 2012/13, 33258, 2.

10. *Kamerstukken II* 2014/15, 34105, 2.

11. www.publeaks.nl.

12. Voor een meer uitgebreide uiteenzetting verwijs ik naar de bijdrage van Helstone.

13. Deze definitie is ruimer en omvat ook degene die anders dan uit dienstbetrekking arbeid verricht of heeft verricht, zoals aannemers of zelfstandigen zonder personeel.

5.2 Huidige bescherming klokkenluiders

5.2.1 Zelfregulering

Ter bescherming van de klokkenluider heeft de overheid de Stichting van de Arbeid op 14 februari 2001 verzocht gedragsregels op te stellen; de STAR-verklaring inzake het omgaan met vermoedens van misstanden in ondernemingen ('STAR-verklaring').¹⁴ Deze heeft echter weinig navolging gekregen.¹⁵ In een eerder wetsvoorstel van 15 juli 2003 met als doel het regelen van klokkenluidersbescherming, heeft Tweede Kamerlid Van Gent bepleit om hierin – net als voor ambtenaren – wettelijk te voorzien.¹⁶ De voorkeur van het kabinet ging echter uit naar zelfregulering. Specifieke wetgeving werd niet nodig geacht. Ook werd in tegenstelling tot de publieke sector, een interne klokkenluidersregeling niet verplicht gesteld. Voor beursgenoteerde bedrijven kan een dergelijke verplichting afgeleid worden uit de Corporate Governance Code.¹⁷ Ook kennen bepaalde sectoren in Nederland deze verplichting, zoals accountantskantoren, beleggingsinstellingen en banken.¹⁸ Voor Nederlandse dochters van Amerikaanse beursgenoteerde bedrijven of Nederlandse bedrijven met een Amerikaanse beursnotering dan wel Nederlandse bedrijven met een connectie met het Verenigd Koninkrijk, kan een dergelijke verplichting voortvloeien uit onder andere de Sarbanes-Oxley Act 2002¹⁹ respectievelijk de UK Bribery Act 2010. Uit onderzoek van Transparency International in 2013 blijkt echter dat in Nederland nog maar weinig bedrijven een klokkenluidersregeling hebben.²⁰

Het aanwezig zijn van een regeling zegt overigens nog niets over de daadwerkelijke bescherming van de klokkenluider. Het Zwartboek Klokkenluiders uit 2012 van de Expertgroep Klokkenluiders laat zien dat klokkenluidersregelingen in de praktijk niet goed werken.²¹ Dit vormt een van de redenen waarom de initiatiefnemers met het Eerste Wetsvoorstel zijn gekomen.²² Het Adviespunt Klokkenluiders heeft onderzoek gedaan naar klokkenluidersregelingen bij gemeentes en mbo's.²³ Hieruit volgt, kort samengevat, dat een regeling ter bescherming van de klokkenluider in veel klokkenluidersregelingen ontbreekt. Het onderzoek laat bovendien zien dat potentiële klokkenluiders ontmoedigd worden om een vermeende misstand te melden, omdat regelingen lastig te vinden zijn en het juridische taalgebruik moeilijk te begrijpen is. Een andere drempel wordt gevormd door de soms lange termijn voor een reactie op een melding. Het is een illusie om te denken dat dit in de private sector geheel anders is. Uit het Evaluatierapport blijkt dat 48% van de

14. Stichting van de Arbeid, *STAR-verklaring inzake het omgaan met vermoedens van misstanden in ondernemingen*, Den Haag 2003, publicatienr. 6/03.

15. F.C. van Uden, 'Klokkenluiden: verder van huis met het Huis (1)', *ArbeidsRecht* 2013/18.

16. *Kamerstukken II* 2002/03, 28990, 3.

17. Corporate Governance Code art. II.1.7.

18. Art. 20 Verordening accountantsorganisaties (Vao) en art. 71 Richtlijn 2013/36/EU van 26 juni 2013 (Richtlijn Kapitaalvereisten).

19. De klokkenluiderswetgeving in de Verenigde Staten is sectoraal van opzet met ten minste dertig federale wetten.

20. M. Worth, *Whistleblowing in Europe: Legal Protections for Whistleblowers in the EU*, Transparency International 2013, p. 66.

21. Expertgroep Klokkenluiders, *Zwartboek Klokkenluiders*, 2012.

22. *Kamerstukken II* 2012/13, 33258, 9.

23. www.adviespuntklokkenluiders.nl.

vermoedde misstanden in de private sector niet intern wordt gemeld, waarbij – naast de angst voor negatieve persoonlijke gevolgen – het gebrek aan vertrouwen in de interne procedures als reden wordt genoemd.²⁴ Uit het jaarverslag 2014 van het Adviespunt Klokkenluiders blijkt bovendien dat de meest voorkomende reactie op een interne melding directe ontkenning of afwijzing is.²⁵ De overheid onderschrijft dat maatregelen aan de voorkant, in en door individuele organisaties genomen moeten worden.²⁶ Om die reden is de verplichting tot het invoeren van een klokkenluidersregeling in het Tweede Wetsvoorstel nader uitgewerkt met procedurevereisten.²⁷ Voor het (herstel van) vertrouwen van potentiële klokkenluiders in interne regelingen, is echter meer nodig. Het Nederlandse bedrijfsleven dient niet alleen een inhaalslag te maken ten aanzien van zelfregulering, een cultuuromslag is nodig.

5.2.2 Wettelijk kader

Naast (beperkte) zelfregulering zouden klokkenluiders bescherming dienen te ontleen aan het fundamentele recht op vrijheid van meningsuiting, zoals onder andere opgenomen in art. 7 Gw en art. 10 EVRM.²⁸ Als gevolg van de arbeidsrelatie wordt dit fundamentele recht echter aanzienlijk ingeperkt. Zo ligt een beperking in de verplichting van de werknemer om zich in het kader van art. 7:611 BW als goed werknemer te gedragen. Dat houdt in dit verband in dat de werknemer verplicht is zich als loyaal werknemer jegens zijn werkgever te gedragen en zich te onthouden van uitingen die de belangen van de werkgever kunnen schaden. In die zin ontstaat door de arbeidsrelatie een algemene geheimhoudingsplicht.

Daarnaast kan de werkgever de vrijheid van meningsuiting van de werknemer beperken door het overeenkomen van een geheimhoudingsbeding. Het contractuele geheimhoudingsbeding wordt ook wel gezien als waarschuwing aan het adres van de werknemer om zich te houden aan de verplichting die al geldt uit hoofde van het goed werknemerschap. Deze waarschuwing wordt normaliter versterkt met een boetebeding. De potentiële klokkenluider moet erop bedacht zijn dat deze bedingen in de regel blijven gelden na het einde van de arbeidsovereenkomst. Uit dienst treden om vervolgens een melding te doen, zal de klokkenluider dan niet baten.

De (potentiële) klokkenluider moet er verder op bedacht zijn dat bepaalde uitlatingen een dringende reden voor ontslag op staande voet kunnen vormen onder art. 7:678 lid 2 sub e of i BW. Hierin wordt als dringende reden genoemd het grovelijk beledigen van de werkgever en het bekendmaken van bijzonderheden aangaande de huishouding of het bedrijf van de werkgever die de werknemer geheim dient te houden. Het in strijd handelen met de algemene dan wel contractuele geheimhoudingsplicht, kan voor de klokkenluider bovendien strafrechtelijke gevolgen hebben uit hoofde van art. 272 en 273 lid 1 sub 1 Sr. Dit geldt eveneens voor voormalig werknemers. Hier geldt in het geval van art. 273 Sr wel een voor de klokkenluider belangrijke uitzondering, namelijk in het geval degene te goeder

24. Maas e.a. 2014, p. 27.

25. Jaarverslag Adviespunt Klokkenluiders, p. 12.

26. *Kamerstukken II* 2014/15, 33258, 31.

27. *Kamerstukken II* 2014/15, 34105, 3.

28. Evenals art. 19 Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (IVBPR).

trouw heeft kunnen aannemen dat het maatschappelijk belang de bekendmaking vereiste.

5.2.3 Klokkenluidersrechtspraak²⁹

In de Europese en Nederlandse rechtspraak³⁰ is het uitgangspunt bij beoordeling van klokkenluiderszaken de loyaliteit en discretie die de werknemer tegenover zijn werkgever in acht dient te nemen. Zo heeft de Hoge Raad inzake de klokkenluider bij de Theodoor Gillissen Bankiers ('TGB-uitspraak') bepaald dat de geheimhoudingsplicht van de werknemer uit hoofde van het goed werknemerschap in de zin van art. 7:611 BW, het uitgangspunt is. Dit geldt ook indien de werknemer van mening is dat binnen de organisatie sprake is van een misstand die in het algemeen belang moet worden bestreden. De vrijheid van meningsuiting van de werknemer lijkt – indien deze al wordt meegewogen – minder gewicht in de schaal te leggen in de Nederlandse rechtspraak dan in de Europese rechtspraak. Andere criteria van het EHRM³¹, zoals (i) het algemeen belang dat met de onthulling is gediend; (ii) de betrouwbaarheid van de informatie; (iii) de motieven van de klokkenluider; (iv) de schade die de werkgever door de onthulling lijdt; en (v) de zwaarte van de opgelegde sanctie, worden in de Nederlandse rechtspraak niet consequent meegewogen. Ook de Hoge Raad in de TGB-uitspraak doet dit niet. Op de in de TGB-uitspraak geformuleerde hoofdregel na, is er dus geen duidelijk toetsingskader. Bovendien is deze regel in de daaropvolgende klokkenluiderszaak bij het Hof Amsterdam niet toegepast.³² Deze rechtsonzekerheid – en het feit dat de geheimhoudingsplicht zwaarder lijkt te wegen dan de vrijheid van meningsuiting – vormt voor de potentiële klokkenluider een drempel om te melden. De uitspraak van de rechter te Bergen op Zoom is een mooi voorbeeld van deze klokkenluiders tombola.³³ In deze zaak kon de klokkenluider zijn vermoedens niet hardmaken en bepaalde de rechter dat de betreffende werknemer de verkeerde klok had geluid waardoor de arbeidsrelatie onder druk was komen te staan. Hij heeft een risico genomen en verloren, aldus de rechter.

5.2.4 Benadelingsbescherming

De Nederlandse rechtspraak en diverse onderzoeken laten zien dat er in Nederland nog geen veilig meldklimaat is. De memorie van toelichting bij het Eerste Wetsvoorstel geeft een niet uitputtende lijst van benadelingshandelingen, waaronder het niet verlengen van een contract, het onthouden van salarisverhoging en/of promotiekansen, het overplaatsen dan wel het weigeren van een verzoek daartoe en het afwijzen van verlof.³⁴ Andere veelgehoorde benadelingshandelingen zijn pesten en isolatie, met ziekmelding of opzeggen door de klokkenluider als gevolg.

29. Zie voor een uitgebreid overzicht Van Uden 2013 en M.M. Koevoets & A. Briejer, 'Een klokkenluider van het Huis. De laatste ronde ingeluid?', *TAP* 2013/3, p. 103-107.

30. Zie onder andere EHRM 12 februari 2008, 14277/04, NJ 2008/305, m.nt. E.A. Alkema (*Guja/Moldavië*) en HR 26 oktober 2012, JAR 2012/313.

31. EHRM 21 juli 2011, NJ 2012/282, m.nt. E.J. Dommering (*Heinisch/Duitsland*).

32. Hof Amsterdam 4 november 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:4587.

33. Ktr. Bergen op Zoom 14 april 2009, Prg. 2009/84.

34. *Handelingen II* 2012/13, 34105, 3.

Uit het jaarverslag van het Adviespunt Klokkenluiders blijkt dat 89%³⁵ van de klokkenluiders waarvan het adviestraject in 2014 was afgerond, heeft aangegeven op enig moment negatieve gevolgen te hebben ondervonden na het doen van een melding. Uit het Evaluatierapport blijkt dat rond de 20% van de melders de gevolgen van een melding positief ervaart, nog eens 20% zowel positieve als negatieve gevolgen ziet en ongeveer 33% alleen negatieve gevolgen ondervindt.³⁶ Deze gevolgen lopen uiteen van de wijze waarop de misstand is opgepakt tot persoonlijke benadelingshandelingen zoals een verslechterd loopbaanperspectief. Een deel van de melders heeft zelf ontslag genomen (17%).

Het risico op represailles is dus groot en als het tot een procedure komt, is de uitkomst onzeker. De vrijheid van meningsuiting wordt ingeperkt, maar niet op een duidelijk voorzienbare wijze zoals art. 10 lid 2 EVRM en uitspraken van het EHRM voorschrijven.³⁷ Deze rechtsonzekerheid dient te worden weggenomen als we potentiële klokkenluiders zover willen krijgen om te melden. Een specifieke wettelijke regeling voor klokkenluiders is nodig.³⁸ De rechter kan dan daaraan toetsen in plaats van een belangenafweging te maken op basis van meer algemene normen. Regelgeving moet duidelijkheid scheppen. Daarnaast gaat van wetgeving een preventieve werking uit. Een wettelijk kader alleen is echter onvoldoende; deze dient aangevuld te worden met zelfregulering en een cultuurverandering. Belangrijk voor dit laatste is de zogenaamde ‘tone at the top’: management moet uitdragen dat melden van belang is en melders bescherming verdienen. De aanbeveling uit het Evaluatierapport dat de organisatiecultuur en meldinfrastructuur belangrijke aangrijpingspunten voor het beleid zijn, onderschrijft het kabinet.³⁹ Ik ben benieuwd hoe hieraan concreet invulling wordt gegeven.

5.3 Bescherming klokkenluiders na invoering van het Tweede Wetsvoorstel

5.3.1 Zelfregulering

Vanaf het moment van invoering van het wetsvoorstel zal voor iedere werkgever die ten minste vijftig werknemers in dienst heeft een interne klokkenluidersregeling verplicht worden gesteld.⁴⁰ Er is helaas geen gehoor gegeven aan het commentaar op het Eerste Wetsvoorstel dat ook voor werkgevers met minder dan vijftig werknemers een interne procedure raadzaam is.⁴¹ Zoals Koevoets en Briejer aangeven, kan daar immers evengoed sprake zijn van misstanden.⁴² Daarbij kan van zelfregulering een preventieve werking uitgaan, hetgeen voor iedere organisatie van belang

35. Het Adviespunt Klokkenluiders tekent daarbij wel aan dat ze hierbij afgaan op de beleving van de klokkenluider.

36. Maas e.a. 2014, p. 31.

37. EHRM 29 februari 2000, JAR 2015/79, m.nt. E. Verhulp (*Fuentes Bobo/Spanje*), r.o. 52.

38. Zie ook E. Verhulp, *Vrijheid van meningsuiting van werknemers en ambtenaren* (diss. Amsterdam UvA), Den Haag: Sdu 1996, p. 667.

39. *Kamerstukken II* 2014/15, 33258, 31, p. 2.

40. *Kamerstukken II* 2014/15, 34105, 9.

41. M.M. Govaert & A.J.P. van Beers, ‘Wat leert de Nederlandse klokkenluider van Britse en Amerikaanse whistleblowers?’, *TRA* 2014/97, p. 4.

42. Zie M.M. Koevoets & A. Briejer, ‘Een klokkenluider van het Huis. De laatste ronde ingeluid?’, *TAP* 2013/3, p. 112.

is. Voor de grens van vijftig werknemers is aangesloten bij het getalscriterium van art. 2 WOR; het aantal werknemers waarbij een ondernemingsraad dient te worden ingesteld. Gezien het belang van zelfregulering ligt het in dat kader echter meer voor de hand te kiezen voor het getalscriterium van art. 35b WOR, namelijk minstens tien maar minder dan vijftig werknemers; het aantal waarbij een personeelsvergadering verplicht kan zijn. Zelfs als er minder dan tien werknemers werkzaam zijn, is mijns inziens een procedure van belang. Ter bescherming van de werknemer, maar ook ter bevordering van een open meldcultuur.⁴³

In reactie op het commentaar dat het Eerste Wetsvoorstel niet voorzag in criteria waaraan een interne procedure zou moeten voldoen, zijn in het Tweede Wetsvoorstel zeven vereisten vastgelegd.⁴⁴ De procedure moet onder andere ingaan op de wijze waarop met de interne melding wordt omgegaan, wanneer sprake is van een misstand en bij wie moet worden gemeld. De gestelde vereisten komen grotendeels overeen met de elementen genoemd in de STAR-verklaring.⁴⁵ Echter, de rechtsbescherming van de klokkenluider is niet overgenomen. Dit terwijl het expliciet vermelden van de bescherming die een klokkenluider geniet een werknemer kan stimuleren om te melden. De procedure hoeft ook geen melding te maken van eventuele sancties die op benadeling van de klokkenluider zijn gesteld. Sanctiebeleid of op zijn minst een algemeen voorschrift dat benadelingshandelingen disciplinair worden gesanctioneerd, is van belang omdat er een preventieve werking van uitgaat. Bovendien laat het de (potentiële) klokkenluider zien dat benadelingshandelingen niet geaccepteerd worden.

5.3.2 Beschermingsbepaling

Ter bescherming van de klokkenluider wordt naast verplichte zelfregulering, een algemeen benadelingsverbod geïntroduceerd. In Boek 7 BW zal een nieuw art. 658c worden ingevoegd dat overeenkomsten vertoont met art. 125 quinquies lid 3 Ambtenarenwet:

‘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.’⁴⁶

De werknemer dient aan een aantal vereisten te voldoen voordat hij zich succesvol in een gerechtelijke procedure op het benadelingsverbod kan beroepen. Zo dient er sprake te zijn van een op redelijke gronden gebaseerd vermoeden en vervolgens dient de melding te goeder trouw en naar behoren te zijn gedaan.⁴⁷ Het eerste vereiste komt terug in de definitie van een vermoeden van een ‘misstand’ zoals opgenomen in art. 1 sub d Tweede Wetsvoorstel. Volgens deze definitie is dit ‘het

43. Overigens vallen klokkenluiders van een kleine organisatie wel onder de door het Tweede Wetsvoorstel geboden bescherming. Zie *Kamerstukken II* 2011/12, 33258, 3, p. 1.

44. *Kamerstukken II* 2014/15, 34105, 6.

45. Stichting van de Arbeid 2003, p. 4.

46. *Kamerstukken II* 2014/15, 34105, 6.

47. *Kamerstukken II* 2014/15, 34105, A, p. 11.

vermoeden van een werknemer, dat binnen de organisatie waarin hij werkt of heeft gewerkt of bij een andere organisatie indien hij door zijn werkzaamheden met die organisatie in aanraking is gekomen, sprake is van een misstand voor zover: 1°. *het vermoeden gebaseerd is 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

2°. *het maatschappelijk belang in het geding is* bij de schending van een wettelijk voorschrift, een gevaar voor de volksgezondheid, een gevaar voor de veiligheid van personen, een gevaar voor de aantasting van het milieu, een gevaar voor het goed functioneren van de openbare dienst of een onderneming als gevolg van een onbehoorlijke wijze van handelen of nalaten;⁴⁸ [cursivering auteur]

Er wordt niet toegelicht wat onder redelijke gronden wordt verstaan. Bovendien wordt een melding ten aanzien van het overtreden van interne of wettelijke regels, zolang dit (nog) niet het maatschappelijk belang raakt, niet beschermd. Dreigende misstanden vallen er ook niet onder.⁴⁹ Dat is onwenselijk. Ook deze melders verdienen bescherming.⁵⁰ Daarbij kan er dan wellicht nog tijdig worden ingegrepen. Het wettelijk voorzien in deze bescherming draagt mijns inziens voorts bij aan de nodige cultuurverandering.

Het goede trouw vereiste wordt in de toelichting bij het Eerste Wetsvoorstel toegelicht als het hebben van zuivere motieven.⁵¹ In het Tweede Wetsvoorstel lijkt het samengetrokken te worden met het vereiste dat naar behoren gemeld moet worden. Het te goeder trouw en naar behoren melden, betekent dat de werknemer zowel in *procedureel* als in *materieel opzicht* zorgvuldig dient te handelen. Deze normen worden voor de private sector onder meer ingekleurd door de STAR-verklaring.⁵² Volgens de STAR-verklaring is van *formeel (procedureel)* zorgvuldig handelen sprake indien:

- de (potentiële) klokkenluider de desbetreffende feiten eerst intern aan de orde heeft gesteld, zo nodig tot op het hoogste niveau, tenzij dat in redelijkheid niet van hem kon worden gevergd of strijdig is met het maatschappelijk belang;
- de klokkenluider, nadat interne melding niet tot correctieve actie leidt of er sprake is van een situatie waarin volgens de procedure ook extern gemeld kan worden, de feiten op een passende en evenredige wijze extern bekendmaakt.⁵³

Van *materieel* zorgvuldig handelen is op grond van de STAR-verklaring sprake indien (i) de (potentiële) klokkenluider een op redelijke gronden gebaseerd vermoeden heeft dat de desbetreffende feiten juist zijn; (ii) met de (interne) bekendmaking een maatschappelijk belang in het geding is, dan wel kan zijn; en (iii) het belang van externe bekendmaking in maatschappelijk opzicht prevaleert boven het belang van de werkgever bij geheimhouding.⁵⁴

48. Kamerstukken II 2014/15, 34105, 6.

49. De Stichting van de Arbeid lijkt hier wel rekening mee te houden: 'De werknemer moet een op redelijke gronden gebaseerd vermoeden hebben dat een dergelijke misstand dreigt of bestaat.', zie Stichting van de Arbeid 2003, p. 4.

50. Zie ook Commentaar van Transparency International Nederland op het wetsvoorstel d.d. 27 januari 2015, p. 3. Te vinden via www.transparency.nl en de brief van ICC Nederland van 30 januari 2014.

51. Kamerstukken II 2011/12, 33258, 3, p. 4.

52. Kamerstukken II 2014/15, 34105, 7, p. 22-23.

53. Stichting van de Arbeid 2003, p. 3.

54. Stichting van de Arbeid 2003, p. 3.

Met het algemene benadelingsverbod van art. 7:658c BW zijn de initiatiefnemers tegemoetgekomen aan een aantal bezwaren gerezen ten aanzien van de in het Eerste Wetsvoorstel geboden bescherming. Zo voorzag het Eerste Wetsvoorstel⁵⁵ in een drietal beschermingsbepalingen. Vooral het voorgestelde opzegverbod heeft een stortvloed aan bezwaren opgeleverd. Het grootste bezwaar was dat de ‘tijdens’ opzegverboden de werknemer beschermen tegen ontslag op welke grond dan ook, dus niet alleen vanwege het feit dat een misstand is gemeld.⁵⁶ Gezien de maximale termijnen voor het (voor)onderzoek, kon dit neerkomen op een bijna absoluut opzegverbod van tweeëneenhalf jaar. De ‘tijdens’ opzegverboden zijn nu dus vervangen door één overkoepelende regeling. Ook het ‘wegens’ opzegverbod wordt door het nieuwe artikel gedekt. Ontslag is immers een vorm van benadeling. Feitelijk is het benadelingsverbod hiermee net zo breed, alleen is het niet absoluut. De benadeling moet in verband staan met de beschermde melding. De rechtsbescherming geldt voor de periode tijdens en na de behandeling van de melding en is niet beperkt tot de periode van onderzoek door het Huis. Hiermee strekt het verbod zich uit over een langere periode dan het eerdere ‘tijdens’ opzegverbod.⁵⁷ Onder het verbod valt eveneens dat indien de werknemer geen arbeid heeft verricht in verband met een beschermde melding, deze omstandigheid voor rekening van de werkgever dient te komen en de werknemer dus recht heeft op loondoorbetaling.⁵⁸

Met de aanpassing is ook tegemoetgekomen aan de klacht dat de bescherming beperkt was tot gevallen waarin werd gemeld bij de werkgever of het Huis. De Autoriteit Consument & Markt (‘ACM’) en De Nederlandsche Bank (‘DNB’) hebben bezwaar gemaakt tegen deze beperking.⁵⁹ Zij vinden een interne melding ten aanzien van illegaal gedrag van een onderneming zelfs onwenselijk. De weg moet vrij zijn voor de werknemer om rechtstreeks bij de toezichthouder te melden. Een belangrijke overweging hierbij is het risico op doorkruising van de onderzoeksbevoegdheden van de toezichthouder omdat eventueel bewijsmateriaal na een interne melding door de werkgever kan worden vernietigd. In plaats van naar het Huis wordt in de nieuwe tekst van art. 7:658c BW verwezen naar ‘de daartoe bevoegde instantie’. Hiermee vallen ook meldingen bij bijvoorbeeld de politie, DNB, ACM of Autoriteit Financiële Markten onder de rechtsbescherming.

Niet alle bezwaren hebben navolging gekregen. Een veel geuit bezwaar is dat de werknemer in sommige gevallen niet geholpen is met een benadelingsverbod, maar beter af zou zijn met een goede compensatieregeling. Het uitgangspunt van de wetsvoorstellen lijkt te zijn dat de werknemer in dienst moet blijven. Volgens de memorie van toelichting bij het Eerste Wetsvoorstel moet de werknemer wel bereid zijn met de werkgever tot een oplossing te komen, bijvoorbeeld door te gaan werken in een ander filiaal.⁶⁰ Vaak is de arbeidsrelatie echter dermate geschaad dat blijven geen optie is. Zeker in een kleiner bedrijf waar bijvoorbeeld overplaatsing niet tot de mogelijkheden behoort. Indien de bescherming in de praktijk niet effectief is,

55. *Kamerstukken II* 2011/12, 33258, 2.

56. Zie onder andere het commentaar van de Raad van State in: *Kamerstukken II* 2012/13, 33258, 5, p. 9; de brief van de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, *Kamerstukken I* 2013/14, 33258, E, p. 5.

57. *Kamerstukken II* 2014/15, 34105, 7, p. 23.

58. *Kamerstukken II* 2014/15, 34105, 7, p. 22.

59. AFM, ‘Wetgevingsbrief 2014 van de Autoriteit Financiële Markten aan het Ministerie van Financiën’, 2014, te vinden via www.afm.nl.

60. *Kamerstukken II* 2012/13, 33258, 7, p. 17.

zou de werknemer in plaats daarvan een financiële vergoeding moeten kunnen afdwingen. Transparency International Nederland pleit voor het opleggen van een schadevergoeding als sanctie.⁶¹ Een andere mogelijkheid is het verbinden van een wettelijke boete als sanctie op overtreding van het benadelingsverbod. F.C. van Uden gaat hier in zijn bijdrage nader op in.

Een in het licht van de rechtspraak bezien legitiem bezwaar, is dat er nog steeds geen duidelijkheid is over de vraag of een beschermde melding prevaleert boven een geheimhoudingsplicht.⁶² Ook aan het commentaar dat het voor de werknemer moeilijk zal zijn de geboden bescherming daadwerkelijk af te dwingen, is niet tegemoetgekomen.⁶³ De bewijslast voor wat betreft het aantonen van causaal verband tussen de melding en de benadelingshandeling, blijft bij de werknemer. Een andere drempel is het goede trouw vereiste. Hoewel deze nu lijkt te zien op het vereiste dat zorgvuldig gemeld moet worden, is niet duidelijk of de motieven van de melder nog steeds een rol spelen. Verder heeft onder meer het Markttoezichthoudersberaad opgemerkt dat onvoldoende is nagedacht over de situatie waarin een klokkenluider persoonlijk in strijd heeft gehandeld met de wet.⁶⁴ De initiatiefnemers menen echter dat dit een zaak is die buiten het bereik van het wetsvoorstel valt. Het is volgens hen aan de rechter om te bepalen of medewerking aan het feitenonderzoek door het Huis van invloed moet zijn op de straf.⁶⁵ De spijtoptant lijkt dus niet beschermd te worden. Deze bezwaren worden na lering te trekken uit de PIDA in par. 5.5 nader uitgewerkt.

5.4 Bescherming klokkenluiders Verenigd Koninkrijk

5.4.1 Zorgvuldige melding

De PIDA dekt meldingen met betrekking tot een breed scala van misstanden, zoals corruptie, strafbare feiten, overtredingen van wettelijke verplichtingen, rechterlijke dwalingen, bedreigingen voor milieu, volksgezondheid en veiligheid, alsmede het verhullen van deze zaken. Melding kan geschieden bij de werkgever, toezichthouders, externe individuen (bijvoorbeeld parlementsleden) of direct aan de media. De PIDA voorziet in dit verband in een getrapte systeem. Naarmate de klokkenluider meer de openbaarheid zoekt, worden de aan een melding gestelde eisen strenger. Indien de werknemer bijvoorbeeld bij de werkgever meldt, is hij automatisch beschermd door de PIDA. Hierbij is het enige vereiste dat sprake is van een *'reasonable belief of wrongdoing'*. Melding aan toezichthouders geeft bescherming indien een *'reasonable belief that the information disclosed is substantially true'* aan de orde is. De klokkenluider moet de redelijke overtuiging hebben dat het vermoeden van een misstand materieel juist is. Meldingen aan andere derden worden onder dezelfde voorwaarde beschermd, maar de klokkenluider moet in een dergelijk geval daarnaast ook kunnen aantonen dat de melding niet met het oog op persoonlijk gewin is

61. Commentaar van Transparency International Nederland d.d. 5 september 2013, p. 6, www.transparency.nl.

62. Zie ook commentaar Transparency International Nederland d.d. 27 januari 2015, p. 4, www.transparency.nl.

63. Koevoets & Briejer 2013, p. 88.

64. Reactie Markttoezichthoudersberaad op het wetsvoorstel d.d. 9 september 2013, p. 1.

65. *Kamerstukken I* 2013/14, 33258, C, p. 8.

gedaan. Tegen betaling melden aan journalisten wordt dus niet beschermd. Deze vereisten wegen bij bijzonder ernstige misstanden minder zwaar. Rechtstreekse melding aan de media kan dan zelfs zijn toegestaan. Er wordt dan gekeken of, alle omstandigheden van het geval in aanmerking nemende, de klokkenluider de betreffende melding redelijkerwijs heeft kunnen doen.⁶⁶ In het geval van een beschermde melding voorziet de PIDA in bescherming tegen ontslag of andere benadeling.⁶⁷

5.4.2 Te goeder trouw

In het Verenigd Koninkrijk is het goede trouw vereiste per 25 juni 2013 afgeschaft. Al vanaf de invoering van de PIDA in 1998 is er kritiek geweest op het vereiste van 'good faith'.⁶⁸ In verschillende zaken was sprake van een werknemer die een melding deed in het maatschappelijk belang. Toch werd vervolgens het ontslag niet 'unfair' geacht omdat het primaire motief van de werknemer bijvoorbeeld was om de werkgever in diskrediet te brengen.⁶⁹

Het vereiste van 'good faith' kwam ook aan de orde in de *Harold Shipman*-case: Shipman was een arts die naar schatting meer dan tweehonderd van zijn patiënten had gedood. Uit het onderzoek naar de zaak, 'the Shipman Inquiry', volgde de aanbeveling dat het vereiste van 'good faith' uit de wetgeving zou kunnen worden weggelaten. Het doel van de PIDA is om personen te beschermen die meldingen doen welke in het maatschappelijk belang zijn. Volgens het onderzoek zou het maatschappelijk belang ook voldoende gediend zijn in de gevallen dat het motief van de melder niet volledig altruïstisch is.⁷⁰ Als in het geval van Shipman een werknemer vroegtijdig had gewaarschuwd voor zijn daden, zou dit het maatschappelijk belang zeker hebben gediend. Een groot aantal levens zou zijn gespaard. Zelfs al zou die werknemer de melding puur uit rancune hebben gedaan.⁷¹

Per 25 juni 2013 is ingevoerd dat meldingen enkel beschermd worden indien 'in the reasonable belief of the worker to be made in public interest'. Het vereiste van 'public interest' 'will exclude breaches of individuals' employment contracts and breaches of other legal obligations which do not involve issues of a wider public interest'.⁷² De impact van de invoering van het vereiste van 'public interest' werd verminderd doordat gelijktijdig het vereiste van 'good faith' werd afgeschaft. De wetgever van het Verenigd Koninkrijk heeft namelijk niet de bedoeling gehad het klokkenluiders moeilijker te maken een beschermde melding te doen.⁷³ Een melding die in het publiek belang is, mag niet onbeschermd zijn, puur en alleen omdat geen sprake is van goede trouw, zo redeneerde de Britse wetgever. Het zou een obstakel kunnen vormen voor een werknemer om een melding te doen als hij weet dat zijn motieven in twijfel kunnen

66. Govaert & Van Beers 2014, p. 5.

67. Section 47B ERA.

68. J.C. Ashton, '15 years of Whistleblowing Protection under the Public Interest Disclosure Act 1998: Are We Still Shooting the Messenger', *Industrial Law Journal*, Vol. 44, No. 1, March 2015.

69. Ter illustratie: Court of Appeal 21 juli 2004, *Street v. Derbyshire Unemployment Workers' Centre* [2005] ICR 97.

70. The Shipman Inquiry, 'Fifth Report — Safeguarding Patients: Lessons from the Past — Proposals for the future', 2004, par. 11.108. Te vinden via webarchive.nationalarchives.gov.uk.

71. J. Brower QC e.a., *Whistleblowing: Law and Practice*, Oxford University Press 2007, p. clxiii.

72. Enterprise and Regulatory Reform Bill 2013, p. 9. Te vinden via www.gov.uk/government.

73. HL Deb 26 February 2013, c1008.

worden getrokken en hem uit dien hoofde bescherming zou komen te ontvallen. Zelfs als zijn motieven zuiver zijn, kan de werknemer bang zijn dat het oordeel van de rechter anders zal uitvallen, waardoor hij kiest de melding niet te doen. De angst dat er mogelijk geen bescherming geldt, mag niet aan een melding in de weg staan, is de gedachte. Het is overigens niet zo dat goede trouw in het Verenigd Koninkrijk helemaal geen rol meer speelt. Arbeidsgerechten hebben de mogelijkheid om een schadevergoeding wegens benadeling of ontslag in verband met een beschermde melding tot 25% te verminderen indien de werknemer niet te goeder trouw is.

5.4.3 Bewijslastomkering

Voor een werknemer is het geen gemakkelijke opgave het causaal verband aan te tonen tussen de melding en bijvoorbeeld het daaropvolgende ontslag of het missen van een promotie. Een dergelijke bewijslast zou afbreuk doen aan de geboden bescherming. In de PIDA is om die reden voorzien in een aangepaste bewijslastverdeling. Wanneer een werknemer een beschermde melding heeft gedaan, moet de werkgever aantonen dat de nadelige behandeling daarmee ‘*in no sense whatsoever*’ samenhangt.⁷⁴ Deze standaard is overgenomen uit de uitspraak in de discriminatiezaak *Igen v. Wong*.⁷⁵ In een vermeend geval van discriminatie geldt dat indien de werknemer prima facie heeft vastgesteld dat sprake is van discriminatie, de werkgever de bewijslast draagt om aan te tonen dat hij zich hieraan niet schuldig heeft gemaakt. De Britse Court of Appeal is van mening dat bij klokkenluiders dezelfde standaard moet worden toegepast:

‘[...] that principle is equally applicable where the objective is to protect whistleblowers, particularly given the public interest in ensuring that they are not discouraged from coming forward to highlight potential wrongdoing.’⁷⁶

In geval van mogelijke benadelingshandelingen van de werkgever wordt in de gerechtelijke procedure de bewijslast dus omgekeerd. In geval van ontslag na een beschermde melding wordt het ontslag automatisch kennelijk onredelijk geacht indien de werknemer prima facie heeft aangetoond dat dit het gevolg is van zijn melding. De werkgever zal het tegendeel moeten aantonen om het ontslag in stand te houden. Bij vermeende benadeling van de werknemer anders dan door ontslag, is van doorslaggevend belang of de werknemer in materiële zin wordt benadeeld. De materiële benadeling moet door de werknemer worden aangetoond. Het is dan vervolgens aan de werkgever om te bewijzen dat de benadeling geenszins verband houdt met het klokkenluiden.⁷⁷

74. Court of Appeal 25 oktober 2011, *NHS Manchester v. Fecitt & Others* [2011] UKEAT/0150/10/CEA, par. 29.

75. Court of Appeal 18 februari 2005, *Igen v. Wong* [2005] ICR 931.

76. Court of Appeal 25 oktober 2011, *NHS Manchester v. Fecitt & Others* [2011] UKEAT/0150/10/CEA, par. 43.

77. Court of Appeal 25 oktober 2011, *NHS Manchester v. Fecitt & Others* [2011] UKEAT/0150/10/CEA.

5.4.4 Waiver geheimhouding

Net als in Nederland zijn werknemers in het Verenigd Koninkrijk onderworpen aan een geheimhoudingsverplichting met betrekking tot informatie die zij hebben verkregen gedurende hun dienstverband. De geheimhoudingsplicht kan gelden op contractuele basis, dan wel op basis van common law.⁷⁸ Schending van de geheimhoudingsverplichting kan ontslag rechtvaardigen. Echter, in bepaalde gevallen kunnen andere belangen zwaarder wegen, zoals bijvoorbeeld 'public interest'. Daarnaast kan bij een interne melding geen sprake zijn van 'breach of confidence'.⁷⁹ Al voor de invoering van de PIDA was de geheimhoudingsplicht onderworpen aan de uitzondering van 'public interest'.⁸⁰ Op deze uitzondering kan een klokkenluider zich beroepen in gerechtelijke procedures met betrekking tot de schending van de geheimhoudingsplicht, ook als de PIDA niet van toepassing is. Indien sprake is van een beschermde melding in de zin van de PIDA is een ontslag automatisch 'unfair', als de reden voor het ontslag de beschermde melding is.⁸¹ Een geheimhoudingsclausule zal niet langer afdwingbaar zijn in geval van een beschermde melding.⁸² Andere acties om bepaalde openbaarmakingen te stoppen zullen waarschijnlijk weinig effect sorteren, aangezien er een 'public interest' bij gediend is.⁸³ Door de uitzondering van 'public interest' op de geheimhoudingsplicht is een werknemer tevens beschermd wanneer hij een misstand meldt bij een toezichthouder.⁸⁴

5.4.5 Benadeling door collega's in het licht van benadelingsverbod

In de PIDA is opgenomen dat een werkgever tevens aansprakelijk is voor benadeling van de klokkenluider door zijn collega's en door personen die de werkgever heeft aangewezen voor hem diensten te verrichten.⁸⁵ Deze regel moet ertoe aanzetten dat werkgevers de juiste procedures instellen om klokkenluiders te beschermen tegen pesten of andere vormen van benadeling op de werkvloer.⁸⁶ Werkgevers kunnen zich van een dergelijke aansprakelijkheid enkel bevrijden, indien zij kunnen aantonen alle redelijke stappen te hebben ondernomen om te voorkomen dat de klokkenluider door collega's benadeeld wordt.⁸⁷ De collega is zelf tevens aansprakelijk voor benadeling van de klokkenluider.⁸⁸ Dit is slechts anders indien

78. High Court of Justice – Chancery Division 1 januari 1913, *Amber Size and Chemical Co v. Menzel* [1913] 2 Ch 239.

79. F.C. van Uden, *Whistleblowers en klokkenluiders: de rechtspositie van werknemers en ambtenaren in de VS, het Verenigd Koninkrijk en Nederland*, Sdu 2003, p. 64.

80. D. Pyper, 'Whistleblowing and gagging clauses: the Public Interest Disclosure Act 1998', 24 maart 2014, par. 2.

81. Section 103A ERA.

82. Section 43J ERA.

83. Zie o.a. Court of Appeal 31 december 1987, *Services Ltd. v. Putterill* [1968] 1 QB 396; High Court of Justice – Chancery Division 13 april 1973, *Church of Scientology v. Kaufman* [1973] RPC 635.

84. High Court of Justice – Chancery Division 1 februari 1989, *Re a Company's Application* [1989] 1 Ch 477.

85. Explanatory Notes Enterprise and Regulatory Reform Act 2013, par. 114; Section 47B ERA.

86. HL Deb 26 February 2013, c1004.

87. Explanatory Notes Enterprise and Regulatory Reform Act 2013, par. 115.

88. Explanatory Notes Enterprise and Regulatory Reform Act 2013, par. 113.

hij gerechtvaardigd vertrouwde op een verklaring van de werkgever dat hij met de betreffende handeling niet in overtreding zou zijn van het benadelingsverbod.⁸⁹

5.5 Benadelingsbescherming

5.5.1 Bescherming tegen represailles en nadeel

Met de invoering van het wetsvoorstel Wet Huis voor klokkenluiders zal er nu dan eindelijk een specifieke Nederlandse wettelijke regeling zijn die voorziet in bescherming van de klokkenluider. De vraag is of de geboden benadelingsbescherming effectief is. De verwachting is dat van het algemene benadelingsverbod een preventieve werking uitgaat.⁹⁰ Mocht dit echter niet het geval zijn, dan moet de klokkenluider de geboden bescherming in rechte kunnen effectueren. Volgens de toelichting dient de rechter te toetsen aan de volgende criteria: (i) het vermoeden van een misstand is op redelijke gronden gebaseerd; (ii) de melding is te goeder trouw en naar behoren gedaan; en (iii) er is een causaal verband tussen de benadeling en de melding.⁹¹

5.5.2 Zorgvuldige melding

De hoofdregel uit de Europese en Nederlandse rechtspraak komt in het benadelingsverbod terug: bescherming wordt alleen geboden als zorgvuldig is gemeld. Zoals in par. 5.3 aangegeven, wordt in de memorie van toelichting bij het Tweede Wetsvoorstel voor wat betreft het procedureel en materieel zorgvuldig melden, aangesloten bij de STAR-verklaring. Deze is op haar beurt gebaseerd op de PIDA en lijkt ten aanzien van zorgvuldig melden bij het getrapte systeem van de PIDA aan te sluiten.⁹² Intern melden is het uitgangspunt, tenzij dat in redelijkheid niet van de klokkenluider gevergd kan worden, de interne melding niet tot correctieve actie leidt dan wel de interne regeling aangeeft dat in het betreffende geval extern melden is toegestaan. Indien de potentiële klokkenluider extern meldt dan dient dat op passende en evenredige wijze plaats te vinden. Het ligt daarom volgens de STAR-verklaring voor de hand dat een externe melding in de regel eerst wordt gedaan bij de bevoegde instanties en niet bij de media. Naarmate een misstand ernstiger is, de risico's groter zijn en/of de misstand ondanks herhaalde meldingen nog voortduurt, is het informeren van de media eerder gerechtvaardigd.⁹³ De klokkenluider zal niet eenvoudig aannemelijk kunnen maken dat de gang naar de media noodzakelijk is.⁹⁴ Dit sluit aan bij de memorie van toelichting waarin wordt

89. P. Halliday, 'Whistleblowing: the new "public interest" test and other developments', 2014, par. 45. Te vinden via www.11kbw.com/knowledge-events.

90. *Kamerstukken II* 2012/13, 33258, 9.

91. *Kamerstukken II* 2014/15, 34105, 9, p. 7.

92. Overigens stelt de STAR-verklaring dat er in geval van een interne melding geen sprake is van klokkenluiden; Stichting van de Arbeid 2003, p. 3.

93. Volgens Verhulp mag een interne melding achterwege blijven in geval van acuut gevaar, voor zover sprake is van een zwaarwegend of spoedeisend belang, terwijl de werknemer mag verwachten dat er intern geen of onvoldoende bereidheid is om de misstand (tijdig) weg te nemen. Zie E. Verhulp, 'Zoals de klokkenluider thuis luidt....', in: A.W. Hins & A.J. Nieuwenhuis, *Van ontvanger naar zender, opstellen aangeboden aan prof. mr. J.M. de Meij*, Amsterdam: Otto Cramwinkel 2003, p. 364.

94. Stichting van de Arbeid 2003, p. 7.

aangegeven dat getracht is met de wetsvoorstellen en oprichting van het Huis een adequaat systeem neer te zetten dat extern melden bij de media overbodig zal maken. De vraag of er toch aanleiding bestaat om de media te benaderen, moet op casusniveau worden beantwoord, in samenhang met de jurisprudentie van het EHRM (art. 10 EVRM) en de Aanbeveling van het Comité van Ministers van de Raad van Europa van 30 april 2014.⁹⁵

Het is niet iedere klokkenluider gegeven om in deze een afgewogen beslissing te kunnen maken. Zo is het al niet gemakkelijk om te bepalen of intern melden zinvol is. Alleen al vanwege de angst voor represailles wordt dit vaak niet als optie gezien. De PIDA noemt deze angst ook als bijzondere omstandigheid om extern te mogen melden. Als de klokkenluider al tot interne melding overgaat, wanneer kan dan geconcludeerd worden dat er geen correctieve actie wordt ondernomen? Wanneer is de redelijke termijn daarvoor overschreden? Kan de klokkenluider ook extern gaan als er weliswaar actie wordt ondernomen maar volgens de klokkenluider onvoldoende correctief? En als er extern gemeld wordt, wat is dan de beste instantie? Er kan hierover anoniem advies bij het Huis worden ingewonnen volgens art. 3a lid 2 sub b Tweede Wetsvoorstel, maar de rechter is hier niet aan gebonden. Ik verwacht dat de rechter zijn eigen afweging zal maken.⁹⁶ Bij de beoordeling of de klokkenluider aan de gestelde vereisten voldoet, dient een ruime beoordelingsmarge in acht te worden genomen.⁹⁷ Terecht merkt Verhulp in zijn noot bij de TGB-uitspraak op dat bedacht moet worden dat de potentiële klokkenluider de gevolgen van zijn melding niet altijd kan overzien en in emotie handelt.

Invulling van de arbeidsrechtelijke bescherming van de klokkenluider laten de initiatiefnemers aan de jurisprudentie.⁹⁸ Hiervoor wordt verwezen naar de rechtspraak van het EHRM (art. 10 EVRM). Het benadelingsverbod biedt niet het duidelijke wettelijke kader waaraan de rechter kan toetsen. Het is echter de hoop (gezien de oproep in de memorie van toelichting), dat ook in de Nederlandse rechtspraak de Europese criteria en de beperkingsgronden van art. 10 EVRM in klokkenluiderszaken uitdrukkelijk meegewogen zullen worden. Die criteria bieden meer duidelijkheid en dat zal de bescherming en de rechtszekerheid van klokkenluiders ten goede komen. Daarmee zijn we er echter nog niet. Ten aanzien van onderstaande onderwerpen meen ik dat de benadelingsbescherming van de klokkenluider nu niet afdoende is.

5.5.3 Te goeder trouw

Onduidelijk is of dit vereiste in art. 7:658c BW als zelfstandig vereiste overeind blijft. Voor de melder die naast het maatschappelijk belang ook een eigen belang heeft en voor de spijtoptant, is het dus de vraag of zij onder de geboden bescherming vallen. In het Tweede Wetsvoorstel lijken de motieven van de melder niet meer van belang. Immers, er lijkt een onlosmakelijke koppeling te worden gemaakt met het naar behoren melden en in de toelichting komt het vereiste van zuivere motieven niet meer terug. Indien de motieven van de melder inderdaad niet meer van

95. *Kamerstukken II* 2014/15, 34105, 7, p. 23.

96. Dit blijkt in de praktijk ook ten aanzien van uitspraken van het College voor de Rechten van de Mens.

97. Zie ook HR 26 oktober 2012, *NJ* 2013/220, m.nt. E. Verhulp.

98. *Kamerstukken II* 2014/15, 34105, 7, p. 23.

belang zijn, zouden voornoemde melders onder de geboden bescherming vallen. Ik ben daar voorstander van. Het motief van de klokkenluider is van ondergeschikt belang. Het dient te gaan om de vermeende misstand, niet om de melder. Mrs. Ashton stelt in dit kader in haar artikel terecht de vraag 'Are we still shooting the messenger?'.⁹⁹ Uit de TGB-uitspraak blijkt dat de vraag of de melder te goeder trouw is, door de Hoge Raad niet relevant wordt geacht. Het valt ook moeilijk vast te stellen of de klokkenluider wel 'te goeder trouw' is.¹⁰⁰ Maar alleen al het risico dat de motieven van de potentiële klokkenluider in twijfel worden getrokken en hij dus mogelijk geen bescherming geniet, zal een hoge drempel opwerpen om te melden. De kans is groot dat misstanden daardoor onbekend blijven, hetgeen niet de bedoeling van het wetsvoorstel is. Om diezelfde reden is ook in het Verenigd Koninkrijk het vereiste van goede trouw uit de wetgeving geschrapt ten aanzien van de vraag of de klokkenluider bescherming verdient (zie par. 5.4). Het vereiste van 'maatschappelijk belang' vormt op zichzelf voldoende waarborg tegen misbruik van de wetgeving. Ook daarvoor is het vereiste van de goede trouw niet nodig. Ten aanzien van de voorvraag of er sprake is van een beschermde melding zou de goede trouw dus geen rol dienen te spelen. De nadruk moet liggen op de melding. Dit betekent echter niet dat bij een eventuele vervolgvraag de goede trouw niet van belang zou kunnen zijn, bijvoorbeeld ten aanzien van aanspraak op compensatie. Deze insteek is ook in het Verenigd Koninkrijk gekozen. Pas bij de vraag of de betreffende klokkenluider recht heeft op schadevergoeding speelt de goede trouw daar een rol en kan een korting toegepast worden.

Indien 'te goeder trouw' in art. 7:658c BW niet ziet op de motieven van de melder, maar slechts op het zorgvuldig melden, dan is het 'naar behoren' vereiste daarvoor mijns inziens voldoende.¹⁰¹ Indien het ziet op het vereiste dat het vermoeden gebaseerd moet zijn op redelijke gronden en het maatschappelijk belang in het geding is, dan komt dit al terug in het vereiste dat het om een vermoeden van een misstand moet gaan als gedefinieerd in art. 1 sub d Tweede Wetsvoorstel. Nu het goede trouw vereiste kan leiden tot onduidelijkheid en overbodig lijkt, heeft het – ook om die reden – mijn voorkeur deze te schrappen.

De spijtoptant moet zich zeer goed beraden alvorens een melding te doen. Niet alleen vanwege het feit dat niet duidelijk is wat onder het goede trouw vereiste wordt verstaan, maar ook omdat de initiatiefnemers uitdrukkelijk hebben aangegeven dat de situatie van de spijtoptant buiten het bereik van het wetsvoorstel valt. Bovendien loopt hij het risico als gevolg van zijn melding geconfronteerd te worden met handhavend optreden van het OM.¹⁰² Immers, in het kader van de samenwerking tussen het Huis en het OM dient nog een samenwerkingsprotocol te worden opgesteld. Hierin zullen onder meer afspraken worden gemaakt over: (i) de wijze waarop de informatie wordt uitgewisseld over lopende onderzoeken; (ii) de wijze waarop door het Huis in daarvoor in aanmerking komende gevallen aangifte van een strafbaar feit wordt gedaan; en (iii) de wijze waarop wordt omgegaan met do-

99. J.C. Ashton, March 2015, p. 1.

100. Zie ook C. Raat, 'Een toevluchtsoord voor klokkenluiders. Brengt het Huis het ideaal van transparantie dichterbij?', *Justitiële verkenningen* 2013, afl. 7, p. 24.

101. Zie ook F.C. van Uden, 'De klok en de klepel', *SR* 2004, afl. 1, p. 18: Van Uden stelt dat indien een misstand conform de zorgvuldigheidscriteria is gemeld, diegene per definitie te goeder trouw handelt.

102. *Kamerstukken I* 2013/14, 33258, C, p. 8.

cumenten die van belang zijn voor de onderzoeken en het horen van getuigen.¹⁰³ Weliswaar is een wettelijke geheimhoudingsplicht voor het Huis opgenomen in het Tweede Wetsvoorstel in art. 3j, maar deze vindt haar begrenzing in art. 160 en 162 Sv. De initiatiefnemers menen echter dat er slechts een beperkte uitzondering op de geheimhoudingsplicht zal gelden omdat er met het OM afspraken kunnen worden gemaakt over de wijze waarop uitvoering wordt gegeven aan de aangifteplicht (wanneer en welke informatie ter onderbouwing zal worden verstrekt). Ze gaan ervan uit dat de informele toezegging van het OM om geen informatie op te vragen tijdens de adviesfase zal worden herbevestigd.¹⁰⁴ Op deze wijze kan de afdeling advies van het Huis betrouwbaar haar taak uitvoeren. Of deze aanname terecht is, is nog maar de vraag. Transparency International Nederland zet gezien de toonzetting in de brief van het College van Procureurs-generaal van 26 augustus 2013 vraagtekens bij de te maken afspraken.¹⁰⁵ Weliswaar ziet deze brief op het onderzoek en niet op de adviesfase, maar gezien het feit dat het OM met haar onderzoek bewijs probeert te verkrijgen van een eventueel gepleegd strafbaar feit en schuld van de verdachte, is het OM niet gebaat met een enige inperking. Vooruitlopen op deze afspraken, is een te groot risico. Hier dient zo snel mogelijk duidelijkheid over gegeven te worden. De spijtoptant is immers een belangrijke bron, juist vanwege zijn betrokkenheid. Het is spijtig dat er niet lijkt te zijn nagedacht over deze categorie en hoe deze te bewegen naar voren te komen. Een clementie-regeling was een mogelijkheid geweest.

5.5.4 Bewijslast

Ervan uitgaande dat de klokkenluider aan de vereisten voldoet, kan hij – indien er sprake is van een benadelingshandeling – een beroep doen op het benadelingsverbod.¹⁰⁶ De melder stuit dan op het vereiste van art. 150 Rv; wie stelt moet bewijzen. Immers, ondanks eerder geuite bezwaren, komt het Tweede Wetsvoorstel de klokkenluider niet tegemoet in de bewijslastverdeling. De klokkenluider zal het causaal verband moeten stellen, en bij betwisting moeten bewijzen, tussen zijn melding en de benadeling. De bewijslast ziet op de last om bewijs te leveren alsmede het bewijsrisico.¹⁰⁷ Dit maakt het voor de klokkenluider moeilijk zo niet onmogelijk de geboden bescherming te effectueren. De vraag is daarom gewettigd of het benadelingsverbod sec voldoende bescherming aan de klokkenluider biedt. Aanvullende regels ter verlichting van de bewijslast lijken geboden.

Art. 150 Rv omvat twee uitzonderingen op de hoofdregel die van invloed zijn op de bewijslastverdeling, waarvan ik me in deze tot de eerste beperk. De eerste uitzondering is dat een andere verdeling van de bewijslast kan voortvloeien uit 'enige bijzondere regel'. Deze rechtsregels zijn onder te verdelen in (1) omkering van de bewijslast; (2) bewijsvermoedens; en (3) de verzwaarde motiveringsplicht. Van

103. *Kamerstukken II* 2014/15, 34105, 9, p. 13.

104. *Kamerstukken II* 2014/15, 34105, 3, p. 12.

105. Commentaar van Transparency International Nederland op het wetsvoorstel d.d. 27 januari 2015, p. 4. Te vinden via www.transparency.nl.

106. Volgens Verhulp moeten klokkenluiders ook vaak het onderspit delven in de discussie of zij al dan niet zorgvuldig hebben gehandeld.

107. D.J. Beenders, in: *Tekst & Commentaar Burgerlijke Rechtsvordering*, Deventer: Kluwer 2012, art. 150 Rv, aant. 1.

omkering is sprake als de partij die volgens de hoofdregel de bewijslast heeft, geen bewijsrisico meer draagt.¹⁰⁸ De omkering van het bewijsrisico is de zwaarste ingreep in de bewijslastverdeling. De rechtvaardiging voor deze ingreep is bijvoorbeeld gelegen in het effectiever maken van de rechtsbescherming, niet alleen door de bewijspositie van de partij voor wie de bescherming bedoeld is te verlichten, maar ook en vooral door de wederpartij met een verzwaarde bewijspositie te stimuleren tot gedrag overeenkomstig de materieelrechtelijke norm.¹⁰⁹ Wettelijke of rechterlijke vermoedens of een verzwaarde motiveringsplicht kunnen vaak ook ontstaan. In geval van een bewijsvermoeden, hoeft het tegenbewijs niet te bestaan in het bewijs van het tegendeel (zoals bij een bewijslastomkering); voldoende is dat door degene die tegenbewijs levert zoveel twijfel wordt gezaaid dat de op het vermoeden berustende vaststelling onhoudbaar wordt. Het vermoeden beïnvloedt het bewijsrisico, maar keert dit niet om. De Hoge Raad heeft een methode ontwikkeld waarbij de rechter zonder de bewijslast om te keren of te werken met vermoedens, kan ingrijpen in de omvang van de bewijslast die een partij draagt. Hij doet dat door op de gedaagde de verplichting te leggen om in het kader van de motivering van haar betwisting van de stellingen van eiser 'aanknopingspunten te verschaffen' aan eiser voor de bewijslevering.¹¹⁰ Het gaat daarbij om gegevens die zich bevinden of behoren te bevinden in het domein van gedaagde.¹¹¹ Het is vervolgens aan de rechter welke sanctie hij passend acht, indien een partij op wie de verzwaarde motiveringsplicht rust daaraan niet voldoet.¹¹²

In het arbeidsrecht zien wij een aantal aanpassingen in de bewijslevering terug: de omkering van de bewijslast in art. 7:658 lid 2 BW (werkgeversaansprakelijkheid), de weerlegbare wettelijke bewijsvermoedens van art. 7:610a BW (vermoeden van het bestaan van een arbeidsovereenkomst), art. 7:610b BW (vermoeden van de omvang van de arbeidsovereenkomst) en art. 7:646 lid 12 BW (vermoeden van het bestaan van discriminatie) en het rechterlijk vermoeden van de voortdurende bereidheid tot werken.¹¹³ In geval van werken met gevaarlijke stoffen komt de Hoge Raad de werknemer tevens tegemoet met een rechterlijk bewijsvermoeden door middel van de omkeringsregel.¹¹⁴ Een aanpassing in de bewijslevering ten gunste

108. De omkeringsregel is ontwikkeld in aansprakelijkheidszaken. De omkeringsregel houdt in algemene zin in dat indien door een als onrechtmatige daad of wanprestatie aan te merken gedraging een risico ter zake van het ontstaan van schade in het leven is geroepen en dit risico zich vervolgens verwezenlijkt, daarbij het causaal verband tussen die gedraging en de aldus ontstane schade in beginsel is gegeven en dat het aan degene die op grond van de gedraging wordt aangesproken, is om te stellen te bewijzen dat die schade ook zonder die gedraging zou zijn ontstaan, Beenders, in: *T&C Burgerlijke Rechtsvordering* 2012, art. 150 Rv, aant. 7.

109. W.D.H. Asser, *Mr. C. Assers handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Procesrecht. Deel 3. Bewijs*, Deventer: Kluwer 2013, nr. 294.

110. HR 4 april 1986, NJ 1986/810.

111. H.J. Snijders, *Nederlands burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 245.

112. H.J. Snijders, *Nederlands burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 246.

113. HR 5 januari 1979, NJ 1979/207 en HR 28 september 1984, NJ 1985/245: Indien de werknemer zich eenmaal bereid heeft verklaard om de bedongen arbeid te verrichten en de werkgever daarvan geen gebruik heeft gemaakt, ligt het op de weg van de werkgever, die ontkent dat de werknemer bij voortdurend bereid en in staat is gebleven die arbeid te verrichten, om omstandigheden aan te voeren waaruit kan blijken dat die bereidheid is komen te ontbreken of de werknemer tot hervatting niet in staat zou zijn geweest.

114. Wanneer de werknemer bij zijn werk is blootgesteld aan gevaarlijke stoffen, dient het door de werknemer te bewijzen oorzakelijk verband te worden aangenomen indien de werknemer heeft nagelaten maatregelen te treffen die redelijkerwijs nodig zijn ter voorkoming van de blootstelling aan deze stoffen (HR 17 november 2000, NJ 2001/596 (*Unilever/Dikmans*)). Enig causaal verband dient dan wel aannemelijk te zijn (HR 7 juni 2013, JAR 2013/178).

van de klokkenluider zou in het arbeidsrecht derhalve geen novum of unicum betreffen.

Art. 7:646 lid 12 BW is de implementatie van Richtlijn 97/80/EG inzake de bewijslast in gevallen van discriminatie op grond van geslacht. In het Verenigd Koninkrijk is deze Europese regel analoog toegepast op de wetgeving omtrent klokkenluiders en dus voorziet deze in omkering van de bewijslast in geval van benadelingshandelingen. Zoals het Britse hooggerechtshof heeft bepaald is het uitgangspunt immers gelijk, namelijk het bieden van bescherming. Temeer omdat het doel is te bewerkstelligen dat (potentiële) klokkenluiders misstanden melden.

Bescherming van klokkenluiders zodat zij misstanden zullen melden is precies het doel dat het wetsvoorstel voorstaat. Om deze bescherming te effectueren dient de klokkenluider tegemoet te worden gekomen in de bewijslast.¹¹⁵ In art. 7:685c BW zou overeenkomstig art. 7:646 lid 12 BW voorzien kunnen worden dat in het geval de beschermde klokkenluider feiten aanvoert die een benadelingshandeling doen vermoeden, het aan de werkgever is om te bewijzen dat niet in strijd met het benadelingsverbod is gehandeld. Indien dit te verstrekkend wordt geacht voor iedere benadelingshandeling, zou dit in ieder geval voor ontslag dan wel het niet verlengen van een contract, opgenomen kunnen worden. Met deze aanpassing wordt de geboden bescherming effectiever, niet alleen door de bewijspositie van de klokkenluider te verlichten, maar ook en vooral door de wederpartij met een verzwaarde bewijspositie te stimuleren tot gedrag overeenkomstig de materieelrechtelijke norm. Gezien de voorbeelden waarin klokkenluiders vele jaren hebben moeten strijden voor enige genoegdoening, lijkt dit de meest passende aanpassing in de bewijzlevering.

Ook de introductie van een wettelijk vermoeden zou overwogen kunnen worden. Ontslag is onder de Wet werk en zekerheid alleen mogelijk als sprake is van een redelijke grond. Het bewijs van het bestaan van de redelijke grond rust op de werkgever. Ter afwering van een ontslag is het aan de werknemer om te stellen en bij betwisting te bewijzen dat deze redelijke grond niet bestaat en dat in feite sprake is van een door de het Tweede Wetsvoorstel verboden vorm van benadeling. De wetgever zou de klokkenluider hierin tegemoet kunnen komen door de introductie van een wettelijk – weerlegbaar – vermoeden: het ontslag van een beschermde klokkenluider wordt vermoed niet redelijk te zijn, behoudens tegenbewijs. In het Verenigd Koninkrijk is op vergelijkbare wijze in omkering van bewijslast voorzien in geval van ontslag van een klokkenluider. Dit is ook in lijn met de aanbevelingen van het Comité van Ministers van de Raad van Europa.¹¹⁶

Deze relatief zware ingrepen in de bewijzlevering passen goed bij ontslag, of het niet verlengen van een contract als meest verstrekkende benadelingshandeling. Ten aanzien van benadelingen als het mislopen van promotie of een bonus, kan gekozen worden voor het opleggen van een verzwaarde motiveringsplicht. Op die manier is het aan de werkgever om in het kader van zijn betwisting informatie te verschaffen die de klokkenluider kan helpen bij het voldoen aan de vereiste bewijs-

115. Grapperhaus meent in dit kader dat, of de claim van de werknemer nu terecht is of niet, het aan de werkgever is die daarover primair verantwoording dient af te leggen tegenover een onafhankelijke rechter. Zie F.B.J. Grapperhaus, 'Bescherming voor klokkenluidende werknemers: een inventarisatie van het wetsvoorstel en het SER-advies', TOR 2005/78, p. 11.

116. Aanbeveling CM/Rec(2014)7 van het Comité van Ministers van de Raad van Europa (30 april 2014), *On the protection of whistleblowers*, p. 10.

levering ten aanzien van de benadeling. Een dergelijke aanpassing in de bewijslast draagt passend bij aan de bescherming van de klokkenluider.

5.5.5 Geheimhoudingsplicht

In de meeste klokkenluidersrechtszaken voert de werkgever overtreding van de geheimhoudingsplicht aan als reden voor ontslag. In de toelichting bij het Tweede Wetsvoorstel wordt dit ook erkend, maar er wordt niet duidelijk gemaakt of een beschermde melding prevaleert boven een geheimhoudingsverplichting.¹¹⁷ Dit dient van geval tot geval bekeken te worden, aldus de initiatiefnemers. Het Huis kan hierover adviseren, maar de rechter is niet aan dat advies gebonden. Het heeft de voorkeur hierin wettelijk te voorzien. Het risico dat een potentiële klokkenluider aan zijn geheimhoudingsplicht wordt gehouden vormt een hoge drempel om naar voren te komen. Immers, de potentiële klokkenluider loopt onder meer het risico om op grond van schending van zijn geheimhoudingsbeding (op staande voet) te worden ontslagen en – in het geval aan het geheimhoudingsbeding een boetebeding is gekoppeld – een boete te verbeuren. Het melden van misstanden mag niet onmogelijk worden gemaakt door geheimhoudingsclausules, zo vindt ook het Comité van Ministers van de Raad van Europa.¹¹⁸ Een extra argument ligt in de verplichting van de potentiële klokkenluider om in het kader van de materiële zorgvuldigheid te beoordelen of het belang van externe bekendmaking in maatschappelijk opzicht prevaleert boven het belang van de werkgever bij geheimhouding. Indien dit van de potentiële klokkenluider al kan worden gevraagd, dient daar op zijn minst tegenover te staan dat als de klokkenluider aan alle vereisten voldoet, een geheimhoudingsclausule niet langer afdwingbaar is. In het Verenigd Koninkrijk en de Verenigde Staten geldt dit op gelijke wijze.¹¹⁹

5.5.6 Opzegverbod

Het benadelingsverbod van art. 7:658c BW omvat het verbod voor de werkgever om de arbeidsovereenkomst op te zeggen als gevolg van het te goeder trouw en naar behoren melden van een vermoeden van een misstand. In de memorie van toelichting wordt uitdrukkelijk gesteld dat ontslag wordt gezien als de ernstigste vorm van benadeling van de werknemer.¹²⁰ Het Tweede Wetsvoorstel voorziet echter niet in een wijziging van art. 7:681 BW; het benadelingsverbod wordt niet expliciet opgenomen in dit artikel. Art. 7:681 BW bepaalt dat de kantonrechter op verzoek van de werknemer de opzegging door de werkgever kan vernietigen, indien de werkgever heeft opgezegd in strijd met één van de opzegverboden waarnaar in het artikel wordt verwezen. De werknemer kan de kantonrechter in een dergelijk geval ook verzoeken om in plaats daarvan aan de werknemer een billijke vergoeding toe te kennen. Naar mijn mening kan het benadelingsverbod worden geschaard onder een naar aard en strekking met art. 7:670 BW vergelijkbaar opzegverbod als

117. *Kamerstukken II* 2014/15, 34105, 3, p. 5.

118. Aanbeveling CM/Rec(2014)7 van het Comité van Ministers van de Raad van Europa (30 april 2014), *On the protection of whistleblowers*, p. 8.

119. Zie met betrekking tot het Verenigd Koninkrijk par. 5.4 van deze bijdrage en met betrekking tot de Verenigde Staten Rule 21F-17 van de Securities and Exchange Commission.

120. *Kamerstukken II* 2014/15, 34105, 3, p. 20.

bedoeld in lid 1 sub b van art. 7:681 BW.¹²¹ Het heeft echter de voorkeur om opzegging in strijd met het benadelingsverbod expliciet op te nemen in art. 7:681 BW. Hiermee wordt onduidelijkheid voorkomen en wellicht gaat hier ook een preventieve werking van uit.

5.5.7 Zorgplicht voor pestende collega's en derden

Ontslag door de werkgever is de meest verstrekkende benadelingshandeling, maar een verziekte werksfeer door pestende collega's komt ook veel voor en kan leiden tot een ziekmakende situatie voor de klokkenluider. Kan hij de werkgever uit hoofde van het benadelingsverbod ook aanspreken voor benadelingshandelingen van collega's of derden werkzaam voor de werkgever? In antwoord op een vraag uit de Kamer over mogelijke benadelingshandelingen merkten de initiatiefnemers op: 'Ook mag worden verwacht dat de werkgever ervoor zorg draagt dat een melder niet op andere wijze bij de uitoefening van zijn functie nadelige gevolgen ondervindt ten gevolge van zijn melding. Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan pesten en andere vormen van intimidatie.'¹²² Hierin wordt in het Tweede Wetsvoorstel echter niet uitdrukkelijk voorzien.

De klokkenluider zou in geval van benadeling door collega's en/of derden werkzaam voor de werkgever een beroep kunnen doen op art. 7:658 BW, bijvoorbeeld in het geval de benadelingshandelingen hebben geleid tot psychisch letsel (of schade). Voor het algemene benadelingsverbod van art. 7:658c BW is aansluiting gezocht bij de zorgplicht van de werkgever (art. 7:658 BW). In de Kamerstukken wordt deze keuze echter niet toegelicht.¹²³ Uit hoofde van dit artikel heeft de werkgever de zorgplicht voor de veiligheid van de werkomgeving van de werknemer. De werkgever moet die maatregelen nemen die redelijkerwijs nodig zijn om te voorkomen dat de werknemer in de uitoefening van zijn functie schade lijdt. Schiet de werkgever hierin tekort, dan is hij aansprakelijk voor de schade die de werknemer daardoor lijdt. Ook als het om psychische schade gaat, nu de werkgever bepaalt op welke plaats, onder welke omstandigheden en met welke hulpmiddelen de werknemer moet werken.¹²⁴ Er moet dan wel sprake zijn van schending van een norm als in art. 7:658 BW bedoeld, alsmede van risico's die zijn verbonden aan het werk en de werkomgeving. De Arbeidsomstandighedenwet voorziet in een dergelijke norm. Immers, volgens art. 3 lid 2 dient de werkgever een beleid te voeren dat gericht is op voorkoming en, indien dat niet mogelijk is, beperking van psychosociale arbeidsbelasting. Volgens de definitielijst van art. 1 vallen hier onder andere de factoren directe of indirecte discriminatie, agressie en geweld, pesten en werkdruk onder, voor zover die stress teweegbrengen in de arbeidssituatie. Indien deze norm overschreden wordt, kan de klokkenluider uit dien hoofde de werkgever aansprakelijk stellen voor de daaruit voortvloeiende schade; ook als die norm wordt overschreden door directe collega's dan wel derden in dienst van de werkgever. De werkgever zal dan moeten aantonen dat hij alle redelijke maatregelen heeft genomen om dit

121. In art. 7:670 BW zijn onder meer de opzegverboden gedurende ziekte, zwangerschap en OR-lidmaatschap opgenomen.

122. *Kamerstukken II* 2014/15, 34105, 9, p. 10.

123. Niet iedereen is het ook eens met deze keuze, zie Koevoets & Briejer 2013, p. 103.

124. HR 11 maart 2005, *JAR* 2005/84, m.nt. M.S.A. Vegter.

risico te voorkomen. Wederom een argument voor ieder bedrijf om te voorzien in een klokkenluidersregeling.

Indien de situatie dermate ernstig is dat de werknemer de arbeidsrelatie niet langer wenst voort te zetten, kan hij de kantonrechter verzoeken om de arbeidsovereenkomst te ontbinden op grond van art. 7:671c BW. De werknemer kan dan vragen om toekenning van een billijke vergoeding. Er moet dan wel sprake zijn van ernstige verwijtbaarheid aan de zijde van de werkgever. De vraag is of schending van bovengenoemde zorgplicht ernstig verwijtbaar is. Indien dat niet het geval is, staat de werknemer dus met lege handen; hij krijgt dan geen billijke vergoeding en geen transitievergoeding. De kantonrechter zal de werknemer in dat geval wel een termijn stellen om het verzoek in te trekken (art. 7:686a lid 6 BW).

In het Verenigd Koninkrijk is uitdrukkelijk in de wet geregeld dat de werkgever aansprakelijk is voor benadeling door collega's en 'workers'. De term 'workers' is breed gedefinieerd en omvat onder andere (bepaalde) zzp'ers en uitzendkrachten. De werkgever is alleen niet aansprakelijk als hij kan aantonen dat alle redelijke stappen zijn ondernomen om dit te voorkomen. De wet is zelfs nog verstrekkender nu het ook voorziet in aansprakelijkheid van de betreffende collega's. Van Uden geeft terecht aan dat het praktisch belang van een procedure tegen een collega wegens benadeling niet erg groot is. Het blijkt voor een klokkenluider meestal onmogelijk voldoende bewijs te leveren.¹²⁵ Een dergelijke bepaling geeft echter wel een signaal af hoe men zich behoort op te stellen tegenover klokkenluiders. In diezelfde zin heeft het de voorkeur om uitdrukkelijk te voorzien in de aansprakelijkheid van de werkgever voor benadelingshandelingen van collega's en derden. In deze bescherming kan via de band van art. 7:658 BW en de daarin gegeven zorgplicht van de werkgever worden voorzien, maar het uitdrukkelijk opnemen ervan leidt tot duidelijkheid en er gaat wellicht een preventieve werking van uit.

5.5.8 Aansprakelijkheid voor schade werkgever

In verband met een melding lopen klokkenluiders het risico aansprakelijk te worden gesteld door de werkgever voor de door de melding ontstane schade. Hier valt te denken aan reputatieschade. Het arbeidsrecht kent in art. 7:661 BW een uitzondering op de hoofdregel dat degene die schade toebrengt daarvoor ook aansprakelijk is. Het bepaalt dat de werknemer die bij de uitvoering van de overeenkomst schade toebrengt aan de werkgever of aan een derde jegens wie de werkgever tot vergoeding van die schade is gehouden, te dier zake niet jegens de werkgever aansprakelijk is, tenzij de schade een gevolg is van zijn opzet of bewuste roekeloosheid. Het artikel keert de hoofdregel dus om door te bepalen dat de werknemer in beginsel juist niet jegens de werkgever aansprakelijk is. Voorwaarde is wel dat de schade moet zijn ontstaan tijdens de uitvoering van de werkzaamheden. De uitvoering van de functie heeft weliswaar in de rechtspraak een ruim bereik gekregen — ook deelname aan een personeelsuitje valt er onder¹²⁶ —, maar van het luiden van de klok kan op voorhand niet met zekerheid worden gesteld dat dit bij de uitvoering van de arbeidsovereenkomst gebeurt. Ten aanzien van mogelijke aansprakelijkheid jegens de werkgever dient uitdrukkelijk te worden voorzien dat het doen van een bescherm-

125. Van Uden 2003, p. 63.

126. HR 9 november 2007, JAR 2007/305.

de melding in de zin van het Tweede Wetsvoorstel te beschouwen is als ‘bij de uitvoering van de arbeidsovereenkomst’ in de zin van art. 7:661 BW. Op die manier is het overgrote deel van het aansprakelijkheidsrisico jegens de werkgever afgedekt.¹²⁷ Dat het nodig is daarin uitdrukkelijk te voorzien blijkt ook uit zaak Stiekema/Organon¹²⁸, waarin dit artikel geheel niet werd meegenomen in het oordeel van de kantonrechter.¹²⁹

Omdat art. 7:661 BW de mogelijkheid openlaat om in geval van opzet of bewuste roekeloosheid toch aansprakelijk te kunnen worden gehouden, geeft dit artikel een passende balans tussen het stimuleren van meldingen en het beperken van doelbewust onterechte meldingen. De werkgever zal moeten bewijzen dat er dan sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer en dat wordt in rechte zelden aangenomen.¹³⁰

127. De voorgestelde oplossing zou er ook toe leiden dat in het geval een derde schade leidt als gevolg van de melding, de werkgever aansprakelijk is aldus art. 6:170 lid 1 BW. De werkgever kan alleen regres op de werknemer nemen, in het geval er sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid aan de zijde van de werknemer.

128. Ktr. Amsterdam 4 december 2001, *JAR* 2002/35.

129. Zie ook hierover R.S. van Coevorden, ‘De klokkenluider, het geheimhoudingsbeding en art. 7:661 BW’, *ArbeidsRecht* 2002/42.

130. HR 11 september 1998, *NJ* 1998/870.

Hoofdstuk 6

Evenredige klokkenluidersbescherming bij externe openbaarmaking van misstanden

Mr. drs. A.M. Helstone^{*}

6.1 Onderwerp en centrale vraagstelling

In de evolutie naar het Tweede Wetsvoorstel heeft een voor de werknemer-klokkenluider belangrijk beschermingsonderdeel het overleefd. Ik doel hier op het civielrechtelijke benadelingsverbod bij het melden van een vermoeden van een misstand, dat in aangepaste vorm is teruggekeerd in het Tweede Wetsvoorstel (art. 7:658c BW).¹ Dit verbod lijkt vanuit arbeidsrechtelijk perspectief voor werknemers het meest cruciale overgebleven onderdeel uit het algehele voorstel te zijn. Van de institutionele bescherming van het Huis lijkt men geen hooggespannen verwachtingen te moeten koesteren. Weliswaar voorziet het Tweede Wetsvoorstel (art. 4 lid 1 onder a en b) in de mogelijkheid voor de werknemer om het Huis te vragen om onderzoek te doen naar (a) het vermoeden van een misstand of (b) de wijze waarop de werknemer door de werkgever is bejegend naar aanleiding van een melding van een vermoeden van een misstand, maar dit biedt slechts beperkte mogelijkheden. Voor het onderzoek naar het vermoeden van een misstand gelden in het Tweede Wetsvoorstel de nodige hindernissen door de ontvankelijkheidseisen die hiervoor zijn gesteld (art. 6 lid 1). Een van de belangrijkste hordes is dat het Huis een doorverwijsplicht heeft (art. 6 lid 1 onder d) indien een andere toezichthoudende instantie primair bevoegd is onderzoek naar deze misstand in te stellen.² Nu dit in de meeste zaken het geval zal zijn, valt de werknemer-klokkenluider nog steeds terug op de huidige mogelijkheden. Indien deze hindernis al wordt overbrugd, geldt dat een onderzoek door het Huis een jaar in beslag kan nemen (art. 8 lid 1) en dat de aanbevelingen die hieruit volgen geen vaststelling van civielrechtelijke of strafrechtelijke aansprakelijkheid van de werkgever met zich brengt (art. 8 lid 3). Dat geldt ook voor het onderzoek naar de wijze waarop de werknemer is bejegend. In geen

^{*} Mr. drs. A.M. Helstone is partner bij Stibbe.

1. Art. 18 Tweede Wetsvoorstel. Oorspronkelijk voorzag het Eerste Wetsvoorstel ook in een voorstel tot een opzegverbod dat gesneuveld is en niet meer is teruggekeerd in het Tweede Wetsvoorstel. Ook het voorstel tot financiële bescherming in de vorm van een Fonds voor klokkenluiders maakt niet langer deel uit van de voorgestelde wettelijke regeling in het Tweede Wetsvoorstel. Van Uden behandelt elders in deze bundel de wenselijkheid van financiële bescherming van klokkenluiders. Zie ook de kanttekeningen van Verhulp bij de vraag of aan klokkenluiders financiële bescherming zou moeten toekomen in E. Verhulp: 'Steunt het arbeidsrecht klokkenluiders onvoldoende?', *TAO* 2013, afl. 3, p. 83. Alleen de institutionele bescherming van het Huis (zie hierna) en de benadelingsbescherming zijn dus in het Tweede Wetsvoorstel gehandhaafd.
2. Ik ga in par. 6.4 bij behandeling van het benadelingsverbod uitvoerig in op de instanties die onder dit begrip vallen. Hieruit blijkt dat het om een zeer ruim begrip gaat. Om die reden zal het Huis naar verwachting zaken in de meeste gevallen moeten doorverwijzen. Ik wijs hier verder op de samenwerkingsprotocollen tussen het Huis en deze instanties (waaronder ook het OM) waarin het Tweede Wetsvoorstel voorziet (art. 17a en 17b). Hieraan besteed ik verder geen aandacht in deze bijdrage.

van beide onderzoeken levert dit juridisch afdwingbare bescherming voor de positie van de werknemer op.³

Anders is dit voor het benadelingsverbod van het voorgestelde art. 7:658c BW dat zal gelden tijdens en na behandeling van een melding bij de werkgever of bij het Huis of een andere bevoegde instantie. Op dit moment ontbreekt een wettelijke grondslag die de handelwijze van klokkenluiders normeert en verduidelijkt in welke gevallen zij aanspraak kunnen maken op bescherming. Het huidige wettelijke beschermingskader voor klokkenluiders bestaat namelijk op dit moment uit de algemene toetsingsnorm van art. 7:611 BW.⁴ De jurisprudentie laat zien dat zich steeds verschillende vragen voordoen bij de vraag of externe openbaarmaking van een misstand wel proportioneel is en onder welke voorwaarden een klokkenluider aanspraak kan maken op bescherming.

In deze bijdrage staan de volgende vragen centraal. Welke procedurele stappen moet een werknemer nemen om aanspraak te maken op de benadelingsbescherming van art. 7:658c BW? In welke gevallen moet openbaarmaking van een misstand bij derden proportioneel worden geacht?⁵ In dit verband is relevant dat de voorgestelde wettelijke regeling van het benadelingsverbod in art. 7:658c BW refereert aan benadelingsbescherming bij melding bij de *'daartoe bevoegde instantie'*. Zou een externe melding aan een bij de wet aangewezen toezichthoudende instantie niet zonder meer proportioneel moeten worden geacht, juist omdat deze instantie over wettelijke bevoegdheden beschikt om in te grijpen bij misstanden?

Interessant in dit verband is de benadering in het Verenigd Koninkrijk waar klokkenluiders bescherming kunnen ontleen aan een wettelijke regeling bij externe melding van misstanden aan zogenoemde *'prescribed regulators'*. Deze regels zijn verankerd in de Britse Public Interest Disclosure Act ('PIDA') die sinds 1998 van kracht is in het Verenigd Koninkrijk en door de Raad van Europa en het Europees Hof voor de Rechten van de Mens ('EHRM') als gezaghebbend voorbeeld binnen de lidstaten wordt beschouwd. Ook in Nederland heeft de PIDA navolging gekregen bij klokkenluidersinitiatieven zoals de aanbevelingen van de Stichting van de Arbeid ('STAR-verklaring')⁶ die mede als basis hebben gediend voor de voorwaarden van het voorgestelde benadelingsverbod. De relevantie van de PIDA voor deze bijdrage is dat deze wet uitgaat van bescherming van klokkenluiders indien externe melding

3. Bij de institutionele meerwaarde van het Huis zijn dan ook de nodige kanttekeningen te plaatsen.
4. Centraal staat in deze bijdrage het benadelingsverbod voor werknemers met een civielrechtelijke dienstbetrekking ex art. 7:610 BW. Ik ga verder dus niet in op de positie van de ambtenaar-klokkenluider, behalve bij bespreking van de jurisprudentie van het EHRM in par. 6.3 omdat deze interessante perspectieven biedt op de wegingscriteria die het EHRM heeft geformuleerd om vast te stellen of aan een klokkenluider bescherming toekomt. Zie voor de ontwikkeling van de gedachten die in (oudere) literatuur zijn opgeworpen over de vraag of er een expliciete wettelijke grondslag voor klokkenluidersbescherming in het civiele arbeidsrecht zou moeten worden geïntroduceerd bijvoorbeeld: J.M. van Slooten, 'De klokkenluider en de rechter', SR 2000, afl. 6, p. 172, A.F. Verdam, 'Bescherming van klokkenluiders: welke regels en procedures (dienen te) gelden?', *ArbeidsRecht* 2001/3, F.B.J. Grapperhaus, 'De klokkenluider en zijn broodnodige bescherming', *Ondernemingsrecht* 2000, p. 235, F.C. van Uden, 'De klok en de klepel', SR 2004, afl. 1, 3, p. 14-20, R. van Steenberghe, 'Wie beschermt de klokkenluider?', *SMA* 2006, p. 494-506 en E.S. de Bock, 'For whom the bell tolls', *TvCo* 2011, afl. 4/5, p. 199-202.
5. Zie voor de eerste schreden binnen de gedachtenexercitie in de literatuur over de vraag in welke gevallen een klokkenluider bescherming zou moeten ontleen en de verschillende dilemma's die dit oproept L. Timmerman, 'De klokkenluidende werknemer', *TVVS* 1997/180.
6. Verklaring inzake het omgaan met vermoedens van misstanden in ondernemingen van de Stichting van de Arbeid van 3 maart 2010 (geactualiseerde versie van de eerdere versie van deze verklaring d.d. 24 juni 2003), publicatienr. 1/10.

is gedaan van zogenaamde '*prescribed regulators*', oftewel bij de wet aangewezen toezichthoudende instanties die primair zijn aangesteld om onderzoek te doen naar misstanden. Een relevante vraag is dan of het benadelingsverbod niet zou moeten worden beperkt tot dergelijke '*prescribed regulators*' en of dit zo is beoogd in het Tweede Wetsvoorstel.⁷

6.2 Opbouw en afbakening

Voor een goed begrip, zal in par. 6.3 eerst worden stilgestaan bij het huidige wettelijke beschermingskader voor klokkenluiders en de belangrijkste aandachtspunten die hiervoor gelden. In het licht van de centrale vraagstelling zal hierbij ook de klokkenluidersjurisprudentie van het EHRM en de Hoge Raad worden belicht. Deze jurisprudentie verduidelijkt welke aandachtspunten gelden bij externe openbaarmaking. Daarna leid ik in de vierde paragraaf eerst kort de voorwaarden voor benadelingsbescherming onder het voorgestelde art. 7:658c BW in. Het zwaartepunt ligt daarna op de centrale vraagstelling en met name het belang dat zou moeten worden toegekend aan de voorwaarde van een externe melding van een misstand bij een 'daartoe bevoegde instantie'.⁸ Tevens zal worden stilgestaan bij de uitleg van dit begrip en welke toezichthoudende instanties hier redelijkerwijs onder zouden moeten vallen. In dit licht zal ook worden ingegaan op de benadering uit de PIDA voor klokkenluidersbescherming bij externe melding van misstanden aan '*prescribed regulators*'. Tot slot zal worden ingegaan op de vraag of een externe openbaarmaking van een misstand bij andere 'derden' zoals de media ook bescherming onder het benadelingsverbod zou moeten opleveren. Deze bijdrage zal worden afgesloten met de kernbevindingen in het licht van de centrale vraagstelling.

7. Overigens wordt in Nederland verder nagedacht over klokkenluidersregelingen in het financieel toezicht. Deze regelingen staan los van de arbeidsrechtelijke benadelingsbescherming voor klokkenluiders die met art. 7:658c BW wordt beoogd. AFM heeft hiertoe de Minister van Financiën gevraagd de mogelijkheden hiervan te verkennen. AFM is voorstander van een klokkenluidersregeling in combinatie met een schikkingsmogelijkheid of zogenoemde clementieregeling. Zie hiervoor: Wetgevingsbrief 2014 van de Autoriteit Financiële Markten aan het Ministerie van Financiën 10 juli 2014 en Wetgevingsbrief op het terrein van de financiële markten van de Minister van Financiën aan de Voorzitter van de Tweede Kamer 15 juli 2014. Zie voor een recente bespreking van het voorstel van AFM en de verhouding tot huidige mogelijkheden van misstanden aan DNB en AFM ook A.B. Schoonbeek, 'Een klokkenluidersregeling in het financiële toezicht: point of no return!', *TvCo* 2014, afl. 5, p. 312-316.

8. Voor de goede orde: art. 7:658c BW behandelt (zoals ook uit par. 6.4 zal blijken) verschillende voorwaarden voor benadelingsbescherming. De reikwijdte van deze bijdrage is echter uitdrukkelijk beperkt tot de hiervoor genoemde centrale vraagstelling en de externe melding aan een 'daartoe bevoegde instantie'. Verder behandel ik hier in deze bijdrage niet fundamentele arbeidsrechtelijke vragen zoals de vraag naar de verhouding tussen art. 7:611 BW en het voorgestelde art. 7:658c BW en de toegevoegde waarde van deze toevoeging. Daarover valt nog wel het nodige te zeggen, maar deze vallen buiten het bestek van deze bijdrage. Voor het overige verwijs ik naar de bijdrage van Govaert die een geheel ander perspectief voor het benadelingsverbod kiest en zal ingaan op de voorwaarde die het benadelingsverbod eist aan de goede trouw van de klokkenluider en de wijze waarop dit zou moeten worden afgewogen. Zij maakt in dat verband een vergelijking met de PIDA op dit terrein en de benadering die daar wordt gekozen voor de eis van de goede trouw. Verder behandelt Verdam elders in deze bundel de voorwaarden voor interne melding van misstanden binnen de onderneming van de werkgever. Ook dat biedt een ander perspectief dan deze bijdrage waarin het zwaartepunt juist ligt op de aandachtspunten bij externe melding.

6.3 Huidig wettelijk beschermingskader

Algemene zorgvuldigheidsnorm van artikel 7:611 BW

Zoals eerder in de inleidende paragraaf is opgemerkt, is civielrechtelijke bescherming voor werknemers bij klokkenluiden vooralsnog niet specifiek geregeld in een wettelijke grondslag. Hiervoor wordt thans teruggevallen op de algemene norm van art. 7:611 BW. Deze norm is de arbeidsrechtelijke specialis van de redelijkheids- en billijkheidsnorm uit het verbintenissenrecht van art. 6:2 BW en 6:248 BW: de werkgever en de werknemer verbinden zich om zich over en weer als goed werkgever en goed werknemer te gedragen.⁹ Op grond hiervan mag van de werknemer discretie en loyaliteit worden verwacht ten opzichte van de werkgever. Meer in het algemeen verplicht hij zich bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst om de belangen van de werkgever niet te schaden. De werkgever heeft namelijk een redelijk belang bij bescherming van al hetgeen vertrouwelijk is en betrekking heeft op zijn onderneming. Uitgangspunt is dan ook dat het bedrijfsdebet van de werkgever dient te worden beschermd.¹⁰

Bij klokkenluiden is derhalve steeds de vraag in hoeverre de werknemer aanspraak maakt op bescherming tegen benadeling omdat hij bij externe openbaarmaking van een misstand binnen de onderneming zijn geheimhoudingsverplichting schendt. Die verplichting geldt, ongeacht of deze contractueel is afgesproken. De geheimhoudingsverplichting is immers onlosmakelijk verbonden met de loyaliteitsverplichting van art. 7:611 BW.¹¹ Schending van geheimhouding kan draconische civielrechtelijke en strafrechtelijke sancties tot gevolg hebben.

Sancties bij overtreding geheimhoudingsverplichting

Civielrechtelijk kan de werknemer op grond van art. 7:678 lid 2 sub i BW wegens dringende redenen op staande voet worden ontslagen 'wanneer hij bijzonderheden aangaande de huishouding of het bedrijf van de werkgever, die hij behoorde geheim te houden, bekend maakt.' In de praktijk doen werkgevers dan ook bij ontslag op staande voet van klokkenluiders vaak een beroep op deze wettelijke bepaling. Ook strafrechtelijk gezien zijn er risico's; overtreding van geheimhouding is voor

9. Zie hierover bijvoorbeeld: G.J.J. Heerma van Voss, *Goed werkgeverschap als bron van vernieuwing in het arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 1999 en D.J.B. de Wolff, *Goed werknemerschap*, Deventer: Kluwer 2007, p. 164-165.
10. Zie hiervoor E. Verhulp, 'Zoals de klokkenluider thuis luidt...', in: A.W. Hins & A.J. Nieuwenhuis, *Van ontvanger naar zender, opstellen aangeboden aan prof. mr. J.M. de Meij*, Amsterdam: Otto Cramwinckel 2003, p. 358. De geheimhoudingsplicht werkt ook na afloop van de arbeidsovereenkomst, zie voor een illuster voorbeeld Rb. Amsterdam 16 augustus 1995, *JAR* 1995/208 (*Greenpeace/Kotte*).
11. Zie bijvoorbeeld O. van der Kind, 'Enkele gedachten over de waarde van het geheimhoudingsbeding', in: J.H. Even, A.R. Houweling e.a. (red.), *Arbeidsrechtelijke bedingen* (themabundel TAP), Den Haag: Sdu Uitgevers 2012, p. 163-175, E. Verhulp, *Grondrechten in het arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 1999, p. 112-123 en De Wolff 2007, p. 164-165. Overigens geldt voor leden van de ondernemingsraad een bijzondere geheimhoudingsverplichting op grond van art. 20 WOR. In deze bijdrage besteed ik geen aandacht aan de eerste klokkenluiderszaak waarin de Hoge Raad een arrest wees in 1990: Meijer/De Schelde, HR 20 april 1990, *NJ* 1990/702, m.nt. Stein. Hier ging het om een OR-lid die zijn geheimhoudingsplicht had geschonden en een brief aan de regering met afschrift aan de pers had gestuurd over zijn zorgen over de continuïteit van de onderneming van zijn werkgever. Een vergelijkbare geheimhoudingsplicht als die van art. 20 WOR geldt voor leden van de Europese ondernemingsraad op grond van art. 4 WEOR. Ook gelden er in bijzondere beroepsgroepen zoals advocaten, artsen en accountants bijzondere geheimhoudingsverplichtingen. Binnen het bestek van deze bijdrage zal ik hier verder niet op ingaan.

(voormalige) werknemers strafbaar gesteld op grond van art. 273 Wetboek van Strafrecht (Sr). Hiervoor geldt een uitzondering indien de werknemer te goeder trouw handelt en mag aannemen dat het maatschappelijk belang is gediend bij de schending van zijn geheimhoudingsplicht. Overigens geldt er op grond van het strafrecht een verplichting tot aangifte bij ernstige misdrijven (art. 160 Wetboek van Strafvordering (Sv)) en een bevoegdheid (art. 161 Sv) om aangifte hiervan te doen.

Beperking reikwijdte geheimhoudingsverplichting: grondrechten en uitingsvrijheid

Onverminderd het voorgaande is de geheimhoudingsverplichting van de werknemer echter niet absoluut. De werkgever kan hierop dus geen onbegrensd beroep doen. De reikwijdte van deze verplichting wordt in ieder geval begrensd door het grondrecht van de uitingsvrijheid van art. 7 Gw en art. 10 EVRM.¹²

Dit grondrecht¹³ is ook van belang voor de rechtspositie van de klokkenluider en is als zodanig ook in de jurisprudentie van het EHRM uitdrukkelijk erkend.¹⁴ Verhulp, een cruciale wegbereider voor gedachtenvorming over de plaats van uitingsvrijheid in het arbeidsrecht, heeft in zijn dissertatie uit 1996 het onderscheid tussen verschillende uitingen belicht.¹⁵ Dat onderscheid richt zich op *public speech* en *private speech*. Dit onderscheid is van belang bij de vraag of een beperking van uitingsvrijheid is toegestaan. Uit de jurisprudentie van het EHRM volgt dat een inbreuk op een uiting die tot *private speech* moet worden gerekend eerder gerechtvaardigd zal zijn. Anders ligt dit bij *public speech*; uitingen van publiek belang (*public interest*) hebben op grond van art. 10 EVRM en in de jurisprudentie van het EHRM een duidelijk bevoorrechte positie (*preferred position*).¹⁶ Het belang van uitingen die tot *public speech* moeten worden gerekend, maakt dat het grondrecht van art. 10 EVRM ook door klokkenluiders kan worden ingeroepen indien zij benadeling ondervinden. Voor een goed begrip geef ik hieronder het deel van de tekst van art. 10 lid 1 EVRM weer dat relevant is voor de positie van klokkenluiders:

‘Dit recht omvat de vrijheid een mening te koesteren en de vrijheid om inlichtingen of denkbeelden te ontvangen of te verstrekken, zonder inmenging van enig openbaar gezag en ongeacht grenzen.’

12. Het equivalent van art. 10 EVRM op VN-niveau is art. 19 Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (IVBPR). Ik bespreek deze verdragsbepaling hier niet, omdat de primaire verdragsgrondslag voor het EHRM in klokkenluiderszaken is gebaseerd op art. 10 EVRM.

13. Zie over gedachtenvorming over grondrechten in het arbeidsrecht ook P.F. van der Heijden, *Grondrechten in de onderneming*, Deventer: Kluwer 1988.

14. Zie hiervoor in ieder geval de dissertatie van E. Verhulp, *Vrijheid van meningsuiting van werknemers en ambtenaren*, Den Haag: Sdu Uitgevers 1996.

15. Verhulp 1996, p. 85-87. Zie hiervoor ook J.A. Peters, *Het primaat van de vrijheid van meningsuiting. Vergelijkende aspecten Nederland/Amerika*, Nijmegen 1981, p. 214. J.A. Peters, ‘Over ‘Public Speech’ and ‘Public Figure’’, in: Hins & Nieuwenhuis 2003, p. 273-293 en J.M. de Meij, A.W. Hins & G.A.I. Schuijt, *Uitingsvrijheid. De vrije informatiestroom in grondwettelijk perspectief*, Amsterdam: Otto Cramwinckel 2000.

16. Dat is, zoals hierna bij bespreking van het *Quirijns/TGB*-arrest, anders bij de beoordelingsmaatstaf die de Hoge Raad aanlegt; het grondrecht van vrijheid van meningsuiting neemt geen *preferred position* in. De norm van art. 7:611 BW staat hierbij voorop.

Het deel dat zich richt op het grondrecht om ‘inlichtingen’ te ‘verstrekken’ is relevant bij klokkenluiden, i.e. externe openbaarmaking aan derden van vertrouwelijke informatie die betrekking heeft op de onderneming van de werkgever. Hierbij moet het wel gaan om ‘inlichtingen’ die van publiek belang zijn en dus tot *public speech* behoren. Het prijsgeven van vertrouwelijke informatie die betrekking heeft op de onderneming van de werkgever zonder dat hierbij een publiek belang in het geding is, behoort dus niet tot *public speech*, maar tot *private speech*.¹⁷ Uit de jurisprudentie van het EHRM volgt dat een beperking van *private speech* eerder geoorloofd zal zijn. In dat geval laat het EHRM ruimte voor een zekere *margin of appreciation* aan de lidstaten bij inperkingen op het grondrecht van de uitingsvrijheid.¹⁸ Indien er dus geen maatschappelijk belang in het geding is, maar sprake is van een arbeidsconflict, zal een beroep van een werknemer op art. 10 EVRM in beginsel niet slagen.¹⁹

Opvallend in de Nederlandse rechtspraak is dat het grondrecht van art. 10 EVRM niet rechtstreeks wordt meegewogen bij de beoordeling van klokkenluiderszaken.²⁰ Uitgangspunt voor de Nederlandse rechter is de algemene toets van art. 7:611 BW, waarbij de loyaliteit en discretieverplichting van de werknemer vooropstaan bij de beoordeling of schending hiervan bij klokkenluiden gerechtvaardigd is.²¹ Op zichzelf is dit niet verwonderlijk; uitgangspunt is dat het EHRM grondrechten uitsluitend in verticale verhoudingen tussen overheid en burger toetst en niet in horizontale verhoudingen, zoals die tussen werkgever en werknemer.²² Art. 10 EVRM heeft dus in beginsel geen directe horizontale werking. Van belang is dat het EHRM wel horizontale werking construeert uit de positieve verdragsverplichtingen van lidstaten om de naleving van verdragsrechten binnen de eigen jurisdictie te verzekeren.²³ In de jurisprudentie van het EHRM²⁴ is bepaald dat art. 10 EVRM ook kan worden meegewogen in klokkenluiderszaken en aan deze verdragsbepaling moet worden getoetst.

17. Verhulp 1996, p. 85.

18. Zie over het leerstuk van *margin of appreciation* en uitingsvrijheid: A.J. Nieuwenhuis, ‘Vrijheid van meningsuiting’, in: *Grondrechten, de nationale, Europese en internationale dimensie*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2013, p. 69-101 en J.H. Gerards, ‘Artikel 10 EVRM – Vrijheid van meningsuiting’, in: J.H. Gerards e.a. (red.), *SDU Commentaar EVRM-Deel 1, materiele bepalingen*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2013.

19. Zie hiervoor bijvoorbeeld EHRM 12 september 2011 (*Palomo Sánchez e.a./Spanje*, m.nt. R.O. Fathaigh) waar volgens het EHRM niet (unaniem) vast kwam te staan dat er een maatschappelijk belang in het geding was en het beroep op bescherming onder art. 10 EVRM in dit geval strandde omdat werd geoordeeld dat sprake was van een arbeidsconflict.

20. Zie hierover Verhulp 1999 en ook F.C. van Uden, ‘De ondraaglijke stilte van de vrijheid van meningsuiting in het arbeidsrecht’, *ArbeidsRecht* 2006/7.

21. Zie Verhulp 1999, p. 41-59.

22. Zie hiervoor opnieuw Nieuwenhuis 2013 en T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik & E.R. Rieter, *Procederen over mensenrechten onder het EVRM, het IVBPR en andere VN-verdragen*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2008.

23. Zie opnieuw Verhulp 1996, Verhulp 1999 en Nieuwenhuis 2013.

24. Zie voor de afgelopen jaren: EHRM 29 mei 2000, *EHRC* 2000/34 (*Fuentes Bobo/Spanje*, m.nt. J.H. Gerards); EHRM 14 maart 2002, *EHRC* 2002/44 (*Diego Nafria/Spanje*, m.nt. Verhey); EHRM 12 februari 2008, *EHRC* 2008/67 (*Guja/Moldavië*, m.nt. E. Geurink); EHRM 21 juli 2011, *EHRC* 2011/140 (*Heinisch/Duitsland*); EHRM 12 september 2011, *EHRC* 2011/148 (*Palomo/Sánchez/Spanje*, m.nt. R.O. Fathaigh); EHRM 18 oktober 2011, *NJ* 2012/562 (*Sosnowska/Polen*, m.nt. E.A. Alkema); EHRM 9 oktober 2012, *EHRC* 2013/12 (*Szima/Hongarije*, m.nt. F. Dorsssemont) en EHRM 21 oktober 2014, *EHRC* 2015/12 (*Matuz/Hongarije*). Binnen het bestek van deze bijdrage zijn Guja/Moldavië en Heinisch/Duitsland de meest relevante uitspraken omdat het EHRM zich in deze zaken voor het eerst heeft uitgesproken over de positie van zowel de ambtenaar-klokkenluider en de werknemer-klokkenluider en hierin zes afwegingscriteria voor de beoordeling van klokkenluiderszaken heeft geformuleerd.

In de arbeidsrechtelijke literatuur is meerdere malen voor directe werking van grondrechten gepleit²⁵ en erop gewezen dat het grondrecht van art. 10 EVRM juist in klokkenluiderszaken bescherming aan werknemers biedt.²⁶

Het EHRM heeft zich in twee zaken uitgesproken over de positie van (i) de ambtenaar-klokkenluider (*Guja/Moldavië*) en (ii) de werknemer-klokkenluider (*Heinisch/Duitsland*)²⁷ Hierin heeft het EHRM zes afwegingscriteria geformuleerd om vast te stellen of aan een klokkenluider bescherming toekomt. Deze criteria gelden, ongeacht of het gaat om een ambtelijke of private arbeidsverhouding. Het EHRM overweegt hiervoor eerst dat, ongeacht of de rechtsverhouding als een ambtelijke of private arbeidsverhouding moet worden gekwalificeerd, bij het vermoeden van een misstand van een werknemer discretie en loyaliteit mag worden verwacht. Dat brengt met zich dat een werknemer zich eerst tot zijn leidinggevende dient te wenden. Het vermoeden van een misstand moet dus eerst intern worden gemeld. Slechts als een interne melding *clearly impracticable* (onmiskienbaar onuitvoerbaar) is, vervalt de verplichting tot discretie en loyaliteit. In dat geval bestaat er in beginsel een grondslag voor externe openbaarmaking van de misstand.

In de zaak *Guja* ging het om een ambtenaar die werkzaam was op het bureau van de procureur-generaal in Moldavië waar ernstige problemen waren met betrekking tot corruptie binnen het justitiële apparaat. *Guja* neemt kennis van twee vertrouwelijke brieven van de vicevoorzitter van het Moldavische parlement en de staatssecretaris die aan de procureur-generaal gericht waren. Beide brieven waren erop gericht om de vervolging te voorkomen van een aantal politieagenten die werden verdacht van machtsmisbruik. Kort daarvoor heeft de Moldavische president een oproep gedaan om corruptie tegen te gaan bij een bijeenkomst van ambtenaren waar *Guja* aanwezig was. *Guja* stuurt deze brieven vervolgens door aan een lokaal dagblad dat mede op basis hiervan een artikel publiceerde over de corruptieproblemen. *Guja* werd daarop op staande voet ontslagen.

Ook in de *Heinisch*-zaak draaide het om een schrijnend geval. *Heinisch* was werkzaam als verpleegster bij *Vivantes*, een geriatrische inrichting voor ouderen. Uit een rapport van de Duitse zorginspectie bleek dat de kwaliteit van de zorg te wensen overliet. *Heinisch* vroeg hiervoor aandacht bij de directie van *Vivantes* die hierop geen verdere actie nam. Zij raakte overspannen en diende een strafklacht in bij het Duitse Openbaar Ministerie (OM) tegen *Vivantes*. Uit het feitencomplex blijkt dat *Heinisch* met de strafklacht persoonlijke strafrechtelijke aansprakelijkheid wilde voorkomen. Het OM onderneemt echter in eerste instantie geen verdere actie.

25. O.m. Verhulp 1999.

26. Verhulp en Van Uden behoren tot de belangrijkste pleitbezorgers: Verhulp 1996; Verhulp 1999. Van Uden 2006 en zie ook F.C. van Uden, 'Klokkenluiden: verder van huis met het Huis (1) en (2)', *ArbeidsRecht* 2013/18 en *ArbeidsRecht* 2013/24. Ook een recente zaak waar de werknemer een beroep deed op klokkenluidersbescherming laat zien dat art. 10 EVRM in Nederlandse rechtspraak niet aan de orde komt: Hof Amsterdam 4 november 2014, *JAR* 2015/8 (*Regge Zekerheidsholding BV*), m.nt. I.J. de Laat.

27. EHRM 12 februari 2008, *EHRM* 2008/67 (*Guja/Moldavië*, m.nt. E. Geurink) en EHRM 21 juli 2011, *EHRM* 2011/140 (*Heinisch/Duitsland*). Zie voor andere commentaren ook E.A. Alkema in *NJ* 2008/305 bij de *Guja*-zaak en F. Dorssmont in *ArA* 2011/3, p. 66-93 en E.J. Dommering in *NJ* 2012/282 bij de *Heinisch*-zaak.

Vervolgens laat Vivantes Heinisch weten dat zij een einde wil maken aan het dienstverband vanwege het frequente ziekteverzuim van Heinisch. Daarop wendt Heinisch zich tot haar vakbond die een pamflet verspreidt. In dit pamflet wordt in niet mis te verstane woorden verwezen naar de vermeende misstanden binnen Vivantes en ook naar de strafklacht die Heinisch hierover had ingediend bij het OM. Dit zou de werkelijke reden zijn van het ontslag. Op dat moment loopt de opzegtermijn van het dienstverband nog, maar zodra Vivantes kennis neemt van het pamflet ontslaat zij Heinisch op staande voet. Zij beroept zich hierbij op schending van de geheimhoudingsplicht. De zaak ontketent in Duitsland een stortvloed aan media-aandacht.

In beide zaken stond vast dat het verder afwachten van een interne melding voor Guja en Heinisch vruchteloos zou zijn omdat de leiding op de hoogte was van de misstand. Het EHRM acht in deze zaken externe openbaarmaking via de media (Guja) en een pamflet via de vakbond (Heinisch) gerechtvaardigd, omdat alternatieve wegen uitgeput en *clearly impracticable* zijn.

Het EHRM heeft in samenhang met bovenstaande uitgangspunten onderstaande zes afwegingscriteria²⁸ geformuleerd om te beoordelen of de handelwijze van een klokkenluider op bescherming mag rekenen.

1. *Het ultimum remedium criterium*

Uitgangspunt van de arbeidsverhouding is dat discretie en loyaliteit van de werknemer mag worden verwacht ten opzichte van zijn werkgever (*duty of loyalty, reserve and discretion*). Hoofregel is dan ook dat eerst intern moet worden geklaagd bij een leidinggevende of andere competente autoriteit of orgaan (*other competent authority or bod*). Slechts als dit zonder twijfel onuitvoerbaar (*clearly impracticable*) is, vervalt de verplichting tot discretie en loyaliteit en levert dit een grond voor openbaarmaking aan derden op. Externe melding buiten de onderneming van de werkgever is dus slechts toegestaan als *ultimum remedium* en zodra redelijkerwijs vaststaat dat er geen alternatieve wegen meer open staan.

2. *Het public interest criterium*

Het moet gaan om een zaak van maatschappelijk belang. Een arbeidsconflict of kritiek op het beleid van de onderneming vallen niet onder de reikwijdte van dit criterium.²⁹

28. Dommering heeft er in zijn annotatie bij de Heinisch-zaak mijns inziens terecht op gewezen dat nationale arbeidsrechtshouders deze afwegingscriteria dienen na te lopen bij de beoordeling van klokkenluiderszaken (zie voetnoot 27). Zie ook Van Uden 2013 (1) en (2) die zich nog scherper uitlaten met een oproep aan werknemersadvocaten om een beroep te doen op art. 10 EVRM in klokkenluiderszaken, gelet op de criteria van het EHRM. Uit de parlementaire geschiedenis van het Tweede Wetsvoorstel, blijkt ook dat de regering eraan hecht dat art. 10 EVRM en de jurisprudentie van het EHRM worden meegewogen door de rechter. Zie hierover *Kamerstukken II* 2014/15, 34105, 7, p. 23. In de hiernavolgende paragraaf wordt hier verder op ingegaan bij bespreking van de reikwijdte van het benadelingsverbod.

29. Voorbeeld is opnieuw EHRM 12 september 2011, EHRC 2011/148 (*Palomo Sánchez/Spanje*, m.nt. R.O. Fathaigh). In deze zaak was sprake van een persoonlijk conflict met leidinggevend en hadden de betrokken werknemers een nieuwsbrief verspreid onder het personeel. In dit geval werd geen 'public interest' van klokkenluiders aangenomen. Hier en ook in andere zaken was sprake van samenloop tussen de vrijheid van meningsuiting van art. 10 EVRM en de vrijheid van vakvereniging

3. Het betrouwbaarheids criterium

De informatie waarover de werknemer beschikt, moet betrouwbaar zijn.

4. Het goede trouw criterium

Er moet sprake zijn van zuivere motieven bij de werknemer.

5. Het schadecriterium

Bij de externe melding dient rekening te worden gehouden met reputatieschade voor de werkgever.

6. Het evenredigheids criterium

Op basis van dit criterium dient de rechter te toetsen of een sanctie evenredig is aan de hand van de omstandigheden van het geval. Ontslag van een werknemer naar aanleiding van het melden van een misstand is het zwaarste middel en geldt als uiterste sanctie.³⁰ In dit verband wijst het EHRM op het *chilling effect* op andere werknemers dat hen ervan zou kunnen weerhouden om misstanden aan de orde te stellen.

Opvallend in beide zaken is dat het gaat om een bijzonder feitencomplex dat externe melding via de media (Guja) en een vakbondspamflet (Heinisch) naar het oordeel van het EHRM noodzakelijk maken. In het geval van Guja ging het om een ambtenaar die binnen het Moldavische justitiële apparaat werkzaam was en waarbij overheidsvertegenwoordigers zelf betrokken waren bij de misstanden. In de Heinisch-zaak was zowel de zorginspectie als het OM op de hoogte van de vermeende misstanden binnen Vivantes. Dat maakt beide casusposities mijns inziens bijzonder en hieruit kan niet zonder meer worden afgeleid dat het EHRM in alle gevallen externe openbaarmaking via de media gerechtvaardigd acht. De hiervoor genoemde zes afwegingscriteria zullen door nationale rechters steeds per geval moeten worden toegepast om vast te stellen of er geen alternatieve en minder vergaande wegen voorhanden waren dan tot externe openbaarmaking over te gaan. Met name in het licht van het *ultimum remedium* criterium zal moeten worden bezien of de door de werknemer gekozen weg wel passend is.

Huidige Nederlandse rechtspraak

Op grond van de algemene toets van art. 7:611 BW is ook in de Nederlandse rechtspraak als hoofdregel aanvaard dat de werknemer eerst intern een misstand aan de orde moet stellen, alvorens over te gaan tot externe melding.³¹ De ratio hiervan is dat dit de voor de werkgever minst schadelijke weg is; op deze manier is de werkgever in staat actie te ondernemen en de misstand zelf intern op te lossen.³² Deze procedurele volgorde (voorafgaand aan externe melding eerst interne melding) is in overeenstemming met de hiervoor besproken jurisprudentie van het EHRM. Deze hoofdregel van voorafgaand interne melding is gebaseerd op een

van art. 11 EVRM en plaatst het EHRM de zaak niet in het perspectief van klokkenluidersbescherming. Zie hiervoor bijvoorbeeld ook EHRM 9 oktober 2012, EHRC 2013/12 (*Szima/Hongarije*, m.nt. F. Dorssemont).

30. Overigens heeft het EHRM aan zowel Guja als Heinisch een schadevergoeding toegekend van € 10 000. Deze mogelijkheid tot toekenning van schadevergoeding vloeit voort uit art. 41 EVRM.
31. Zie bijvoorbeeld Ktr. Tiel 10 februari 1999, JAR 199/223 (SMC/Rijnders), Ktr. Alkmaar 1 juli 2002, JAR 2002/157 (*Schaap/NRG*) en Ktr. Maastricht 8 juli 2004, JAR 2004/214 (*Lenssen/Vijverdal*).
32. Verhulp 1996, p. 175-188.

breed gedragen beginsel dat ook in het buitenland ten grondslag ligt aan klokkenluidersregelingen.³³

In het *Quirijns/Theodoor Gillissen Bank*-arrest uit 2012,³⁴ formuleerde de Hoge Raad twee belangrijke uitzonderingen op deze hoofdregel.³⁵ In deze zaak ging het om Quirijns, een bankier die erachter kwam dat de bank zich schuldig maakte aan overtredingen van wettelijke regels uit hoofde van de Wet op het financieel toezicht (Wft).³⁶ Een klant die hij in zijn functie adviseerde dreigde hiervan de dupe te raken. Quirijns raakte in conflict met de bank. Dat liep zo hoog op dat hij zich genoodzaakt zag om ontslag op staande voet te nemen. Zijn ontslag bevestigt Quirijns in een e-mail aan de bank; afschrift hiervan stuurt hij in blind copy aan de betrokken klant. De bank ontdekt dit en vordert schadevergoeding van Quirijns wegens schending van zijn geheimhoudingsplicht. De klant vordert schadevergoeding van de bank en beroept zich hierbij ook op de stellingen van Quirijns over de vermeende misstanden. Nadat de bank rechtsmaatregelen tegen hem had ingesteld, licht Quirijns pas de aandeelhouder van de bank en de AFM in. In de procedure tegen de bank, beroept Quirijns zich op de wettelijke regels van de Wft³⁷ en de interne compliance regels van de bank die hem zouden verplichten om rechtstreeks de klant in te lichten. Zowel de kantonrechter als het hof oordelen dat de handelwijze van Quirijns niet gerechtvaardigd is. Echter, de Hoge Raad casseert het arrest van het hof omdat het de uitspraak te kort door de bocht had gemotiveerd. In het arrest overweegt de Hoge Raad dat de loyaliteitsnorm van art. 7:611 BW vooropstaat. Interne melding zou dus uitgangspunt moeten zijn. In gevallen als die van Quirijns, zo overweegt de Hoge Raad, valt echter niet in te zien welk heil nog zou kunnen worden verwacht van een interne melding als de directie zelf op de hoogte en betrokken is bij de misstand.³⁸ Uitzonderingen op de hoofdregel van interne melding doen zich voor indien sprake is van (i) wettelijke of interne regels binnen de onderneming die tot externe melding verplichten of (ii) indien de directie zelf betrokken is bij de misstand. De uitkomst van het arrest is in overeenstemming met de jurisprudentie van het EHRM; als interne melding *clearly impracticable* is zoals in deze uitzondering geformuleerd kan direct tot externe melding worden overgegaan. In cassatie kwam de Hoge Raad echter niet toe aan de vraag of melding aan de klant hier wel gerechtvaardigd was en of een alternatieve weg voor Quirijns via de

33. Verhulp 2003, p. 366. Zie voor een rechtsvergelijkend overzicht ook F.C. van Uden, *Whistleblowers en klokkenluiders: de rechtsbescherming van werknemers en ambtenaren in de VS, het Verenigd Koninkrijk en Nederland*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2003.

34. In navolging van het *Meijer/De Schelde*-arrest uit 1990 is dit de tweede klokkenluiderszaak, waarin het kwam tot een arrest van de Hoge Raad. Zie voor commentaren over de arbeidsrechtelijke positie van de klokkenluider bij dit arrest: K. Hakvoort, *JIN* 2012/10, A.M. Helstone, 'De reikwijdte van de geheimhoudingsplicht', *ArA* 2013, afl. 2, p. 62-86, I.J. de Laat, *JAR* 2012/313, J.N. Stamhuis, *TRA* 2013/7 en Van Uden 2013 (1) en E. Verhulp, *NJ* 2013/220. Zie voor ondernemingsrechtelijk commentaar in ieder geval T.S. Jansen, *JOR* 2013/30.

35. Ter achtergrond: het arrest is ook van belang voor de vraag naar (i) de eisen voor een ontslag op staande voet dat op initiatief van de werknemer wordt genomen en (ii) de cumulatieve voorwaarden voor de exhibitieplicht ex art. 843a Rv. Ik besteed hieraan verder geen aandacht in deze bijdrage. Zie voor belichting van het aspect van de exhibitieplicht met name T.S. Jansen, aangehaald in voetnoot 34.

36. Quirijns beriep zich hier op de belangenconflictenregeling van art. 4:88 Wft en art. 67 Besluit gedragscode financieel ondernemingen (Bgfo).

37. Zie opnieuw art. 4:88 Wft en art. 67 Bgfo. Quirijns beriep zich hier ook op interne compliance regels binnen TGB.

38. Zie r.o. 3.5.4.

aandeelhouder of, belangrijker nog, de toezichthouder (AFM), hier niet eerder voor de hand had gelegen.³⁹ Ook de A-G werpt in zijn conclusie de vraag op naar de proportionaliteit van de handelwijze van Quirijns.⁴⁰ Opvallend genoeg klinkt er in de conclusie van de A-G wel een kritische noot door over de vraag of de AFM hier had kunnen bijdragen aan het oplossen van de misstand, maar tot een oordeel van de Hoge Raad over deze vraag is het in cassatie niet gekomen.⁴¹ Mijns inziens is externe melding bij een toezichthouder in gevallen zoals deze de meest aangewezen weg; het is niet voor niets dat deze toezichthouders over wettelijke bevoegdheden beschikken om tegen misstanden op te treden. Daarnaast schept dit ook duidelijkheid over de vraag in welke gevallen externe meldingen benadelingsbescherming voor de klokkenluider opleveren. Zo beriep Quirijns zich in deze zaak onder meer op de bescherming van het belang van de betrokken klant; juist om deze reden zou externe melding aan de AFM als gedragstoezichthouder op grond van de Wft de meest aangewezen weg zijn.⁴² Hiervoor en in mijn annotatie bij dit arrest heb ik erop gewezen dat niet is vast komen te staan dat de wettelijke en interne regels waar Quirijns zich in dit geval op beriep een wettelijke verplichting voor werknemers van een financiële onderneming zouden opleveren om over te gaan tot melding aan klanten in gevallen zoals deze. Dat volgt in de eerste plaats uit het feit dat de normadressaat van de Wft niet de werknemer, maar de financiële onderneming is. Weliswaar is het de financiële onderneming die vervolgens ervoor dient zorg te dragen dat werknemers zich aan de Wft-regels houden, maar dat neemt niet weg dat hieruit geen rechtstreekse meldingsplicht voor werknemers aan klanten kan worden afgeleid. Dit uitgangspunt zou mijns inziens ook moeten gelden bij andere publiekrechtelijke toezichtregels; deze richten zich primair tot de instellingen die onder het toezicht vallen. Niet alleen lijkt het vanuit het perspectief van de werknemer de meest veilige weg om een vermoeden van een misstand bij een toezichthouder aan de orde te stellen; ook mag van de toezichthoudende instantie worden verwacht dat deze de misstand onderzoekt.⁴³

Hoewel de uitkomst van het arrest hier geen eenduidig antwoord op geeft, onderstreept de uitspraak wel het belang over de duidelijkheid die er zou moeten bestaan over de vraag aan welke derde de klokkenluider een externe melding dient te doen om aanspraak te kunnen maken op bescherming. Soortgelijke vragen kunnen immers in alle sectoren voordoen als misstanden dreigen ten opzichte van patiënten, cliënten of consumenten. In dat geval zijn het de toezichthoudende instanties die de betrokken maatschappelijke belangen behartigen en een einde kunnen maken aan de misstand. Tot zover het huidige wettelijke beschermingskader in het civiele arbeidsrecht.

In de hiernavolgende paragraaf zal worden ingegaan op het beoogde benadelingsverbod uit het Tweede Wetsvoorstel in het licht van de centrale vraagstelling.

39. In mijn commentaar bij het arrest heb ik aan de orde gesteld of het in dit geval niet voor de hand had gelegen dat Quirijns zich tot de aandeelhouder van TGB of de AFM had gewend. Ook staat mijns inziens niet vast dat de wettelijke en interne regels in dit geval een rechtvaardiging opleverden. Juist om al deze redenen zou externe melding aan de AFM voor de hand hebben gelegen. Zie hiervoor Helstone 2013, p. 62-86. Ook Verhulp heeft deze vraag opgeworpen in zijn annotatie in Verhulp 2013.

40. Zie par. 4.9.2 en par. 4.14, conclusie A-G.

41. Zie par. 4.23.2, conclusie A-G.

42. Helstone 2013, p. 79-80.

43. Helstone 2013, p. 84-86. Zie ook in dezelfde zin Verhulp 2013.

6.4 **Het benadelingsverbod in het Tweede Wetsvoorstel bij externe melding aan derden**

Omvang van het benadelingsverbod

In de parlementaire geschiedenis is er uitdrukkelijk op gewezen dat benadeling in de ruimste zin van het begrip dient te worden opgevat. Ontslag is de zwaarste vorm van benadeling, maar er moet blijken de parlementaire geschiedenis worden gedacht aan uiteenlopende vormen van benadeling, zoals overplaatsing of het onthouden van een salarisverhoging of promotiekansen.⁴⁴ Het benadelingsverbod levert dus een vergaande arbeidsrechtelijke bescherming op.

Achtergrond en oorspronkelijk voorstel in Eerste Wetsvoorstel

Oorspronkelijk luidde het benadelingsverbod in het Eerste Wetsvoorstel als volgt:

‘De werkgever mag de werknemer niet benadelen wegens de omstandigheid dat de werknemer te goeder trouw en naar behoren een melding heeft gedaan bij de werkgever of het Huis voor klokkenluiders, van een vermoeden van een misstand.’⁴⁵

Voor een goed begrip sta ik hier stil bij de achtergrond van deze bepaling en de redenen waarom het benadelingsverbod is aangepast in het Tweede Wetsvoorstel. De belangrijkste kritiekpunten kwamen erop neer dat het benadelingsverbod beperkt werd tot een interne melding bij de werkgever en het Huis.⁴⁶ Feitelijk zou dit erop neerkomen dat uitsluitend een externe melding bij het Huis op benadelingsbescherming zou kunnen rekenen. Het mag duidelijk zijn dat dit geen gewenste uitkomst is, nu de werknemer zich juist bij externe melding in de meeste gevallen tot een andere toezichthouder zal richten voor een melding van een misstand. Dat klemmt temeer nu het Tweede Wetsvoorstel er (anders dan het Eerste Wetsvoorstel) in voorziet dat het Huis een doorverwijsplicht heeft indien een andere toezichthoudende instantie primair bevoegd is om de misstand te behandelen.⁴⁷ Dit verklaart het voorstel dat is teruggekomen in het Tweede Wetsvoorstel om externe meldingen bij deze andere instanties ook onder de werkingssfeer van het benadelingsverbod te brengen.

Dit uitgangspunt lijkt mij juist.

Tweede Wetsvoorstel: wettelijke bepaling en voorwaarden voor bescherming

Het in het Tweede Wetsvoorstel voorgestelde art. 7:658c BW bepaalt nu 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 als bedoeld in artikel 1, onderdeel d, van de Wet Huis voor klokkenluiders tijdens en na behandeling van deze melding bij de werkgever of de daartoe bevoegde instantie.’

Uit de memorie van toelichting bij het Tweede Wetsvoorstel blijkt dat benadelingsbescherming kan worden ingeroepen in geval van (i) een interne melding bij de

44. Kamerstukken II 2014/15, 34105, 7, p. 23-24.

45. Kamerstukken II 2011/12, 33258, 2.

46. Zie ook Van Uden 2013 (2) die opmerkt dat het Huis zich ten onrechte als ‘monopolist’ kwalificeert voor de bescherming onder het benadelingsverbod.

47. Art. 6 lid 1 sub d Tweede Wetsvoorstel. Zie Kamerstukken II 2014/15, 34105, 6.

werkgever; (ii) een in de interne procedure door de werkgever genoemde externe organisatie; of (iii) extern bij de politie, een inspectie, een toezichthouder of bij het Huis voor klokkenluiders.⁴⁸

Hier valt ten eerste op dat de bescherming nu ook kan worden ingeroepen bij een externe melding aan andere instanties dan het Huis. Dat is in overeenstemming met de hiervoor genoemde kritiek op het Eerste Wetsvoorstel.

Daarnaast worden in de memorie van toelichting ook in een interne procedure door de werkgever genoemde externe organisaties genoemd. Hierbij wordt verwezen naar de bepaling over de interne meldprocedure in art. 2 Tweede Wetsvoorstel.⁴⁹ Op grond van deze bepaling geldt een verplichting voor ondernemingen waar ten minste 50 personen werkzaam zijn om een interne meldprocedure voor misstanden in te stellen.⁵⁰ Ondernemingen waar minder dan 50 personen werkzaam zijn kunnen op vrijwillige basis een dergelijke procedure instellen. Alle werknemers, ongeacht of zij bij een grotere of kleinere onderneming werkzaam zijn en ongeacht of er een interne meldprocedure bestaat, maken in ieder geval aanspraak op de bescherming onder het benadelingsverbod.⁵¹ De bescherming tegen benadeling treedt dus al in werking op het tijdstip van interne melding mits aan de voorwaarden van het benadelingsverbod wordt voldaan.⁵²

Verder valt op dat de werkingsduur van het benadelingsverbod is uitgewerkt in het Tweede Wetsvoorstel: de bepaling spreekt nu immers over 'tijdens en na behandeling van deze melding bij de werkgever of de daartoe bevoegde instantie'. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat het benadelingsverbod niet aan een concreet tijdvak is gekoppeld; de formulering 'tijdens en na' onderstreept dit uitgangspunt.⁵³ Uit de wettelijke bepaling volgt derhalve dat indien aan de hierin opgenomen voorwaarden wordt voldaan, de werknemer aanspraak heeft op bescherming onder het benadelingsverbod, zowel tijdens als na de melding. Uit het vervolgetraject van de parlementaire behandeling volgt dat als niet aan de voorwaarden van het benadelingsverbod is voldaan, de werknemer zich niet kan beroepen op de benadelingsbescherming van art. 7:658c BW.⁵⁴ Te denken valt hierbij aan misstanden die niet onder de reikwijdte van het Tweede Wetsvoorstel vallen. In dat geval zal de werk-

48. *Kamerstukken II* 2014/15, 34105, 7, p. 22.

49. Bij indiening van het Tweede Wetsvoorstel nog art. 2 lid 2 onder f; nu opgenomen in art. 2 lid 3 onder a in de versie van het Tweede Wetsvoorstel, zoals aangenomen door de Tweede Kamer op 2 juli 2015, *Kamerstukken II* 2014/15, 34105, A, p. 3.

50. Hiervoor geldt ook een instemmingsrecht voor de ondernemingsraad op grond van (een nieuw voorgesteld) art. 27 lid 1 sub m WOR. Zie art. 18d Tweede Wetsvoorstel.

51. *Kamerstukken II* 2014/15, 34105.

52. Zie hiervoor de nota naar aanleiding van het verslag d.d. 12 juni 2015, *Kamerstukken II* 2014/15, 34105, 9, p. 7. De VVD had vragen gesteld over het tijdstip waarop de bescherming intreedt en of die niet pas zou moeten ingaan zodra extern bij een toezichthoudende instantie sprake zou zijn van een 'ontvankelijke zaak', ook om aanzuigende werking te voorkomen van werknemers die ten onrechte de bescherming zouden invoeren, ook in gevallen waarin geen sprake is van een misstand als bedoeld in het Tweede Wetsvoorstel. Uit de antwoorden op deze vragen blijkt dat de bescherming ingaat vanaf het tijdstip van de interne melding; achtergrond hiervan is dat indien de werknemer voldoet aan alle voorwaarden van het benadelingsverbod niet hoeft te worden gevreesd voor aanzuigende werking. Dit uitgangspunt blijft dus nu gehandhaafd in het Tweede Wetsvoorstel.

53. *Kamerstukken II* 2014/15, 34105, 7, p. 23. Overigens valt hier op dat nog steeds onjuistheden in het Tweede Wetsvoorstel zijn blijven vastroesten. De initiatiefnemers spreken namelijk nog steeds van melding bij het Huis, zoals in het Eerste Wetsvoorstel bij het benadelingsverbod was beoogd. Hier had echter moeten worden verwezen naar melding bij 'de werkgever of de daartoe bevoegde instantie', zoals opgenomen in het Tweede Wetsvoorstel.

54. *Kamerstukken II* 2014/15, 34105, 9, p. 14.

nemer mijns inziens echter wel kunnen terugvallen op de algemene norm van art. 7:611 BW en kan hieraan nog steeds door de rechter worden getoetst of benadeling wel op zijn plaats is. Bij deze toets dienen alle omstandigheden van het geval te worden betrokken en op basis van een belangenafweging zal moeten worden vastgesteld of en in hoeverre een vorm van benadeling redelijk is. In dat geval is de rechter echter niet gebonden aan de werkingsduur van art. 7:658c BW ('tijdens en na behandeling van deze melding bij de werkgever of de daartoe bevoegde instantie') en kan dus al naar gelang de feiten over een passende sanctie en de duur van de benadeling worden beslist.

Hierna worden de voorwaarden van art. 7:658c BW doorgelopen. In het licht van de centrale vraagstelling in deze bijdrage zal de meeste aandacht worden besteed aan de uitleg van het begrip van de 'daartoe bevoegde instantie' en de reikwijdte van externe meldingen.

1. Causaal verband

Ten eerste dient sprake te zijn van een causaal verband tussen de melding en de benadeling ('als gevolg van...'). Deze eis lijkt mij juist; hiermee wordt voorkomen dat arbeidsconflicten die niets van doen hebben met de melding en die tot benadeling leiden, in beginsel niet onder de reikwijdte van het verbod van art. 7:658c BW vallen. Dit uitgangspunt is met name van belang naar aanleiding van Kamervragen die zijn gesteld over de mogelijke 'aanzuigende werking' van de bescherming onder het verbod in gevallen waarin de melding niet zozeer met een misstand te maken heeft, maar met een arbeidsconflict.⁵⁵

2. Te goeder trouw⁵⁶

Ten tweede dient de werknemer te goeder trouw te zijn. Uit de parlementaire geschiedenis volgt dat het moet gaan om een op redelijke gronden gebaseerd vermoeden van de misstand en dat de werknemer zuivere motieven heeft.⁵⁷

3. Misstand als bedoeld in de wettelijke regeling

Ten derde moet het gaan om het vermoeden van een misstand die onder de reikwijdte valt van de wettelijke regeling (art. 1 sub d onder 1 en 2). De benadelingsbescherming is dus beperkt tot deze misstanden; dit uitgangspunt is juist binnen de systematiek van de wettelijke regeling.

4. Naar behoren melden

In de vierde plaats dient sprake te zijn van 'naar behoren melden'. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat voor de uitleg van dit begrip moet worden aangesloten bij de criteria uit de STAR-verklaring. Hierin wordt verwezen naar de criteria voor procedureel en materieel zorgvuldig handelen.⁵⁸ Volgens deze verklaring is sprake van procedureel zorgvuldig handelen als de werknemer de hoofdregel van interne

55. *Kamerstukken II 2014/15, 34105, 9, p. 7*, waarin de initiatiefnemers nog eens benadrukken dat de werknemer-klokkenluiders aan de voorwaarden van het benadelingsverbod dienen te voldoen, om aanspraak te kunnen maken op de bescherming.

56. Govaert behandelt elders in deze bundel uitvoerig het te goeder trouw criterium en een vergelijking met de Britse PIDA.

57. *Kamerstukken II 2014/15, 34105, 7, p. 22*.

58. Zie hiervoor opnieuw *Kamerstukken II 2014/15, 34105, 7, p. 22-23*.

melding in acht neemt. Een uitzondering hierop geldt als dit redelijkerwijs niet van hem kan worden gevergd of indien dat strijd oplevert met het maatschappelijk belang. Hierbij moet in ieder geval worden gedacht aan de twee uitzonderingen die de Hoge Raad formuleerde in het hiervoor besproken *Quirijns/TGB*-arrest. Verder moet de werknemer op een passende en evenredige wijze overgaan tot externe melding. Hierover is in de STAR-verklaring opgenomen dat de werknemer in dat geval de 'meest in aanmerking komende instantie' benadert. Hierbij dient hij rekening te houden met de effectiviteit waarmee deze instantie kan ingrijpen en in staat zal zijn een bijdrage te leveren aan het opheffen van de misstand.⁵⁹ Uit de hiervoor genoemde overweging uit de parlementaire geschiedenis volgt dat externe melding is toegestaan bij (i) een in de interne procedure genoemde externe organisatie of (ii) een toezichthoudende instantie. Op de reikwijdte van het begrip van deze instanties kom ik hierna terug.

Over materieel zorgvuldig handelen stelt de STAR-verklaring voorwaarden die consistent zijn met de uitgangspunten van het benadelingsverbod: er moet sprake zijn van redelijke gronden waarop het vermoeden is gebaseerd en een maatschappelijk belang in het geding zijn dat schending van de geheimhoudingsplicht rechtvaardigt.⁶⁰

Werkingsduur verbod tijdens en na behandeling van de melding bij de werkgever of de daartoe bevoegde instantie

Het 'tijdens en na' verbod werkt zowel tijdens als na behandeling van interne en externe meldingen van misstanden bij de werkgever, de in de interne procedure genoemde 'externe organisatie' of de 'daartoe bevoegde instantie'. In de parlementaire behandeling is hierover opgemerkt dat de initiatiefnemers het van groot belang achten dat de rechtsbescherming in 'zo veel mogelijk situaties van toepassing is'.⁶¹ Van belang is hier met name de verwijzing naar een 'daartoe bevoegde instantie' en uitleg van dit begrip. Op welke instanties wordt hier nu gedoeld?

Bescherming onder het benadelingsverbod bij een in de interne procedure genoemde externe organisatie

Indien de werkgever zelf externe organisaties noemt in een eigen interne meldprocedure of gedragscode, zal een externe melding bij een dergelijke organisatie in beginsel ook onder de bescherming van het benadelingsverbod vallen. Ik wijs er hier op dat dit om zorgvuldigheid vraagt van de werkgever om duidelijk voor te schrijven in welke gevallen dit aan de orde is. Indachtig de casus uit het *Quirijns/TGB*-arrest is het dan met name van belang om vast te leggen of de werknemer bij misstanden verplicht is om tot externe melding over te gaan of dat het de onderneming is die dat dan doet op basis van de melding van de werknemer. Op grond van het Tweede Wetsvoorstel geldt voor de grotere ondernemingen die verplicht zijn tot een interne meldprocedure dat zij de werknemer ook moeten wijzen op de rechtsbescherming die kan worden ontleend aan het benadelingsverbod (art. 2 lid 3 onder b), mits uiteraard aan de voorwaarden wordt voldaan. Op deze wijze

59. STAR-verklaring, p. 7.

60. Kamerstukken II 2014/15, 34105, 7, p. 23.

61. Kamerstukken II 2014/15, 34105, 9, p. 14.

is kenbaar voor de werknemer in welke gevallen hij aanspraak maakt op de benadelingsbescherming.

Bescherming onder het benadelingsverbod bij een externe melding aan de 'daartoe bevoegde instantie'

Welke instanties zijn nu te scharen onder het begrip van de 'daartoe bevoegde instantie'? Zoals hiervoor reeds opgemerkt, zijn in de parlementaire geschiedenis van het Tweede Wetsvoorstel als voorbeelden naast het Huis⁶² ook de politie, een inspectie of een andere toezichthouder genoemd.

Voor een uitleg van dit begrip kan worden aangesloten bij de betekenis die hieraan in andere bepalingen van het Tweede Wetsvoorstel wordt gegeven. Ook elders in het Tweede Wetsvoorstel (art. 6 lid 1 sub d) wordt namelijk bij de onbevoegdheid van het Huis naar een andere 'daartoe bevoegde instantie waar het vermoeden van een misstand kan worden gemeld'.⁶³ Is een dergelijke instantie voorhanden, dan dient de werknemer bij een melding niet-ontvankelijk door het Huis te worden verklaard en is het Huis niet bevoegd nader onderzoek te doen naar het vermoeden van de misstand. In dat geval heeft het Huis een verplichte doorverwijsplicht naar de 'daartoe bevoegde instantie'. Uit de toelichting van de initiatiefnemers en het advies van de Raad van State bij het Tweede Wetsvoorstel blijkt dat het bij de uitleg van het begrip 'daartoe bevoegde instantie' in de verplichte doorverwijsbepaling gaat om een ruim begrip waaronder uitsluitend instanties met de status van toezichthouder worden geschaard. Aanvankelijk hadden de initiatiefnemers bij indiening van het Tweede Wetsvoorstel namelijk slechts verwezen naar toezichthouders in de zin van art. 5:11 Awb.⁶⁴

Hierover merkt de Raad van State in zijn advies bij het Tweede Wetsvoorstel op:

'Uit de parlementaire geschiedenis van het oorspronkelijke wetsvoorstel voor het Huis van klokkenluiders blijkt echter dat gedacht is aan een veelheid en verscheidenheid aan organisaties wier bevoegdheid meebrengt dat de afdeling onderzoek onbevoegd is: naast de departementale inspecties (met de status van toezichthouder) kan het gaan om, onder meer de Nationale Ombudsman, de Onderzoeksraad voor Veiligheid en het College voor de Rechten van de Mens, die geen van alle toezichthouder zijn in de zin van de Awb. De omschrijving is dus te beperkt.'⁶⁵

62. Oorspronkelijk was de reikwijdte van het benadelingsverbod in het Eerste Wetsvoorstel beperkt tot een melding bij het Huis. Naar aanleiding van de parlementaire behandeling is dit gewijzigd en heeft dit in de novelle van het Tweede Wetsvoorstel ertoe geleid dat de benadelingsbescherming ook kan worden ingeroepen bij een melding bij een andere bevoegde instantie.

63. Nu art. 6 lid 1 sub d (*Kamerstukken II 2014/15, 34105, A, p. 6*).

64. Op grond van art. 5:11 Awb gaat het samengevat om personen die 'belast zijn met het toezicht op de naleving van het bepaalde bij of krachtens enig wettelijk voorschrift'. Deze definitie is te beperkt om alle toezichthoudende instanties die bevoegd zijn om onderzoek te doen naar een misstand te ondervangen; zie ook hierna de opmerkingen van de Raad van State. De formulering van art. 6 lid 1 sub d Tweede Wetsvoorstel is daarom nu zo ruim mogelijk ('[...]bestuursorganen of diensten die belast zijn met de opsporing van strafbare feiten of met het toezicht op de naleving van het bepaalde bij of krachtens enig wettelijk voorschrift of een andere daartoe bevoegde instantie waar het vermoeden van een misstand kan worden gemeld....[...]').

65. *Kamerstukken II 2014/15, 34105, 5, p. 6*.

De initiatiefnemers hebben in reactie hierop de uitleg van het begrip van deze instanties nogmaals verduidelijkt:

‘De afdeling onderzoek is op grond van artikel 6, eerste lid, onderdeel e,⁶⁶ verplicht te beoordelen of het mogelijk is te verwijzen naar bestuursorganen of diensten die zijn belast met de opsporing van strafbare feiten of met het toezicht op de naleving van het bepaalde bij of krachtens enig wettelijk voorschrift of andere bevoegde instanties. Het toezichts- en inspectielandschap is groot. Het is niet goed mogelijk alle instanties in de wet te benoemen. Er kan in elk geval gedacht worden aan de Autoriteit Consument en Markt, de Autoriteit Financiële Markten en de verschillende inspecties. Het behoort tot de taken van zowel de afdeling advies als de afdeling onderzoek te beoordelen of er voor de betreffende problematiek een organisatie is die geëquipeerd is om aan de betreffende misstand een einde te maken.’⁶⁷

Kort en goed: onder de reikwijdte van het begrip ‘daartoe bevoegde instantie’ zoals dit in het Tweede Wetsvoorstel en dus ook in het benadelingsverbod wordt gebruikt, vallen alle instanties die een wettelijke bevoegdheid hebben om toezicht te houden op de naleving van wet- en regelgeving. Zoals ook uit de hiervoor genoemde overweging uit de parlementaire geschiedenis blijkt, kan het hier dus gaan om een breed spectrum van ‘daartoe bevoegde’ instanties. Op basis hiervan mag worden aangenomen dat het gemeenschappelijk kenmerk tussen deze instanties is dat zij een publiekrechtelijk belang behartigen. Zo zal voor belangen waar de veiligheid op de werkplek in het geding is de Inspectie SZW de primaire ‘daartoe bevoegde instantie’ zijn, in het geval van overtreding van kartelregels de ACM en bij schending van Wft-regels AFM en DNB. De afdeling advies van het Huis zal hier naast de onderzoeksafdeling een belangrijke rol moeten vervullen bij doorverwijzing van werknemers.⁶⁸ Bij externe melding aan een van deze instanties dient als hoofdregel nog steeds dat eerst intern de misstand aan de orde moet worden gesteld.⁶⁹

Mijns inziens wordt door de bescherming te koppelen aan een externe melding bij een toezichthoudende instantie voor de minst schadelijke weg gekozen. Ook de andere doelstelling van het wetsvoorstel, namelijk het bijdragen aan de oplossing van maatschappelijke misstanden, wordt op deze manier gerealiseerd; het vermoeiden van de misstand wordt behandeld door een instantie die bij wet is aangewezen en de mogelijkheid heeft om hier een einde aan te maken. Dit uitgangspunt past bij hetgeen is vastgelegd in de STAR-verklaring: bij de afweging om over te gaan tot externe melding zal de werknemer als hoofdregel eerst een externe melding bij de daartoe bevoegde instantie moeten doen en rekening moeten houden met de effectiviteit waarmee die instantie kan ingrijpen.⁷⁰

66. In het Tweede Wetsvoorstel zoals op 2 juli 2015 aangenomen door de Tweede Kamer, art. 6 lid 1 sub d (dus niet e).

67. *Kamerstukken II* 2014/15, 34105, 7, p. 16.

68. Zie ook art. 3a lid 2 sub b voor de adviesafdeling en opnieuw art. 6 lid 1 sub d voor de doorverwijzingsverplichting van de onderzoeksafdeling.

69. Zie hiervoor bijvoorbeeld ook Van Uden 2013 (1).

70. STAR-verklaring, p. 7.

Dit uitgangspunt sluit ook aan bij de huidige opvattingen in de arbeidsrechtelijke literatuur. Zo heeft Verhulp erop gewezen dat bij melding aan derden van misstanden een dergelijke melding in beginsel niet onzorgvuldig kan worden geacht als van die derden discretie kan worden verwacht en de derde in staat moet worden geacht de misstand op te lossen. De maatstaf voor bescherming van de klokkenluider zou dan ook moeten zijn dat de melding erop is gericht om de misstand weg te nemen.⁷¹

Bescherming bij externe melding aan daartoe bevoegde instanties in Verenigd Koninkrijk
Opvallend is hier de gelijkenis met het beschermingsregime tegen benadeling in het Tweede Wetsvoorstel met het Britse systeem in de PIDA van het Verenigd Koninkrijk waar het gaat om de betekenis die aan een externe melding aan een toezichthoudende instantie moet worden toegekend. Op grond van de PIDA geldt dat een melding van werknemers aan zogenaamde *prescribed regulators* wordt beschermd.⁷² Hieronder vallen toezichthoudende instanties die in het Verenigd Koninkrijk zijn aangewezen om in te grijpen bij misstanden.⁷³ De ratio van de bescherming van een melding bij deze voorgeschreven instanties leunt op dezelfde overwegingen als die hiervoor reeds zijn genoemd bij het Tweede Wetsvoorstel: nu de wetgever juist deze instanties heeft aangewezen om in te grijpen bij misstanden en een externe melding bij een dergelijke instantie de minst schadelijke weg oplevert, verdient deze melding bescherming tegen benadeling.

In de Britse arbeidsrechtelijke literatuur heeft Vickers in een lezenswaardige monografie over uitingsvrijheid in het arbeidsrecht (*Freedom of Speech and Employment*) hierover het volgende opgemerkt:

‘Reporting outside the enterprise to a regulatory body charged with investigating the subject matter of the report (disclosure of tax fraud to the Inland Revenue, for instance) will be easier to justify and protect than disclosure of such a matter to the press. Disclosure to regulatory bodies, although technically external to the enterprise, can really be viewed in the same light as internal disclosure. If the allegation of wrongdoing is well founded, then any loss to the employer will be justifiable. If it is unfounded, there is unlikely to be much loss to the employer as the matter should remain confidential. The only cost will be the cost of complying with any investigation undertaken by the regulatory body. However, the risk of wasted costs is outweighed by the public interest in allowing regulators to do their work of uncovering wrongdoing and maintaining safety.’⁷⁴

71. Zie Verhulp 1996, p. 177-178 en Verhulp 2013.

72. Art. 43 F PIDA. In de terminologie van de PIDA levert externe melding aan een *prescribed regulator* een zogenoemde ‘*qualifying disclosure*’ voor de klokkenluider op. Zie voor Britse arbeidsrechtelijke literatuur over de PIDA ook S. Deakin & G.S. Morris, ‘Disclosure of confidential information in the public interest and protection of “whistleblowers”’, in: *Labour Law*, Oxford and Portland: Hart Publishing 2009, p. 322-325.

73. *Prescribed regulators* worden in het Verenigd Koninkrijk gepubliceerd bij maatregel van bestuur (‘order’) en aldus kenbaar voor werknemers. Zie hiervoor de *Public Interest Disclosure (Prescribed Persons) Order* 2014, No. 2418. In het Verenigd Koninkrijk vervult *Public Concern At Work* (PCAW) een belangrijke adviesrol bij ondersteuning van klokkenluiders. Deze is vergelijkbaar met die van het Adviespunt Klokkenluiders in Nederland dat sinds 1 oktober 2012 is ingesteld en na inwerkingtreding van het wetsvoorstel zal worden ondergebracht in de adviesafdeling van het Huis.

74. L. Vickers, *Freedom of Speech and Employment*, Oxford: Oxford University Press 2002, p. 55-56. Ik verwijs ook naar haar dissertatie uit 1996 (twee jaar voorafgaand aan de inwerkingtreding van de PIDA in

In de benadering van Vickers zou externe melding bij een toezichthoudende instantie vanuit hetzelfde perspectief moeten worden gekwalificeerd als een interne melding. Zij voegt hier vervolgens aan toe dat externe melding aan de pers veel schadelijker is voor de onderneming van de werkgever en om die reden ook niet proportioneel kan worden geacht als alternatieve wegen openstaan.⁷⁵ Dit komt overeen met het *ultimum remedium* criterium.

Zoals hiervoor reeds opgemerkt, is de ratio van een interne melding nu juist dat de werknemer primair voor de minst schadelijke weg kiest. Datzelfde argument van de minste schade geldt voor toezichthoudende instanties; nu zij ook zijn aangewezen door de wetgever om in te grijpen bij misstanden en over voldoende bevoegdheden en expertise beschikken om de misstand op te lossen, is bescherming gerechtvaardigd. Ook de overweging van Vickers dat de schade van de werkgever in beginsel beperkt zal zijn, in de situatie dat achteraf op basis van een onderzoek wordt vastgesteld dat geen sprake is van een misstand, verdient instemming. Juist nu de discretie bij toezichthoudende instanties is gewaarborgd en er geen verdere openbaarmaking volgt na afsluiting van het onderzoek, is ook in die situatie nog steeds sprake van de minste schade.

Ik voeg hier nog aan toe dat, zelfs als een toezichthoudende instantie tot verdergaande openbaarmaking overgaat, dit de werknemer in beginsel niet zou moeten worden aangerekend en hij ook in die situatie nog steeds bescherming verdient op grond van het civielrechtelijke benadelingsverbod. Immers, in die situatie moet ervan worden uitgegaan dat het de toezichthouder zelf is die op grond van eigen bevoegdheden besluit tot openbaarmaking.⁷⁶ Te denken valt hierbij bijvoorbeeld aan een openbare waarschuwing van DNB of de AFM bij overtreding van verbodsbepalingen van de Wft.⁷⁷

Overigens wijst Vickers er in haar monografie op dat het goed verdedigbaar is dat ook organen of instanties die moeten worden aangemerkt als ‘*appropriate external body*’, redelijkerwijs zouden moeten worden gelijkgesteld met de ‘*prescribed regulators*’ en bij een externe melding eveneens bescherming zouden moeten opleveren. Vickers baseert zich hierbij mede op de Britse rechtspraak, waarin deze benadering kennelijk is aanvaard voor toezichthoudende organen in de zorg.⁷⁸ Voor de werkingssfeer van het begrip ‘daartoe bevoegde instantie’ uit het benadelingsverbod lijkt mij dit eveneens goed verdedigbaar, mits wordt voldaan aan de hiervoor geformuleerde

1998), L. Vickers, *Whistleblowing at work: the legal implications for employees of disclosures of confidential information*, Oxford Brookes University 1996.

75. Vickers 2002, p. 56.

76. Zie ook Verhulp 1996, p. 177. Hij merkt hierover op dat een uitzondering hierop zou moeten gelden indien de werknemer bij externe melding aan een derde wist of behoorde te weten dat deze derde de informatie zou publiceren. Verhulp verwijst hier niet specifiek naar toezichthoudende instanties, maar in het algemeen naar derden. Zijn uitgangspunt lijkt mij op zich juist; voor een ‘derde’ zoals een toezichthoudende instantie lijkt mij dat genuanceerder liggen omdat deze instantie over wettelijke bevoegdheden beschikt om tot openbaarmaking van de misstand over te gaan en deze ook moet kunnen aanwenden als het maatschappelijk belang in het geding is (zie ook hierna en voetnoot 69); in dat geval is het de werknemer niet aan te rekenen.

77. Zie hiervoor art. 1:78 Wft. De openbare waarschuwing is bedoeld om het publiek te waarschuwen en dient dus een maatschappelijk belang. Ook andere toezichthoudende instanties zoals de Inspectie Leefomgeving en Transport beschikken over vergelijkbare bevoegdheden tot het geven van openbare waarschuwingen als maatschappelijke belangen (milieu, veiligheid) in het geding komen.

78. Vickers 2002, p. 163. Het voorbeeld uit de Britse rechtspraak waarnaar Vickers hier verwijst is de zaak *Bladon v. ALM Medical Services Ltd* (25/4/00 Case No 2405845/99), waar het ging om de ‘*local authority's nursing home inspectorate*’ en de ‘*Social Services Inspectorate*’.

beoordelingsmaatstaf bij toepassing van het benadelingsverbod: de externe melding moet (i) erop gericht zijn om de misstand weg te nemen en (ii) bij een derde worden gedaan die zowel in staat moet worden geacht om effectief in te grijpen bij een misstand en discretie van de melding te waarborgen.

Ik denk hierbij bijvoorbeeld aan organen die in specifieke beroepsgroepen op basis van zelfregulering zijn aangesteld, waarbij deze organen juist de bevoegdheid hebben om intern onderzoek naar een misstand in te stellen en bij wie de vertrouwelijkheid gewaarborgd is na een melding. In de lagere rechtspraak zijn zaken terug te vinden waar bijvoorbeeld sprake was van een melding aan een medisch-ethische commissie bij een farmaceutische onderneming⁷⁹ en een ziekenhuis.⁸⁰ Daarbij zal, evenals bij de hiervoor besproken ‘daartoe bevoegde instanties’, nog steeds als uitgangspunt gelden dat eerst de weg van de interne melding zal moeten worden bewandeld alvorens ‘extern’ te gaan en dat een externe melding bij de ‘daartoe bevoegde instantie’ niet ook gelijktijdig aan de media wordt gedaan.⁸¹

Externe melding aan de media of andere derden dan ‘daartoe bevoegde instanties’ nu wel of niet onder de reikwijdte van het benadelingsverbod?

Kan nu uit de parlementaire geschiedenis van art. 7:658c BW in het Tweede Wetsvoorstel redelijkerwijs worden afgeleid dat externe melding aan de media of andere derden in geen enkel geval onder de reikwijdte van het benadelingsverbod valt? In beginsel dient uitgangspunt te zijn dat dit inderdaad niet mogelijk is. In het wetgevingsoverleg over het Tweede Wetsvoorstel voordat dit op 2 juli 2015 door de Tweede Kamer werd aangenomen, noemde de minister het een goede ontwikkeling dat – in vergelijking met het Eerste Wetsvoorstel – niet alleen een externe melding bij het Huis, maar ook bij andere toezichthoudende instanties bescherming onder het benadelingsverbod oplevert:

‘Een goede ontwikkeling is voorts – dit is een toevoeging – dat de melder niet alleen beschermd wordt als hij een melding doet bij het Huis, maar ook als hij een melding doet bij de werkgever, de inspectie of de toezichthouder. Dat versterkt de positie van de werknemer. Daarmee wordt ook

79. Zie hiervoor de zaak Stiekema/Organon, Rb. Amsterdam 9 juli 2003, JAR 2003/191 over een arts die werkzaam was bij Organon en in een conflict van plichten kwam te verkeren, omdat hij patiënten wilde waarschuwen tegen onnodige risico's van een nieuw geneesmiddel voor hartpatiënten. Nu Stiekema eerst intern binnen Organon zijn zorgen had geuit, alvorens naar de medisch-ethische commissies te stappen, beschouwde de rechtbank dit als een proportionele handelwijze.

80. Zie hiervoor Ktr. Amsterdam 15 oktober 2004, JAR 2005/35. Hier betrof het een zaak van een onderzoeksassistente bij het Erasmus Medisch Centrum die betrokken was bij experimenten met patiënten met hersentumoren. In dit geval had de medisch-ethische commissie met deze experimenten ingestemd. De onderzoeksassistente uitte haar zorgen over deze experimenten, eerst intern, toen bij de medisch-ethische commissie en de Inspectie voor Gezondheidszorg. Terecht oordeelde de kantonrechter hier dat deze handelwijze proportioneel was. Mijns inziens rechtvaardigen de rol en status van dergelijke commissies, hoewel juridisch gezien niet te kwalificeren als formele toezichthouders, onder deze omstandigheden een gelijkstelling met ‘daartoe bevoegde instantie’, gelet op de hiervoor geformuleerde beoordelingsmaatstaf.

81. In het geval van de beruchte klokkenluider Schaap in Petten die het veiligheidsbeleid binnen de Kernfysische dienst aan de orde stelde, gold dat hij weliswaar de vermeende misstanden aan de orde had gesteld bij een toezichtsorgaan (de zogenoemde Kernfysische dienst), maar dit intern niet aan de orde had gesteld en ook de media had benaderd. Zijn arbeidsovereenkomst werd ontbonden onder toekenning van een bescheiden vergoeding, waarbij de rechter Schaap mijns inziens terecht verweet interne melding achterwege te hebben gelaten en de media te hebben benaderd. Zie voor de uitspraak Ktr. Alkmaar 1 juli 2002, JAR 2002/157 en ook Vzr. Alkmaar 28 februari 2002, JAR 2002/61, m.nt. M.S.A. Veger.

recht gedaan aan de aanbevelingen inzake de bescherming van klokkenluiders van het Comité van Ministers van de Raad van Europa.⁸²

Ook de volgende overweging uit de parlementaire geschiedenis voor de rechtsbescherming onder het benadelingsverbod van art. 7:658c BW is hier van belang:

‘Bedoeld is om met het onderhavige wetsvoorstel een adequaat systeem neer te zetten dat eventueel extern melden bij de media overbodig zal maken. De vraag of er desalniettemin nog grond kan zijn om de media te benaderen, zal op casusniveau moeten worden beantwoord, in samenhang met de jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (artikel 10 Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens) en de Aanbeveling van het Comité van Ministers van de Raad van Europa van 30 april 2014. Dit wetsvoorstel sluit de eventuele externe weg naar de media niet af.

De arbeidsrechtelijke bescherming van de werknemer die te goeder trouw en zorgvuldig melding maakt van een vermoeden van een misstand wordt concreet ingevuld door de jurisprudentie. Deze wordt mede bepaald door de rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (artikel 10 Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens).⁸³

Hieruit volgt dat het primaire uitgangspunt van het benadelingsverbod is om een adequaat beschermingsregime te bieden dat externe melding aan de media ‘overbodig’ maakt. In dit licht dient kennelijk de vraag ‘of er desalniettemin nog grond kan zijn om de media te benaderen’ op casusniveau te worden beantwoord door de rechter en wel in samenhang met de jurisprudentie van het EHRM en onder toepassing van art. 10 EVRM.

Betekent dit dat de werknemer die een misstand extern aan de media of andere derden meldt (na eerst de route van interne melding te hebben bewandeld) helemaal geen aanspraak meer kan maken op bescherming tegen benadeling onder art. 7:658c BW? Deze vraag is relevant omdat de hiervoor genoemde overweging uit de parlementaire geschiedenis juist wel verwijst naar een rechterlijke beoordeling op casusniveau, waarbij de jurisprudentie van het EHRM en art. 10 EVRM in ogenschouw moeten worden genomen. Gelet hierop zou dat mijns inziens op grond van de uitspraken van het EHRM uitsluitend mogelijk zijn in casusposities zoals die van Guja en Heinisch waar er vaststaat dat alternatieve wegen (zowel intern als extern bij de daartoe bevoegde instanties) volledig zijn uitgeput.

Ik wijs er hier nogmaals op dat het in die gevallen ging om uitzonderlijke casusposities: in de zaak van Guja om een ambtenaar die bij het Openbaar Ministerie werkte en die nu juist een misstand aan de orde stelde waar regeringsvertegenwoordigers zelf bij betrokken waren. In de zaak van Guja is niet goed voorstelbaar welke

82. *Kamerstukken II* 2014/15, 34105, 21, p. 22-23.

83. *Kamerstukken II* 2014/15, 34105, 7, p. 23. Ter achtergrond: hier wordt verwezen naar de Resolutie met aanbevelingen voor maatregelen voor klokkenluiders voor de lidstaten: Resolutie 1729 (2010): *Protection of ‘whistleblowers’*, te raadplegen via www.assembly.coe.int die heeft geresulteerd in een Aanbeveling van het Comité van Ministers op 30 april 2014. Deze is tijdens de parlementaire behandeling van het Eerste Wetsvoorstel aan de orde gekomen. *Kamerstukken II* 2014/15, 33258, 30, p. 1-2.

‘daartoe bevoegde instantie’ hij redelijkerwijs nog had kunnen benaderen voor een externe melding. In het geval van Heinisch is van belang in het vizier te houden dat er in die zaak al twee ‘daartoe bevoegde instanties’ op de hoogte waren van de misstand, namelijk de Duitse zorginspectie en het OM. Deze instanties hadden (nog) geen verdergaande actie ondernomen tegen de werkgever van Heinisch en nu Heinisch pas nadat zij ontslagen was via haar vakbond het pamflet liet verspreiden, was hier volgens het EHRM aan het ultimatum remedium criterium voldaan. Terughoudendheid van de rechter zou hier geboden moeten zijn bij de beoordeling of aan de voorwaarden van het benadelingsverbod is voldaan. Dit zet anders alsnog de deur open voor discussies of andere derden zoals klanten,⁸⁴ banken, investeerders⁸⁵ die belang kunnen hebben bij een externe melding, niet ook gewaarschuwd zouden moeten worden voor misstanden en de werknemer hieraan bescherming tegen benadeling onder art. 7:658c BW zou kunnen ontnemen. Ik kom hiermee tot de volgende kernbevindingen.

6.5 Ter afsluiting: kernbevindingen

Concluderend: onder de reikwijdte van het begrip ‘daartoe bevoegde instantie’ vallen blijkens de parlementaire geschiedenis en het begrippenkader van het Tweede Wetsvoorstel alle bij wet aangewezen toezichthouders, inspecties en bestuursorganen die bevoegd zijn in te grijpen bij misstanden. Deze benadering is vergelijkbaar met het beschermingsregime waarop klokkenluiders in het Verenigd Koninkrijk een beroep kunnen doen bij melding van misstanden aan ‘*prescribed regulators*’. Nu deze instanties door de wetgever zijn aangewezen, over bevoegdheden beschikken om in te grijpen bij misstanden en hiermee bij externe melding voor de minst schadelijke weg wordt gekozen, rechtvaardigt dit de bescherming die de klokkenluider kan ontnemen aan het voorgestelde benadelingsverbod. Bij de algehele toets of aanspraak kan worden gemaakt op benadelingsbescherming bij externe openbaarmaking van de misstand zal verder in ieder geval rekening moeten worden gehouden met het volgende:

1. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat het benadelingsverbod geldt als de melding is gedaan (i) *intern* bij de werkgever volgens de daartoe voorgeschreven interne meldprocedure of (ii) *extern* bij een in een interne procedure genoemde organisatie of (iii) *extern* bij een ‘daartoe bevoegde instantie’, én als aan de overige voorwaarden van het voorgestelde benadelingsverbod van art. 7:658c BW⁸⁶ is voldaan.
2. Hoofddregel is dat een werknemer eerst intern een vermoeden van een misstand aan de orde stelt, alvorens hij overgaat tot externe melding. Uitzonderingen hierop gelden op grond van de jurisprudentie van het EHRM en de Hoge Raad als er (i) wettelijke of interne regels zijn die de werknemer verplichten tot externe openbaarmaking (Quirijns/TGB) of (ii) indien de directie op de hoogte is of zelf betrokken is bij de misstand (Guja/Moldavië, Heinisch/Duitsland en

84. Zoals het geval was in het Quirijns/TGB-arrest.

85. Zie hiervoor ook de recente zaak van het Hof Amsterdam, aangehaald in voetnoot 26. Hierin ging het – kort gezegd – om het melden van financiële misstanden aan investeerders.

86. Zie par. 6.4 van deze bijdrage, waarin de overige voorwaarden in de inleidende opmerkingen zijn besproken.

Quirijns/TGB). Hierbij zullen de zes criteria uit de jurisprudentie van het EHRM door de rechter steeds zorgvuldig moeten worden afgewogen.

3. Nu uitgangspunt van de wetgever is om een adequaat beschermingsregime te introduceren dat externe melding bij de media overbodig maakt, zou externe openbaarmaking van een misstand bij de media als *ultimum remedium* moeten gelden en pas nadat alternatieve wegen (zowel intern als extern bij de daartoe bevoegde instanties) volledig zijn uitgeput.

Hoofdstuk 7

De klokkenluider: burger in de opsporing zonder rechtsbescherming?

Mr. M. Jurgens^{*}

7.1 Inleiding

In 2013 is met de uitspraak van het gerechtshof Amsterdam de strafzaak tegen klokkenluider Ad Bos tot een definitief einde gekomen.¹ Het was de eerste en hopelijk de laatste strafzaak waarin een klokkenluider strafrechtelijk werd vervolgd. Deze strafzaak en de wetsvoorstellen Huis voor klokkenluiders (Eerste en Tweede Wetsvoorstel) leiden in deze bijdrage tot de vragen hoe het is gesteld met de rechtsbescherming van klokkenluiders in het strafprocesrecht en of het Tweede Wetsvoorstel ook voorziet en dient te voorzien in strafrechtelijke rechtsbescherming.² In deze bijdrage zal worden ingegaan op de route die een klokkenluider gaat doorlopen wanneer hij wordt geconfronteerd met een strafrechtelijk onderzoek en strafrechtelijke vervolging, de hoedanigheden die de klokkenluider kan aannemen in de strafrechtspleging en de rechtsbeschermende instrumenten die zouden kunnen worden ingeroepen.

7.2 De strafzaak tegen klokkenluider Ad Bos

Aanleiding tot de strafzaak is dat Ad Bos zich op eigen initiatief tot het openbaar ministerie heeft gewend om misstanden in de bouwsector aan de kaak te stellen. Dit gebeurde bij brief van 21 januari 1999, gericht aan de officier van justitie bij het landelijk parket van het openbaar ministerie. In deze brief werd melding gemaakt van een zeer omvangrijke fraude van in ieder geval tientallen miljoenen gulden. Daarbij zou de overheid mogelijk de grootste benadeelde zijn. Ook werd in deze brief gesteld dat Ad Bos in het bezit was van een originele administratie waaruit precies zou blijken hoe de fraude in elkaar zat. Ad Bos bood via zijn toenmalige raadsman aan om bewijsmateriaal over te leggen en behulpzaam te zijn bij het onderzoeken van de stukken waaruit de fraude zou blijken.

Op 13 april 1999 vond er een ‘oriënterend overleg bouwfraude’ plaats, waarbij onder meer Ad Bos, diens raadsman en de officier van justitie aanwezig waren. Naar aanleiding van dat overleg stuurde de officier van justitie een nota aan de minister van justitie waarin werd ingegaan op de prijsafspraken die bij wegebouwprojecten werden gemaakt en de daarbij gebruikte ‘opzet-contracten’. Tevens werd

^{*} Mr. M. Jurgens is raadsheer in het Gerechtshof Amsterdam.

1. Gerechtshof Amsterdam 2 december 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:4214.
2. Voorstel van wet van de leden Van Raak, Heijnen, Schouw, Van Gent, Ortega-Martijn en Ouwehand, houdende de oprichting van een Huis voor klokkenluiders (Wet Huis voor klokkenluiders), *Kamerstukken II* 2011/12, 33258, 2 (Eerste Wetsvoorstel) en Voorstel van wet van de leden Van Raak, Fokke, Schouw, Segers, Ouwehand, Klein en Voortman tot wijziging van de Wet Huis voor klokkenluiders, *Kamerstukken II* 2014/15, 34105, A (Tweede Wetsvoorstel).

melding gemaakt van aanwijzingen voor ambtelijke corruptie. De officier van justitie schreef in dit verband:

‘Uit het gesprek met [verdachte] begreep ik verder dat, indien de hoogte van het bedrag dat de overheid voor een bepaald project beschikbaar heeft tevoren bekend is, dat vrijwel altijd te wijten is aan ambtenaren die deze informatie aan bevriende aannemers doorgeven. Dit levert ambtelijke corruptie op, zeker als er nog tegenprestaties tegenover staan. Deze praktijken die bij mijn weten al jaren bekend zijn, hebben tot nu toe vrijwel nooit tot een strafvervolging geleid, omdat er geen bewijs voor te verkrijgen was’.

In de bovenstaande nota wordt verder gesteld dat een succesvolle opsporing op grond van de door Ad Bos getoonde stukken en diens verklaring zeer goed mogelijk is en wordt mede gewezen op het belang van een ‘niet corrupt ambtelijk apparaat’.

Naar aanleiding van de door Ad Bos gedane meldingen van malversaties in de bouw, van zowel fraude als corruptie, hebben er onderhandelingen plaatsgevonden tussen Ad Bos en het openbaar ministerie. Onderwerp van bespreking was in het bijzonder de vergoeding die Ad Bos zou wensen te ontvangen voor het overhandigen van de schaduwboekhouding en het geven van uitleg daarover. Op enig moment begon het openbaar ministerie zich te realiseren dat Ad Bos in deze zaak zou kunnen worden gekwalificeerd als verdachte. In een nota van 17 november 2000 schrijft de officier van justitie aan de toenmalige verantwoordelijke procureur-generaal hierover:

‘Tijdens het gesprek toont mr Heukels een vuistdikke stapel fotokopieën op A3 formaat. Dat zou, in kopie, de administratie van A. zijn van de illegale onderlinge verrekeningen tussen aannemers. Aan de orde komt dat op basis van uitsluitend de ca. 30 vellen die eerder zijn overgelegd niet gesteld kan worden dat daarin strafrechtelijk bewijs voorhanden is voor de beweringen van B. Laatstgenoemde beaamt dat zijn kennis en nadere informatie nodig zal zijn om tot een bewijsvoering te komen.

Over de mogelijke betrokkenheid van B. bij de beweerdelijk strafbare activiteiten van zijn vroegere werkgever houdt hij zich nogal op de vlakte. Desgevraagd geeft hij uiteindelijk aan dat zeer wel mogelijk is dat anderen verklaringen tegen hem zullen gaan afleggen en dat hij mogelijk ook verdachte wordt. Hij zegt dat niet uitgesloten kan worden dat hij zelf bij de gesignaleerde praktijken betrokken is geweest. Wel zou zijn betrokkenheid langer geleden zijn.

(...)

Kort samengevat levert het recente oriënterende gesprek met B. en mr Heukels, voor zover hier relevant, het volgende beeld op. B. beschikt blijkbaar over een omvangrijke administratie die beweerdelijk de vastlegging bevat van verrekeningen tussen aannemers in de wegenbouw

krachtens onderlinge afspraken. Die administratie is zonder toelichting en nadere aanvulling, door B., niet voldoende toegankelijk om als bewijsmateriaal te kunnen dienen. De medewerking van B. is dus onontbeerlijk. Als het een administratie als hierboven aangeduid blijkt te zijn, zou de omvang van het financiële nadeel dat door de overheid is geleden zeer omvangrijk kunnen zijn. B. wil slechts medewerking verlenen aan het onderzoek tegen een aanmerkelijke financiële vergoeding, in zijn visie voor geleden en te lijden inkomensderving. Hij ziet zichzelf als getuige optreden. Als niet tot in B.' ogen bevredigende financiële afspraken kan worden gekomen werkt hij niet mee en zal hij het bewijsmateriaal mogelijk vernietigen. B. beweert dat er in dit verband ook sprake is van corruptie. Hij zou namen van ambtenaren kunnen noemen en aanwijzingen voor het bewijs kunnen leveren. B. heeft tot nu toe nog geen enkele inhoudelijke aanwijzing gegeven die tot begrip leidt met betrekking tot de aangeboden administratie. Hij heeft ook nog geen namen genoemd van betrokkenen. B. sluit niet uit dat hij zelf betrokken is geweest bij de beschreven praktijken en dat anderen daarover zullen gaan verklaren.'

Bij brief van 7 juli 2000 heeft voormalig collega mr. R. de Groot B. een vergoeding van maximaal fl. 50 000 aangeboden voor het verschaffen van de stukken en het optreden als getuige door B. Er is aansluiting gezocht bij de Regeling bijzondere opsporingsgelden van 1 juni 1998. De status van B. is kennelijk ingeschat als informant/getuige.

Hierboven is gemotiveerd betoogd dat B. (mogelijk) is aan te duiden als verdachte in deze zaak. Althans moet terdege rekening worden gehouden met de mogelijkheid dat B. op enig toekomstig moment als verdachte zal moeten worden aangemerkt.

Bij brief van 12 september 2000 is door het College van procureurs-generaal melding gemaakt van de vaststelling van de aanwijzing toezeggingen aan getuigen door het college. Hoewel de aanwijzing eerst formeel in werking zal treden op de datum inwerkingtreding van de Wet toezeggingen aan getuigen in strafzaken, oordeelt het college in eerdergenoemde brief dat afspraken reeds thans in overeenstemming moeten zijn met de uitgangspunten van het wetsvoorstel en de aanwijzing. B. heeft het in de brief van 7 juli 2000 gedane aanbod verworpen. Bij verdergaande gesprekken is van groot belang welke status aan B. wordt toegekend.

Als men B. thans aanmerkt als verdachte, en daar zijn argumenten voor aan te voeren, zou hij in het kader van de komende regelgeving aangeduid moeten worden als een criminele getuige, d.w.z. "een getuige die zelf reeds eerder als verdachte is aangemerkt" (MvT punt 9.3). In tegenstelling tot de regeling in de Richtlijn afspraken met criminelen (d.d. 13-3-1997, inwerkingtreding 1-4-1997) is in de thans toe te passen aanwijzing de toezegging tot het geven van een financiële beloning ontoelaatbaar. In feite kunnen er aan een verdachte/getuige uitsluitend toezeggingen worden gedaan op het gebied van strafvermindering.

(...)

Gelet op het hiervoor overwogene lijkt de conclusie onvermijdelijk dat B., aan te merken als verdachte, moet worden benaderd vanuit de regelgeving terzake toezeggingen aan getuigen. Daar past geen financiële beloning in. Te bezien ware of er in dit bijzondere geval plaats zou kunnen zijn voor een vergoeding wegens inkomensderving, niet zijnde een beloning. (...).'

De achtergrond van genoemde nota was gelegen in de omstandigheid dat het materiaal dat Ad Bos eerder ter beschikking had gesteld onvoldoende basis vormde voor strafrechtelijk bewijs. Ad Bos hield zich, volgens het openbaar ministerie, op de vlakte over zijn betrokkenheid bij strafbare activiteiten van zijn vroegere werkgever, maar gaf wel aan dat het zeer wel mogelijk is dat anderen tegen hem zullen gaan verklaren en dat hij mogelijk zelf ook verdachte wordt. Ad Bos wilde slechts medewerking verlenen aan nader onderzoek tegen een aanzienlijke vergoeding. Als geen bevredigende financiële afspraken zouden worden gemaakt zou hij niet meewerken en het bewijsmateriaal mogelijk vernietigen. In de nota van 17 november 2000 gaat de officier van justitie vervolgens in op de positie van Ad Bos. Hij speculeert erop dat Ad Bos mogelijk is aan te duiden als verdachte, althans dat er terdege rekening mee moet worden gehouden dat Ad Bos op enig toekomstig moment als verdachte zal moeten worden aangemerkt. Dat zou complicaties geven voor de basis waarop aan Ad Bos een vergoeding zou kunnen worden toegekend. Als Ad Bos op het moment dat de officier van justitie de nota schreef nog niet als verdachte had behoeven te worden aangemerkt, zou later aan het openbaar ministerie kunnen worden tegengeworpen dat het in elk geval voorzienbaar was dat verder onderzoek als uitkomst zou opleveren dat Ad Bos toch als verdachte had moeten worden aangemerkt. Op basis van deze overwegingen stelde de officier van justitie dat de conclusie onvermijdelijk lijkt dat Ad Bos zou moeten worden benaderd vanuit de regelgeving ter zake toezeggingen aan getuigen. Maar daaraan voegt hij toe dat de vraag of Ad Bos als verdachte zou moeten worden aangemerkt afhangt van wat hij blijkt te kunnen of willen verklaren. Citaat uit de nota:

‘Op de keper beschouwd heeft B. tot heden nog geen enkele feitelijke informatie verschaft die tot enige strafrechtelijke aanpak zou kunnen leiden.’

Ook blijkt uit een memo van 5 januari 2001, betreffende een gespreksverslag van een bespreking op het landelijk parket met onder meer Ad Bos, zijn raadsman en de officier van justitie in december 2000, dat Ad Bos daar is verteld dat niet uitgesloten kon worden dat hij bij de vermeende praktijken was betrokken en tot verdachte kon worden gemaakt dan wel bestempeld kon worden. Het memo houdt in:

‘Stikkelbroeck deelt mede dat de destijds door of namens B. aan collega De Groot overgelegde kopieën van – kort gezegd – (delen uit) "de boekhouding van A." op zichzelf geen strafrechtelijk bewijs opleveren; dat nu vereist de medewerking van B. Geconstateerd wordt dat

I.

B. reeds heeft aangegeven bereid te zijn medewerking te verlenen. Dat is op dit moment een bewering. J. heeft naar aanleiding van opgemelde stukken contact gehad met het NMA. De NMA heeft daarop aangegeven niet uit de voeten te kunnen met de door B. verstrekte kopieën; door hen is (ook) aangegeven dat daarbij de verklaring/uitleg van B. nodig is. Er is bevonden dat het openbaar ministerie het op dit moment moet doen met de "bewering" van B. dat hij kennis zou kunnen overdragen. Uit die situatie nu moeten partijen zien uit te komen.

II.

de inschatting (ook door CP-G's) is dat alles overziend, met B. pratend en gezien de stukken, thans niet kan worden uitgesloten dat bij (eveneens) bij de vermeende (frauduleuze) praktijken bij A. betrokken is. Met andere woorden: hij, B., kan tot verdachte worden gemaakt danwel op enig moment als verdachte worden bestempeld (naar aanleiding van verklaringen van derden/medeverdachten) met de daarbij behorende rechten (bijv. zwijgrecht). Het probleem is dat "medeverdachten" bezwaar kunnen maken indien zij wél worden vervolgd en B. niet.'

Verder is van belang een brief van 23 juli 2001 van de hoofdofficier van justitie aan Ad Bos, die inhoudt:

'De van u verkregen informatie heeft geen aanwijzing opgeleverd voor een verdenking van een strafbaar feit ter zake van malversaties door bouwbedrijven bij de aanbesteding van bouwprojecten, op grond waarvan een strafrechtelijk onderzoek kan worden aangevangen. Teneinde daar (een begin van) aanvang mee te kunnen maken, is hiertoe — zoals reeds meermalen aangegeven — uw medewerking nodig. Een complicerende factor daarbij is dat bij nader strafrechtelijk onderzoek op grond van uw medewerking niet kan worden uitgesloten dat u als verdachte zal dienen te worden aangemerkt.

Gelet op de mogelijkheid dat u als verdachte kunt worden aangemerkt, in welk geval een financiële vergoeding is uitgesloten op grond van de (concept-)aanwijzing toezeggingen aan getuigen in strafzaken van het College van procureurs-generaal, alsmede de hoogte van de door u gevraagde financiële vergoeding, zie ik geen mogelijkheid om de contacten met u voort te (doen) zetten.

Ten slotte wijs ik u er op dat het uitgangspunt zou dienen te zijn dat een burger die stelt te beschikken over informatie die betrekking heeft op ernstige strafbare feiten, deze zonder het stellen van voorwaarden zou moeten verstrekken aan het openbaar ministerie.'

Tot 30 januari 2002 moest er rekening mee worden gehouden dat, wanneer Ad Bos zou meewerken aan verder onderzoek en de complete boekhouding ter beschikking zou stellen, ook op hemzelf verdenking zou komen te rusten. Het openbaar minis-

terie was vooral geïnteresseerd in de boekhouding waarover Ad Bos beschikte en de status van Ad Bos zelf werd in het midden gelaten. Maar bij de onderhandelingen over een financiële vergoeding moest een standpunt worden ingenomen. Zoals de officier van justitie in de door hem opgestelde nota laat uitkomen was er alle reden om, met het oog op de toekomstige ontwikkelingen in het onderzoek, rekening te houden met toepasselijkheid van de regeling 'Toezeggingen aan getuigen in strafzaken' (de zogeheten 'kroongetuigenregeling').

Op 30 januari 2002 legt Ad Bos tijdens een verhoor als getuige een verklaring af, waarin hij bekende een paar keer een envelop met geld aan een ambtenaar te hebben gegeven.³

7.3 Strafvervolging: rechterlijk pardon

Ad Bos wordt vervolgens strafrechtelijk vervolgd voor ambtelijke omkoping.⁴ De raadsman van Ad Bos heeft in het daaropvolgend strafproces gesteld dat het openbaar ministerie niet-ontvankelijk moet worden verklaard in de vervolging, omdat het openbaar ministerie jegens Ad Bos heeft gehandeld in strijd met beginselen van een goede procesorde.⁵ De rechtbank Rotterdam verwerpt dit verweer, komt tot een bewezenverklaring en veroordeling, maar overweegt ter zake de straftoemeting het volgende:

'De rechtbank is echter van oordeel dat niet buiten beschouwing kan blijven het gegeven dat de onderhavige strafzaak zijn oorsprong vindt in het feit dat verdachte uit eigener beweging gegevens betreffende frauduleuze praktijken in de bouwwereld ter beschikking heeft gesteld aan het Openbaar Ministerie. Voorts neemt de rechtbank in aanmerking dat verdachte door het ter beschikking stellen van die gegevens enerzijds in de ogen van velen een belangrijke verdienste voor de samenleving heeft verricht terwijl hij anderzijds tegelijkertijd daaraan ondergeschikt heeft gemaakt de negatieve gevolgen die dit voor hem zelf kon hebben en blijkens zijn verklaring ter terechtzitting van 28 januari 2005 ook heeft gehad.

Alle bovenstaande omstandigheden en de overige tijdens het onderzoek ter terechtzitting naar voren gekomen omstandigheden in aanmerking nemend, is de rechtbank, anders dan de officier van justitie, van oordeel dat met toevoeging van enig strafleed thans in redelijkheid geen met de strafrechtstoepassing na te streven doel meer wordt gediend. Daarom zal de rechtbank, onder toepassing van artikel 9a van het Wetboek van Strafrecht geen straf of maatregel opleggen.'⁶

3. Zie voor het feitelijk verloop van de onderhandelingen tussen het openbaar ministerie, Ad Bos en zijn raadsman de overwegingen in het arrest van het gerechtshof Den Haag 5 december 2008, ECLI:NL:GHSGR:2008:BG6133 en de CAG bij HR 6 juli 2010, NJ 2010/583, m.nt. Y. Buruma.

4. Art. 177 Wetboek van Strafrecht (Sr).

5. Art. 348 en 350 Wetboek van Strafvordering (Sv) en zie verder over de beginselen van behoorlijke procesorde in het strafprocesrecht: G.J.M. Corstens & M.J. Borgers, *Het Nederlandse strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2014, p. 50.

6. Rechtbank Rotterdam 11 februari 2005, ECLI:NL:RBROT:2005:AS5815.

7.4 Niet-ontvankelijkheid openbaar ministerie: eerste maal

Ad Bos en het openbaar ministerie hebben tegen het vonnis van de rechtbank Rotterdam hoger beroep ingesteld, welk hoger beroep door het openbaar ministerie nadien weer is ingetrokken. De raadsman van Ad Bos heeft ook in hoger beroep aangevoerd dat het openbaar ministerie niet-ontvankelijk dient te worden verklaard in de vervolging, omdat is gehandeld in strijd met beginselen van behoorlijke procesorde. Ditmaal wordt het verweer gehonoreerd door het gerechtshof Den Haag. Het hof overweegt:

‘Hoewel hem geen concrete en duidelijke toezeggingen op dit punt zijn gedaan, is wel op een zodanige wijze door het openbaar ministerie met Ad Bos gecommuniceerd, dat bij Ad Bos de stellige verwachting kon ontstaan dat hij geen strafrechtelijke vervolging te duchten had. Zo schreef de hoofdofficier van justitie mr. M.E.F.H. van Erve in zijn brief van 23 juli 2001 namens het Landelijk Parket aan Ad Bos dat hij geen mogelijkheid zag “om de contacten met u voort te (doen) zetten” betreffende de gesignaleerde “malversaties door bouwbedrijven bij de aanbesteding van bouwprojecten”. Omdat de voornoemde brief betrekking had op niet nader gespecificeerde malversaties in de bouwwereld, is aannemelijk geworden dat bij Ad Bos de rehtens relevante schijn kon, en blijkens het verhandelde ter terechtzitting in hoger beroep ook is, ontstaan van een toezegging van het openbaar ministerie tot niet-vervolgning van Ad Bos voor die delicten die te maken hadden met de malversaties (inclusief de omkopen).

Op grond van het bovenstaande is het hof van oordeel dat het een gemotiveerde keuze van het openbaar ministerie en van de verhorende ambtenaren is geweest om Ad Bos zo lang mogelijk in het ongewisse te laten over diens status als (potentiële) verdachte en overige aspecten van diens rechtspositie, omdat men met het oog op het maatschappelijk belang van de waarheidsvinding inzake malversaties bij aanbestedingen probeerde zo veel mogelijk informatie van hem los te krijgen en men bang was dat Ad Bos niet aan het onderzoek zou meewerken als hij de status van verdachte zou krijgen. Deze keuze is gemaakt tegen de achtergrond van de moeilijke bewijsbaarheid van fraude en/of omkoping in de context van aanbestedingen van bouwprojecten. Aannemelijk is geworden dat, gezien de inhoud van de genoemde brief van 23 juli 2001, bij Ad Bos de rehtens relevante schijn is gewekt dat aan hem was toegezegd dat hij niet zou worden vervolgd.

Schending van de beginselen van een behoorlijke procesorde

Al deze feiten en omstandigheden tezamen in onderlinge samenhang beschouwd leiden tot het oordeel dat er ten opzichte van Ad Bos sprake is van een ernstige schending van de beginselen van een behoorlijke procesorde waardoor – op z’n minst genomen – met grove veronachtzaming van de belangen van Ad Bos aan diens recht op een eerlijke behandeling van zijn zaak is tekort gedaan.’

7.5 De Hoge Raad

De Hoge Raad gaat, na een door het openbaar ministerie ingesteld cassatieberoep, niet mee in het oordeel van het gerechtshof Den Haag. Het hof heeft volgens de Hoge Raad kennelijk beoogd tot uitdrukking te brengen dat door het optreden van het openbaar ministerie bij de verdachte het gerechtvaardigde vertrouwen is gewekt dat hij niet zou worden vervolgd. Maar dat oordeel is volgens de Hoge Raad niet zonder meer begrijpelijk, in aanmerking genomen dat het hof heeft vastgesteld dat aan de verdachte ‘op dit punt’ geen concrete en duidelijke toezeggingen zijn gedaan.⁷ De overige oordelen van het hof (MJ: inzake de beginselen van behoorlijke procesorde) zijn volgens de Hoge Raad zozeer verweven met het oordeel over het vertrouwensbeginsel en de daarbij geconstateerde motiveringsgebreken, dat zij niet afzonderlijk worden besproken door de Hoge Raad.⁸ De Hoge Raad vernietigt de uitspraak van het hof en verwijst de zaak naar het gerechtshof Amsterdam.

7.6 Niet-ontvankelijkheid openbaar ministerie: tweede maal

In 2013 doet het gerechtshof Amsterdam uitspraak in deze, inmiddels zeer langlopende, strafzaak. Bijzonder is het gegeven dat het openbaar ministerie zijn eigen niet-ontvankelijkheid in de strafvervolgning vordert:

‘Terugkijkend op de rol van de [verdachte] als klokkenluider in de Bouw-fraude-affaire en het maatschappelijk belang dat daarmee gediend is geweest, maakt het OM nu een andere afweging in de opportuniteit van diens vervolging en beoordeelt het OM de vervolging van de [verdachte] anders dan bij het vorderen van het gerechtelijk vooronderzoek op 16 april 2002 en het dagvaarden van de [verdachte] op 15 november 2004. Gelet op die rol en dat maatschappelijk belang, de duur van de procedure, en de gewijzigde omstandigheden, meent het OM nu geen belang meer te hebben bij de vervolging van de [verdachte] en het doorzetten van de strafrechtelijke procedure. Om deze redenen verzoeken het OM en de [verdachte] het Gerechtshof het OM niet-ontvankelijk te verklaren in zijn vervolging’.

Het hof verklaart vervolgens het openbaar ministerie niet-ontvankelijk in de strafvervolgning en zo komt er een definitief einde aan de eerste strafzaak tegen een klokkenluider.⁹

Opmerkelijk is dat het openbaar ministerie in 2013, de vordering tot niet-ontvankelijkheid onderbouwt met, onder andere, het argument van het maatschappelijke belang. Immers, de rechtbank Rotterdam verwijst in haar uitspraak van 2005 ook naar dat belang. De vraag is dan wel over welk maatschappelijk belang het openbaar ministerie spreekt en waarom dat dan zou zijn gewijzigd in de loop der jaren. Gelet op de uitspraak van de rechtbank Rotterdam is van een dergelijke wijziging klaar-

7. Zie over de schending van het zogeheten vertrouwensbeginsel in het strafprocesrecht en de eisen die daarvoor gelden ook HR 2 juli 2013, NJ 2013/563 (*Checkpoint*).

8. HR 6 juli 2010, NJ 2010/583, m.nt. Y. Buruma, r.o. 3.7.1 en 3.7.3.

9. Gerechtshof Amsterdam 2 december 2012, ECLI:NL:GHAMS:2013:4214.

blijkelijk geen sprake geweest, ervan uitgaande dat het openbaar ministerie en de rechtbank Rotterdam hetzelfde maatschappelijke belang bedoelen. Het diskwalificeert in die zin wel enigszins de destijds door het openbaar ministerie genomen vervolgingsbeslissing, die wellicht te veel op formele gronden was gebaseerd.

7.7 De klokkenluider als burger in de opsporing

De strafzaak tegen Ad Bos maakt duidelijk welke problemen zich kunnen voordoen op het moment dat een klokkenluider zich meldt bij het openbaar ministerie. In welke strafvorderlijke rol doet hij of zij dat? En wat wordt de rol van de klokkenluider vervolgens in het strafproces? De klokkenluider is een burger die bijstand verleent aan de opsporing, zij het dat het wel om een bijzondere burger gaat. In navolging van de voorstellen van de Parlementaire Enquêtecommissie Opsporingsmethoden heeft een aantal bijzondere opsporingsbevoegdheden een plaats gekregen in het Wetboek van Strafvordering.¹⁰ Een afzonderlijke titel is gewijd aan vormen van bijstand aan de opsporing door burgers.¹¹ Een belangrijke bron voor de politie zijn de zogeheten informanten.¹² In de zaak van Ad Bos is daar ook nog op gezinspeeld door het openbaar ministerie in de nota van 17 november 2000:

‘Bij brief van 7 juli 2000 heeft voormalig collega mr. R. de Groot B. een vergoeding van maximaal fl. 50 000 aangeboden voor het verschaffen van de stukken en het optreden als getuige door B. Er is aansluiting gezocht bij de Regeling bijzondere opsporingsgelden van 1 juni 1998. De status van B. is kennelijk ingeschat als informant/getuige.’

Een stap verder dan het zijn van informant is het aannemen van de gedaante van burgerinfiltrant.¹³ De infiltrant verleent bijstand aan de opsporing door deel te nemen of bijstand te verlenen aan een groep personen die misdrijven pleegt of beraamt. Hij neemt dus actief deel aan het criminele milieu, onder regie van de overheid. Deze vorm van opsporing wordt in de praktijk uiterst zelden toegepast.¹⁴ Enigszins verwant aan infiltratie is de mogelijkheid van burgerpseudokoop of -dienstverlening.¹⁵ Anders dan de burgerinfiltrant, dringt de burger hier niet door in een criminele organisatie, maar maakt deze incidenteel, onder regie van het openbaar ministerie, met de verdachte afspraken over het afnemen van roerende of onroerende zaken of het verlenen van diensten.¹⁶ Deze vorm van opsporing wordt sporadisch toegepast.

De klokkenluider kan in de opsporing als informant fungeren en in het mogelijk daaropvolgend strafproces eindigen als verdachte of als (kroon)getuige. Uit de

10. Eindrapport Parlementaire Enquêtecommissie Opsporingsmethoden van 1 februari 1996, *Kamerstukken II 1995/96*, 24072, 11. Zie uitgebreid over de rol van burgers in de opsporing F.W. Bleichrodt, *Over burgers en opsporing*, Deventer: Kluwer 2010.
11. Boek I, Titel VA (Bijstand aan opsporing door burgers) Sv.
12. De bevoegdheid tot het inzetten van informanten is gebaseerd op de algemene taakstelling van de politie (art. 3 Politiewet 2012) of art. 126v Sv.
13. Art. 126w en 126x Sv.
14. F.W. Bleichrodt, *Over burgers en opsporing*, Deventer: Kluwer 2010, p. 23.
15. Art. 126ij en 126zt Sv.
16. F.W. Bleichrodt, *Over burgers en opsporing*, Deventer: Kluwer 2010, p. 26.

strafzaak tegen Ad Bos wordt duidelijk dat de rol van de klokkenluider in de opsporing meebrengt dat de rechtsverhoudingen in het kader van de strafrechtpleging minder eenduidig worden. De rechtspositie binnen die verhouding wordt niet alleen beheerst door regels van het strafprocesrecht, maar ook het burgerlijk recht. Immers, in de overeenkomst met de klokkenluider als getuige, die ook verdachte is, worden rechten en verplichtingen van de getuige en het openbaar ministerie opgenomen.¹⁷ De rechtsverhoudingen worden nog gecompliceerder als een klokkenluider ook een financiële vergoeding vraagt. Dit is ook een belangrijk aspect geweest in de strafzaak tegen Ad Bos, gelet op de nota van 17 november 2000 en de brief van 23 juli 2001. Kortom, de klokkenluider begeeft zich in een ‘mijnenveld’. Daarom zijn bijzondere rechtsbescherming en deskundige juridische bijstand nodig om hier ongeschonden uit te kunnen geraken.¹⁸ De positie van de klokkenluider dient in ieder geval niet in zijn geheel afhankelijk te worden gesteld van het vervolgingsbeleid van het openbaar ministerie, dat immers – zo blijkt uit de Ad Bos-zaak – niet consistent is en bovendien te gevoelig is voor de steeds weer wisselende landelijke politieke besluitvorming vanuit de Tweede Kamer en de Minister van Veiligheid en Justitie.

In het navolgende zal nader worden ingegaan op het eerder genoemde mijnenveld dat een klokkenluider dient door te steken wanneer hij wordt geconfronteerd met een strafrechtelijk onderzoek en strafrechtelijke vervolging. Daarbij worden een aantal rechtsbeschermende instrumenten besproken die zouden moeten kunnen worden ingeroepen om dat mijnenveld ongeschonden door te steken en die niet zijn verankerd in het Eerste Wetsvoorstel en het Tweede Wetsvoorstel.

7.8 Van het melden van een misstand naar strafrechtelijke vervolging

Op grond van art. 4 Tweede Wetsvoorstel kan een werknemer, bij een vermoeden van een misstand, een melding doen bij de afdeling onderzoek van het Huis voor klokkenluiders. Onder een misstand verstaat het Tweede Wetsvoorstel:

Art. 1:

d. vermoeden van een misstand:

het vermoeden van een werknemer, dat binnen de organisatie waarin hij werkt of heeft gewerkt of bij een andere organisatie indien hij door zijn werkzaamheden met die organisatie in aanraking is gekomen, sprake is van een misstand voor zover:

1°. het vermoeden gebaseerd is 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

2°. het maatschappelijk belang in het geding is bij de schending van een wettelijk voorschrift, een gevaar voor de volksgezondheid, een gevaar

17. F.W. Bleichrodt, *Over burgers en opsporing*, Deventer: Kluwer 2010, p. 6.

18. In het Wetsvoorstel heeft de afdeling advies van het Huis voor klokkenluiders onder andere tot taak het adviseren van een werknemer over de te ondernemen stappen inzake het vermoeden van een misstand (art. 3a lid 2 Wetsvoorstel). Ook kan worden gedacht aan juridische bijstand door een op dit terrein deskundig advocaat.

voor de veiligheid van personen, een gevaar voor de aantasting van het milieu, een gevaar voor het goed functioneren van de openbare dienst of een onderneming als gevolg van een onbehoorlijke wijze van handelen of nalaten.

Een misstand kwalificeert niet automatisch als strafbaar feit, maar uitgesloten is dat geenszins.

Ook in de strafzaak tegen Ad Bos was in eerste instantie sprake van een misstand en volgens het openbaar ministerie was dit nog te weinig om te komen tot strafbare feiten, tenzij Ad Bos belastende verklaringen zou gaan afleggen. Een aantal schrijvers stelt dat in veruit de meeste gevallen de misstanden ook wel als strafbare feiten zullen kwalificeren, maar uit onderzoek van de overheid lijkt te volgen dat de misstanden in de regel betrekking hebben op de schending van regels, misbruik van bevoegdheden, misbruik van de gezagsrelatie en dergelijke, en juist minder op strafbare feiten.¹⁹

De afdeling onderzoek van het Huis voor klokkenluiders kan een onderzoek uitvoeren naar het vermoeden van de misstand.²⁰ Het strafrechtelijk vaarwater kan dan in zicht komen, omdat art. 17a lid 1 Tweede Wetsvoorstel bepaalt dat het Huis voor klokkenluiders en het openbaar ministerie afspraken maken over de samenwerking en informatie-uitwisseling. Het gaat dan om afspraken over de gevallen waarin de afdeling onderzoek van het Huis voor klokkenluiders een onderzoek instelt naar een vermoeden van een misstand en het openbaar ministerie een opsporingsonderzoek instelt naar een strafbaar feit ten aanzien van 'hetzelfde voorval'. In een dergelijk 'concreet geval' plegen de afdeling onderzoek en het openbaar ministerie, met inachtneming van een samenwerkingsprotocol, 'overleg over de inrichting van beide onderzoeken'. De afspraken over samenwerking en informatie-uitwisseling worden neergelegd in dat samenwerkingsprotocol.²¹ De Memorie van Toelichting verwoordt het als volgt:

'Op deze wijze wordt voorkomen dat een ernstige misstand, waarbij bijvoorbeeld een grote inbreuk op de integriteit van de overheid heeft plaatsgevonden, (fraude of omkoping) verstoken zou blijven van een passende strafrechtelijke reactie.'²²

Op de aard en inhoud van de afstemming wordt nader ingegaan in de brief van het College van procureurs-generaal van 26 augustus 2013.²³ Volgens het openbaar ministerie is het denkbaar dat, in geval van samenloop van een onderzoek naar een misstand door de afdeling onderzoek en een strafrechtelijk onderzoek door het openbaar ministerie, de bevindingen uit de onderzoeken over en weer van

19. D.V.A. Brouwer & T.A.H.M. van de Laar, 'Het 'Huis voor klokkenluiders', Liever renovatie dan en nieuwbouw', in: *Jaarboek Compliance* 2014, p. 230; M. Verveld-Suijkerbuijk, 'Het wetsvoorstel Huis voor klokkenluiders, Een praktijkgerichte bespreking', *TBS&H* 1(4), p. 151; Brief van de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties van 27 oktober 2014, *Kamerstukken II* 2014/15, 33258, 31, p. 2.

20. Art. 3a en 6 Tweede Wetsvoorstel.

21. Art. 17a lid 2 en 3 Tweede Wetsvoorstel.

22. *Kamerstukken II* 2014/15, 34105, 3, onderdeel R.

23. *Kamerstukken II* 2011/12, 33258, 16.

belang kunnen zijn. In een samenwerkingsprotocol kunnen dan afspraken worden gemaakt over de wijze waarop informatieverstrekking zal plaatsvinden. Verveld-Suijkerbuijk stelt dat de informatie die wordt gedeeld met het openbaar ministerie alleen die informatie kan betreffen waarvoor de aangifteplicht van art. 162 Wetboek van Strafvordering (Sv) geldt, maar dat lijkt toch een te beperkte opvatting van de inhoud van de afstemmingsafspraken en het daaraan ten grondslag liggende samenwerkingsprotocol.²⁴ Immers, alvorens tot afstemming ter zake de inrichting van de onderzoeken te komen moet worden vastgesteld dat onderzoek wordt gedaan naar dezelfde concrete gedragingen. Dat betekent per definitie dat informatie moet worden verstrekt over de in het geding zijnde gedragingen, inclusief ‘rugnummers’, omdat anders eenvoudigweg niet kan worden vastgesteld dat de onderzoeken zien op hetzelfde concrete voorval. Het College van procureurs-generaal refereert hier ook aan in de brief van 26 augustus 2013, waarin het probleem van het vaststellen van samenloop als volgt wordt verwoord:

‘En zelfs als wordt vastgesteld dat een melding bij het Huis voor klokkenluiders raakvlakken heeft met een strafrechtelijk onderzoek, betekent dat niet automatisch dat er sprake is van samenloop als bedoeld in het wetsvoorstel. Een strafrechtelijk onderzoek kan betrekking hebben op een complex van feiten en gebeurtenissen dat mede een misstand omvat, maar kan zich juist richten op andere (strafbare) gedragingen. Het kan zich ook richten op anderen dan de werkgever van degene die een misstand bij het Huis voor klokkenluiders heeft gemeld. Ook kan in de loop van een strafrechtelijk onderzoek het accent verschuiven naar andere feiten en verdachten. Een misstand hoeft niet een strafbare gedraging te omvatten en een strafrechtelijk onderzoek kan betrekking hebben op een misstand zonder dat daarvan melding is gedaan door een klokkenluider. Het zal dus vaak niet eenvoudig zijn om vast te stellen of er op enig moment sprake is van samenloop — in de zin van de voorgestelde wettelijke regeling — van een strafrechtelijk onderzoek met een onderzoek door het Huis voor klokkenluiders naar een misstand.’

Wat daar ook van zij, het is geenszins denkbeeldig dat in het kader van de afstemming informatie over de werknemer die de misstand heeft gemeld (de klokkenluider) wordt gedeeld met het openbaar ministerie, ook al gebeurt dat in abstract taalgebruik. De identiteit van de klokkenluider kan immers ook bij abstract taalgebruik eenvoudig worden herleid, wanneer het bijvoorbeeld gaat om specifieke gedragingen van organisatiecriminaliteit die zich afspelen binnen één bepaald concern.²⁵ Als de identiteit van de klokkenluider bekend wordt bij het openbaar ministerie, wat wordt dan vervolgens zijn strafvorderlijke hoedanigheid en status?

24. M. Verveld-Suijkerbuijk, ‘Het wetsvoorstel Huis voor klokkenluiders, Een praktijkgerichte bespreking’, *TBS&H* 1(4), p. 151.

25. Onder organisatiecriminaliteit verstaat Van de Bunt misdrijven die individueel of groepsgewijs door leden van een gerespecteerde en bonafide organisatie worden gepleegd binnen het kader van de uitoefening van organisatorische taken (H.G. van de Bunt, *Organisatiecriminaliteit*, Arnhem: Gouda Quint 1992).

7.9 De klokkenluider met 'schone handen'

De toelichting op het Eerste en het Tweede Wetsvoorstel geeft geen antwoord op de vraag voor wat voor soort klokkenluider het Huis voor klokkenluiders is bedoeld. Anders gezegd, het Eerste en het Tweede Wetsvoorstel lijken geen onderscheid te maken tussen klokkenluiders met 'vuile handen' en die met 'schone handen', ofwel de klokkenluider die zichzelf schuldig heeft gemaakt aan de door hem gemelde en als strafbare feiten te kwalificeren misstanden en de klokkenluider die zich in het geheel niet heeft schuldig gemaakt aan de door hem gemelde en als strafbare feiten te kwalificeren misstanden. Zo verwijzen de initiatiefnemers van het Eerste en het Tweede Wetsvoorstel expliciet naar Ad Bos als één van de klokkenluiders die belangrijke misstanden aan het licht heeft gebracht.²⁶ Ad Bos werd, zoals bekend, zelf strafrechtelijk vervolgd voor de misstanden die hij aan het licht heeft gebracht.

7.10 Rechtsbescherming: wettelijke strafrechtelijke vrijwaring

Voor de soort en de mate van rechtsbescherming kan voornoemd onderscheid wel van belang zijn, omdat ook een klokkenluider met 'schone' handen strafrechtelijk vervolgd zou kunnen worden. In de toelichting op het Eerste Wetsvoorstel wordt gezegd dat een klokkenluider te goeder trouw en naar behoren dient te melden.²⁷ De te goeder trouw ten spijt, niet is te voorkomen dat de klokkenluider zelf onderwerp van een strafrechtelijk onderzoek wordt. Naar aanleiding van de resultaten van een dergelijk strafrechtelijk onderzoek zou het openbaar ministerie van oordeel kunnen zijn dat de klokkenluider zich weliswaar niet schuldig heeft gemaakt aan, bijvoorbeeld, het opzettelijk witwassen, maar wel aan de lichtere vorm van schuldwitwassen.²⁸ Voor het vaststellen van schuld in deze zin is niet meer vereist dan de grove of aanmerkelijke onvoorzichtigheid.²⁹

Het Tweede Wetsvoorstel voorziet niet in een vorm van rechtsbescherming, die zou moeten voorkomen dat een klokkenluider zelf strafrechtelijk wordt vervolgd, indien deze te goeder trouw melding van een misstand doet bij het Huis voor klokkenluiders, ervan uitgaande dat de gegeven informatie wordt gedeeld met het openbaar ministerie en een strafrechtelijk onderzoek wordt geïnitieerd.³⁰

Rechtsbescherming voor de klokkenluider kan worden gevonden in een door het openbaar ministerie vast te stellen en te publiceren Richtlijn of Aanwijzing waarin wordt vastgelegd dat in genoemde situatie geen strafrechtelijke vervolging zal plaatsvinden. De Aanwijzingen en Richtlijnen binden het openbaar ministerie en indirect ook de aan het gezag van het openbaar ministerie onderworpen opsporingsinstanties zoals de FIOD op grond van beginselen van een behoorlijke procesorde.³¹ Een wettelijke vorm van rechtsbescherming geniet toch de voorkeur en dan

26. Kamerstukken II 2011/12, 33258, 3, p. 1.

27. Kamerstukken II 2011/12, 33258, 3, par. 6 (rechtsbescherming).

28. Art. 420quater Sr.

29. Vgl. HR 1 juli 2014, RvdW 2014/921, r.o. 3.3.

30. Art. 17a Tweede Wetsvoorstel.

31. HR 26 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO4015 (vaste jurisprudentie, onder verwijzing naar HR 19 juni 1990, NJ 1991/119).

aangevuld met een dergelijke Richtlijn of Aanwijzing.³² Bij een wettelijke vorm van rechtsbescherming kan worden gedacht aan een vorm van rechtsbescherming analoog aan die voor melders in de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (Wwft).³³ Sinds 1 februari 1994 zijn de Wet identificatie bij financiële dienstverlening 1993 (later gewijzigd in Wet identificatie bij dienstverlening: WID) en de Wet melding ongebruikelijke transacties (Wet MOT) van kracht. De WID en de Wet MOT hadden als doel het witwassen van opbrengsten uit misdrijven en het financieren van terrorisme tegen te gaan. Daartoe verplichtte de Wet MOT tot het melden van ongebruikelijke transacties. Beide wetten zijn samengevoegd tot de Wwft. Een belangrijk onderdeel van de bestrijding van witwassen en financieren van terrorisme is de verplichting om ongebruikelijke transacties te melden aan de Financiële Inlichtingen Eenheid (FIE), voorheen het Meldpunt MOT.³⁴ Art. 19 lid 1 Wwft biedt de meldende instelling vrijwaring tegen een strafrechtelijke vervolging ter zake van witwassen of financieren van terrorisme, in de zin dat gegevens of inlichtingen die de instelling bij melding verstrekt, niet kunnen worden gebruikt ten behoeve van een opsporingsonderzoek of strafrechtelijke vervolging van de instelling ter zake van witwassen of financieren van terrorisme. In de wetsgeschiedenis op de Wet MOT wordt over de strafrechtelijke vrijwaring het volgende opgemerkt:

‘7.1. Financiële instellingen die overeenkomstig artikel 9 van het wetsvoorstel een ongebruikelijke transactie melden, zouden, zonder nadere voorziening, het risico lopen dat zij gegevens verschaffen op basis waarvan zij zelf wegens opzet- of schuldheiling kunnen worden vervolgd. Het is namelijk niet uitgesloten dat uit deze gegevens blijkt dat de meldende financiële instelling geld heeft aangenomen, terwijl zij wist of redelijkerwijs kon vermoeden dat het geld van misdrijf afkomstig is. Gelet op het feit dat de meldingsplicht niet primair wordt voorgesteld om financiële instellingen als witwassers aan te merken, maar om de identiteit van degene die misdrijfgelden aanbiedt te achterhalen, wordt in artikel 12 inzake strafrechtelijke aansprakelijkheid voorgesteld dat gegevens of inlichtingen die in overeenstemming met het onderhavige wetsvoorstel verplicht zijn verstrekt, niet als grondslag voor of ten behoeve van een opsporingsonderzoek of gerechtelijk vooronderzoek kunnen dienen tegen degene die deze gegevens of inlichtingen heeft verstrekt wegens verdenking van overtreding van de artikelen 416, 417 of 417bis van het Wetboek van Strafrecht. Evenmin kunnen deze gegevens of inlichtingen als bewijs meewerken ter zake van een telastlegging wegens overtreding van deze artikelen door de meldende financiële instelling. De gemelde gegevens

32. Art. 130 lid 4 Wet op de rechterlijke organisatie bepaalt dat het College van procureurs-generaal algemene en bijzondere aanwijzingen kan geven betreffende de uitoefening van de taken en bevoegdheden van het openbaar ministerie. Vanaf 1 maart 2015 hanteert het openbaar ministerie Richtlijnen in een nieuwe opzet. Voor meer informatie over deze nieuwe richtlijnen wordt verwezen naar de Aanwijzing kader voor strafvordering en openbaar ministerie-afdoeningen (*Stcrt.* 2015, 4952).

33. Wet van 15 juli 2008, houdende samenvoeging van de Wet identificatie bij dienstverlening en de Wet melding ongebruikelijke transacties (Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme).

34. Art. 9 Wet MOT (oud) en art. 16 Wwft.

kunnen uiteraard wel worden gebruikt bij de opsporing, vervolging en berechting van de persoon die het geld heeft aangeboden. De meldingsplichtige financiële instellingen blijven strafrechtelijk aansprakelijk voor heling.³⁵

Het doel om de identiteit te kunnen achterhalen van de wetsovertreders kan evenzeer gelden voor de klokkenluider en de door hem gemelde misstanden binnen de organisatie waarin hij werkzaam is. Verwezen wordt naar de, hierboven reeds aangehaalde, nota van de officier van justitie, opgemaakt naar aanleiding van het oriënterend gesprek dat op 13 april 1999 plaatsvond tussen Ad Bos, diens raadsman en de officier van justitie:

‘Uit het gesprek met [verdachte] begreep ik verder dat, indien de hoogte van het bedrag dat de overheid voor een bepaald project beschikbaar heeft tevoren bekend is, dat vrijwel altijd te wijten is aan ambtenaren die deze informatie aan bevriende aannemers doorgeven. Dit levert ambtelijke corruptie op, zeker als er nog tegenprestaties tegenover staan. Deze praktijken die bij mijn weten al jaren bekend zijn, hebben tot nu toe vrijwel nooit tot een strafvervolging geleid, omdat er geen bewijs voor te verkrijgen was’.

Een kenmerkend verschil tussen de melder in de Wwft en de klokkenluider is de verplichting die op de instelling rust om ongebruikelijke transacties te melden. Een dergelijke wettelijke verplichting rust niet op een werknemer van een organisatie. Een kenmerkende overeenkomst is echter de veronderstelde goede trouw van beide soorten melders en de mogelijkheid om de identiteit te achterhalen van degenen die verantwoordelijk zijn voor de misstanden respectievelijk van degenen die de misdrijfgelden aanbieden.

Een wettelijke verankering van een strafrechtelijke vrijwaring voor klokkenluiders biedt een stevige rechtsbescherming, waarbij het er wel op aankomt om de in de vrijwaring op te nemen strafrechtelijke bepalingen niet te beperken tot een drietal bij organisatiecriminaliteit veelvoorkomende misdrijven. Een strafrechtelijke vrijwaring voor alleen verduistering, valsheid in geschrift en omkoping sluit immers een strafrechtelijke vervolging niet uit voor, bijvoorbeeld, deelname aan een criminele organisatie en witwassen, terwijl daar wel vaak sprake van kan zijn als het gaat om organisatiecriminaliteit.³⁶ Een in de wet vastgelegde strafrechtelijke vrijwaring kan bovendien goed worden aangevuld met, zoals hierboven vermeld, een door het openbaar ministerie vast te stellen Aanwijzing of Richtlijn waarin het vervolgingsbeleid van klokkenluiders nader wordt vormgegeven. In deze Aanwijzing of Richtlijn kunnen de voor vrijwaring in aanmerking te nemen strafbepalingen worden geconcretiseerd en aangevuld indien dit wenselijk of noodzakelijk is om de rechtsbescherming van de klokkenluider te verstevigen.

35. *Kamerstukken II* 1992/93, 23009, 3, p. 16. Zie verder zeer summier *Kamerstukken II* 2007/08, 31238, 3, p. 29.

36. Art. 140, 177, 225, 321 en 420bis Sr.

7.11 De klokkenluider met 'vuile handen': verdachte of kroongetuige?

Hoe staat het met de rechtsbescherming van de klokkenluider die zich ook schuldig heeft gemaakt aan misstanden die hij heeft gemeld en die zijn te kwalificeren als strafbare feiten? In 2005 was het uitgangspunt van de Regering dat een 'criminele klokkenluider' altijd strafrechtelijk moest worden vervolgd. Dit is uitdrukkelijk destijds door Ministers van Economische Zaken, Sociale Zaken en Werkgelegenheid en Justitie verwoord in een brief uitgebracht in het kader van de Enquête Bouwnijverheid. Zij schrijven in deze brief van 5 april 2005:

'Strafbare feiten

Het kan voorkomen dat de melding van een (vermoeden van een) misstand betrekking heeft op een strafbaar feit, waarbij de melder zelf in strafrechtelijke zin is betrokken. Op dit moment kan een klokkenluider die zelf betrokken is geweest bij de strafbare feiten in aanmerking komen voor een vermindering van de strafeis in zijn strafzaak. Of een strafrechtelijk betrokken klokkenluider vanwege zijn melding in aanmerking kan komen voor een verminderde eis in zijn strafzaak, is uitsluitend ter beoordeling van de betrokken justitiële autoriteiten. Uitgangspunt hierbij is, dat een criminele getuige/klokkenluider altijd wordt vervolgd, zodat de rechter in de gelegenheid wordt gesteld zich uit te laten over een passende strafmaat.³⁷

De enige mogelijkheid die een klokkenluider in deze situatie dan heeft is te trachten de gedaante aan te nemen van wat wel de 'kroongetuige' wordt genoemd.³⁸ In de zaak van Ad Bos speelde dit ook, gelet op de inhoud van de nota van 17 november 2000:

'Als men B. thans aanmerkt als verdachte, en daar zijn argumenten voor aan te voeren, zou hij in het kader van de komende regelgeving aangeduid moeten worden als een criminele getuige, d.w.z. 'een getuige die zelf reeds eerder als verdachte is aangemerkt' (MvT punt 9.3). In tegenstelling tot de regeling in de Richtlijn afspraken met criminelen (d.d. 13-3-1997, inwerkingtreding 1-4-1997) is in de thans toe te passen aanwijzing de toezegging tot het geven van een financiële beloning ontoelaatbaar. In feite kunnen er aan een verdachte/getuige uitsluitend toezeggingen worden gedaan op het gebied van strafvermindering.

(...)

Gelet op het hiervoor overwogene lijkt de conclusie onvermijdelijk dat B., aan te merken als verdachte, moet worden benaderd vanuit de regelgeving terzake toezeggingen aan getuigen. Daar past geen financiële be-

37. Kamerstukken II 2004/05, 28244, 98, p. 9.

38. Ik bespreek in deze bijdrage niet de minder reële gedaanten van de 'informant' (op basis van art. 3 Politiewet 2012 of art. 126v Sv) en van de burgerinfiltrant (art. 126w en 126x Sv).

loning in. Te bezien ware of er in dit bijzondere geval plaats zou kunnen zijn voor een vergoeding wegens inkomensderving, niet zijnde een beloning. (...).'

Het doen van toezeggingen aan criminele getuigen is in de afgelopen jaren een onmisbaar middel gebleken in de strijd tegen georganiseerde en ondermijnende criminaliteit. Met behulp van 'insiders', die bereid zijn om in ruil voor strafvermindering te verklaren, kan de afscherming van deze groepen worden doorbroken. Ten tijde van de Parlementaire Enquêtecommissie Opsporingsmethoden is onderkend dat het sluiten van deals met criminele getuigen in sommige gevallen onvermijdelijk is. Dit uitgangspunt heeft — na langdurige parlementaire behandeling — zijn weerslag gekregen in een strikt wettelijk kader.³⁹ Het gaat dan om verdachten die, op grond van een door de rechter-commissaris geaccordeerde afspraak met het openbaar ministerie, een getuigenverklaring afleggen in de strafzaak tegen een andere verdachte in ruil voor de toezegging dat bij de vervolging in zijn eigen strafzaak strafvermindering zal worden gevorderd. Om als kroongetuige te worden aangemerkt moet wel zijn voldaan aan een aantal strenge wettelijke vereisten. De centrale wettelijke bepaling, waarin de eisen zijn opgenomen, luidt:

Artikel 226g Sv

1. De officier van justitie geeft aan de rechter-commissaris kennis van de afspraak die hij voornemens is te maken met een verdachte die bereid is een getuigenverklaring af te leggen in de strafzaak tegen een andere verdachte in ruil voor de toezegging dat bij de vervolging in zijn eigen strafzaak strafvermindering met toepassing van artikel 44a van het Wetboek van Strafrecht zal worden gevorderd. De afspraak heeft uitsluitend betrekking op het afleggen van een getuigenverklaring in het kader van een opsporingsonderzoek naar misdrijven, als omschreven in artikel 67, eerste lid, van het Wetboek van Strafvordering die gepleegd zijn in georganiseerd verband en gezien hun aard of de samenhang met andere door de verdachte begane misdrijven een ernstige inbreuk op de rechtsorde opleveren of naar misdrijven waarop naar de wettelijke omschrijving een gevangenisstraf van acht jaren of meer is gesteld. De afspraak heeft uitsluitend betrekking op strafvermindering als bedoeld in artikel 44a, tweede lid.

Ingevolge het eerste lid is de inzet van een getuige met wie door het openbaar ministerie een afspraak wordt gemaakt dus slechts mogelijk in het kader van een opsporingsonderzoek: 1) naar misdrijven waarvoor voorlopige hechtenis is toegelaten en die gepleegd zijn in georganiseerd verband en gezien hun aard of de samenhang met andere door de verdachte begane misdrijven een ernstige inbreuk op de rechtsorde opleveren; of 2) naar misdrijven waarop naar de wettelijke omschrijving een gevangenisstraf van acht jaar of meer is gesteld. Het vereiste dat misdrijven worden gepleegd als omschreven in artikel 67, eerste lid, Sv die gezien hun aard

39. Art. 126g t/m art. 126j Sv. Zie ook de Aanwijzing toezeggingen aan getuigen in strafzaken, *Stcr*t. 2012, 26860.

of de samenhang met andere misdrijven een ernstige inbreuk op de rechtsorde opleveren, wordt door de wetgever als volgt uitgelegd:⁴⁰

‘De woorden "aard van het misdrijf" duiden niet slechts op de delictsom-schrijving in de wet, maar tevens op de ernst van de feiten en omstandigheden waaronder het misdrijf is gepleegd of wordt beraamd. De concrete feiten en omstandigheden dienen meegewogen te worden bij de beoordeling of sprake is van een ernstige inbreuk op de rechtsorde. Het kan gaan om misdrijven als moord, handel in drugs, mensenhandel, omvangrijke milieudelicten, wapenhandel maar ook ernstige financiële misdrijven, zoals omvangrijke ernstige fraude, bijvoorbeeld een BTW-carrousel. Dergelijke misdrijven schokken de rechtsorde ernstig door hun gewelddadige karakter of door hun omvang en gevolgen voor de samenleving. Ook minder ernstige misdrijven kunnen een ernstige inbreuk maken op de rechtsorde, doordat zij in combinatie met andere misdrijven worden gepleegd, bijvoorbeeld valsheid in geschrifte in combinatie met omkoping van ambtenaren met het oog op verkrijging van vergunningen voor bedrijven, of kleine fraudes waarvan, gelet op de aard, kan worden vermoed dat deze deel uitmaken van een omvangrijke en ernstige vorm van fraude. Het dient te gaan om samenhang met andere door de verdachte begane misdrijven (vergelijk bijvoorbeeld artikel 126g, tweede lid) dan wel om samenhang met andere misdrijven die in het georganiseerd verband worden beraamd of gepleegd (vergelijk artikel 126o, eerste lid).

Opzetheling is een misdrijf waarop een gevangenisstraf staat van maximaal zes jaar, maar waarvan in zijn algemeenheid niet kan worden gezegd dat het door zijn aard een ernstige inbreuk op de rechtsorde oplevert. Er moet dus meer aan de hand zijn, bijvoorbeeld de omstandigheid dat de heler de witwasser lijkt te zijn van een criminele organisatie.’

Uit de wetsgeschiedenis volgt aldus dat organisatiecriminaliteit ook een ernstige inbreuk op de rechtsorde kan vormen, maar daarin zit tevens de beperking. Het moet gaan om misdrijven gepleegd in ‘georganiseerd verband’ en bij organisatiecriminaliteit is dat niet altijd per definitie het geval. Uit de omschrijving die Van de Bunt geeft volgt namelijk dat de misdrijven ook individueel door leden van een gerespecteerde en bonafide organisatie kunnen worden gepleegd.⁴¹

Er is nog een tweede hobbel die moet worden genomen om de hoedanigheid van kroongetuige te verkrijgen. De Aanwijzing toezeggingen aan getuigen in strafzaken van 4 december 2012 houdt in dat het openbaar ministerie bij het doen van een toezegging rekening dient te houden met de vereisten van proportionaliteit, subsidiariteit, de zorgvuldigheid en de interne openbaarheid.⁴² Ten aanzien van het

40. Wetsvoorstel tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering in verband met de regeling van enige bijzondere bevoegdheden tot opsporing en wijziging van enige andere bepalingen (bijzondere opsporingsbevoegdheden), *Kamerstukken II* 1996/97, 25403, 3, p. 24, 25, 30 en 73.

41. Zie ook noot 25: onder organisatiecriminaliteit verstaat Van de Bunt misdrijven die individueel of groepsgewijs door leden van een gerespecteerde en bonafide organisatie worden gepleegd binnen het kader van de uitoefening van organisatorische taken (H.G. van de Bunt, *Organisatiecriminaliteit*, Arnhem: Gouda Quint 1992).

42. Art. 2.2 Aanwijzing toezegging getuigen in strafzaken, *Stcrt.* 2012, 26860, i.w.tr. op 1 januari 2013.

vereiste van de proportionaliteit dient het openbaar ministerie te betrekken de verhouding tussen: 1) het belang van de verklaring enerzijds; en 2) het gewicht van de toezegging anderzijds, de aard van het strafbare feit waarover de getuige verklaart en dat van het strafbaar feit waarvoor hij wordt vervolgd'.⁴³ Ingevolge het vereiste van subsidiariteit kan het openbaar ministerie pas tot het maken van een afspraak met een getuige overgaan indien deze afspraak dringend noodzakelijk is voor de opsporing of de strafrechtelijke vervolging.⁴⁴ Het moet derhalve aannemelijk zijn dat de getuigenverklaring niet zonder toezegging van het openbaar ministerie kan worden verkregen. Het openbaar ministerie dient aldus te beoordelen of de feiten, waarover de getuige wil verklaren, niet of niet tijdig met andere opsporingsmethoden kunnen worden opgespoord, voorkomen, beëindigd of vervolgd.

7.12 **Rechtsbescherming: een afzonderlijke kroongetuigenregeling voor klokkenluiders?**

Het toezeggen van financiële tegemoetkomingen door het openbaar ministerie in het kader van een kroongetuigenregeling is niet toegestaan en dat is nu juist een aspect wat voor een klokkenluider een belangrijke voorwaarde kan zijn om mee te werken aan het opsporingsonderzoek, gelet op de financiële schade waarmee hij geconfronteerd kan worden.⁴⁵ De Minister van Veiligheid en Justitie heeft het probleem van de onmogelijkheid om financiële genoegdoening toe te kennen onderkend en verwoordt dit in een brief van 5 juli 2013 aan de Tweede Kamer als volgt:

‘In de praktijk ketsen gesprekken met mogelijke dealgetuigen af, omdat het OM met de huidige beperkingen onvoldoende ruimte heeft om tot overeenstemming te komen met de getuige.

(...)

Het OM moet voldoende armslag hebben om potentiële dealgetuigen, die de beschikking hebben over doorslaggevend bewijs, te kunnen bewegen om te getuigen. Ik bereid dan ook een voorstel tot wetswijziging voor, dat ziet op een verruiming van de onderhandelingsmogelijkheden van het OM, om in uitzonderingsgevallen meer toe te kunnen zeggen dan nu mogelijk is. In bepaalde gevallen kan de informatie van een criminele getuige van dusdanig doorslaggevend belang zijn, dat het proportioneel is om aan deze getuige meer dan de helft strafvermindering toe te zeggen, of om te kijken of een financiële tegemoetkoming op zijn plaats is. Ook kan het werken met een dealgetuige noodzakelijk zijn bij een andere categorie delicten, dan die nu voor toezeggingen in aanmerking komen, zoals bepaalde vormen van ondermijnende financieel-economische criminaliteit en corruptie.

43. Art. 3.2 Aanwijzing toezegging getuigen in strafzaken.

44. Art. 3.2 Aanwijzing toezegging getuigen in strafzaken.

45. Art. 5 lid 2 Aanwijzing toezegging getuigen in strafzaken.

Een dergelijke verruiming houdt nadrukkelijk niet in, dat het mogelijk zou moeten worden gemaakt om verklaringen te kopen. Een toe te zeggen financiële tegemoetkoming moet altijd in relatie staan tot schade die de getuige ondervindt als gevolg van zijn verklaring.⁴⁶

Dit voornemen heeft tot op heden nog niet geleid tot aanpassing van de wet. Het is ook de vraag of bij wijziging van de wet op dit punt, de klokkenluider geholpen zal zijn, gelet op de overige eerder beschreven stringente wettelijke vereisten. Om een klokkenluider 'met vuile' handen deugdelijke rechtsbescherming te bieden, in die zin dat ook hij voor een kroongetuigenregeling in aanmerking kan komen, zouden de wettelijke vereisten — opgenomen in het bepaalde van art. 226g lid 1 Sv — moeten worden versoepeld. Ook kan worden voorzien in een afzonderlijke wettelijke kroongetuigenregeling voor klokkenluiders. De eis van de misdrijven, als omschreven in art. 67 lid 1 Sv zou bij een dergelijke afzonderlijke regeling kunnen blijven bestaan, maar de eis van het georganiseerde verband zou moeten komen te vervallen, alsook de eis dat (alternatief) sprake moet zijn van misdrijven waarop naar de wettelijke omschrijving een gevangenisstraf van acht jaren of meer is gesteld. Aan deze afzonderlijke kroongetuigenregeling zou in ieder geval moeten worden toegevoegd de mogelijkheid voor het openbaar ministerie om een financiële genoegdoening aan te bieden.

46. *Kamerstukken II 2012/13, 29911, 83, p. 9.*

Hoofdstuk 8

Klokkenluiden en belonen: doe wel en wordt steenrijk?

Mr. F.C. van Uden *

8.1 **Introductie**

8.1.1 **Floyd en Lance**

Al bijna legendarisch is het interview bij Oprah Winfrey in januari 2013 waarin Lance Armstrong erkent jarenlang doping te hebben gebruikt.¹ Zijn *mea minima culpa* maakt weinig indruk. ‘*You are a really good liar, but you are horrible at telling the truth*’, aldus één van zijn vrienden.² Tekenend is dat Armstrong als ‘*most humbling moment*’ aanvankelijk de dag eind 2012 noemt dat al zijn sponsors hun contracten opzeggen waardoor hij in één klap \$ 75 miljoen nieuw sponsorgeld misloopt. Deze uitspraak wekt ook verbazing bij juristen. Moet Armstrong zich niet veel grotere zorgen maken over de terugbetaling van oud sponsorgeld?³

In 2010 heeft voormalig ploegmaat Floyd Landis namelijk de klok geluid over Armstrongs dopinggebruik en een vordering tegen hem ingesteld op grond van de *False Claims Act*. Landis kan het weten. Samen met Armstrong en de andere renners heeft hij zelf ook structureel doping gebruikt. De *False Claims Act* stelt klokkenluiders in staat hun kennis van fraude ten koste van de federale overheid te verzilveren. Zij kunnen de fraudeur namens de overheid direct aanspreken en het drievoudige fraudebedrag terugvorderen. Als beloning ontvangt de klokkenluider maximaal 30% van de opbrengst. Armstrong en zijn team laten zich van 1999 tot en met 2004 voor \$ 40 miljoen sponsoren door US Postal Service (USPS). Eén van de sponsorvoorwaarden is dat zij de regels in acht nemen en (dus) geen doping gebruiken. USPS is een staatsbedrijf. Landis’ argument luidt dat de schending van de sponsorvoorwaarden resulteert in een *false claim* in de vorm van \$ 40 miljoen onterecht betaald sponsorgeld. Namens de overheid vordert hij \$ 120 miljoen terug van Armstrong. Wat te denken van de ene dopinggebruiker die de andere dopinggebruiker aangeeft en daar mogelijk \$ 36 miljoen beloning voor opstrijkt? In de woorden van Armstrong: ‘*I would think what everybody thinks – there’s no logic to that.*’⁴

* Mr. F.C. van Uden is advocaat bij Jones Day te Amsterdam, buitenpromovendus aan de Universiteit van Amsterdam en lid van de Raad van Advies van het Adviespunt Klokkenluiders.

1. www.youtube.com/watch?v=ItUsss7VnBA.

2. Tim Lewis, ‘Cycle of Lies review — Juliet Macurs’s unflattering portrait of Lance Armstrong’, *The Guardian* 10 maart 2014.

3. Dietrick Knauth, ‘Doping admission puts Armstrong in legal hot seat’, www.law360.com 15 januari 2013; Andrew Hunter & James Segan, ‘Lessons from Lance’, www.blackstonechambers.com 23 mei 2013.

4. Gregor Brown, ‘Lance Armstrong: I can’t afford to lose \$100m in legal case’, *Cycling Weekly* 11 juni 2015.

8.1.2 Klokkenluiders belonen?

In deze bijdrage staat de vraag centraal of het effectief en wenselijk is klokkenluiders te belonen.⁵ Ik richt daarvoor de blik op de Verenigde Staten. Amerikaanse wetgevers zijn vrijwel unaniem van mening dat klokkenluiden met financiële prikkels moet worden gestimuleerd. Dit heeft geresulteerd in tal van wetten die voorzien in beloningen voor klokkenluiders. De zojuist genoemde *False Claims Act* is hiervan het bekendste voorbeeld.

8.1.3 Plan van behandeling

De opbouw van dit artikel is als volgt. Na een schets van de rechtsbescherming van Amerikaanse klokkenluiders (par. 8.2), bespreek ik de *False Claims Act* (par. 8.3). Daarna sta ik kort stil bij de belangrijkste twee andere beloningsetten: de *Internal Revenue Code* (par. 8.4) en de *Dodd-Frank Act* (par. 8.5). Vervolgens ga ik in op de bezwaren tegen beloning (par. 8.6) en de situatie in het Verenigd Koninkrijk en Nederland (par. 8.7). Ten slotte volgt een conclusie (par. 8.8).

8.2 Rechtsbescherming van Amerikaanse klokkenluiders

8.2.1 Inleiding

Dat de rechtspositie van Nederlandse en Amerikaanse klokkenluiders fundamenteel verschilt wekt geen verbazing. Uitgangspunt in de VS is het common law beginsel *employment at will*. Een soort permanente proeftijd. Op basis hiervan kunnen werknemers in beginsel om elke reden (of zonder reden) worden ontslagen. Onder hen ook klokkenluiders.⁶

Om hier paal en perk aan te stellen komen de federatie en de staten vanaf de jaren zeventig met wetgeving ter bescherming van klokkenluiders. Deze wetten gaan aanvankelijk uit van het ‘beschermingsmodel’. Dit model veronderstelt dat klokkenluiders veelal worden benadeeld door hun werkgever. De meest effectieve manier om klokkenluiden aan te moedigen is daarom het bieden van rechtsbescherming tegen ontslag en andere vormen van benadeling.⁷ Daarnaast raakt vanaf de jaren tachtig *employment at will* in de rechtspraak aan erosie onderhevig. In de meeste staten wordt inmiddels aangenomen dat de liberale ontslagregels in geval van klokkenluiden uitzondering kunnen lijden — de zogenoemde *public policy* exceptie. Ten slotte leidt de breed gevoelde noodzaak hard op te treden tegen ‘*organizational wrongdoing*’ vanaf midden jaren tachtig tot een nieuwe benadering: het ‘belonings-

5. Onder belonen versta ik, voor alle duidelijkheid, dat de klokkenluider per saldo financieel beter wordt van zijn handelen. Dit gaat uiteraard verder dan schadeloosstellen.
6. Over Amerikaans arbeidsrecht: A.T.J.M. Jacobs, *Sociale rechten in Amerika*, Utrecht: Lemma 2003; over rechtsbescherming van Amerikaanse klokkenluiders (vanuit Nederlands perspectief): F.C. van Uden, *Whistleblowers en klokkenluiders: de rechtsbescherming van werknemers en ambtenaren in het VS, het Verenigd Koninkrijk en Nederland*, Den Haag: Sdu 2003, p. 9-51 (verder: Van Uden 2003); F.C. van Uden, ‘Klokkenluiden: tussen zelfregulering en Amerikaanse toestanden’, *AA* 2006, p. 33-41.
7. Terry M. Dworkin, ‘SOX and whistleblowing’, 105 *Michigan Law Review* 2007, p. 1757-1780 (verder: Dworkin 2007); Terry M. Dworkin & Janet P. Near, ‘A better statutory approach to whistleblowing’, 7 *Business Quarterly Ethics* 1997, p. 1-16 (verder: Dworkin & Near 1997).

model'. Dit model gaat ervan uit dat het vooruitzicht van enkel rechtsbescherming veel aspirant-klokkenluiders niet over de streep trekt. De meest effectieve manier om klokkenluiden aan te moedigen is daarom beloning.⁸

8.2.2 Beschermingsmodel

Er zijn ongeveer vijftig federale klokkenluiderswetten op basis van het beschermingsmodel. Steeds als reactie op schandalen in een sector volgen wetten om die sector te reguleren. Dit gebeurt onder meer door werknemers te beschermen die de klok luiden over schending van '*laws, rules or regulations*' in de betreffende sector. Het resultaat is een reeks wetten die zich beperkt tot specifieke soorten misstanden op uiteenlopend gebied, variërend van drinkwater (*Safe Drinking Water Act*) tot asbest (*Asbestos Hazard Emergency Response Act*) en van containervervoer (*International Safe Container Act*) tot seizoensarbeid (*Migrant and Seasonal Workers Protection Act*).⁹

Daarnaast heeft elke staat eigen wetgeving, in de regel ook ingevoerd als reactie op schandalen. Een tiental staten heeft een algemene klokkenluiderswet die het meestal mogelijk maakt schending van de '*laws, rules or regulations*' van de betreffende staat aan te kaarten. Andere staten hanteren een beperkter begrip van misstand, zoals New York waar klokkenluiders slechts worden beschermd als zij een gevaar voor '*public health and safety*' melden. Verder beschermt een groot aantal staten alleen ambtelijke klokkenluiders.¹⁰

Voor de meeste federale en statelijke wetten geldt dat klokkenluiders redelijkerwijs van de juistheid van de melding moeten kunnen uitgaan zonder dat sluitend bewijs is vereist. Verder geldt dat men te goeder trouw moet zijn, vooral in die zin dat geen *frivolous* of *vexatious* meldingen mogen worden gedaan. Het motief voor de melding, bijvoorbeeld (financieel) eigenbelang, is normaliter echter irrelevant. Federale wetten kennen doorgaans geen procedureregels. Verondersteld wordt dat de klokkenluider zich tot de betreffende toezichthouder wendt, maar dit vormt zelden een verplichting en soms kan men ook direct de media inschakelen. In de staten lopen de regels sterk uiteen. Vaak zijn klokkenluiders verplicht misstanden aan een bevoegde instantie te melden. In enkele staten echter is voorafgaande interne melding verplicht of heeft men geen regels gesteld. Klokkenluiders die direct naar de pers stappen worden over het algemeen niet beschermd. Bij benadeling van de klokkenluider voorzien de meeste federale wetten in een bestuursrechtelijke procedure bij (een instantie ressorterend onder) het *Department of Labor* (DOL). Het DOL onderzoekt de zaak en kan maatregelen opleggen. Beroep is mogelijk, eerst administratief en vervolgens bij de federale rechter. De statelijke wetten staan normaliter wel een directe gang naar de rechter toe.¹¹

8. Dworkin 2007; Dworkin & Near 1997.

9. Stephen Martin Kohn, *The whistleblower's handbook*, Guildford: Lyons Press 2013, p. 29-63, 215-245 (verder: Kohn 2013); Dworkin & Near 1997.

10. Kohn 2013, p. 65-69, p. 246-260; Elletta S. Callahan & Terry M. Dworkin, 'The state of whistleblower protection law', 38 *American Business Law Journal* 2000, p. 99-175 (verder: Callahan & Dworkin 2000).

11. Zie noot 9 en 10.

Het beschermingsmodel, althans de wijze waarop dit is geïmplementeerd, kent veel gebreken. De vele wetten die naast elkaar van toepassing kunnen zijn en de uiteenlopende voorwaarden maken dat rechtsbescherming complex is. Bovendien brengt de doorgaans beperkte reikwijdte mee dat niet alle misstanden worden bestreken. Daarnaast laat de rechtsbescherming vaak te wensen over. Zo zijn vervalttermijnen meestal kort, is de procedure bij het DOL vaak gebrekkig en bieden de *remedies* financieel te weinig soelaas. De wetgevers hebben maatregelen getroffen om de wetgeving te verbeteren. Zo bieden New Jersey en Californië klokkenluiders inmiddels vergaande bescherming.¹² Een ander voorbeeld is de Sarbanes-Oxley Act (2002) die interne *compliance*-verplichtingen heeft geïntroduceerd en benadeling van klokkenluiders strafbaar stelt.¹³ Per saldo echter moeten al deze wetten het qua effectiviteit doorgaans afleggen tegen de *public policy*-exceptie.

8.2.3 De *public policy*-exceptie

De *public policy*-exceptie houdt in dat een werkgever overheidsbeleid (*public policy*) niet mag doorkruisen. Dit betekent onder meer dat het onrechtmatig is werknemers te ontslaan omdat zij de klok luiden over schending van *public policy* van de betreffende staat. De meeste staten (maar New York bijvoorbeeld niet) erkennen deze exceptie. Het begrip *public policy* omvat in elk geval de wetten van de betreffende staat, maar wordt soms ook breder ingevuld. Rechtspraak leert voorts dat misstanden het best eerst intern kunnen worden gemeld of eventueel aan een bevoegde overheidsinstantie. Klokkenluiders die (direct) de media inschakelen of puur uit eigenbelang handelen hoeven in de regel niet op bescherming te rekenen. Bij benadeling kan een gewone onrechtmatige daadsactie wegens *wrongful discharge* worden ingesteld.¹⁴

Als gezegd is de *public policy*-exceptie effectiever dan de meeste sectorspecifieke klokkenluiderswetten. De belangrijkste reden daarvan is dat niet allerlei wettelijke beperkingen gelden en dat klokkenluiders ongelimiteerd schadevergoeding kunnen vorderen. Dit toont bovendien aan dat ook het beschermingsmodel, waar de *public policy*-exceptie feitelijk van uitgaat, succesvol kan zijn. Paradoxaal genoeg echter geldt klokkenluiderswetgeving soms als exclusief waardoor niet daarnaast een onrechtmatige daadsactie op grond van de *public policy*-exceptie kan worden ingesteld.¹⁵

8.2.4 Beloningsmodel

Als gevolg van nieuwe schandalen klinkt midden jaren tachtig de roep om verdergaande maatregelen. De opvatting dat klokkenluiders een waardevolle bijdrage kunnen leveren in de strijd tegen fraude, corruptie en verspilling, wordt breed gedragen. Klokkenluiden komt uiteindelijk de hele samenleving ten goede, zo rede-

12. Zie noot 9 en 10.

13. Zie verder over de Sarbanes-Oxley Act § 5.1.

14. Koch 2013, p. 65-69, 246-260; Deborah A. Ballam, 'Employment at will: the impending death of a doctrine', 37 *American Business Law Journal* 2000, p. 653-688; 'State law at-will employment and exceptions chart: overview', www.us.practicallaw.com; Van Uden 2003, p. 32-35.

15. Koch 2013, p. 17-26, 65-69; Callahan & Dworkin 2000; Dworkin & Near 1997.

neert men, en daarmee is het belang gegeven dit gedrag met beloningen te stimuleren. Door de schandalen krijgt deze gedachtegang nog een extra impuls omdat men er vrij algemeen van is overtuigd dat zonder drastische maatregelen de strijd tegen frauderende grote bedrijven verloren dreigt te gaan.¹⁶

Naast deze puur instrumentele argumenten, krijgt het beloningsmodel ook steun in de literatuur. De tot dan (met de nodige inconsistenties) gevolgde aanpak gaat uit van de premisse dat de meeste klokkenluiders door hun werkgever worden benadeeld. Wil men hen beschermen en hun aantal vergroten, dan zijn dus wettelijke maatregelen tegen benadeling noodzakelijk. Hoewel deze gedachtegang intuïtief aannemelijk lijkt, wijst onderzoek anders uit. Zowel de veronderstelling dat klokkenluiders veelal worden benadeeld als de idee dat rechtsbescherming tegen benadeling tot meer klokkenluiders leidt, is volgens Dworkin en Near onjuist. Zij tonen aan dat benadeling vooral voorkomt wanneer klokkenluiders een misstand extern melden. Meestal gaan zij hiertoe over omdat de wet dit eist, omdat een goed functionerende interne procedure ontbreekt, of omdat zij – vaak niet ten onrechte – meer bescherming van de media verwachten.¹⁷

Loopt een werknemer om deze reden het risico te worden benadeeld, dan is vervolgens geen enkele wettelijke regeling hiertegen toereikend om van ‘inactive observers’ klokkenluiders te maken. Traditionele ‘gewetensklokkenluiders’ blijven als vanouds de klok luiden, de gemiddelde inactieve waarnemer daarentegen, zal hier na een kostenbatenanalyse niet toe overgaan zolang hem alleen schadevergoeding in het vooruitzicht kan worden gesteld. Om deze groep over de streep te trekken en klokkenluiden daadwerkelijk te stimuleren, is dus meer nodig: ‘*virtue may be its own reward, but for many money is more gratifying*’.¹⁸

Geld zou bovendien ook inactieve werknemers die klokkenluiden primair als deloyaal gedrag beschouwen, ervan kunnen overtuigen dat het hier juist om maatschappelijk wenselijk handelen gaat. Behalve voor effectieve interne procedures bepleiten Dworkin en Near daarom het belonen van klokkenluiders naast het vergoeden van de door hen geleden schade. De effectiviteit van beloningen om klokkenluiden te stimuleren is, zo stellen Dworkin en Near, in potentie hoog. Zij noemen drie factoren waaraan wetgeving idealiter behoort te voldoen. De beloning moet hoog genoeg en voldoende zeker zijn en binnen een redelijke termijn worden uitgekeerd.¹⁹

De bekendste federale wetten die van het beloningsmodel uitgaan zijn de hierna te bespreken *False Claims Act* (1986), de *Internal Revenue Code* (2006) en de *Dodd-Frank Act* (2010).

16. James B. Helmer Jr., ‘False Claims Act: incentivizing integrity for 150 years for rogues, privateers, parasites and patriots’, 81 *University of Cincinnati Law Review* 2013, p. 1261-1282 (verder: Helmer 2013); Dworkin & Near 1997.

17. Dworkin 2007; Elletta S. Callahan & Terry M. Dworkin, ‘Do good and get rich: financial incentives for whistleblowing and the False Claims Act’, 37 *Villanova Law Review* 1992, p. 273-336 (verder: Callahan & Dworkin 1992).

18. Callahan & Dworkin 1992; Dworkin 2007.

19. Dworkin & Near 1997; Dworkin 2007.

8.3 False Claims Act

8.3.1 Inleiding

De *False Claims Act* (FCA²⁰) dateert uit 1863. De wet is in 1986 grondig gemoderniseerd en vormt sindsdien het meest prominente voorbeeld van de nieuwe generatie wetten die klokkenluiders belonen. De FCA is uitgegroeid tot het belangrijkste wapen in de strijd tegen fraude ten koste van de federale overheid. De FCA heeft daarnaast vooral van zich doen spreken door het feit dat klokkenluiders soms miljoenenbeloningen opstrijken. Wetswijzigingen in 2009 en 2010 hebben de positie van klokkenluiders en de overheid verder versterkt.²¹

8.3.2 Totstandkoming

De oude FCA wordt op aandringen van president Lincoln tijdens de Burgeroorlog ingevoerd om frauderende wapenleveranciers aan te pakken. Burgers die fraudeurs bij de overheid aanbrengen kunnen in geval van succesvolle vervolging rekenen op een deel van de opbrengst. Na een wetswijziging in 1943 en enkele uitspraken van het *Supreme Court* leidt de FCA enkel nog een slapend bestaan. De reeks schandalen die voor de federale wetgever aanleiding is klokkenluiders te gaan belonen, geldt ook als doorslaggevend reden voor de herziening van de FCA in 1986. De gekozen aanpak is bovendien politiek opportuun. Het Republikeinse streven naar deregulering en fraudebestrijding kan worden gecombineerd met de Democratische wens grote bedrijven scherper te controleren.²²

8.3.3 Reikwijdte: klokkenluiders

Iedereen die bekend is met een *false claim* kan namens de overheid tegen de vermeende fraudeur optreden. Meestal gaat het om werknemers die tegen hun (ex-) werkgever procederen, maar noodzakelijk is dat niet. Het kan bijvoorbeeld ook gaan om opdrachtnemers, concurrenten en patiënten.²³

8.3.4 Reikwijdte: misstanden

De FCA ziet op één type misstand: *false claims* jegens de federale overheid. De wet onderscheidt zeven soorten ongeoorloofd gedrag.²⁴ Twee daarvan zijn het belangrijkste.²⁵ Ten eerste het bewust indienen van onterechte vorderingen.²⁶ Het standaardvoorbeeld is de werkgever die de overheid een factuur stuurt voor gebrekkige

20. 31 USC § 3729-3733.

21. Helmer 2013; Elletta S. Callahan & Terry M. Dworkin, 'Do good and get rich: financial incentives for whistleblowing and the False Claims Act', 37 *Villanova Law Review* 1992, p. 273-336 (verder: Callahan & Dworkin 1992).

22. Helmer 2013; Callahan & Dworkin 1992; John T. Boese, *Civil False Claims Acts and Qui Tam Actions*, New York: Wolters Kluwer 2011; § 1.01-1.04 (verder: Boese 2011).

23. Callahan & Dworkin 1992.

24. 31 USC § 3729(a)(1).

25. Lori L. Pines, Kristen M. Murphy & Naday Salcedo, 'Understanding the False Claims Act', www.us.practicallaw.com (verder: Pines, Murphy & Salcedo).

26. 31 USC § 3729(a)(1)(A).

of niet geleverde goederen of diensten. Ten tweede het bewust doen van onjuiste mededelingen die wezenlijk relevant zijn voor betaling van de vordering.²⁷ Hiervan kan bijvoorbeeld sprake zijn bij *false certification*. De werkgever verklaart dan, impliciet of expliciet, ten onrechte dat de goederen of diensten aan bepaalde wettelijke of contractuele voorwaarden voldoen.²⁸ Fiscale *false claims* zijn van de FCA uitgezonderd.²⁹ Belastingontduiking is onderwerp van de *Internal Revenue Code*.³⁰

De werkgever hoeft zijn onterechte vordering niet rechtstreeks bij de overheid in te dienen of onjuiste mededelingen terzake rechtstreeks aan de overheid te richten. Dit kan ook indirect gebeuren. Bijvoorbeeld aldus dat een onterechte vordering bij een derde wordt ingediend en dat deze het bedrag in kwestie vervolgens bij de overheid in rekening brengt. De voorwaarde tot slot dat de werkgever bewust (*knowingly*) handelt is breed geformuleerd. Naast daadwerkelijke bekendheid, vallen hier ook onder *deliberate ignorance* en *reckless disregard* ten aanzien van het ongeoorloofde gedrag. Opzet om de overheid te benadelen is niet vereist.³¹

8.3.5 Procedure

Klokkenluiders kunnen in een zogenoemde *qui tam*-procedure³² namens de overheid direct de vermeende fraudeur aanspreken. De klokkenluider heet in de procedure de *relator*. Namens de overheid kan hij boetes en schadevergoeding van, bijvoorbeeld, zijn werkgever vorderen wegens indiening van *false claims*.

Procedures op grond van de FCA worden ‘under seal’ aanhangig gemaakt.³³ Dit betekent normaliter dat niemand behalve de klokkenluider en het *Department of Justice* (DOJ) van de zaak op de hoogte is. Na een onderzoek naar financieel belang en haalbaarheid, beslist het DOJ of zij in de zaak wil interveniëren. De termijn van zestig dagen die hiervoor staat wordt meestal één tot twee jaar verlengd. Zodra het DOJ een besluit neemt wordt de zaak ‘unsealed’ en kan de vermeende fraudeur hiervan voor het eerst formeel kennismaken. Intervenieert de overheid dan neemt zij de procedure feitelijk van de klokkenluider over.³⁴ Zo kan het DOJ de zaak staken of schikken tegen de zin van de *relator* zolang hij wordt gehoord en de rechter de schikking goedkeurt.³⁵ Andersom kan de *relator* de procedure niet staken of schikken zonder toestemming van het DOJ.³⁶

De overheid neemt ongeveer 20% van de *qui tam*-procedures over. Intervenieert de overheid niet, dan kan de klokkenluider de zaak desgewenst zelf voortzetten. De vraag of de overheid wel of niet tussenkomt is van groot belang. Ten eerste is inter-

27. 31 USC § 3729(a)(1)(B).

28. De US Courts of Appeals zijn verdeeld over de reikwijdte van impliciete *false certification*, namelijk of de betreffende voorwaarde een noodzakelijke vereiste moet zijn voor betaling of dat de voorwaarde hiervoor slechts relevant hoeft te zijn; Pines, Murphy & Saledo, Pines, Murphy & Saledo, Boese 2011, § 1.06(c).

29. 31 USC § 3729(d).

30. Zie par. 8.4.

31. 31 USC § 3729(b)(1).

32. *Qui tam* (pro domino rege quam pro se ipso in hac parte sequitur): who (sues for the king) as well (as for himself).

33. 31 USC § 3730(b)(2).

34. 31 USC § 3730(c)(1).

35. 31 USC § 3730(c)(2)(A), § 3730(c)(2)(B).

36. 31 USC § 3730(b)(1).

ventie een duidelijke indicatie van de haalbaarheid van de zaak. Het DOJ wint ruim 95% van de procedures waarin het intervenueert. Wijst het DOJ interventie af en zet de klokkenluider de zaak zelf voort, dan is de slagingskans minder dan 20%. In 2014 kwam (dan ook) slechts 1% van de *recoveries* op grond van de FCA uit niet door de overheid overgenomen zaken. Ten tweede laten klokkenluiders zich doorgaans door advocaten bijstaan op basis van een *contingency fee* (vanaf 30-40%). Indien de advocaat na de beslissing om niet te interveniëren afhaakt, beschikt de klokkenluider vaak niet over de middelen om de zaak tot een goed einde te brengen. Uiteraard brengt dit ook mee dat minder wordt geprocedeerd over kansloze zaken.³⁷

8.3.6 Verdere voorwaarden

Verdere voorwaarden kunnen het best inzichtelijk worden gemaakt aan de hand van het verweer dat gedaagden in FCA-zaken kunnen voeren. Zij gaan in de regel voor één of meer van de volgende ankers liggen:

1. Stelplicht en bewijslast. De *relator* of (na interventie) de overheid moeten stellen en bewijzen. Op grond van de federale procedureregels geldt bij fraude bovendien een verzwaarde stelplicht. Daar staat tegenover dat klokkenluiders en de overheid een arsenaal aan mogelijkheden tot hun beschikking hebben om schending van de FCA aan te tonen zoals *discovery*, *depositions* en zogenoemde *civil investigative demands* (CIDs).³⁸

2. *Public disclosure bar*. Een FCA-vordering kan niet worden gebaseerd op informatie die de federale overheid al kent uit, kort gezegd, procedures of onderzoek waarbij de overheid betrokken is of uit de media. De wet voorkomt daarmee dat nutteloze informatie wordt beloond. Deze regel lijdt uitzondering indien de *relator* de oorspronkelijke bron (*original source*) is van de informatie. Daarvan is in twee gevallen sprake: (i) de *relator* stelt de betreffende informatie vóór instelling van de FCA-vordering aan de overheid ter beschikking; of (ii) de *relator* beschikt over nieuwe informatie die wezenlijk bijdraagt aan de reeds bekende informatie en die hij wederom vóór het instellen van de FCA-vordering aan de overheid verstrekt. Een werkgever die zichzelf aangeeft ‘triggert’ daarmee niet de *public disclosure bar*.³⁹ Eigen aangifte leidt dus niet tot afwijzing van de FCA-vordering. Wel kan dit leiden tot lagere schadevergoeding (zie hierna).

3. *First-to-file bar* en interne melding. Zolang een FCA-vordering aanhangig is, kan een andere *relator* geen vordering instellen die op materieel dezelfde feiten is geba-

37. Thomas L. Carson, Mary Ellen Verdu & Richard E. Wokutch, ‘Whistle-blowing for profit: an ethical analysis of the False Claims Act’, 77 *Journal of Business Ethics* 2007, p. 361-376 (verder: Carson c.s. 2007; Persbericht ‘Justice Department Recovers Nearly \$6 Billion from False Claims Act Cases in Fiscal Year 2014’, US Department of Justice 20 november 2014; ‘2014 year-end False Claims Act update’, www.gibsondunn.com, 7 januari 2015; Van Uden 2003, p. 46-47.

38. Pines, Murphy & Saledo; Boese 2011, § 5.04; 31 US § 3733.

39. Eigen aangifte valt buiten de *public disclosure bar* omdat dit (normaliter) niet resulteert in informatie die de overheid kent uit procedures of onderzoek waarbij zij betrokken is of uit de media; *US ex rel. Wilson* 528 F.3d 292 (4th Circuit 2008); Peter B. Hutt II, Anna Dolinsky, David W. Ogden & Jonathan G. Cedarbaum, *Fixing the False Claims Act: the case for compliance focused reforms*, Washington DC: US Chamber Institute for Legal Reform 2013 (verder: Hutt c.s. 2013).

seerd. Ofwel: wie het eerst (bij de rechtbank) komt, het eerst maalt. Dat betekent dat stilzitten, indiscretie en voorafgaande interne melding uit den boze zijn. De (aspirant-)klokkenluider riskeert dan immers dat een collega met de misstand aan de haal gaat. Hij is dan niet meer de eerste indiener en verliest zijn recht op een beloning. In de praktijk leidt deze situatie tot een *'race to the court house'*.⁴⁰

4. Verjaringstermijn. Er geldt een dubbele verjaringstermijn. FCA-vorderingen verjaren zes jaar nadat de ongeoorloofde gedraging plaatsvindt. Indien dit tot een langere termijn leidt, geldt een verjaringstermijn van drie jaar nadat de overheid met de betreffende gedraging bekend is c.q. redelijkerwijs bekend had kunnen zijn, maar niet langer dan tien jaar nadat de gedraging plaatsvindt.⁴¹

5. *Lack of knowledge*. Zoals toegelicht moet een FCA-gedaagde bewust (*knowingly*) te werk gaan en is dit een ruim begrip. Niettemin is denkbaar dat de betrokkenen onbekend waren met de *false claim* en daarmee evenmin bekend hoefden te zijn. De rechtspraak neemt een verdere uitzondering aan bij *prior government knowledge*. Bijvoorbeeld: indien de overheid eerder een bepaalde handelwijze heeft goedgekeurd die in strijd is met de toepasselijke wettelijke of contractuele vereisten, kan dit later niet tot een succesvolle FCA-claim leiden wegens schending van diezelfde vereisten.⁴²

6. *Lack of falsity*. De FCA maakt niet duidelijk wanneer een claim 'false' is. Bij feitelijke valsheid (*factual falsity*), bijvoorbeeld een factuur voor niet-geleverde goederen, ligt dat veelal voor de hand. Bij juridische valsheid (*legal falsity*) is dit vaak gecompliceerder, vooral als de toepasselijke wettelijke of contractuele voorwaarden voor meerdere uitleg vatbaar zijn. Een FCA-gedaagde die in dit geval uitgaat van een redelijke uitleg, kan zich aan aansprakelijkheid onttrekken.⁴³

7. *Lack of materiality*. Dit verweer is met name aan de orde bij het bewust doen van onjuiste, voor de betaling van een vordering wezenlijk relevante (*material*) uitlatingen. In geval van *false certification* luidt het argument dan bijvoorbeeld dat weliswaar ten onrechte is verklaard dat de goederen conform de wettelijke of contractuele vereisten zijn geleverd, maar dat dit irrelevant is voor de verplichting van de overheid om voor die goederen te betalen.⁴⁴

8.3.7 Schadevergoeding en boetes

Schending van de FCA resulteert in een boete (*civil penalty*) van \$ 5 500 tot \$ 11 000 per overtreding. Daarnaast moet een schadevergoeding worden betaald ter grootte

40. 31 USC § 3730(b)(5); Pines, Murphy & Saledo; Boese 2011, § 4.03(C).

41. 31 USC § 3731(b); Pines, Murphy & Saledo; Boese 2011, § 5.02.

42. *US ex rel. Hooper v. Lockheed Martin Corporation* 688 F.3d 1037 (9th Circuit 2012); Pines, Murphy & Saledo, Boese 2011, § 2.03(F).

43. *US ex rel. K&R Limited Partnership v. Massachusetts Housing Finance Agency*, 530 F.3d 980 (DC Circuit 2008): 'Forty years ago Jimi Hendrix trilled his plaintive query: "Is this love, baby, or is it... [just] confusion?" [...] In this False Claims Act case, we face a similar question involving a mortgage subsidy program initiated in that era: Is this fraud, or is it ... just confusion?'; Pines, Murphy & Saledo; Boese 2011, § 2.03 en § 2.06(F).

44. De FCA definieert 'material' in 31 USC § 3729(b)(4) als 'having a natural tendency to influence, or be capable of influencing, the payment of receipt of money or property'; Pines, Murphy & Saledo; Boese 2011, § 2.04.

van drie maal de schade die de federale overheid lijdt (*treble damages*).⁴⁵ De rechter kan de schadevergoeding verminderen tot *double damages* indien de onderneming zichzelf aangeeft en volledig meewerkt aan het onderzoek. Deze *self-disclosure* moet binnen dertig dagen plaatsvinden nadat de onderneming bekend raakt met de onderliggende informatie en is alleen mogelijk zolang nog geen FCA-vordering is ingesteld.⁴⁶ Verder strekt op de schadevergoeding in mindering eventueel door de overheid genoten voordeel.⁴⁷ Tot slot voorziet de FCA in een volledige (proces)kostenveroordeling.⁴⁸

De Amerikaanse Grondwet verbiedt het opleggen van excessieve boetes.⁴⁹ Dit kan aan de orde zijn bij grote aantallen *false claims* met een beperkte waarde (maar waarop wel een boete staat van minimaal \$ 5 500 per *claim*). De lat ligt echter hoog. In een zaak waarin sprake was van ruim 9 000 onterechte facturen en een (reeds gehalveerde) boete van \$ 24 miljoen, werd die boete niet excessief bevonden ondanks het feit dat de boete in geen verhouding stond tot de minimale schade voor de overheid.⁵⁰

8.3.8 Beloning

Resulteert de *qui tam*-procedure in een veroordeling van de fraudeur of een schikking, dan heeft de klokkenluider aanspraak op een beloning. De hoogte is afhankelijk van de vraag of de overheid in de zaak is geïntervenieerd. Is dit het geval dan bedraagt de beloning tussen 15 en 25% van het bedrag dat de overheid van de fraudeur terugvordert en aan boetes incasseert of van het schikkingsbedrag. Zonder interventie ligt de beloning tussen 25 en 30%. Welk percentage de klokkenluider uiteindelijk ontvangt hangt af van de waardering van de verstrekte informatie door de rechter.⁵¹

De hoogste beloning tot dusverre bedraagt \$ 96 miljoen en is in 2010 toegekend aan Cheryl Eckard. Als kwaliteitsmanager luidde zij in 2002 en 2003 de klok over misstanden bij de productie van medicijnen in een fabriek van GlaxoSmithKline in Puerto Rico. Dit resulteerde in een cover-up en het op de markt brengen (en bij overheidsziekenfondsen declareren) van vervuilde en ten onrechte goedgekeurde medicijnen.⁵²

45. 31 USC § 3729(a)(1); Pines, Murphy & Saledo; Boese 2011, § 3.01-3.05. De FCA voorziet in ernstige gevallen ook strafvervolgning.

46. 31 USC § 3729(a)(2); Pines, Murphy & Saledo; Boese 2011, § 3.04.

47. De US Courts of Appeals zijn echter verdeeld over de vraag of de voordeelsverrekening vóór of na de vermenigvuldiging tot *double of treble damages* moet plaatsvinden; Pines, Murphy & Saledo.

48. 31 USC § 3730(h)(2); Pines, Murphy & Saledo.

49. Achtste Amendement: 'Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted'.

50. *US ex rel. Bunk v. Gosselin World Wide Moving N.V.*, 741 F.3d 390 (4th Circuit 2013); Pines, Murphy & Saledo; Boese 2011, § 3.06.

51. 31 USC § 3730(d)(1)-(2).

52. Peter Loftus, 'Whistleblower's long journey: Glaxo's manager's discovery of plant lapses in '02 led to her \$96 million payout', *The Wall Street Journal* 28 oktober 2010.

De kans op een beloning en zeker op een hoge beloning is echter klein. Het systeem is wel omschreven als een loterij-achtige jackpot.⁵³ Als gezegd intervenueert het DOJ maar in 20% van de zaken. De gemiddelde beloning is \$ 1 miljoen, maar dit bedrag wordt vertekend door een klein aantal enorme beloningen. De mediaan ligt rond \$ 150 000. Het gemiddelde beloningspercentage is 18.⁵⁴

8.3.9 Goede trouw

Bij invoering van de FCA in 1863 is het principe van de wet omschreven als het inzetten van ‘*a rogue to catch a rogue*’.⁵⁵ De huidige FCA benadert dat genuanceerder. Eigenbelang is niet relevant (net zomin overigens als bij andere klokkenluiderswetten). Een klokkenluider die een *qui tam*-procedure instelt opereert bijna per definitie uit eigenbelang. Dit neemt niet weg dat hij wel te goeder trouw moet handelen. Allereerst kan de rechter de beloning – zo nodig tot nul – matigen als de klokkenluider de *false claim* zelf heeft gepland en geïnitieerd. In geval van een strafrechtelijke veroordeling van de klokkenluider in verband met de *false claim*, vervalt het recht op een beloning.⁵⁶ In de rechtspraak is, anders dan aanvankelijk werd gedacht, uitgemaakt dat het laatste ook geldt als de *relator* enkel een ondergeschikte rol speelde in de fraude.⁵⁷ Daarnaast voorziet de FCA in een volledige proceskostenveroordeling indien de vordering ‘*clearly frivolous*’ of ‘*clearly vexatious*’ is, dan wel ‘*primarily for purposes of harassment*’ wordt ingesteld.⁵⁸ Dit sluit op zichzelf niet uit dat *serial* klokkenluiders van werkgever naar werkgever trekken om fraude op te sporen, zolang hij maar geen *frivolous* claims instelt of zelf fraude initieert.⁵⁹

8.3.10 Rechtsbescherming

De FCA beschermt klokkenluiders tegen ontslag en andere vormen van benadeling. Zij kunnen onder meer aanspraak maken op wedertewerkstelling, het tweevoudige achterstallig salaris en verdere schadevergoeding.⁶⁰ Een klokkenluider kan dus namens de overheid een miljoenenvordering tegen zijn werkgever instellen en tegelijkertijd tegen ontslag zijn beschermd.

8.3.11 Terug naar Landis

In de zaak tussen Landis en Armstrong intervenueert de overheid in april 2013. Armstrong betoogt dat de vordering kennelijk ongegrond is, maar in juni 2014 verwerpt de rechter zijn *motion to dismiss*.⁶¹ Armstrong beroept zich onder meer op

53. Van Uden 2003, p. 46.

54. Carson c.s. 2007; Taxpayers Against Fraud’, www.taf.org

55. James B. Helmer Jr., ‘False Claims Act: incentivizing integrity for 150 years for rogues, privateers, parasites and patriots’, 81 U. Cin. L. Rev. (2013), p. 1261-1282.

56. 31 USC § 3730(d)(3).

57. *US ex rel. Carl Schroeder et al. v. CH2M Hill et al.*, Bo. 13-35479 (9th Circuit 16 July 2015). In deze zaak had de klokkenluider, samen met vele andere collega’s, onjuiste urenformulieren ingediend op basis waarvan zijn werkgever te veel uren bij de overheid in rekening bracht.

58. 31 USC § 3730(d)(4).

59. *US ex rel. Jacobs v. Lambda Research, Inc. et al.*, No. 14-3705 (6th Circuit 1 May 2015).

60. 31 USC § 3730(h).

61. *United States ex rel. Landis v. Tailwind Sports Corp.*, No. 10-CV-00976, 2014 WL 2772907 (DC Circuit 19 June 2014).

prior government knowledge en verjaring.⁶² USPS heeft van 1999 tot en met 2004 sponsorgeld betaald en Landis heeft pas in 2010 de *qui tam*-procedure aanhangig gemaakt. Daarmee is de vordering verjaard op basis van de zesjaarstermijn, zo stelt Armstrong, terwijl de overheid redelijkerwijs van zijn dopinggebruik had kunnen weten na Frans onderzoek in 2000. De overheid had dus *prior knowledge*. De rechter gaat hier niet in mee. Het onderzoek leverde destijds niets op. Bovendien hield Armstrong zijn dopinggebruik zelf met leugens verborgen. De overheid werd pas bekend met dit gebruik toen Landis in 2010 zijn FCA-vordering instelde. Dit betekent dat op basis van de driejaarstermijn sponsorbetalingen in de periode 2000-2004 kunnen worden teruggevorderd en dat de bulk van de vordering niet is verjaard.⁶³ De afwijzing van Armstrongs preliminaire verweer brengt mee dat verder wordt geprocedeerd. De inschatting is dat Landis en de overheid nog de nodige obstakels op hun weg zullen vinden.⁶⁴ De FCA-vordering is onder meer gebaseerd op *false certification*, bewuste onjuiste mededelingen die wezenlijk relevant zijn voor betaling van de vordering. Hier zal Armstrong *lack of materiality* pleiten.⁶⁵ USPS heeft volgens eigen onderzoek namelijk alleen al in de periode 2001-2004 tussen \$ 100 en \$ 140 miljoen verdiend met de sponsoring. Dit wordt niet ongedaan gemaakt door de dopingonthulling. Bovendien volgt hieruit dat de overheid helemaal geen schade heeft geleden. Als de schadevergoeding op grond van de FCA wordt verminderd met het door de overheid genoten voordeel, dan komt de schadevergoeding op nul uit. Tot slot is Landis in elk geval medeplichtig aan dopinggebruik. Afhankelijk van de vraag in hoeverre hij dit dopinggebruik mee heeft gepland en geïnitieerd riskeert hij zijn beloning.

8.3.12 Kritiek en effectiviteit

De FCA geldt als de meest effectieve Amerikaanse klokkenluiderswet en het belangrijkste instrument van de federale overheid in de strijd tegen fraude. Voorstanders spreken van de '*gold standard for whistleblower protection*'.⁶⁶ De statistieken spreken in elk geval tot de verbeelding.⁶⁷ In 2014 heeft de overheid ongeveer 800 FCA-zaken behandeld en \$ 5,69 miljard teruggevorderd. \$ 3 miljard daarvan wordt aan klokkenluiders toegeschreven. Zij ontvangen beloningen van in totaal \$ 435 miljoen. Sinds 1986 is \$ 44,7 miljard teruggevorderd (waarvan \$ 30,2 miljard aan klokkenluiders toe te schrijven) en \$ 4,7 miljard beloning uitgekeerd. FCA-zaken richten zich — logischerwijs — vooral op sectoren waarin veel overheidsgeld omgaat zoals

62. Zie par. 8.3.6 onder 4 en 5.

63. De regel luidt dat de vordering verjaart drie jaar nadat de overheid met de fraude bekend was c.q. redelijkerwijs bekend had kunnen zijn, maar niet langer dan tien jaar nadat de gedraging plaatsvindt. Het laatste brengt mee dat alleen betalingen van 2000 t/m 2004 kunnen worden teruggevorderd. Ik laat de discussie over de toepasselijkheid van de *War-time Suspension of Limitations Act* buiten beschouwing.

64. Jake Simpson, 'DOJ's false claims suit against Armstrong faces uphill climb', www.law360.com 2 mei 2013; Jonathan F. Cohn & Brian P. Morrissey, 'FCA suit against Lance Armstrong raises novel questions about the act's reach', www.sidleyaustin.com 24 januari 2013.

65. Zie par. 8.3.6 onder 7.

66. Geoffrey C. Rapp, 'Mutiny by the Bounties? The Attempt to Reform Wall Street by the New Whistleblower Provisions of the Dodd-Frank Act', 73 *BYU Law Review* 2012, p. 83-85.

67. Persbericht 'Justice Department Recovers Nearly \$6 Billion from False Claims Act Cases in Fiscal Year 2014', US Department of Justice 20 november 2014.

de gezondheidszorg (de helft van de zaken), defensie en (sinds de crisis) de financiële sector.

Juist de onterechte veronderstelling dat altijd miljoenenbeloningen in het verschiet liggen, is één van de omstandigheden die aan het succes van de FCA bijdragen. Andere factoren zijn onder meer de grote media-aandacht voor de wet, de afschrikwekkende werking, de belangstelling van de advocatuur en de zekerheid dat na het winnen van de procedure in elk geval het minimumpercentage wordt uitgekeerd.⁶⁸ Het voorbeeld van de FCA heeft navolging gevonden in de staten. Ongeveer de helft van de staten beschikt over eigen op de FCA gebaseerde wetgeving. Ook enkele steden zijn dit voorbeeld gevolgd.⁶⁹

Het repressieve systeem van de FCA heeft ook tot preventieve maatregelen geleid, voornamelijk in de vorm van interne *compliance*-programma's.⁷⁰ Dit is mede van belang omdat het ontbreken van dergelijke (solide) programma's een aanwijzing kan zijn dat de onderneming *false claims* heeft ingediend met *deliberate ignorance* of *reckless disregard*.⁷¹ Zoals hiervoor toegelicht is interne melding van misstanden onverstandig vanuit het perspectief van de klokkenluider nu hij daarmee zijn beloning op het spel zet. Hoewel werknemersadvocaten daar expliciet voor waarschuwen,⁷² wordt in de praktijk niettemin naar schatting 80% van de FCA-gerelateerde misstanden eerst intern gemeld nu dit voor de meeste werknemers — die zich dan kennelijk niet onmiddellijk juridisch laten adviseren — het meest voor de hand liggende kanaal is.⁷³ De werkgever kan dan overwegen zichzelf aan te geven bij het DOJ. Als gezegd staat dit er echter niet aan in de weg dat de werknemer vervolgens een *qui tam*-procedure instelt. Eigen aangifte kan alleen leiden tot een lagere schadevergoeding.

De FCA is door zijn succes betrekkelijk onomstreden. Critici pleiten voor aanpassing, maar niet voor intrekking van de wet. Pacella bepleit bijvoorbeeld dat elke betrokkenheid bij indiening van *false claims* een beloning moet uitsluiten.⁷⁴ Hutt c.s. komen met meer fundamentele kritiek. In hun visie is preventie van *false claims* door een interne meldingsprocedure effectiever dan het huidige repressieve beloningssysteem. Zij stellen (zoals juist ook opgemerkt) dat de praktijk al uitwijst dat klokkenluiders 80% van de misstanden intern melden. Wordt dit gedrag benut en beloond, dan kunnen veel meer misstanden worden opgelost dan met het huidige systeem.

Hutt c.s. stellen voor de FCA op een aantal punten aan te passen. Ten eerste willen zij voorafgaande interne melding verplicht stellen. Hutt c.s. knopen daarvoor aan bij de systematiek van de Dodd-Frank Act (zie hierna). Hun voorstel komt erop neer dat de werkgever na de interne melding 180 dagen de tijd krijgt de (eventuele)

68. Kohn 2013, p. 5-15; Pines, Murphy & Saledo; Callahan & Dworkin 1992.

69. Kohn 2013, p. 216-217.

70. 31 USC § 3729(b)(1).

71. Zie par. 8.3.4.

72. Kohn 2013, p. 125-137.

73. Hutt c.s. 2013.

74. Jennifer M. Pacella, 'Bounties for bad behavior: rewarding culpable whistleblower under the Dodd-Frank Act and the Internal Revenue Code', 17 *University of Pennsylvania Journal of Business Law* 2015, p. 345-392 (verder: Pacella 2015).

misstand te verhelpen en zelf aangifte te doen bij het DOJ. De klokkenluider behoudt dan recht op een beloning, zij het slechts 10% van de opbrengst. Volgt geen eigen aangifte, dan kan de klokkenluider een *qui tam*-procedure aanhangig maken. Als peildatum voor de *first-to-file bar* geldt de datum van de interne melding. De klokkenluider houdt daarmee zijn 'plaats in de rij'. Ten tweede stellen Hutt c.s. voor dat eigen aangifte vóór de interne melding een *qui tam*-procedure uitsluit. Zoals toegelicht is dat nu niet het geval. Ten derde luidt het voorstel dat werkgevers niet meer automatisch *double* of *treble damages* krijgen opgelegd, maar dat deze bedragen worden vastgesteld naar rato van hun verwijtbaarheid. Deze drie wijzigingen gelden uitsluitend voor werkgevers die een gecertificeerde interne meldingsprocedure hebben. Dit moet waarborgen dat misstanden middels een solide procedure effectief intern kunnen worden gemeld en opgelost.⁷⁵

8.4 Internal Revenue Code

8.4.1 Inleiding

Zoals toegelicht is belastingontduiking expliciet uitgezonderd van de FCA. In 2006 is daarom een klokkenluidersregeling opgenomen in de *Internal Revenue Code* (IRC).⁷⁶ Ook de IRC voorziet in potentieel forse beloning, maar de systematiek wijkt op een aantal punten af van de FCA. Ik volsta met een kort overzicht.⁷⁷

8.4.2 Reikwijdte: klokkenluiders

Iedereen met relevante kennis over belastingontduiking kan zich bij de belastingdienst, de *Internal Revenue Service* (IRS), melden. Net zoals bij de FCA zijn dit vaak werknemers, maar dat hoeft niet het geval te zijn.

8.4.3 Reikwijdte: misstanden

De IRC ziet alleen op belastingontduiking. Fraude is niet vereist. Elke situatie waarin te weinig federale belasting wordt betaald (*underpayment of taxes*) valt onder de wet.

8.4.4 Procedure

De procedure houdt niet meer in dan dat de klokkenluider zich met zijn informatie meldt bij het *Whistleblower Office* van de IRS en het vereiste formulier invult. Anonieme melding is niet mogelijk. De IRS belooft wel vertrouwelijkheid, maar dat biedt geen enkele garantie. De belastingplichtige krijgt geen bericht van de melding. Anders dan bij de FCA, kan de klokkenluider de belastingplichtige niet rechtstreeks

75. Hutt c.s. stellen ook op andere punten wijzigingen voor zoals striktere eisen voor *false certification*, boetes die in verhouding staan tot de schade, lagere beloningen en een zwaardere bewijslast voor klokkenluiders. Ik ga daar verder niet op in.

76. 26 USC § 7623.

77. Kohn 2013, p. 87-97; Franziska Hertel, 'Qui tam for tax?: lessons from the States', 113 *Columbia Law Review* 2013, p. 1897-1938; Michelle M. Kwon, 'Whistling Dixie about the IRS', 29 *Virginia Tax Review* 2010, p. 447-503; Pacella 2015; www.irs.gov.

aanspreken. Besluit de IRS geen actie te ondernemen, dan betekent dat het einde van de zaak.

8.4.5 Verdere voorwaarden

Beloningen worden pas betaald bij een naheffing (inclusief boetes, rente enz.) of schikking vanaf \$ 2 miljoen.⁷⁸ Is de belastingplichtige een privépersoon, dan bestaat alleen aanspraak op een beloning indien hij minimaal \$ 200 000 per jaar verdient. Evenals de FCA kent de IRC (een variant van) de *public disclosure bar*. Is de overheid al bekend met de informatie dan kan de overheid discretionair een vergoeding tot maximaal 10% van de opbrengst toekennen, tenzij de klokkenluider de oorspronkelijke bron van de informatie is.

8.4.6 Beloning

Beloningen worden betaald uit de naheffing of schikking. Indien de IRS minimaal \$ 2 miljoen belasting int op basis van de informatie van de klokkenluider, heeft hij recht op een beloning tussen 15 en 30% van het geïnde bedrag. Dit is dus geen discretionaire bevoegdheid van de IRS. Het exacte percentage wordt vastgesteld aan de hand van de waarde van de verstrekte informatie. Betaling van de beloning vindt pas plaats indien de belastingplichtige geen beroepsmogelijkheid meer heeft. Dit kan jaren duren. Geschillen over (alleen) de beloning kunnen aan de belasting-rechter worden voorgelegd.

8.4.7 Goede trouw

De klokkenluider moet een beëdigde verklaring afleggen en pleegt meened als hij bewust onjuiste informatie verstrekt. Klokkenluiders die betrokken zijn geweest bij de belastingontduiking verspelen niet hun recht op een beloning. Dit is alleen anders indien de klokkenluider de betreffende constructie zelf heeft opgezet (geen of lagere beloning) of in verband daarmee voor een misdrijf is veroordeeld (geen beloning).

8.4.8 Rechtsbescherming

De IRC biedt geen rechtsbescherming aan klokkenluiders. Zij stellen zich dus bloot aan sancties van hun werkgever en doen er daarom verstandig aan hun melding aan de IRS voor zich te houden. Bij benadeling van de klokkenluider is wel denkbaar dat hij door andere (federale of statelijke) wetten wordt beschermd.

78. Voor belastingontduiking tot \$ 2 miljoen geldt een andere regeling. De beloning bedraagt dan niet meer dan 15% van de opbrengst met een maximum van \$ 10 miljoen, maar is voor het overige volledig discretionair, zonder beroepsmogelijkheid bij de rechter.

8.4.9 Kritiek en effectiviteit

De bekendste fiscale klokkenluider is zonder twijfel Bradley Birkenfeld.⁷⁹ Hij luidt in 2007 de klok over zijn werkgever UBS. De bank helpt haar vermogende Amerikaanse klanten op grote schaal belasting te ontduiken. UBS stelt de namen van deze klanten aan de IRS ter beschikking en schikt de zaak voor \$ 780 miljoen. Dit leidt tot \$ 5 miljard extra belastingopbrengsten en een gevoelige slag voor het Zwitserse bankgeheim. Birkenfeld zelf wordt tot veertig maanden cel veroordeeld voor zijn betrokkenheid bij de praktijken van UBS. Dit staat echter niet aan een beloning in de weg (omdat hij de constructies niet zelf heeft opgezet). Birkenfeld zit zelfs nog in hechtenis wanneer in 2012 zijn enorme beloning van \$ 104 miljoen wordt toegekend. Dit is tot dusverre de hoogste beloning die ooit aan een Amerikaanse klokkenluider is uitgekeerd.

De effectiviteit van de IRC staat niettemin ter discussie.⁸⁰ Het *Whistleblower Office* van de IRS is onderbezet. Van de 14 000 meldingen in 2014 wordt slechts een handvol in behandeling genomen. De doorlooptijd van succesvolle zaken is ongeveer zeven jaar (mede nu wordt gewacht op expiratie van de beroepstermijnen). Critici menen daarom dat een regeling à la FCA waarbij klokkenluiders zelf *qui tam*-acties kunnen instellen tegen belastingplichtigen de voorkeur verdient. In sommige staten met een eigen FCA zoals New York, zonder uitzondering voor fiscale misstanden, is dat al realiteit.⁸¹

8.5 Dodd-Frank

8.5.1 Inleiding

De boekhoudschandalen bij Enron en WorldCom resulteren in 2002 in de Sarbanes-Oxley Act (SOX). SOX introduceert een klokkenluidersregeling voor werknemers van beursvennootschappen. Zij mogen de klok luiden over schending van ‘any rule or regulation’ van de *Securities and Exchange Commission* (SEC) en van ‘any provision of federal law relating to fraud against shareholders’. SOX gaat uit van het traditionele beschermingsmodel en voorziet dus niet in beloningen.

Wel worden op strafrechtelijk en *compliance*-gebied nieuwe wegen ingeslagen. Zo zijn ondernemingen verplicht een onafhankelijk intern ‘audit committee’ te benoemen, een ‘code of ethics’ vast te stellen en een interne meldingsprocedure voor misstanden (waaronder de bekende *hotlines*) in te voeren. Strafrechtelijk geldt dat eenieder die een klokkenluider benadeelt die ‘truthful information’ over schending van ‘any federal offense’ aan een ‘law enforcement officer’ heeft gemeld, maximaal 10 jaar gevangenisstraf boven het hoofd hangt. Nu dit voor alle werkgevers en alle federale strafbepalingen geldt, is de reikwijdte van de strafrechtelijke bepalingen veel groter dan de civielrechtelijke bepalingen. Ten slotte voorziet SOX gevangenisstraf van

79. Kohn 2013, p. 87-88; Pacella 2015; Laura Sanders & Robin Sidel, ‘Whistleblower gets \$104 million’, *The Wall Street Journal* 11 september 2012.

80. Kohn 2013, p. 89-90; Hertel 2013; Laura Sanders, ‘Blowing the whistle on tax cheats. IRS makes \$ 11.6 payout to tax whistleblower; more could be coming’, *The Wall Street Journal* 4 september 2015.

81. Hertel 2013.

maximaal 20 jaar voor degene die opzettelijk documenten vernietigt, verbergt of vervalst met het doel een onderzoek te dwarsbomen naar ‘any matter’ waarin de federale overheid bevoegd is.⁸²

In de praktijk blijkt de klokkenluidersregeling in SOX niet te werken. Problematisch zijn onder meer de korte vervalttermijnen, de verplichte procedure bij de *Occupational Health and Safety Administration* (OHSA), het feit dat de OHSA (volgens critici) ondeskundig is op financieel terrein en zelden in het voordeel van klokkenluiders beslist en de ontoereikende rechtsbescherming.⁸³ Ook de ogenschijnlijk draconische strafbepalingen blijven een dode letter. Aanklagers hebben andere prioriteiten. Tot dusverre is niet één strafzaak gepubliceerd.⁸⁴

Al in 2010 ziet de (feitelijke) opvolger van SOX het licht: de *Dodd-Frank Wall Street Reform and Customer Protection Act* (Dodd-Frank). De wet hervormt het financieel toezicht in reactie op de in 2008 uitgebroken crisis. Als onderdeel daarvan introduceert Dodd-Frank nieuwe klokkenluidersregelingen in de *Securities Exchange Act* (SEA)⁸⁵ en de *Commodity Exchange Act* (CEA).⁸⁶ De SEA reguleert de aandelen- en obligatiemarkt en de CEA de derivatenmarkt. Toezichthouders zijn respectievelijk de SEC en de *Commodity Futures Trading Commission* (CFTC). Omdat beide wetten op dit punt vrijwel identiek zijn, bespreek ik verder alleen de SEA.

De federale wetgever gaat in Dodd-Frank weer uit van het beloningsmodel. Dit is een belangrijke koerswijziging ten opzichte van SOX. Ten eerste uiteraard omdat SOX niet in beloningen voorziet. Ten tweede omdat beloningen zich niet goed laten verenigen met de interne *compliance*-verplichtingen van SOX (die Dodd-Frank in stand laat). Daar komt bij dat het belang van die verplichting nog eens is onderstreept in de *Corporate Sentencing Guidelines* uit 2011.⁸⁷ Deze federale straftoemingsregels bepalen dat ondernemingen die over ‘an effective program’ beschikken ‘to prevent and detect violations of law’ voor strafvermindering in aanmerking komen. De federale wetgever heeft de frictie tussen belonen en interne *compliance* in Dodd-Frank willen oplossen met een beloningsmodel dat ook ruimte laat voor interne melding en dit zelfs pretendeert te stimuleren. De SEA legt de accenten dus weer anders dan de FCA en de IRC. Ook hier een kort overzicht.⁸⁸

8.5.2 Reikwijdte: klokkenluiders

Iedereen met relevante kennis over schending van *securities laws* kan zich bij de SEC melden. Net zoals bij de FCA en de IRC zijn dit veelal werknemers, maar dat hoeft wederom niet het geval te zijn.

82. M.A. Cherry, ‘Whistling in the dark? Corporate fraud, whistleblowers and the implications of the Sarbanes-Oxley Act’, *Washington Law Review* 2004, vol. 79, p. 1029-1124; Dworkin 2007.

83. Dworkin 2007.

84. Kohn 2013, p. 35-36.

85. 15 USC § 78u-6, nader uitgewerkt in SEC-regels: 17 CFR § 240.21F-6.

86. 7 USC § 26.

87. *US Sentencing Commission Guidelines Manual* 2011, § 8B2.1.

88. Kohn 2013, p. 99-109, 291-311; Jenny Lee, ‘Corporate corruption & new goldmine’, 77 *Brooklyn Law Review* 2011, p. 303-339 (verder: Lee 2011); Neil Schonert, ‘A fistful of dollars: bounty hunting under the Dodd-Frank Act’s whistleblower’s provisions’, 36 *Southern Illinois University Law Journal* 2011, p. 159-181 (verder: Schonert 2011); www.sec.gov/whistleblower.

8.5.3 Reikwijdte: misstanden

De SEA ziet op een breed scala aan misstanden, namelijk daadwerkelijke en dreigende schending van alle federale *securities laws* door ondernemingen die onder de wet vallen (hoofdzakelijk beursvennootschappen en financiële instellingen). Vaak gaat het om beleggingsfraude. Een redelijk vermoeden ten aanzien van deze misstanden volstaat.

8.5.4 Procedure

De klokkenluider moet de misstand melden bij het *Whistleblower Office* van de SEC conform de uitvoerige SEC-regels.⁸⁹ Een uniek aspect van de SEA is dat de wet ook anonieme melding toestaat. De klokkenluider moet in dat geval een advocaat inschakelen die als intermediair fungeert. Om een beloning te krijgen dient de klokkenluider zich wel bekend te maken, maar dan houdt de SEC zijn identiteit verder geheim. Net zoals bij de IRC kan de klokkenluider de vermeende overtreder niet direct aanspreken. Besluit de SEC geen actie te ondernemen, dan betekent dat opnieuw het einde van de zaak.

8.5.5 Verdere voorwaarden

Beloningen worden pas betaald bij een boete (inclusief rente en *disgorgements*)⁹⁰ of schikkingen vanaf \$ 1 miljoen. Verder moet de klokkenluider de informatie 'vrijwillig' aan de SEC verstrekken. Indien de SEC hem bijvoorbeeld dwingt gegevens af te staan, bestaat geen recht op beloning.

Ook de SEA voorziet in een *public disclosure bar*. De klokkenluider moet 'oorspronkelijke informatie' (*original information*) aan de SEC ter beschikking stellen. Hieronder valt informatie die niet uit publieke bron komt of informatie die wél uit publieke bron komt, maar die na analyse door de klokkenluider als nieuwe informatie kwalificeert. Verder mag de SEC zelf nog niet met de informatie bekend zijn, tenzij de klokkenluider 'een' bron is van deze informatie en hij zich niet enkel baseert op, kort gezegd, overheidsonderzoek of berichten in de media.

Daarnaast voorziet de SEA eveneens in een *first-to-file bar*. Is dezelfde informatie al eerder bij de SEC gemeld, dan bestaat geen aanspraak op beloning. Dit hoeft echter niet tot een 'race to the regulator' te leiden. Een ander uniek aspect van de SEA is namelijk dat de wet tot uitgangspunt neemt dat misstanden eerst intern moeten worden gemeld.⁹¹ De SEA faciliteert dit ook. De dag van de interne melding is de peildatum voor de *first-to-file bar*.⁹² Vervolgens geldt een termijn van 120 dagen. Binnen die termijn kan de werkgever de melding onderzoeken en, indien gegrond,

89. 17 CFR § 240.21F.

90. Dat wil zeggen door de schending van de *securities laws* wederrechtelijk verkregen voordeel dat moet worden terugbetaald.

91. Beide unieke aspecten van de SEA gaan niet samen: interne melding en anonimiteit sluiten elkaar uit.

92. Dit vereist dat de klokkenluider zijn interne melding vastlegt want hij moet de datum en inhoud daarvan 'to the satisfaction' van de SEC kunnen aantonen.

de misstand verhelpen en zelf aangifte doen bij de SEC. Beide partijen hebben daar voordeel van. De werkgever komt door eigen aangifte in aanmerking voor een lagere boete. De klokkenluider houdt niet alleen recht op een beloning, maar kwalificeert door eerst intern te melden ook voor een hogere beloning.⁹³ Volgt binnen 120 dagen geen eigen aangifte, bijvoorbeeld omdat de werkgever de misstand betwist, dan kan de klokkenluider zelf de SEC inschakelen. Zijn partijen het erover eens dat geen sprake is van een misstand, dan kan de kwestie zonder tussenkomst van de SEC worden afgedaan.

Voor hooggeplaatste medewerkers (onder wie bestuurders en andere *fiduciaries*) en werknemers met *audit* en *compliance* functies gelden afwijkende regels. Zij moeten misstanden normaliter eerst intern melden. Externe melding aan de SEC mag alleen: (i) 120 dagen na interne melding;⁹⁴ (ii) 120 dagen nadat de werkgever anderszins bekend is geworden met de misstand; of (iii) indien gegronde vrees bestaat dat interne melding het onderzoek van de SEC belemmert.⁹⁵ Pas als aan deze voorwaarden is voldaan bestaat aanspraak op een beloning.

8.5.6 Beloning

Beloningen worden betaald uit de boete of schikking die de SEC oplegt. Indien de SEC minimaal \$ 1 miljoen incasseert, heeft de klokkenluider recht op een beloning tussen 10 en 30% van het betreffende bedrag. De SEC stelt het percentage vast aan de hand van diverse criteria.⁹⁶ Omstandigheden die tot een hogere beloning kunnen leiden zijn de waarde van de informatie, de medewerking van de klokkenluider aan het SEC-onderzoek én de gebruikmaking van een interne meldingsprocedure. Omstandigheden die een lagere beloning rechtvaardigen zijn onder meer de verwijtbare betrokkenheid van de klokkenluider bij de misstand, gebrekkige medewerking aan het SEC-onderzoek en het frustreren van de interne meldingsprocedure. De toekenning van een vergoeding (binnen de wettelijke bandbreedte) is niet vatbaar voor beroep. De weigering van een vergoeding kan wel aan de federale rechter worden voorgelegd.

8.5.7 Goede trouw

Net zoals bij de IRC, moet de klokkenluider een beëdigde verklaring afleggen en pleegt hij meined als hij bewust onjuiste informatie verstrekt. Het doen van ‘*material false, fictitious, or fraudulent*’ meldingen kan ook tot een lagere (of helemaal geen) beloning leiden. Een strafrechtelijke veroordeling die verband houdt met de misstand brengt mee dat de klokkenluider geen recht heeft op een beloning.

93. Om twee redenen. De SEC-regels bepalen: (i) dat gebruikmaking van een interne meldingsprocedure een hogere beloning rechtvaardigt; en (ii) dat informatie in de eigen aangifte van de werkgever aan de klokkenluider wordt toegerekend. Bevat die eigen aangifte waardevolle aanvullende informatie, dan rechtvaardigt dit eveneens een hogere beloning.

94. Melding moet plaatsvinden aan een leidinggevende, het *audit committee*, de *chief legal officer* of de *chief compliance officer*.

95. 17 CFR § 240.21F-4(b)(v).

96. 17 CFR § 240.21F-6.

8.5.8 Rechtsbescherming

Evenals de FCA beschermt de SEA klokkenluiders tegen ontslag en andere vormen van benadeling.⁹⁷ De wettekst suggereert echter dat de SEA uitsluitend bescherming biedt bij melding aan de SEC. De *Courts of Appeals* zijn verdeeld over de vraag of de wet ook interne klokkenluiders beschermt.⁹⁸ In rechtsgebieden waar deze vraag ontkennend wordt beantwoord, stappen klokkenluiders direct naar de SEC nu zij bij interne melding riskeren straffeloos te worden benadeeld. Dit ondergraaft uiteraard het streven van de federale wetgever om interne melding te stimuleren. Het wachten is op een uitspraak van het *Supreme Court*.

8.5.9 Kritiek en effectiviteit

Aanvankelijk was er veel kritiek op Dodd-Frank gezien de genoemde frictie tussen belonen en interne *compliance*.⁹⁹ De federale wetgever heeft hiervoor een oplossing gevonden in de vorm van de 120 dagen-termijn voor interne melding. Als gezegd wordt deze oplossing echter ondergraven doordat de *Courts of Appeals* verdeeld zijn over de vraag of interne klokkenluiders worden beschermd. Los van deze gerechtelijke *split*, lijkt de meeste kritiek verstomd. Enkele critici wijzen er nog wel op dat interne melding altijd moet worden gevolgd door externe melding bij de SEC nu de klokkenluider anders geen beloning krijgt en dat de SEC meer geïnteresseerd lijkt in snelle en effectieve handhaving – wat eerder pleit voor directe melding aan de SEC – dan het faciliteren van interne melding.¹⁰⁰ Het *Whistleblower Office* van de SEC noemt zich ‘agnostic’ ten aanzien van de vraag of eerst intern moet worden gemeld.¹⁰¹

Dodd-Frank is van recente datum. Of de 120 dagen-termijn voor interne melding werkt, zal de praktijk moeten uitwijzen. Zoals hiervoor opgemerkt blijkt (zelfs) in FCA-zaken dat 80% van de werknemers misstanden eerst intern meldt.¹⁰² Of de beloningsregeling bijdraagt aan het bestrijden van misstanden moet eveneens nog blijken. Volgens het jaarverslag van het *Whistleblower Office* van de SEC ontving men in 2014 ruim 3 600 meldingen.¹⁰³ In veertien gevallen werd een beloning toegekend. Daaronder ook het voorlopige recordbedrag van \$ 30 miljoen aan een buitenlandse klokkenluider (waarbij geen verdere details zijn bekendgemaakt). De SEA krijgt

97. Rechtsbescherming staat los van de beloning en geldt ongeacht of de klokkenluider een beloning ontvangt.

98. *Asadi v. G.E. Energy (USA), LLC*, 720 F.3d 620 (5th Cir. 2013); *Berman v. Neo@Ogilvy LLC et al.*, No. 14-4626 (2nd Circuit 10 September 2015).

99. Matt A. Vega, ‘Beyond incentives: making corporate whistleblowing moral in the new era of Dodd-Frank Act Bounty Hunting’, 45 *Connecticut Law Review* 2012, p. 483-547 (verder: Vega 2012); Jennifer M. Pacella, ‘Inside or out: the Dodd-Frank whistleblower program’s anti-retaliation protection for internal reporting’, 86 *Temple Law Review* 2014, p. 721-761 (verder: Pacella 2014); Schonert 2011; Lee 2011.

100. Vega 2012; Pacella 2014.

101. Max Stendahl, ‘5 questions for SEC whistleblower chief Sean McKessy’, www.law360.com 19 augustus 2013.

102. Hutt c.s. 2013.

103. 2014 *Annual Report to Congress on the Dodd-Frank whistleblower program*, 17 november 2014.

mogelijk navolging in New York met een vergelijkbare statelijke *Financial Frauds Whistleblower Act*.¹⁰⁴

8.6 Bezwaren tegen belonen

De effectiviteit van in elk geval de FCA brengt nog niet mee dat het belonen van klokkenluiders ook maatschappelijk wenselijk is. In de Amerikaanse literatuur¹⁰⁵ komen een viertal bezwaren naar voren: (i) morele bezwaren; (ii) het risico van ongefundeerde beschuldigingen; (iii) de beperkte toepasbaarheid van het beloningsmodel; en (iv) de nadelige gevolgen voor de organisatie.¹⁰⁶

8.6.1 Morele bezwaren

Algemene morele bezwaren tegen het beloningsmodel achten Callahan en Dworkin niet overtuigend. Met deze aanpak wordt geen *'nation of snitches'* gecreëerd. Integendeel, er vindt aansluiting plaats bij een lange Amerikaanse traditie van beloningen en publiek-private samenwerking bij de bestrijding van strafbare feiten. Bovendien ontstaat op deze manier een democratisch mechanisme waarbij individuele burgers machtige organisaties op hun verantwoordelijkheden kunnen wijzen wanneer de overheid hiermee in gebreke blijft.¹⁰⁷

De opvatting dat klokkenluiden als gewetensdaad niet beïnvloed mag worden door hebzucht is in de VS verlaten. Algemeen wordt aangenomen dat het motief van de klokkenluider ondergeschikt is aan het algemeen belang dat hij dient. Zeker indien de klokkenluider een ernstige misstand aankaart is eenvoudigweg irrelevant of dit bijvoorbeeld uit rancune gebeurt. Het motief doet immers niet af aan de ernst van de misstand. *'It is possible to perform a right action for bad motives'*, aldus Carson c.s. Dat hoge beloningen klokkenluiden zijn legitimiteit zouden ontnemen wordt evenmin ondersteund. Dit argument miskent dat een klokkenluider zich aan grote risico's blootstelt. In plaats van hebzucht is dan ook veel meer van een kosten-batenanalyse sprake.¹⁰⁸

8.6.2 Gevaar voor ongefundeerde beschuldigingen

Het risico op ongefundeerde beschuldigingen is inherent aan een systeem met hoge beloningen. Dit wordt algemeen onderkend. De wetgever probeert dit risico te ondervangen met diverse maatregelen tegen onscrupuleuze klokkenluiders. Bijvoorbeeld: vervolging wegens meened bij valse verklaringen of een volledige proceskostenveroordeling bij vorderingen die *'clearly frivolous'* of *'clearly vexatious'* zijn of *'primarily for purposes of harassment'* worden ingesteld.

104. Persbericht New York State Office of the Attorney General, 'A.G. Schneiderman Proposes Bill To Reward And Protect Whistleblowers Who Report Financial Crimes', 26 februari 2015, www.ag.ny.gov.

105. Callahan & Dworkin 1992; Carson c.s. 2007.

106. Bezwaren tegen controversiële aspecten van de FCA zoals de torenhoge schadevergoeding en boetes zijn op zichzelf geen bezwaren tegen beloning en blijven hier buiten beschouwing.

107. Callahan & Dworkin 1992.

108. Carson c.s. 2007; Callahan & Dworkin 1992.

Andere maatregelen zijn het verminderen of vervallen van de beloning indien de klokkenluider het verboden gedrag plant of initieert, dan wel in verband daarmee strafrechtelijk wordt veroordeeld. Hoewel er ook onscrupuleuze advocaten zijn, fungeren de meesten als poortwachter. Zij nemen een zaak alleen aan als er voldoende kans op succes bestaat en haken in het geval van de FCA vaak weer af indien het DOJ niet intervenieert.¹⁰⁹

Of deze waarborgen voldoen is twijfelachtig. Lang niet alle ongegronde claims zijn ‘frivolous’ of ‘vexatious’ en de kosten die ondernemingen moeten maken om zich tegen deze vorderingen te verdedigen zijn zeer aanzienlijk. Dit maakt vooral de positie van kleinere ondernemingen kwetsbaar. Pacella en Hutt c.s. zoeken de oplossing onder meer in striktere eisen voor FCA-vorderingen.¹¹⁰ De keerzijde daarvan is dat (te) strikte voorwaarden de effectiviteit van de wet ondergraven. Bijvoorbeeld het voorstel klokkenluiders die op enigerlei wijze (en dus niet enkel plannend en initiërend) betrokken zijn geweest bij de misstand geen beloning toe te kennen. Die betrokkenheid is vaak onvermijdelijk nu zij anders niet bekend kunnen zijn met het verboden gedrag. Carson c.s. noemen de vergoedingen exorbitant en stellen voor deze te maximeren op \$ 1,5 à 2 miljoen. Dit moet onscrupuleuze klokkenluiders (en advocaten) de wind uit de zeilen nemen.¹¹¹

8.6.3 Beperkte toepasbaarheid beloningsmodel

Een ander, wellicht minder zwaarwegend, bezwaar is dat het beloningsmodel zich uitsluitend leent voor een beperkte groep misstanden. Het moet gaan om relatief zware gevallen van fraude (zoals bij de FCA en de IRC) of wetsschending (zoals bij Dodd-Frank) die kunnen worden bestraft met hoge boetes of schadevergoeding. Daaruit wordt de beloning betaald. Dworkin en Near stellen voor bij in beginsel alle misstanden boetes op te leggen waarvan de klokkenluider een deel als beloning ontvangt.¹¹² Dit lijkt niet realistisch (noch wenselijk). Bij de bulk van de misstanden rechtvaardigt de aard of de ernst niet het opleggen van een boete, laat staan een zodanig hoge boete dat hieruit een reële beloning kan worden betaald.

8.6.4 Gevolgen voor de organisatie

Tot slot zijn de nadelige consequenties die het beloningsmodel voor de organisatie kan hebben bezwaarlijk. Zoals toegelicht impliceert dit model dat misstanden extern worden gemeld. Externe melding kan leiden tot een klimaat van vijandigheid en wantrouwen. Daarnaast ontnemt het de werkgever de mogelijkheid de misstand zelf te verhelpen. Dit valt niet te rijmen met interne *compliance*-verplichtingen die de wet eveneens oplegt en de eerder genoemde *Corporate Sentencing Guidelines*. Als gezegd melden veruit de meeste klokkenluiders misstanden nu al eerst intern. Het is zaak dat maximaal te benutten. Een robuust intern meldingssysteem maakt het

109. Carson c.s. 2007; Callahan & Dworkin 1992.

110. Hutt c.s. 2013; Pacella 2015.

111. Carson c.s. 2007.

112. Dworkin & Near 1997.

mogelijk misstanden vroegtijdig, geruisloos en goedkoop op te lossen en is daarmee vele malen effectiever dan het kostbare handhavingsmechanisme van de FCA.¹¹³

Niet iedereen denkt er zo over. Het uitgangspunt dat misstanden eerst intern behoren te worden gemeld is — ook in Europa¹¹⁴ — niet absoluut. Directe externe melding kan onder meer gerechtvaardigd zijn bij uitzonderlijk ernstige misstanden. Misstanden waarbij de hoogste leiding van de onderneming is betrokken of bij gegronde vrees voor verduistering van bewijsmateriaal of benadeling. Het is ook in andere gevallen maar de vraag wat de werkgever met de interne melding doet. Wie zegt dat hij vervolgens geen bewijs vernietigt? Daarnaast voorzien veel gereguleerde sectoren in meldplichten aan de toezichthouder. Bij (bewezen) fraude brengt het verhelpen van de misstand bovendien niet alleen mee dat in de toekomst geen fraude meer plaatsvindt, maar dat de eerder gepleegde fraude ongedaan wordt gemaakt. Dit impliceert in het geval van de FCA en de IRC externe melding en terugbetaling aan de overheid. Er kan in die situatie dus sowieso niet met interne melding worden volstaan. Tot slot leidt de repressie van de FCA ook tot preventie zoals hiervoor bleek. Sterker, de gevolgen van de FCA kunnen zo ingrijpend zijn dat dit voor werkgevers aanleiding is nu écht werk te maken van interne *compliance*-programma's.¹¹⁵

Tegen deze achtergrond lijkt de wetgever in Dodd-Frank — in elk geval bij ernstige schending van effectenwetgeving — een aardige middenweg te hebben gevonden. Zoals hiervoor bleek, stelt de 120 dagen-termijn de werkgever in staat meldingen te onderzoeken. Blijkt geen sprake van een misstand dan is de kwestie daarmee opgelost. Blijkt daarvan wel sprake, dan kan de werkgever de misstand rechtzetten en zelf aangifte doen bij de SEC. Dit leidt tot een lagere sanctie voor de werkgever en een hogere beloning voor de klokkenluider. Zijn partijen het oneens, dan kan de klokkenluider zich alsnog tot de SEC wenden zonder zijn recht op een beloning te verspelen. Hutt c.s. bepleiten een vergelijkbare benadering voor de FCA en gaan nog een stap verder door voorafgaande interne melding verplicht te stellen.¹¹⁶

8.7 Belonen in het Verenigd Koninkrijk en Nederland

8.7.1 Verenigd Koninkrijk

De Britse klokkenluiderswet, de *Public Interest Disclosure Act* (PIDA), geldt in Europa als toonaangevend. De Raad van Europa ziet de PIDA als voorbeeld voor andere lidstaten.¹¹⁷ De wet gaat uit van het beschermingsmodel. Interne melding is het uitgangspunt, maar hierop bestaan belangrijke uitzonderingen. Ten eerste mag een klokkenluider een misstand direct aan *prescribed persons* melden. Dit zijn specifiek aangewezen toezichthouders. Bijvoorbeeld de financiële toezichthouders: de

113. Callahan & Dworkin 1992; Hutt c.s. 2013.

114. Zie par. 8.7.1.

115. Carson c.s. 2007.

116. Hutt c.s. 2013.

117. Report of the Committee on Legal Affairs and Human Rights, "Protection of "whistle-blowers", Doc. 12006, 14 September 2009; Recommendation CM/Rec (2014)7, 30 april 2014.

Financial Conduct Authority (FCA) en de *Prudential Regulation Authority* (PRA).¹¹⁸ Ten tweede is directe externe melding toegestaan bij uitzonderlijk ernstige misstanden of indien de klokkenluider gegronde vrees heeft voor benadeling of verduistering van bewijsmateriaal.¹¹⁹ In dit geval mag de melding aan een *prescribed person* plaatsvinden, maar kan de klokkenluider ook kiezen voor verdere bekendmaking waaronder in beginsel aan de media.¹²⁰ Sinds 2013 geldt geen goede trouw-vereiste meer nu dit niet langer relevant wordt geacht. Voordien werd dit vereiste omschreven als ‘*acting with honest motives*’.¹²¹ In geval van verdere bekendmaking (dus niet bij melding aan *prescribed persons*) geldt echter het aanvullende vereiste dat de melding niet ‘*for purposes of personal gain*’ mag zijn. Hieronder valt bijvoorbeeld het verkopen van verhalen aan de pers, maar niet het incasseren van een in de wet geregelde beloning, zoals de tipgeldregeling van de Britse fiscus.¹²² De PIDA laat dus ruimte voor beloningen zolang die in de wet zijn verankerd.

Naar aanleiding van het LIBOR-schandaal spreekt de *Parliamentary Commission on Bank Standards* (PCBS) haar verbazing uit over het feit dat geen enkele klokkenluider deze misstand heeft gemeld. In het rapport *Changing Banking for Good*¹²³ wordt daarom nader onderzoek door de FCA en de PRA aangekondigd naar het belonen van klokkenluiders. De toezichthouders kijken daarbij nadrukkelijk naar de VS. Zij spreken zich in 2014 tegen beloning uit.¹²⁴ De toezichthouders wijzen met name op het feit: (i) dat slechts een minimaal aantal mensen in de VS profiteert van beloningen; (ii) dat bewijs ontbreekt dat beloningen tot meer en betere meldingen leiden; (iii) dat de (proces)kosten van een beloningssysteem voor de overheid en de partijen aanzienlijk zijn; (iv) dat zo’n systeem interne meldingsprocedures ondermijnt; en (v) dat hoge beloningen onverenigbaar zijn met (niet nader toegelichte) ‘*UK policy norms which are very different to those in the US*’. Daarmee zijn beloningen in de financiële sector van de baan.¹²⁵

8.7.2 Nederland

In Nederland voorzag het Eerste Wetsvoorstel Huis voor klokkenluiders aanvankelijk in een fonds voor klokkenluiders. Het fonds zou op verzoek van de klokkenluider naar redelijkheid en billijkheid een vergoeding kunnen uitkeren, rekening houdend met de ontslagvergoeding, de eigen schuld en de financiële draagkracht van de klokkenluider.¹²⁶ De uitkering was bedoeld als schadeloosstelling (en dus niet als

118. John Bowers, Martin Fodder, Jeremy Lewis & Jack Mitchell, *Whistleblowing: law and practice*, Oxford: OUP 2011 (verder: Bowers c.s. 2011), § 4.58.

119. Bowers c.s. 2011, § 5.17-5.23.

120. Bowers c.s. 2011, § 5.24-5.43.

121. Bowers c.s. 2011, § 4.58; ‘Whistleblower protection’, www.uk.practicallaw.com.

122. Bowers c.s. 2011, § 5.25; artikel 43L(2) Employment Rights Act: ‘*In determining for the purposes of this Part whether a person makes a disclosure for purposes of personal gain, there shall be disregarded any reward payable by or under any enactment*’.

123. *Changing banking for good*, Parliamentary Commission on Banking Standards, juni 2013.

124. *Financial Incentives for Whistleblowers: Note by the Financial Conduct Authority and the Prudential Regulation Authority for the Treasury Select Committee*, juli 2014, www.fca.org.uk.

125. Dit geldt ook ten aanzien van de hierna te bespreken Verordening Machtsmisbruik.

126. *Kamerstukken II* 2011/12, 33258, 2; art. 19-20 van de wet.

beloning). Het fonds zou in beginsel door de overheid worden gefinancierd.¹²⁷ Het fonds is weer afgevoerd tijdens de behandeling van het Eerste Wetsvoorstel en komt ook in het Tweede Wetsvoorstel niet terug. Hierin is wel opgenomen dat een melding ‘te goeder trouw en naar behoren’ dient plaats te vinden.¹²⁸ De toelichting maakt niet duidelijk wat hieronder moet worden verstaan. Volgens de toelichting bij het Eerste Wetsvoorstel betekent ‘te goeder trouw’ dat de werknemer moet handelen ‘vanuit zuivere motieven’.¹²⁹ Dit lijkt te suggereren dat een beloning niet het motief voor de melding mag zijn.

Daarmee is niet gezegd dat de overheid geen beloningssysteem kent. Evenals de Britse fiscus keert de Nederlandse belastingdienst beloningen uit in de vorm van tipgeld.¹³⁰ De (ongepubliceerde) regeling lijkt verdacht veel op de IRC, met dien verstande dat de beloning kennelijk slechts 1% van de opbrengst bedraagt.¹³¹ Voor zover mij bekend is geen rechtspraak voorhanden over werknemers die een misstand direct extern melden in ruil voor tipgeld. Mijn inschatting zou zijn dat dit arbeidsrechtelijk problematisch is indien deze misstand niet zonder gegronde reden eerst intern wordt gemeld.

Tot slot bepaalt de Verordening Marktmisbruik dat de lidstaten financiële instellingen vanaf juli 2016 moeten verplichten ‘passende interne procedures’ in te voeren voor het ‘melden van inbreuken op deze verordening’.¹³² Bovendien mogen de lidstaten de betreffende klokkenluiders ‘financiële stimulansen’ toekennen voor nieuwe informatie die resulteert in een administratieve of strafrechtelijke sanctie.¹³³ Dit doet denken aan Dodd-Frank. De AFM pleit in zijn wetgevingsbrief 2014 niet voor (geldelijke) beloningen, maar wel voor een clementieregeling voor klokkenluiders zoals bekend uit het mededingingsrecht. De klokkenluider zou dan gevrijwaard blijven voor vervolging wegens zijn eigen betrokkenheid bij de misstand.¹³⁴

8.8 Conclusie

Resteert de vraag of het effectief en wenselijk is klokkenluiders te belonen. In de VS is het beloningsmodel vanuit fraudebestrijdingsperspectief succesvol gebleken.

127. Het fonds zou wel voor het uitgekeerde bedrag in de rechten van de werknemer worden gesubrogeerd. Onduidelijk is echter op basis waarvan het fonds de ex-werkgever zou aanspreken indien de rechter de ontslagzaak al heeft beslecht.

128. *Kamerstukken I* 2014/15, 34105, A, 2.

129. *Kamerstukken II* 2012/13, 33258, 7, p. 4.

130. Rens Pieterse, ‘Kroniek van het belastingrecht’, *NJB* 2014/1831: ‘Om “nieuwe” informatie (over bijvoorbeeld zwartsparenders) te verkrijgen, schroomt de fiscus niet om met tipgevers samen te werken en hen te betalen voor belastende informatie (in 2010 en 2012 keerde de fiscus enkele tonnen uit na tips over zwarte rekeningen in Luxemburg en informatie over verzwegen buitenlandse beleggingen)’.

131. ‘Fiscus betaalt voor fraudetips 1 procent van de opbrengst’, *NRC Handelsblad* 10 juli 2014; Jos Verlaan, ‘De fiscus geeft tipgeld, maar houdt dat liever stil’, *NRC Handelsblad* 4 juli 2014; Aertjan Grotenhuis, ‘Klik u rijk bij de fiscus’, *NRC Handelsblad* 27 november 2009.

132. Verordening 596/2014, art. 32 lid 3. Ongeacht het Wetsvoorstel Huis voor klokkenluiders zal dus een klokkenluidersregeling voor het financieel toezicht moeten worden ingevoerd op grond van de verordening.

133. Verordening 596/2014, art. 32 lid 4.

134. Wetgevingsbrief 2014, AFM 10 juli 2014, www.afm.nl; A.B. Schoonbeek, ‘Een klokkenluidersregeling in het financiële toezicht; een point of no return!?', *Tijdschrift voor Compliance* 2014, p. 312-316.

In mijn visie zijn ook de meeste bezwaren tegen dit model vrij goed weerlegbaar of met wetgeving te ondervangen.

Het argument dat een klokkenluider absoluut onbaatzuchtig moet zijn is achterhaald. Zijn motief is normaliter irrelevant nu dit niet afdoet aan het algemeen belang bij melding van de misstand. Alleen uiterst dubieuze motieven en methoden – zoals ook vermeld in de FCA¹³⁵ – maken dit anders. Beloningen kunnen klokkenluiders wel corrumperen. Dit risico valt echter in de wet te ondervangen. Beloningen dienen te worden gemaximeerd en klokkenluiders die bewust een onjuiste melding doen, een initiërende of leidende rol hebben vervuld bij de misstand of in verband daarmee strafrechtelijk zijn veroordeeld, komt geen rechtsbescherming toe en al helemaal geen beloning. De beperkte toepasbaarheid van het beloningsmodel zie ik niet als bezwaarlijk. Dit model leent zich nu eenmaal beter (of uitsluitend) voor zeer ernstige misstanden die resulteren in overheidssancties waaruit de beloning kan worden betaald. Dit nuanceert ook de nadelige gevolgen voor de organisatie. Bij zeer ernstige misstanden is immers aanvaard dat deze direct extern mogen worden gemeld. Zoals hiervoor toegelicht laat Dodd-Frank bovendien zien dat het beloningsmodel voorafgaande interne melding niet hoeft uit te sluiten, maar zelfs kan stimuleren.

Moeten klokkenluiders dan langs deze weg ook in Nederland worden beloond? Dat lijkt prematuur. De juiste volgorde zou zijn dat eerst een solide beschermingsmodel wordt beproefd. Dat kan indien de Nederlandse rechter de jurisprudentie van het EHRM omarmt, al dan niet in combinatie met invoering van de – minder effectieve – Wet huis voor klokkenluiders.¹³⁶ Pas als dat onvoldoende blijkt, valt een beloningsmodel te overwegen.

De FCA is in dat geval bepaald niet de ‘gold standard’. Ik ben met Kortmann¹³⁷ eens dat een *qui tam*-procedure waarbij de klokkenluider namens de overheid een onrechtmatige daadsactie instelt tegen zijn frauderende werkgever geen navolging verdient. Het is aan de overheid in het algemeen belang tegen fraudeurs op te treden. Het is constitutioneel problematisch deze taak aan uit eigenbelang handelende particulieren uit te besteden. Het is ook onnodig zoals de IRC en Dodd-Frank bevestigen.

Voor Nederland zou een combinatie van Dodd-Frank en de PIDA een optie kunnen zijn. Klokkenluiden wegens louter persoonlijk financieel gewin is dan niet beschermd, tenzij het gaat om een in de wet vastgelegde beloning. Dit stelt de wetgever in staat voor specifieke zeer ernstige misstanden een beloningsregeling in het leven te roepen. Gezien de ernst van deze misstanden is voorafgaande interne melding sowieso niet aangewezen. Naar het voorbeeld van Dodd-Frank heeft de klokkenluider echter de keuze: voorafgaande interne melding tegen een hogere beloning of directe

135. Eerdergenoemde regel dat een kostenveroordeling volgt bij vorderingen die ‘clearly frivolous’ of ‘clearly vexatious’ zijn of ‘primarily for purposes of harassment’ worden ingesteld. Verder valt te denken aan (andere) pure misbruiksituaties.

136. F.C. van Uden, ‘Klokkenluiden: verder van huis met het Huis (1)’, *ArbeidsRecht* 2013/18; F.C. van Uden, ‘Klokkenluiden: verder van huis met het Huis (2)’, *ArbeidsRecht* 2013/24.

137. Jeroen Kortmann, *The tort law industry* (diss. Amsterdam UvA), Amsterdam: Vossiuspers 2009.

externe melding aan de toezichthouder tegen een lagere beloning. Tegelijk wordt de werkgever gestimuleerd aan interne melding mee te werken en zelf aangifte te doen met een lagere sanctie. Gesteld dat interne melding feitelijk onmogelijk is wegens redenen die voor rekening komen van de werkgever (zoals betrokkenheid van het management bij de misstand of gegronde vrees voor verduistering van bewijsmateriaal of benadeling), dan is een lagere beloning of lagere sanctie niet op zijn plaats.

Los daarvan zou de instelling van het eerder in het Eerste Wetsvoorstel opgenomen fonds voor klokkenluiders heroverweging verdienen. Situaties zijn immers denkbaar waarin normale rechtsbescherming tekortschiet. Bijvoorbeeld een overwinningsnederlaag: de klokkenluider luidt zorgvuldig de klok en wint zijn procedure, maar vindt als gevolg van zijn melding geen ander werk. Zeker wanneer hij zich met die melding in belangrijke mate voor de publieke zaak heeft ingezet is redelijk dat daar een vorm van (aanvullende) financiële compensatie tegenover staat. Zoals hiervoor toegelicht gaat het in dit geval echter niet om belonen, maar om schadeloos stellen.

Hoofdstuk 9

Wie heeft de klok allemaal horen luiden?

Over civiele schadevergoedingsacties naar aanleiding van een melding bij ‘het Huis’

Mr. M.G. Kuijpers^{*} en prof. mr. J.S. Kortmann^{**}

9.1 Inleiding

Het initiatiefwetsvoorstel Huis voor klokkenluiders streeft een sympathiek doel na. Het wetsvoorstel wil de voorwaarden voor het melden van maatschappelijke misstanden verbeteren. Daar kan natuurlijk niemand tegen zijn. Dit doel moet worden bereikt door enerzijds de klokkenluiders te beschermen en anderzijds de gemelde misstanden ook daadwerkelijk te laten onderzoeken door het nieuwe bestuursorgaan Huis voor klokkenluiders.¹

Met name de positie van de klokkenluider heeft de pennen in beweging gebracht. Dient de klokkenluider alleen te worden beschermd, of ook te worden beloond?² Eén van ons heeft zich in een ander verband al eens uitgesproken tegen de idee dat de burger met financiële beloningen wordt aangemoedigd om (kennelijke) misstanden op te sporen en aan de kaak te stellen.³ Daarmee is uiteraard niet gezegd dat klokkenluiders geen bescherming zouden verdienen tegen de nadelen – financieel en anderszins – die zij zouden kunnen ondervinden als gevolg van hun meldingen. Het debat over de bescherming (of beloning) van de klokkenluider vindt met name in de arbeidsrechtelijke hoek plaats. Franck van Uden zal daarover uw vereniging preadviseren. Het bestuur heeft ons gevraagd om de meer algemeen privaatrechtelijke aspecten van het klokkenluiden te becommentariëren, met bijzondere aandacht voor de (al dan niet: collectieve) schadevergoedingsacties die zouden kunnen volgen op een melding van een maatschappelijke misstand.

Wij hebben weerstand moeten bieden aan de verleiding om ons via de band van deze ‘algemeen privaatrechtelijke aspecten’ alsnog in het debat over bescherming van de klokkenluider te mengen. Zo zou men met recht de vraag kunnen opwerpen

* Mr. M.G. Kuijpers is advocaat bij Stibbe te Amsterdam.

** Prof. mr. J.S. Kortmann is advocaat bij Stibbe te Amsterdam en hoogleraar European Tort Law aan de Universiteit van Amsterdam. Wij danken mr. A.A. al Khatib voor zijn ondersteuning bij het schrijven van dit preadvies.

1. *Kamerstukken II* 2012/13, 33258, 3 en 7, p. 1. Dit wetsvoorstel is naar aanleiding van opmerkingen in de Eerste Kamer gevolgd door een Novelle, *Kamerstukken II* 2014/15, 34105, zie daarvan ook 3, p. 4.

2. Zie onder (veel) meer F.B.J. Grapperhaus, ‘Bescherming voor klokkenluidende werknemers: een inventarisatie van het wetsvoorstel en het SER-advies’ *Ondernemingsrecht* 2005, afl. 7, p. 78 e.v.; R. van Steenberghe, ‘Klokkenluiden in het bedrijfsleven – evaluatie en verder’, *RMThemis* 2006, afl. 6, p. 242 e.v.; F. van Uden, ‘Klokkenluiden: tussen zelfregulering en Amerikaanse toestanden’, *AA* 2006, afl. 1, p. 33 e.v.; O.A. Haazen, ‘Amerikaanse toestanden: Qui Tam’, *NJB* 2006, p. 1158; R.H. Happé, ‘Op het hellende vlak met fiscale tipgevers, klokkenluiders en premiejagers’, *WFR* 2009/6836, p. 1445; H. Fleischer & K. Ulrich Schmolke, ‘Financial Incentives for Whistleblowers in European Capital Markets Law’, *European Company Law* 2012, afl. 5, p. 254; en P. Stephenson & M. Levi, ‘Principes van klokkenluiden: de benadering van de Raad van Europa’, *Justitiële verkenningen* 39/7 (2013), p. 90 e.v.

3. J.S. Kortmann, *The Tort Law Industry* (2009), p. 20-23.

of de bescherming waarin het wetsvoorstel voorziet — kort gezegd: ‘de werkgever mag de werknemer niet benadelen als gevolg van het te goeder trouw en naar behoren melden van een vermoeden van een misstand’ (art. 18 wetsvoorstel) — wel volstaat om het beoogde doel te bereiken. De represailles waaraan een klokkenluider zich mogelijk blootstelt door een misstand te melden, beperken zich immers niet tot de relatie werkgever-werknemer. Na de melding kan de klokkenluider zich geconfronteerd zien met (bijvoorbeeld) civiele acties van collegae of derden buiten de onderneming, die menen door de melding op onzorgvuldige wijze te zijn geschaad. Bovendien, ook als de klokkenluider niet zelf het lijdend voorwerp wordt van civiele acties, is niet uit te sluiten dat hij of zij als getuige wordt gehoord in een civiele (of strafrechtelijke) vervolgprocedure. Hoewel denkbaar is dat in een dergelijk geval de klokkenluider anoniem of achter gesloten deuren wordt gehoord,⁴ zal in de praktijk het belang van anonimiteit niet zelden moeten wijken voor zwaarder wegende belangen.⁵ Als de keuze is om de klokkenluider bescherming te bieden tegen de nadelige gevolgen van een melding, zou men verwachten dat aan meer dan uitsluitend de arbeidsrechtelijke consequenties aandacht wordt besteed. Zo is in een aanbeveling van de Raad van Europa over *Protection of Whistleblowers* bepaald dat ‘a whistleblower should be entitled to raise, in appropriate civil, criminal or administrative proceedings, the fact that the report or disclosure was made in accordance with the national framework’.⁶ Volgens sommige auteurs gaat ook dat niet ver genoeg en zouden klokkenluiders überhaupt niet aan civiele procedures blootgesteld moeten kunnen worden (met een mogelijke uitzondering voor acties wegens laster).⁷ Wat men hier ook van moge vinden, opvallend is dat door de initiatiefnemers van het wetsvoorstel aan deze aspecten niet of nauwelijks aandacht is besteed. Gezien de ons gegeven opdracht hebben wij ervoor gekozen ons in dit preadvies niet verder te buigen over de bescherming van de klokkenluider, maar ons te concentreren op de schadevergoedingsacties die kunnen volgen op een melding van een misstand. Wij richten ons daarbij in het bijzonder op de status van het rapport, dat in de in het wetsvoorstel gekozen opzet door het Huis zal worden opgesteld en openbaar gemaakt. De praktijk leert dat dergelijke openbare rapporten — ook al zijn zij voor een ander doel opgesteld — worden aangegrepen als basis voor civiele schadevergoedingsacties. Dat op zich zou niet bezwaarlijk hoeven zijn, ware het niet dat het wetsvoorstel onvoldoende voorziet in een met waarborgen omklede rechtsgang rond de totstandkoming en de publicatie van het rapport.

4. Zie bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 24 februari 1988, NJ 1988/904 en Hof 's-Gravenhage 3 september 1991, NJ 1992/330.
5. Zie bijvoorbeeld *de Volkskrant* 7 april 2011, p. 3 (‘De Chipsholzaak kent alleen slachtoffers. Het nieuwste slachtoffer is een 64-jarige griffier, een tot in de puntjes verzorgde dame die al 33 jaar bij de Haagse rechtbank werkt. Woensdag werd ze openbaar verhoord, als klokkenluider tegen wil en dank. Het belang van de zaak woog zwaarder dan haar privacy, oordeelde de rechtbank in Utrecht.’)
6. Aanbeveling van de Raad van Europa over ‘*Protection of Whistleblowers*’ CM/Rec(2014)7, Principe 23.
7. Zie bijvoorbeeld P. Stephenson & M. Levi, a.w., p. 100.

9.2 Melding, onderzoek, rapport, publicatie

Uitgangspunt in het wetsvoorstel is dat de klokkenluider het vermoeden van een misstand eerst intern bij de eigen organisatie⁸ moet melden. Deze verplichting is via een amendement aan het wetsvoorstel toegevoegd. De bedoeling is dat een ‘overheidsinstelling of een bedrijf (...) eerst de mogelijkheid [moet] krijgen zelf een einde te maken aan de misstand die de werknemer aan de orde wil stellen, zonder dat er meteen sprake is van (de mogelijkheid van) openbaarheid.’⁹ Van de verplichte interne melding kan slechts worden afgeweken indien een dergelijke melding in redelijkheid niet van de klokkenluider kan worden gevraagd.¹⁰ Mocht de organisatie de gemelde misstand op enig moment toch niet, of niet langer, ‘naar behoren’ aanpakken, dan kan de klokkenluider alsnog extern bij het Huis terecht.¹¹ Het is dan aan het Huis overgelaten om te bepalen of de gemelde misstand door de organisatie ‘naar behoren’ is aangepakt. Mede op advies van de Raad van State beperkt de procedure bij het Huis zich daarbij tot voldoende ernstige misstanden.¹²

Wanneer de interne melding niet tot resultaat leidt of kan worden overgeslagen, kan de klokkenluider de afdeling onderzoek van het Huis verzoeken een onderzoek te beginnen. De afdeling onderzoek moet vervolgens ook een onderzoek instellen. Dit is slechts anders indien zich één van de in het wetsvoorstel genoemde uitzonderingen voordoet (art. 6 wetsvoorstel).

Als het onderzoek eenmaal is afgerond, is de afdeling onderzoek verplicht een rapport op te stellen en uit eigen beweging openbaar maken (art. 17 wetsvoorstel). In de praktijk zal moeten blijken welke vorm en inhoud het Huis aan rapporten zal geven. Het wetsvoorstel bepaalt dat het rapport de ‘bevindingen en het oordeel’ van de afdeling onderzoek van het Huis moet weergeven. In de memorie van toelichting wordt voor de daarbij gehanteerde terminologie verwezen naar de wettelijke bepalingen van een onderzoek door de Ombudsman.¹³ Die verwijzing duidt erop dat het rapport zowel een weergave van de feiten bevat die in het onderzoek zijn komen vast te staan,¹⁴ alsmede een oordeel of al dan niet sprake was van een voldoende ernstige misstand.¹⁵ Daarnaast zal het rapport ‘in ieder geval’ een analyse van de gemelde misstand moeten bevatten evenals een vaststelling van de (vermoedelijke) oorzaken en gevolgen van de misstand (art. 17 lid 2 wetsvoorstel). Voor deze laatstgenoemde verplichte onderdelen van het rapport is aansluiting gezocht bij de Rijkswet Onderzoeksraad voor Veiligheid (‘Rijkswet OvV’).¹⁶ Wanneer daartoe aanleiding bestaat, moet het rapport aanbevelingen bevatten, waarop de onderzochte organisatie zal moeten reageren. Met betrekking tot deze aanbevelingen

8. Het wetsvoorstel ziet zowel op publiekrechtelijke als privaatrechtelijke entiteiten en lichamen. Vandaar dat in dit preadvies van ‘organisaties’ zal worden gesproken. De focus van dit preadvies ligt overigens voornamelijk bij privaatrechtelijke (rechts)personen.
9. *Kamerstukken II* 2012/13, 33258, 27.
10. *Kamerstukken I* 2014/15, 34105, A, art. 2 jo. art. 6 lid 1 sub e.
11. *Kamerstukken I* 2014/15, 34105, A, art. 2 jo. art. 6 lid 1 sub f.
12. *Kamerstukken II* 2012/13, 33258, 5, p. 7. Door de afdeling onderzoek worden alleen die misstanden onderzocht waarbij een voldoende maatschappelijk belang betrokken is dan wel sprake is van een voldoende ernstige misstand (art. 6 lid 1 sub c jo. art. 1 sub d).
13. *Kamerstukken II* 2011/12, 33258, 3, p. 13; art. 9:36 lid 1 Awb.
14. Art. 9:36 lid 1 Awb jo. 9:12 Awb en *Kamerstukken II* 1997/98, 25837, 3, p. 22.
15. Art. 9:36 lid 1 Awb jo. 9:27 lid 1 Awb.
16. *Kamerstukken II* 2014/15, 34105, 7, p. 20. Vermoedelijk is aangesloten bij art. 55 lid 2 Rijkswet Onderzoeksraad voor Veiligheid.

wordt door de initiatiefnemers weer verwezen naar de wettelijke bepalingen van een onderzoek door de Ombudsman.¹⁷

De woorden ‘in ieder geval’ duiden op een zekere beleidsvrijheid. Kennelijk mag het Huis ook meer informatie in het rapport opnemen dan in de wet is voorzien. Daarbij geldt dan weer wel dat het wetsvoorstel expliciet bepaalt dat de identiteit van de klokkenluider alleen bekend mag worden gemaakt met diens instemming.¹⁸ Ook mag het rapport geen informatie bevatten die op grond van art. 10 Wet openbaarheid van bestuur (‘Wob’) niet mag worden verstrekt.¹⁹ Erg hard is deze ondergrens overigens niet. Art. 10 Wob bevat zowel absolute uitzonderingsgronden (lid 1) als relatieve uitzonderingsgronden (lid 2). Bij de relatieve uitzonderingsgronden zal het Huis steeds een belangenafweging moeten maken tussen het belang van openbaarmaking en het belang dat de relatieve uitzonderingsgrond beoogt te beschermen. De initiatiefnemers hebben op één van de relatieve uitzonderingsgronden hun eigen visie gegeven. Het gaat dan om art. 10 lid 2 Wob: ‘het voorkomen van onevenredige bevoordeling of benadeling van bij de aangelegenheid betrokken natuurlijke personen of rechtspersonen dan wel derden’. Volgens de initiatiefnemers impliceert het belang dat in deze relatieve uitzonderingsgrond is genoemd dat rapporten van het Huis in geanonimiseerde vorm openbaar zullen worden gemaakt.²⁰ Als het Huis inderdaad (steeds) tot eenzelfde afweging zou komen – een verplichting tot anonimiseren staat niet in het wetsvoorstel –, geeft dat de betrokkenen wellicht enige verlichting. Echter, aangezien het Huis alleen misstanden ‘waarbij het maatschappelijk belang in het geding is’ zal onderzoeken (art. 1d wetsvoorstel), moet er ernstig rekening mee worden gehouden dat in veel gevallen de bevindingen van het Huis tot de betrokken organisatie (en wellicht de klokkenluider) te herleiden zullen zijn.

9.3 De (voorzienbare) gevolgen voor de betrokken organisatie: reputatieschade en schadevergoedingsprocedures

De verplichte publicatie van het rapport kan, in geval van negatieve bevindingen van het Huis, voor de betrokken organisatie ernstige consequenties hebben. In de eerste plaats is er natuurlijk het risico van reputatieschade. De minister – die bij dit initiatiefwetsvoorstel de rol van adviseur had – heeft zich dat gerealiseerd, maar uitte in dat kader vooral zijn zorgen over mogelijke schadeclaims tegen de Staat door betrokkenen die zich ten onrechte beschuldigd voelen.²¹ Daarnaast zal de ‘ernstige misstand’ waarvan de betrokkenen worden beschuldigd, niet zelden strafrechtelijke consequenties kunnen hebben.²²

Voorts is er een grote kans dat de publicatie van het rapport aanleiding zal geven tot (al dan niet collectieve) civiele aansprakelijkheidsprocedures. Dat de in het rapport neergelegde oordelen of aanbevelingen nu juist uitdrukkelijk ‘geen vast-

17. *Kamerstukken I* 2014/15, 34105, A, art. 17 lid 2 sub c en lid 6 wetsvoorstel en *Kamerstukken II* 2011/12, 33258, 3, p. 13; art. 9:36 lid 4 en 5 Awb.

18. *Kamerstukken I* 2014/15, 34105, A, art. 3j en *Kamerstukken II* 2014/15, 34105, 7, p. 14.

19. *Kamerstukken I* 2014/15, 34105, A, art. 17 lid 1 en *Kamerstukken II* 2014/15, 34105, 7, p. 21.

20. *Kamerstukken II* 2014/15, 34105, 9, p. 13.

21. *Kamerstukken I* 2013/14, 33258, E, p. 6.

22. Op grond van art. 6 lid 1 sub d wetsvoorstel zal het Huis overigens in geval van strafbare feiten eerst moeten afwachten of de verantwoordelijke bestuursorganen of diensten het vermoeden van een misstand naar behoren behandelen.

stelling van civielrechtelijke aansprakelijkheid' behelzen (art. 8 lid 3 wetsvoorstel), zal claimanten er niet van weerhouden zich op het rapport te beroepen. In de praktijk zijn legio voorbeelden te vinden van schadevorderingen volgend op – al dan niet op basis van vrijwillige medewerking tot stand gekomen – rapportages over misstanden. Een recent voorbeeld betreft Imtech. Nadat de raad van bestuur en de raad van commissarissen in 2013 een uitvoerig 'report to shareholders' over onregelmatigheden bij Imtech Duitsland en Polen hadden gepubliceerd, voelde Imtech zich gedwongen schikkingen te treffen met Deminor en de VEB voor schadevorderingen van beleggers. Andere (ad-hoc) claimorganisaties, zoals de Stichting Imtechclaim.nl, lagen op de loer.²³ Nadat Imtech in 2015 alsnog failliet ging, liet de VEB weten weer juridische stappen te overwegen. Specifiek werd daarbij het instellen van een enquêteprocedure genoemd, omdat beleggers mogelijk waren misleid en dan 'een claim van beleggers (...) heel goed mogelijk [is]'.²⁴ De enquêteprocedure, waarin geen civiele aansprakelijkheid kan worden vastgesteld, wordt gebruikt als opstap naar een civiele schadevergoedingsprocedure. Met een openbaar onderzoeksrapport over een mogelijke onjuiste gang van zaken in de hand is het nu eenmaal eenvoudiger procederen.²⁵

9.4 Totstandkoming en publicatie van het rapport: beperkte rechtsbescherming

Gezien de vergaande gevolgen van publicatie van het rapport voor de betrokken organisatie, zou het in de rede hebben gelegen om de procedure die aan de publicatie voorafgaat van de nodige waarborgen te voorzien. Die zijn er evenwel opvallend weinig. Bij het thema rechtsbescherming lag de focus op de positie van de klokkenluider. Voor het overige lijkt men de procedure bij het Huis vooral eenvoudig te hebben willen houden.

Hoewel het Huis een bestuursorgaan is, worden 'beslissingen inzake de behandeling van een vermoeden van een misstand' volgens de initiatiefnemers niet als besluit in de zin van de Awb aangemerkt, zodat daartegen geen bezwaar en beroep openstaan.²⁶ Als dat juist is, betekent dit in beginsel ook dat tegen beslissingen van het Huis dat (i) de organisatie de interne melding al dan niet naar behoren heeft opgepakt; (ii) de interne melding door de klokkenluider al dan niet kan worden overgeslagen; en (iii) een reeds aangevangen onderzoek weer wordt gestopt²⁷ voor noch de klokkenluider, noch de desbetreffende organisatie bezwaar of beroep openstaan. Besluit de afdeling onderzoek een melding te onderzoeken, dan is er een vergaande wettelijke verplichting om aan het onderzoek mee te werken. De organisatie tegen

23. Zie imtech.com/EN/legacyissues/Shareholder-report-2013.html en de persberichten van 7 oktober 2014 en 12 mei 2015 en bijvoorbeeld *FD* 15 juli 2015: 'Oud-topman Imtech gaf opdracht tot boekhoudkundige trucs'.

24. *De Telegraaf* 11 augustus 2015: 'VEB broedt op stappen drama Imtech'.

25. Zie ook HR 10 januari 1990, NJ 1990/466, r.o. 5, m.nt. Maeijer (*OGEM*) waarin kort gezegd is overwogen dat de vaststelling dat van wanbeleid is gebleken behoudens cassatie bindend is in andere procedures voor diegenen die in de enquêteprocedure zijn verschenen. Vgl. ook HR 8 april 2005, *JOR* 2005/119, r.o. 3.8, m.nt. Brink (*Laurus*).

26. *Kamerstukken II* 2014/15, 34105, 3, p. 4.

27. Voor het stopzetten van het onderzoek bevat het wetsvoorstel in art. 6 lid 3 twee gronden: (i) de klokkenluider werkt onvoldoende mee (waarbij door de initiatiefnemers het vroegtijdig contact zoeken met de media als voorbeeld is genoemd, *Kamerstukken II* 2014/15, 34105, 3, p. 14); of (ii) er komt een nieuw feit aan het licht waaruit de ongegrondheid van het verzoek tot onderzoek blijkt.

wie het vermoeden van een misstand zich richt, de aldaar werkzame personen, getuigen en de verzoeker zijn verplicht bij de afdeling onderzoek te verschijnen en volledig en naar waarheid inlichtingen te verschaffen. Zakelijke gegevens en bescheiden moeten eveneens worden verstrekt, op een wijze die de afdeling onderzoek vaststelt.²⁸

Betrokkenen kunnen verder slechts in bepaalde in art. 10 lid 2 en art. 13 lid 6 wetsvoorstel genoemde gevallen hun medewerking aan het onderzoek weigeren. Dit is onder meer het geval indien sprake is van het gevaar van een strafrechtelijke veroordeling voor een misdrijf. Aanvankelijk beoogden de initiatiefnemers dat ook het oordeel van het Huis of al dan niet terecht een beroep werd gedaan op deze weigeringsgrond van de mogelijkheid van bezwaar en beroep zou zijn uitgesloten. Een dergelijk besluit zou volgens de initiatiefnemers weliswaar gekwalificeerd moeten worden als een besluit in de zin van de Awb, maar de mogelijkheid van bezwaar en beroep 'zou leiden tot onnodige juridisering en vertraging van het onderzoek door het huis'.²⁹ Nadat de Raad van State opmerkte dat in dat geval op grond van art. 6 lid 1 EVRM in ieder geval de weg naar de civiele rechter openstond, is door de initiatiefnemers op dit specifieke punt alsnog de mogelijkheid van bezwaar en beroep erkend.³⁰

Tijdens het onderzoek moeten zowel de betrokken organisatie als de klokkenluider de gelegenheid krijgen hun standpunt over de mogelijke misstand toe te lichten.³¹ Als het onderzoek is afgerond, is de afdeling onderzoek, zoals genoemd, verplicht een rapport openbaar maken. Daarbij bepaalt het wetsvoorstel wel, dat het rapport eerst in conceptvorm aan de klokkenluider en betrokken organisatie wordt voorgelegd (art. 17 lid 4). Indien het vervolgens ontvangen commentaar daartoe aanleiding geeft 'kan' (dus niet: moet) het Huis het rapport aanpassen (art. 17 lid 5). Leidt het commentaar niet tot aanpassing, dan worden de redenen hiervoor in het rapport zelf aangegeven. Deze werkwijze heeft tot gevolg dat de betrokkenen pas in de openbare versie van het rapport zullen kunnen teruglezen of en hoe hun schriftelijke opmerkingen zijn verwerkt. Dit zou betrokkenen aanleiding kunnen geven om, al is het maar zekerheidshalve, de gang naar de kortgedingrechter te maken.³² Is het rapport eenmaal publiek gemaakt, dan staat tegen de daarin neergelegde oordelen of bevindingen geen rechtsmiddel open. Het onderzoek van het Huis leidt uitdrukkelijk niet tot een besluit in de zin van de Awb.³³

Ten slotte: heeft de afdeling onderzoek besloten om bepaalde informatie niet in het rapport op te nemen, dan wordt deze niet-opgenomen informatie ook niet openbaar.³⁴ Dergelijke informatie kan niet met een beroep op de Wob worden opgevraagd, ook niet door de betrokken organisatie zelf. Dat lijkt de mogelijkheid open te houden dat een organisatie wordt geconfronteerd met een openbaar negatief oordeel over een kennelijke 'misstand', terwijl dat oordeel (mede) is gebaseerd op

28. *Kamerstukken I* 2014/15, 34105, A, art. 10 voor publieke sector en art. 13 voor private sector. De dwangmiddelen in de publieke sector zijn daarbij ruimer dan in de private sector.

29. *Kamerstukken II* 2014/15, 34105, 3, p. 16 (publieke sector). Zie p. 17 voor private sector.

30. *Kamerstukken II* 2014/15, 34105, 5, p. 8-7, p. 19.

31. *Kamerstukken I* 2014/15, 34105, A, art. 14.

32. Zie bijvoorbeeld de procedure die *Chemie-Pack* tegen de Onderzoeksraad heeft aangespannen naar aanleiding van een conceptrapport: Hof 's-Gravenhage 7 februari 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BV3009 (*Chemie-Pack/Onderzoeksraad voor Veiligheid*).

33. *Kamerstukken II* 2014/15, 34105, 3, p. 16.

34. *Kamerstukken I* 2014/15, 34105, A, art. 17 lid 8 en *Kamerstukken II* 2014/15, 34105, 7, p. 21.

een deel van het onderzoekdossier dat voor de organisatie zelf niet toegankelijk is. Hoewel daarvoor goede redenen kunnen zijn – bijvoorbeeld: de bescherming van de identiteit van de klokkenluider – is het voor de organisatie lastig verweer voeren tegen een dergelijk publiek oordeel.

9.5 Beschouwing

Ervan uitgaande dat met de door het Huis te verrichten onderzoeken vooral beoogd wordt ‘om lering te kunnen trekken’ uit de misstanden die zich hebben voorgedaan,³⁵ is het op zich begrijpelijk dat men wil voorzien in een betrekkelijk eenvoudige procedure zonder ‘onnodige juridisering en vertraging’.³⁶ Door echter de publicatie van de resultaten van het onderzoek verplicht te maken, komt de juridisering via de achterdeur van het Huis alsnog naar binnen.

Wordt de identiteit van de betrokken organisatie in het rapport genoemd of is zij eenvoudig te herleiden, dan houdt een rapport van het Huis een vorm van *naming and shaming* van overheidswege in. In de publiekrechtelijke literatuur³⁷ wordt betoogd dat dat gekwalificeerd moet worden als een leed toevoegende sanctie,³⁸ waarvan niet kan worden uitgesloten dat zij als ‘*criminal charge*’³⁹ onder de reikwijdte van art. 6 lid 1 EVRM valt. Des te bezwaarlijker is het, dat de bij het onderzoek betrokken organisatie maar beperkte rechtsbescherming wordt geboden en er tegen het oordeel van het Huis geen rechtsmiddel openstaat.

Ook vanuit civielrechtelijk oogpunt is publicatie van het rapport problematisch. Met name in het geval het Huis een ‘grote maatschappelijke misstand’ vaststelt, is de kans aanzienlijk dat het rapport aanleiding zal geven tot (al dan niet collectieve) civiele aansprakelijkheidsprocedures.

Dat een onderzoek naar een mogelijke ‘misstand’ aanleiding kan geven tot civiele aansprakelijkheidsprocedures, is op zich niet bezwaarlijk. De overheid moet daarbij naar onze mening echter wel een duidelijke keuze maken. Of het onderzoek wordt verricht met alle waarborgen die bij onderzoek van overheidswege gebruikelijk zijn, inclusief de beschikbaarheid van rechtsmiddelen tegen de oordelen en bevin-

35. Kamerstukken II 2012/13, 33258, 15, p. 4.

36. Kamerstukken II 2014/15, 34105, 3, p. 16 (publieke sector). Zie p. 17 voor private sector.

37. D.R. Doorenbos, *Naming & Shaming* (Serie Onderneming en Recht, deel 38), Deventer: Kluwer 2007, p. 101 en 86. Doorenbos stelt zich onder meer op het standpunt dat publicatie van de naam in een boete- of sanctiebesluit in strijd zou kunnen komen met de onschuldpresumptie van art. 6 lid 2 EVRM; vergelijkbaar F.C.M.A. Michiels, “Naming and Shaming” in het markttoezicht, *NTB* 2007, afl. 3, p. 85 e.v. Kritischer: E.J. Daalder & E.C. Pietermaat, ‘Actieve openbaarmaking van besluiten’, *Mediaforum* 2007, afl. 5, p. 145 e.v. De regering heeft zich eerder op het standpunt gesteld dat het rechtskarakter wordt bepaald door het doel van de wetgever (informatievoorziening) en niet door het eventuele effect (leedtoevoeging) ervan. Zie hierover bijvoorbeeld C.A.H. van de Sanden, ‘De publieke schandpaal in het milieurecht. Een bespreking van de juridische mogelijkheden en beperkingen van naming and shaming in het milieurecht’, *Men R* 2011/137. In dit geval is het ‘doel’ van de publicatie van een rapport van het Huis niet helder geformuleerd, waarbij ook moet worden opgemerkt dat het in het wetsvoorstel niet om een boete- of sanctiebesluit gaat.

38. G.J.M. Corstens & M.J. Borgers, *Het Nederlandse strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2014, p. 4: ‘Het bijzondere karakter ervan is dat zij niet gericht is op herstel van onrecht. Met de oplegging van straf wordt de burger terecht gewezen en wordt hem leed toegevoegd en dit laatste wordt ook beoogd’.

39. Op het eerste gezicht lijkt het minder waarschijnlijk dat bij publicatie rechtstreeks sprake is van vaststelling van ‘*civil rights and obligations*’ nu art. 8 lid 3 wetsvoorstel bepaalt dat geen aansprakelijkheid wordt gevestigd. Die aansprakelijkheid komt pas in een volgende procedure aan de orde. Vgl. bijvoorbeeld EHRM 19 april 2007, AB 2007/317 (*Vilho Eskelinen/Finland*), m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik en EHRM 19 maart 2002, JOR 2002/127 (*Text Lite*).

dingen van het Huis. In dat geval mag aan het rapport uiteindelijk ruchtbaarheid gegeven worden en zal in civiele procedures bovendien van de juistheid van de oordelen en bevindingen van het Huis worden uitgegaan (althans: als deze definitief zijn geworden). *Of* er wordt voor gekozen om de bedoelde waarborgen en rechtsmiddelen tot het minimum te beperken, maar in dat geval past het Huis grote voorzichtigheid bij de wijze waarop zij haar oordelen en bevindingen communiceert. In het wetsvoorstel is gekozen voor de laatste variant, maar zonder daarbij de door ons bedoelde voorzichtigheid te betrachten. Art. 17 lid 7 bepaalt dat de afdeling onderzoek haar rapport ‘uit eigen beweging openbaar [maakt]’. Weliswaar is daarbij eveneens bepaald dat de in het rapport neergelegde oordelen of aanbevelingen ‘geen vaststelling van civielrechtelijke aansprakelijkheid’ behelzen (art. 8 lid 3 wetsvoorstel), maar de wet verbiedt niet dat in andere procedures toch een beroep mag worden gedaan op het rapport.

In dit kader is het instructief om een vergelijking te trekken met de Rijkswet OvV, waarnaar in het parlementaire debat met enige regelmaat is verwezen. Net als bij het Huis, is eenieder verplicht aan een onderzoek door de Onderzoeksraad mee te werken en zijn de waarborgen van de betrokkenen betrekkelijk beperkt.⁴⁰ De gedachte die daar in de Rijkswet OvV aan ten grondslag ligt, is dat de Onderzoeksraad ongevallen en bijna-ongevallen onderzoekt ‘met het uitsluitende doel toekomstige voorvallen te voorkomen of de gevolgen daarvan te beperken’.⁴¹ Daar staat echter wel een wettelijke bescherming tegenover, die moet verzekeren dat betrokkenen onbelemmerd openheid van zaken kunnen geven. Net als in het wetsvoorstel, bepaalt ook de Rijkswet OvV in art. 61 dat een conclusie of aanbeveling van de Onderzoeksraad voor de Veiligheid ‘niet een vermoeden van schuld aan of aansprakelijkheid wegens een voorval [behelst]’. Daarnaast is in art. 69 lid 1 Rijkswet OvV een concrete en uitgebreide uitsluiting opgenomen ten aanzien van het gebruik van verklaringen en stukken uit het onderzoek van de raad in een ‘strafrechtelijke, tuchtrechtelijke of civielrechtelijke procedure’:

‘Niet kunnen in een strafrechtelijke, tuchtrechtelijke of civielrechtelijke procedure als bewijs worden gebruikt, noch kan een disciplinaire maatregel, een bestuurlijke sanctie of een bestuurlijke maatregel worden gebaseerd op:

- a. verklaringen van personen, afgelegd in het kader van het onderzoek van de raad, tenzij degene die de verklaring heeft afgelegd daarvoor uitdrukkelijk toestemming heeft gegeven;
- b. met een technisch hulpmiddel vastgelegde communicatie tussen personen die betrokken zijn geweest bij het laten functioneren van een vervoermiddel;
- c. in het kader van het onderzoek van de raad vastgelegde medische of privé-informatie betreffende personen die betrokken zijn geweest bij een door de raad onderzocht voorval, tenzij de betrokken persoon daarvoor uitdrukkelijk toestemming heeft gegeven;

40. Rijkswet OvV, art. 40, 51 en 52. De beperkingen bij de Onderzoeksraad gaan overigens nog weer verder dan bij het Huis.

41. Rijkswet OvV, art. 3.

- d. gegevens die zijn ontleend aan een vluchtreorder, een cockpit voice recorder of een reisgegevensrecorder, gebruikt in de scheepvaart, en transcripten daarvan;
- e. meningen, geuit in het kader van het analyseren van het onderzoeksmateriaal;
- f. door de raad opgestelde documenten.'

Gezien de in het wetsvoorstel gemaakte keuze over de inrichting van het onderzoek door het Huis — en gelet ook op het kennelijk doel van de initiatiefnemers van het Huis 'dat de betrokkenen vrijuit spreken om lering te kunnen trekken'⁴² — zou het ons inziens passend geweest zijn als een bepaling vergelijkbaar aan art. 69 Rijkswet OvV in het wetsvoorstel opgenomen was. Hoewel in de Tweede nota van wijziging wel is opgemerkt dat rapporten van het Huis 'niet als bewijs in rechtsgedingen [mogen] worden gebruikt',⁴³ ontbreekt een dergelijke bewijsuitsluiting in de uiteindelijke tekst van het wetsvoorstel.

Daarbij dient overigens te worden aangetekend dat de bewijsuitsluiting van art. 69 lid 1 OvV niet steeds wordt gerespecteerd. In een vonnis van de Rechtbank Utrecht van 25 juli 2012 merkte de rechtbank zonder voorbehoud op dat 'groot gewicht' werd toegekend aan het door één van de partijen in de procedure overgelegde rapport van de Onderzoeksraad voor de Veiligheid.⁴⁴ In een vonnis van 12 november 2014 veronderstelde diezelfde rechtbank vervolgens — op basis van een onjuiste lezing van de Parlementaire Geschiedenis — dat het eindrapport van de Onderzoeksraad voor de Veiligheid niet aan de wettelijke bewijsuitsluiting zou zijn onderworpen.⁴⁵ In een vergelijkbare discussie over de aan de Rijkswet OvV ontleende bewijsuitsluiting in de Wet op de Parlementaire Enquête,⁴⁶ achtte het Hof Amsterdam het in 2014 toelaatbaar dat bepaalde getuigenverklaringen die in het kader van een parlementaire enquête waren afgelegd, toch als bewijs werden gebruikt in een civiele procedure.⁴⁷ De wijze waarop dergelijke uitspraken de wettelijke bewijsuitsluiting uithollen, is ons inziens in strijd met de kenbare bedoeling van de wetgever (en ook overigens onwenselijk).⁴⁸

Wellicht de beste bescherming tegen het gebruik van het rapport als bewijsmiddel in civiele procedures, is als het rapport *niet* gepubliceerd zou worden. Het wetsvoorstel laat die ruimte echter niet. Wat precies het doel is van de verplichte publicatie van het rapport, blijft ondertussen onduidelijk. Het is niet de bedoeling om het

42. *Kamerstukken II* 2012/13, 33258, 15, p. 4.

43. *Kamerstukken II* 2012/13, 33258, 15, p. 4.

44. Rb. Utrecht 25 juli 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BX3544, r.o. 4.22.

45. Rb. Midden-Nederland 12 november 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:5643. Vgl. *Kamerstukken II* 2002/03, 28634 (R 1727), 8 en *Handelingen II* 2003/04, 79, p. 5092-5093. Zo ook T. Kooijmans, E. Tjong Tjin Tai & B. de Waard, 'Bewijsrechtelijke grenzen voor rapporten van de Onderzoeksraad voor veiligheid', *NJB* 2015, afl. 5, p. 301.

46. *Kamerstukken II* 2005/06, 30415, 6, p. 84.

47. Hof Amsterdam 29 juli 2014, *JOR* 2014/300 (*Fortis Effect/Staat en Ageas*) met kritische noot D.R. Doorenbos. Naar wij begrijpen is cassatie ingesteld (fortiseffect.nl/uitnodiging-voor-vrijdag-19-juni-2015-pleidooi-bij-de-hoge-raad).

48. Zie ook de Parlementaire Geschiedenis bij de Wet op de Parlementaire Enquête: *Kamerstukken II* 2005/06, 30415, 6, p. 53: 'Het is van het grootste belang dat de enquêtecommissie juist en volledig wordt geïnformeerd. Daarom is het essentieel dat personen zich vrij voelen alle informatie waarover zij beschikken aan de Enquêtecommissie te verstrekken, zonder dat zij beducht hoeven te zijn dat zij of een ander daarmee in een rechterlijke procedure zullen worden geconfronteerd.'

Huis de mogelijkheid tot oplegging van sancties te geven, zodat publicatie niet als sanctie bedoeld kan zijn. De publicatie van het rapport draagt ook niet bij aan de elders in het wetsvoorstel geregelde samenwerking en informatie-uitwisseling met het Openbaar Ministerie of toezichthouders (art. 17a en b). Ook is publicatie niet nodig om het door de memorie van toelichting benoemde ingrijpen door politici te waarborgen. Het Huis zal immers afzonderlijk een overzicht van de gedane aanbevelingen aan de Staten-Generaal zenden (art. 17c). Wel hebben de initiatiefnemers opgemerkt dat het van belang is dat de samenleving weet dat grote maatschappelijke misstanden ook daadwerkelijk worden aangepakt.⁴⁹ Daarvoor is echter niet noodzakelijk om na afloop van ieder onderzoek een rapport te publiceren. Een minder vergaande variant, zoals de periodieke publicatie van geconsolideerde informatie, zou daartoe hebben volstaan.

9.6 Conclusie

Het wetsvoorstel Huis voor klokkenluiders streeft een sympathiek doel na: het wil de voorwaarden voor het melden van maatschappelijke misstanden verbeteren door enerzijds klokkenluiders te beschermen en anderzijds gemelde misstanden daadwerkelijk te gaan onderzoeken.

De initiatiefnemers voor het wetsvoorstel hebben naar onze mening evenwel te zeer op twee gedachten gehinkt. Enerzijds hebben zij gestreefd naar een informele procedure, waarbij betrokkenen verplicht zijn medewerking te verlenen en verwacht worden vrijuit te spreken, zodat lering kan worden getrokken uit wat mogelijk is misgegaan. Om onnodige juridisering en vertraging van het onderzoek te voorkomen, kent de procedure vrijwel geen mogelijkheden van bezwaar en beroep. Anderzijds bestond er kennelijk toch de behoefte om een eenmaal geconstateerde misstand publiekelijk aan de kaak te stellen. Het rapport wordt verplicht gepubliceerd. Voor de gevolgen die dat kan hebben voor de betrokkenen bij de mogelijke misstand, is in het wetsvoorstel te weinig aandacht. Dat hun medewerking uiteindelijk kan resulteren in een openbaar toegankelijk rapport dat tegen hen kan worden gebruikt in allerlei procedures, moet kennelijk op de koop toe worden genomen. Het voorzienbare gevolg is dat bekendmaking van bevindingen en oordelen van het Huis de opmaat zullen zijn van (omvangrijke) civielrechtelijke schadevergoedingsprocedures.

Gegeven de gemaakte keuze voor een betrekkelijk informele onderzoeksprocedure, ware het ons inziens beter geweest, als in het wetsvoorstel niet was uitgegaan van de (verplichte) publicatie van het onderzoeksrapport van het Huis. Wij menen bovendien dat het gepast zou zijn geweest om een bewijsuitsluiting gelijkend op die in art. 69 Rijkswet OvV op te nemen, zodat het gebruik van verklaringen en stukken uit het onderzoek van de afdeling onderzoek van het Huis in een civielrechtelijke aansprakelijkheidsprocedure niet toegestaan zou zijn.

49. Kamerstukken II 2012/13, 33258, 9, p. 3.

Bijlage

33258 / 34105 Voorstel van wet houdende de oprichting van een Huis voor klokkenluiders (Wet Huis voor klokkenluiders)

GEWIJZIGD VOORSTEL VAN WET

Wij Willem-Alexander, bij de gratie Gods, Koning der Nederlanden, Prins van Oranje-Nassau, enz. enz. enz.

Allen, die deze zullen zien of horen lezen, saluut! doen te weten:

Alzo Wij in overweging genomen hebben, dat het wenselijk is om met het oog op de bescherming van klokkenluiders rechtsbescherming te regelen, een Huis voor klokkenluiders op te richten en dat het noodzakelijk is daartoe wettelijke bepalingen vast te stellen;

Zo is het, dat Wij, de Afdeling advisering van de Raad van State gehoord, en met gemeen overleg der Staten-Generaal, hebben goedgevonden en verstaan, gelijk Wij goedvinden en verstaan bij deze:

HOOFDSTUK 1. ALGEMENE BEPALINGEN

§ 1. Begripsbepalingen

Artikel 1

In deze wet en de daarop berustende bepalingen wordt verstaan onder:

- a. *Huis*: Huis voor klokkenluiders als bedoeld in artikel 3;
- b. *afdeling advies*: de afdeling advies van het Huis, bedoeld in artikel 3a, tweede lid;
- c. *afdeling onderzoek*: de afdeling onderzoek van het Huis, bedoeld in artikel 3a, derde lid;
- d. *vermoeden van een misstand*: het vermoeden van een werknemer, dat binnen de organisatie waarin hij werkt of heeft gewerkt of bij een andere organisatie indien hij door zijn werkzaamheden met die organisatie in aanraking is gekomen, sprake is van een misstand voor zover:
 - 1°. het vermoeden gebaseerd is 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
 - 2°. het maatschappelijk belang in het geding is bij de schending van een wettelijk voorschrift, een gevaar voor de volksgezondheid, een gevaar voor de veiligheid van personen, een gevaar voor de aantasting van het milieu, een gevaar voor het goed functioneren van de openbare dienst of een onderneming als gevolg van een onbehoorlijke wijze van handelen of nalaten;
- e. *onderzoek*: een onderzoek als bedoeld in artikel 4;
- f. *Onze Minister*: Onze Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties;

g. *werkgever*: degene die krachtens arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht of publiekrechtelijke aanstelling arbeid laat verrichten of heeft laten verrichten dan wel degene die anders dan uit dienstbetrekking arbeid laat verrichten of heeft laten verrichten;

h. *werknemer*: degene die krachtens arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht of publiekrechtelijke aanstelling arbeid verricht of heeft verricht dan wel degene die anders dan uit dienstbetrekking arbeid verricht of heeft verricht;

i. *verzoeker*: de werknemer die de afdeling onderzoek verzoekt een onderzoek in te stellen;

j. *bureau*: het bureau, bedoeld in artikel 3d.

§ 2. Interne procedure

Artikel 2

1. De werkgever die in de regel ten minste vijftig personen in dienst heeft, stelt een procedure vast voor het omgaan met het melden van een vermoeden van een misstand binnen zijn organisatie.

2. In de procedure, bedoeld in het eerste lid, wordt in ieder geval:

- a. de wijze waarop met de interne melding wordt omgegaan vastgelegd;
- b. omschreven wanneer sprake is van een vermoeden van een misstand waarbij het maatschappelijk belang in het geding is, met inachtneming van de definitie van een vermoeden van een misstand als bedoeld in deze wet;
- c. vastgelegd bij welke daartoe aangewezen functionaris of functionarissen het vermoeden van een misstand kan worden gemeld;
- d. de verplichting voor de werkgever opgenomen de melding vertrouwelijk te behandelen, indien de werknemer hierom heeft verzocht;
- e. vastgelegd dat de werknemer de mogelijkheid heeft om een raadsman in vertrouwen te nemen.

3. De werkgever is verplicht aan de bij hem werkzame personen een schriftelijke of elektronische opgave te verstrekken van de procedure, bedoeld in het eerste lid. De werkgever verstrekt daarbij tevens informatie over:

- a. de omstandigheden waaronder een vermoeden van een misstand buiten de organisatie kan worden gemeld,
- b. de rechtsbescherming van de werknemer bij het melden van een vermoeden van een misstand.

HOOFDSTUK 2. HET HUIS VOOR KLOKKENLUIDERS

§ 1. Instelling en taak

Artikel 3

1. Er is een Huis voor klokkenluiders.

2. De Kaderwet zelfstandige bestuursorganen is van toepassing op het Huis, met uitzondering van de artikelen 12, 20, 21 en 22.

3. In afwijking van artikel 23, eerste lid, van de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen, kan Onze Minister de noodzakelijke voorzieningen treffen indien naar het

gezamenlijke oordeel van Onze Minister en de Tweede Kamer der Staten-Generaal, het Huis zijn taak, bedoeld in artikel 3a, ernstig verwaarloost.

4. Artikel 23 van de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen vindt slechts toepassing ten aanzien van het door het Huis gevoerde financiële beheer en de administratieve organisatie.

Artikel 3a

1. Het Huis kent een afdeling advies en een afdeling onderzoek.

2. De afdeling advies heeft tot taak:

- a. het informeren, adviseren en ondersteunen van een werknemer over de te ondernemen stappen inzake het vermoeden van een misstand;
- b. het verwijzen naar bestuursorganen of diensten die zijn belast met de opsporing van strafbare feiten of met het toezicht op de naleving van het bepaalde bij of krachtens enig wettelijk voorschrift, en
- c. het geven van algemene voorlichting over het omgaan met een vermoeden van een misstand.

3. De afdeling onderzoek heeft tot taak:

- a. het beoordelen of het verzoekschrift ontvankelijk is met inachtneming van de voorwaarden, bedoeld in artikel 6, eerste lid;
- b. het op basis van een verzoekschrift instellen van een onderzoek naar:
 - 1°. het vermoeden van een misstand;
 - 2°. de wijze waarop de werkgever zich jegens de werknemer heeft gedragen naar aanleiding van een melding van een vermoeden van een misstand;
- c. het instellen van een onderzoek naar het vermoeden van een misstand naar aanleiding van een of meerdere adviesaanvragen, met inachtneming van artikel 3k, derde lid, en artikel 6, eerste lid; en
- d. het formuleren van algemene aanbevelingen over het omgaan met een vermoeden van een misstand.

Artikel 3b

1. Het bestuur van het Huis bestaat uit een voorzitter en ten hoogste vier leden.

2. De leden worden benoemd in de afdeling advies of in de afdeling onderzoek. Zij worden niet benoemd in beide afdelingen.

3. Een lid dat betrokken is geweest bij de advisering inzake een vermoeden van een misstand neemt geen deel aan de behandeling van een onderzoek dezelfde misstand betreffende.

4. De voorzitter is verantwoordelijk voor het goed functioneren van het Huis.

Artikel 3c

1. De leden en de voorzitter van het Huis worden bij koninklijk besluit benoemd. Zij worden op eigen aanvraag door Onze Minister ontslagen. Zij kunnen voorts bij koninklijk besluit worden geschorst en ontslagen wegens ongeschiktheid of onbekwaamheid dan wel wegens andere zwaarwegende in de persoon van de betrokkene gelegen redenen. De voordracht voor schorsing of ontslag wordt niet gedaan dan nadat het Huis daarover is gehoord.

2. De benoeming van de leden gebeurt op zodanige wijze dat alle relevante deskundigheid in het Huis aanwezig is ten behoeve van de uitvoering van de taken, bedoeld in artikel 3a.

3. De leden worden voor een periode van ten hoogste vier jaar benoemd. De zittingsduur van het lid dat is benoemd op een tussentijds opgevacatureerde plaats, is gelijk aan de duur van de resterende zittingsperiode van het lid in wiens plaats dit lid is benoemd. De leden kunnen twee maal worden herbenoemd.

4. De voorzitter en de leden vervullen geen betrekkingen waarvan de uitoefening ongewenst is met het oog op een goede vervulling van zijn functie of op de handhaving van zijn onpartijdigheid en onafhankelijkheid of van het vertrouwen daarin.

Artikel 3d

1. Het bestuur van het Huis wordt ondersteund door een bureau.

2. De voorzitter benoemt, schorst en ontslaat de medewerkers van het bureau.

3. De keuze van de medewerkers geschiedt op zodanige wijze dat alle relevante deskundigheid in het bureau aanwezig is.

4. Het bureau bestaat uit medewerkers die in de afdeling advies als adviseur zijn aangesteld, medewerkers die in de afdeling onderzoek als onderzoeker zijn aangesteld en medewerkers in algemene dienst van het Huis.

5. Een medewerker die als adviseur betrokken is geweest bij de advisering inzake een vermoeden van een misstand neemt geen deel aan een onderzoek dezelfde misstand betreffende.

Artikel 3e

De medewerkers van het bureau zijn geen lid van het Huis.

§ 2. Werkwijze

Artikel 3f

1. De leden van het Huis hebben zitting zonder last.

2. Een lid onthoudt zich van deelneming aan de behandeling van een advies of onderzoek als bedoeld in artikel 3a, tweede en derde lid, indien:

a. het hemzelf of een van zijn bloed- of aanverwanten tot en met de vierde graad aangaat;

b. het een instelling of rechtspersoon betreft waarbij hij werkt, heeft gewerkt of belang heeft;

c. het een vermoeden van een misstand betreft waarbij hij mogelijk betrokken is of is geweest;

d. anderszins de schijn van belangenverstrengeling kan ontstaan.

Artikel 3g

1. Een medewerker van het bureau meldt onverwijld aan de voorzitter van het Huis dat het advies of onderzoek, bedoeld in artikel 3a, tweede en derde lid,

- a. hemzelf of een van zijn bloed- of aanverwanten tot en met de vierde graad aan gaat;
 - b. een instelling of rechtspersoon betreft waarbij hij werkt, heeft gewerkt of belang heeft;
 - c. een vermoeden van een misstand betreft waarbij hij mogelijk betrokken is of is geweest;
 - d. anderszins de schijn van belangenverstrengeling kan wekken.
2. De voorzitter beslist of de medewerker zich om deze reden van deelneming aan het advies of onderzoek onthoudt.

Artikel 3h

Het Huis stelt een bestuursreglement, een advies- en een onderzoeksprotocol vast en maakt deze openbaar.

Artikel 3i

Een ieder die betrokken bij de uitvoering van de taken van het Huis en daarbij de beschikking krijgt over gegevens waarvan hij het vertrouwelijke karakter kent of redelijkerwijs moet vermoeden, is verplicht tot geheimhouding van die gegevens, behoudens voor zover enig wettelijk voorschrift hem tot mededeling verplicht of uit zijn taak bij de uitvoering van deze wet de noodzaak tot mededeling voortvloeit.

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.

§ 3. Advies

Artikel 3k

- 1. Een werknemer kan de afdeling advies verzoeken om informatie, advies en ondersteuning inzake het vermoeden van een misstand. De adviesaanvraag is vormvrij.
- 2. Informatie, advies en ondersteuning kunnen zowel in mondelinge als in schriftelijke vorm gegeven worden. De keuze ten aanzien van de vorm van de informatie, het advies of de ondersteuning is voorbehouden aan de afdeling advies.
- 3. De in een adviesaanvraag verstrekte informatie over een vermoeden van een misstand en het advies worden door de afdeling advies niet verstrekt aan de afdeling onderzoek, tenzij de werknemer schriftelijk verklaart daar geen bezwaar tegen te hebben.
- 4. Bij het Huis berustende informatie over het advies is niet openbaar.

§ 4. Het onderzoeken van een vermoeden van een misstand door de afdeling onderzoek

Artikel 4

1. Een werknemer kan bij de afdeling onderzoek:
 - a. een vermoeden van een misstand melden ten behoeve van een onderzoek, of
 - b. verzoeken om een onderzoek in te stellen naar de wijze waarop de werkgever zich jegens hem heeft gedragen naar aanleiding van een melding van een vermoeden van een misstand.
2. Dit artikel is niet van toepassing op:
 - a. rechterlijke ambtenaren, bedoeld in artikel 1, onderdeel b, onder 1° tot en met 4°, van de Wet op de rechterlijke organisatie;
 - b. de coördinator, bedoeld in artikel 4 van de Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2002, alsmede de voor hem werkzame ambtenaren;
 - c. de ambtenaren die zijn aangesteld bij de Algemene Inlichtingen- en Veiligheidsdienst en de ambtenaren of militaire ambtenaren die zijn aangesteld bij de Militaire Inlichtingen- en Veiligheidsdienst;
 - d. de ambtenaren, bedoeld in artikel 60, eerste en tweede lid, van de Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2002, voor zover het betreft de uitvoering van de in dat artikel bedoelde werkzaamheden;
 - e. de voorzitter, leden en de tot het secretariaat behorende personen van de commissie van toezicht betreffende de inlichtingen- en veiligheidsdiensten, bedoeld in artikel 64, eerste lid, van de Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2002.

Artikel 5

1. Het verzoekschrift wordt ondertekend door de verzoeker of diens gemachtigde en bevat ten minste:
 - a. de naam en het adres van de verzoeker;
 - b. de dagtekening;
 - c. een omschrijving van de misstand die wordt vermoed, waaronder de naam van de werkgever tegen wie het vermoeden zich richt, en
 - d. de gronden waarop het vermoeden van een misstand is gebaseerd.
2. Artikel 9:28, tweede en derde lid, van de Algemene wet bestuursrecht is van overeenkomstige toepassing op het verzoekschrift.

Artikel 6

1. De afdeling onderzoek is verplicht een onderzoek in te stellen, tenzij de afdeling advies heeft geoordeeld dat:
 - a. het verzoekschrift niet voldoet aan de vereisten, bedoeld in artikel 7;
 - b. het verzoek kennelijk ongegrond is;
 - c. het maatschappelijk belang bij een onderzoek door de afdeling onderzoek, dan wel de ernst van de misstand, kennelijk onvoldoende is;
 - d. het vermoeden van de misstand ter beoordeling staat van bestuursorganen of diensten die zijn belast met de opsporing van strafbare feiten of met het toezicht op de naleving van het bepaalde bij of krachtens enig wettelijk voorschrift of een

andere daartoe bevoegde instantie waar het vermoeden van een misstand kan worden gemeld en het bestuursorgaan, de dienst of de andere daartoe bevoegde instantie het vermoeden van een misstand naar behoren behandelt of heeft behandeld;

e. de verzoeker het vermoeden van een misstand niet heeft gemeld bij de organisatie waarbinnen sprake is van de vermoedelijke misstand aan een leidinggevende, een vertrouwenspersoon of een andere in een interne procedure als bedoeld in artikel 2 aangewezen persoon, tenzij dat van hem in redelijkheid niet gevraagd kan worden;

f. de verzoeker het vermoeden van een misstand heeft gemeld bij de organisatie waarbinnen sprake is van de vermoedelijke misstand aan een leidinggevende, een vertrouwenspersoon of een andere in een interne procedure als bedoeld in artikel 2 aangewezen persoon en de organisatie niet voldoende gelegenheid heeft gehad het vermoeden te behandelen;

g. er een ander verzoek, dezelfde misstand betreffende, bij de afdeling onderzoek in behandeling is of door de afdeling onderzoek is afgedaan, behoudens indien een nieuw feit of een nieuwe omstandigheid bekend is geworden en zulks tot een ander oordeel over de bedoelde misstand zou hebben kunnen leiden; of

h. bij onherroepelijke rechterlijke uitspraak reeds over de misstand is geoordeeld.

2. Indien de afdeling onderzoek geen onderzoek instelt, worden de resultaten van het oordeel, bedoeld in het eerste lid, niet openbaar gemaakt.

3. De afdeling onderzoek is niet verplicht een onderzoek voort te zetten indien:

a. de verzoeker naar het oordeel van de afdeling onderzoek onvoldoende meewerkt aan een zorgvuldig verloop van het onderzoek en het bewaren van de vertrouwelijkheid van uitkomsten van het onderzoek, of

b. een nieuw feit of een nieuwe omstandigheid bekend wordt, op grond waarvan de afdeling onderzoek tot het oordeel komt dat het verzoek kennelijk ongegrond is.

Artikel 7

Indien de afdeling onderzoek geen onderzoek instelt of dit niet voortzet, deelt het dit onder vermelding van de redenen zo spoedig mogelijk schriftelijk aan de verzoeker en de werkgever mede.

Artikel 8

1. De afdeling onderzoek streeft ernaar het onderzoek binnen een jaar na afronding van het oordeel over de ontvankelijkheid, bedoeld in artikel 6, eerste lid, af te ronden.

2. De afdeling onderzoek kan naar aanleiding van het door hem verrichte onderzoek aan de werkgever aanbevelingen doen.

3. Een oordeel of aanbeveling behelst geen vaststelling van civielrechtelijke aansprakelijkheid in verband met een misstand, noch een vermoeden van schuld aan enig strafbaar feit.

§. 4a Onderzoek in de publieke sector

Artikel 9

Deze paragraaf is van toepassing op onderzoek door de afdeling onderzoek indien de werkgever onderdeel uitmaakt van de publieke sector. De publieke sector wordt gevormd door:

- a. de staat;
- b. de provincies;
- c. de gemeenten;
- d. de waterschappen;
- e. de openbare lichamen voor beroep en bedrijf;
- f. de andere openbare lichamen waaraan krachtens de Grondwet verordenende bevoegdheid is toegekend;
- g. de Europese groeperingen voor territoriale samenwerking met een statutaire zetel in Nederland;
- h. de overige krachtens publiekrecht ingestelde rechtspersonen; en
- i. andere dan krachtens publiekrecht ingestelde rechtspersonen, waarvan een orgaan is bekleed met openbaar gezag, waarbij de uitoefening van dat gezag de kernactiviteit van de rechtspersoon vormt.

Artikel 10

1. De artikelen 9:30 tot en met 9:34 van de Algemene wet bestuursrecht zijn van overeenkomstige toepassing op het onderzoek door de afdeling onderzoek, met dien verstande dat voor «bestuursorgaan» telkens gelezen wordt «werkgever» en voor «de ombudsman» telkens wordt gelezen: de afdeling onderzoek. Indien de werkgever vertegenwoordigd wordt door een meerhoofdige orgaan, wordt onder «college» verstaan: dat meerhoofdige orgaan.

2. In afwijking van artikel 9:31, vierde lid, van de Algemene wet Bestuursrecht kunnen de ingevolge artikel 9:31, eerste lid, opgeroepen personen onderscheidenlijk degenen die ingevolge artikel 9:31, derde lid, verplicht zijn stukken over te leggen, het geven van inlichtingen onderscheidenlijk het overleggen van stukken weigeren indien het inlichtingen en bescheiden betreft waarvan het verstrekken in strijd is met het belang van de nationale veiligheid, dan wel een schending van een ambtsgeheim of wettelijk voorschrift met zich meebrengt. Voorts geldt deze verplichting niet, indien een persoon daardoor of zichzelf of een van zijn bloed- of aanverwanten in de rechte lijn of in de zijlijn in de tweede of de derde graad of zijn echtgenoot of eerdere echtgenoot dan wel geregistreerde partner of eerdere geregistreerde partner aan het gevaar van een strafrechtelijke veroordeling ter zake van een misdrijf zou blootstellen.

3. Tijdens het onderzoek kan de afdeling onderzoek bevelen dat personen die, hoewel wettelijk opgeroepen, niet zijn verschenen, door de openbare macht voor hem worden gebracht om aan hun verplichtingen te voldoen.

4. Onze Minister die het aangaat kan tijdens het onderzoek, bedoeld in het eerste lid, aan de afdeling onderzoek het betreden van bepaalde plaatsen verbieden, indien dit naar zijn oordeel de veiligheid van de staat zou schaden.

§. 4b Onderzoek in de private sector

Artikel 11

Deze afdeling is van toepassing op onderzoek door de afdeling onderzoek indien artikel 9 niet van toepassing is.

Artikel 12

De afdeling onderzoek maakt van zijn bevoegdheden slechts gebruik voor zover dat redelijkerwijs voor de vervulling van zijn taak nodig is.

Artikel 13

1. De afdeling onderzoek is bevoegd inlichtingen te vragen en inzage te vorderen van zakelijke gegevens en bescheiden.
2. De werkgever tegen wie het vermoeden van een misstand zich richt, de onder zijn verantwoordelijkheid werkzame personen, getuigen, alsmede de verzoeker, zijn verplicht de verlangde inlichtingen volledig en naar waarheid te verstrekken en zijn tevens verplicht te verschijnen.
3. De afdeling onderzoek bepaalt op welke wijze en binnen welke termijn de inlichtingen worden verstrekt.
4. De werkgever tegen wie het vermoeden zich richt, is verplicht binnen een door de afdeling onderzoek te bepalen termijn de zakelijke gegevens en bescheiden volledig en naar waarheid te verstrekken, een en ander op de wijze door de afdeling onderzoek vast te stellen.
5. De ingevolge het tweede lid opgeroepen personen onderscheidenlijk de werkgever die op grond van het vierde lid verplicht is stukken over te leggen, kunnen de afdeling onderzoek mededelen dat uitsluitend hij kennis zal mogen nemen van de inlichtingen onderscheidenlijk de stukken.
6. Het geven van inlichtingen of het overleggen van stukken kan worden geweigerd, indien het inlichtingen en bescheiden betreft waarvan het verstrekken in strijd is met het belang van de nationale veiligheid, dan wel een schending van een beroepsgeheim of wettelijk voorschrift met zich meebrengt. Voorts geldt deze verplichting niet, indien een persoon daardoor of zichzelf of een van zijn bloed- of aanverwanten in de rechte lijn of in de zijlijn in de tweede of de derde graad of zijn echtgenoot of eerdere echtgenoot dan wel geregistreerde partner of eerdere geregistreerde partner aan het gevaar van een strafrechtelijke veroordeling ter zake van een misdrijf zou blootstellen.
7. De afdeling onderzoek beslist of de beperking van de kennisneming, bedoeld in het vijfde lid, onderscheidenlijk de weigering, bedoeld in het zesde lid, gerechtvaardigd is.
8. Indien de afdeling onderzoek heeft beslist dat de weigering gerechtvaardigd is, vervalt de verplichting.

Artikel 14

1. De afdeling onderzoek stelt de werkgever en de verzoeker in de gelegenheid hun standpunt toe te lichten ten aanzien van het vermoeden van een misstand.
2. De afdeling onderzoek beslist of de toelichting schriftelijk of mondeling en al dan niet in elkaars aanwezigheid wordt gegeven.

Artikel 15

1. De afdeling onderzoek kan in het belang van het onderzoek deskundigen werkzaamheden opdragen en personen oproepen om als deskundige gehoord te worden of als tolk op te treden.
2. Door de afdeling onderzoek opgeroepen deskundigen of tolken verschijnen voor hem en verlenen onpartijdig en naar beste weten hun diensten als zodanig.
3. Getuigen zullen niet worden gehoord en tolken zullen niet tot de uitoefening van hun taak worden toegelaten dan na het afleggen van de eed of de belofte. Getuigen leggen in dat geval de eed of de belofte af dat zij de gehele waarheid en niets dan de waarheid zullen zeggen en tolken dat zij hun plichten als tolk met nauwgezetheid zullen vervullen.

Artikel 16

Aan de door de afdeling onderzoek opgeroepen verzoekers, getuigen, deskundigen en tolken wordt een vergoeding toegekend die ten laste van het Rijk komt. Het bij en krachtens de Wet tarieven in strafzaken bepaalde is van overeenkomstige toepassing.

§. 5 Rapport

Artikel 17

1. Wanneer een onderzoek is afgesloten, stelt de afdeling onderzoek een rapport op, waarin hij zijn bevindingen en zijn oordeel weergeeft. Hij neemt daarbij artikel 10 van de Wet openbaarheid van bestuur in acht.
2. Het rapport bevat in ieder geval, voor zover het onderzoek zich daartoe uitstrekt:
 - a. een analyse van de misstand,
 - b. de vaststelling van de oorzaken of de vermoedelijke oorzaken van de misstand en de omvang van zijn gevolgen, en
 - c. aanbevelingen aan de werkgever indien daartoe aanleiding bestaat.
3. De afdeling onderzoek zendt een concept van het rapport aan de betrokken werkgever en de verzoeker.
4. De werkgever en de verzoeker kunnen schriftelijk commentaar leveren gedurende een termijn van vier weken, die aanvangt met ingang van de dag na die waarop het concept van het rapport is verzonden. Zij zijn tot geheimhouding van het concept van het rapport verplicht.
5. Indien het commentaar daartoe aanleiding geeft, kan de afdeling onderzoek het rapport aanpassen. Ingeval het commentaar niet leidt tot aanpassing, geeft de afdeling onderzoek in zijn rapport de redenen daarvoor aan.

6. Indien de afdeling onderzoek aan een werkgever een aanbeveling als bedoeld in het tweede lid doet, deelt de werkgever binnen een redelijke termijn aan de afdeling onderzoek mee op welke wijze aan de aanbeveling gevolg zal worden gegeven. Indien de werkgever overweegt de aanbeveling niet op te volgen, deelt het dat met redenen omkleed aan de afdeling onderzoek mee.

7. De afdeling onderzoek maakt het rapport uit eigen beweging openbaar.

8. Bij het Huis berustende informatie over het onderzoek die niet is opgenomen in het rapport, is niet openbaar.

§. 6 *Verhouding tot andere procedures*

Artikel 17a

1. Ter bevordering van de coördinatie en het overleg maken het Huis en het openbaar ministerie, binnen een half jaar na de inwerkingtreding van de wet, afspraken over de samenwerking en informatie-uitwisseling. Het betreft in ieder geval afspraken over de gevallen waarin zowel de afdeling onderzoek een onderzoek instelt naar een vermoeden van een misstand als het openbaar ministerie een opsporingsonderzoek instelt naar een strafbaar feit ten aanzien van hetzelfde voorval. De afspraken behoeven de goedkeuring van Onze Minister van Veiligheid en Justitie.

2. De afspraken over samenwerking en informatie-uitwisseling worden neergelegd in een samenwerkingsprotocol.

3. Indien in een concreet geval zowel de afdeling onderzoek een onderzoek instelt naar een vermoeden van een misstand als het openbaar ministerie opsporingsonderzoek instelt naar een strafbaar feit, plegen de afdeling onderzoek en het openbaar ministerie, met inachtneming van het samenwerkingsprotocol, overleg over de inrichting van beide onderzoeken.

Artikel 17b

Ter bevordering van coördinatie en overleg kan het Huis samenwerkingsprotocollen afsluiten met bestuursorganen of diensten die zijn belast met het toezicht op de naleving van het bepaalde bij of krachtens enig wettelijk voorschrift. Artikel 17a, derde lid, is van overeenkomstige toepassing.

§. 7 *Vervolg op aanbevelingen*

Artikel 17c

Het Huis zendt jaarlijks aan beide kamers der Staten-Generaal een overzicht van de aanbevelingen van het Huis en van de wijze waarop aan de aanbevelingen vervolg is gegeven.

Artikel 17d

De afdeling onderzoek is bevoegd een onderzoek in te stellen naar de stand van zaken met betrekking tot de uitvoering van aanbevelingen die in eerder onderzoek zijn gedaan.

HOOFDSTUK 3. WIJZIGING VAN ANDERE WETTEN

Artikel 18

Na artikel 658b van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek wordt een artikel ingevoegd, luidende:

Artikel 658c

De werkgever mag de werknemer niet benadelen als gevolg 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.

Artikel 18a

Artikel 125quinquies, derde lid, van de Ambtenarenwet komt te luiden:

3. De ambtenaar die te goeder trouw en naar behoren een vermoeden van een misstand als bedoeld in artikel 1, onderdeel d, van de Wet Huis voor klokkenluiders meldt, zal als gevolg daarvan geen nadelige gevolgen voor zijn rechtspositie ondervinden tijdens en na de behandeling van deze melding bij het bevoegd gezag of de daartoe bevoegde instantie.

Artikel 18b

Artikel 47, derde lid, van de Politiewet 2012 komt te luiden:

3. De ambtenaar die te goeder trouw en naar behoren een vermoeden van een misstand als bedoeld in artikel 1, onderdeel d, van de Wet Huis voor klokkenluiders meldt, zal als gevolg daarvan geen nadelige gevolgen voor zijn rechtspositie ondervinden tijdens en na de behandeling van deze melding bij het bevoegd gezag of de daartoe bevoegde instantie.

Artikel 18c

Artikel 12quater, tweede lid, van de Militaire ambtenarenwet 1931 komt te luiden:

2. De militaire ambtenaar die te goeder trouw en naar behoren een vermoeden van een misstand als bedoeld in artikel 1, onderdeel d, van de Wet Huis voor klokkenluiders meldt, zal als gevolg daarvan geen nadelige gevolgen voor zijn rechtspositie ondervinden tijdens en na de behandeling van deze melding bij het bevoegd gezag of de daartoe bevoegde instantie.

Artikel 18d

Aan artikel 27 van de Wet op de ondernemingsraden wordt een onderdeel toegevoegd, luidende:

m. een procedure voor het omgaan met het melden van een vermoeden van een misstand, als bedoeld in artikel 2, eerste lid, van de Wet Huis voor klokkenluiders;

Artikel 18e

Indien het bij geleidende brief van 3 november 2010 ingediende voorstel van wet van de leden Van Weyenberg en Van Hijum tot wijziging van de Ambtenarenwet en enige andere wetten in verband met het in overeenstemming brengen van de rechtspositie van ambtenaren met die van werknemers met een arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht (Wet normalisering rechtspositie ambtenaren) (32 550) tot wet is of wordt verheven, komt artikel 5, tweede lid, van de Ambtenarenwet 201. te luiden:

2. De ambtenaar die te goeder trouw en naar behoren een vermoeden van een misstand als bedoeld in artikel 1, onderdeel d, van de Wet Huis voor klokkenluiders meldt, zal als gevolg daarvan geen nadelige gevolgen voor zijn rechtspositie ondervinden tijdens en na de behandeling van deze melding bij het bevoegd gezag of de daartoe bevoegde instantie.

Artikel 18f

Indien het bij geleidende brief van 3 november 2010 ingediende voorstel van wet van de leden Van Weyenberg en Van Hijum tot wijziging van de Ambtenarenwet en enige andere wetten in verband met het in overeenstemming brengen van de rechtspositie van ambtenaren met die van werknemers met een arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht (Wet normalisering rechtspositie ambtenaren) (32 550) tot wet is verheven, en artikel IIa, onderdeel A, van die wet in werking is getreden, vervalt artikel I, onderdeel T, artikel 18b, van deze wet.

Artikel 18g

Indien het bij geleidende brief van 5 juli 2012 aanhangig gemaakte voorstel van wet van de leden Voortman en Schouw houdende regels over de toegankelijkheid van informatie van publiek belang (Wet open overheid) (33 328) tot wet is of wordt verheven en artikel 8.8 van die wet in werking treedt of is getreden, wordt die wet als volgt gewijzigd:

A

De artikelen 9.54 en 9.55 vervallen.

B

In de alfabetische rangschikking van de bijlage bij artikel 8.8 wordt ingevoegd:

- Wet Huis voor klokkenluiders: de artikelen 3j, 3k, 3l, vierde lid, en 17, zevende en achtste lid, voor zover de informatie berust bij het Huis voor de klokkenluiders

Artikel 18h

Indien het bij geleidende brief van 5 juli 2012 aanhangig gemaakte voorstel van wet van de leden Voortman en Schouw houdende regels over de toegankelijkheid van informatie van publiek belang (Wet open overheid) (33 328) tot wet is of wordt verheven en artikel 8.8 van die wet in werking is getreden, wordt in artikel 17, eerste lid, van deze wet «artikel 10 van de Wet openbaarheid van bestuur» vervangen door: artikel 5.1 van de Wet open overheid.

HOOFDSTUK 4. OVERGANGS- EN SLOTBEPALINGEN

Artikel 20

Onze Minister zendt binnen vijf jaar na het tijdstip van inwerkingtreding van deze wet aan de Staten-Generaal een verslag over de doeltreffendheid en de effecten van deze wet in de praktijk. Het Huis verleent medewerking aan het verslag en verschaft Onze Minister de daartoe benodigde informatie.

Artikel 21

De afdeling onderzoek is niet verplicht een onderzoek in te stellen indien de verzoeker meer dan een jaar voor het tijdstip van inwerkingtreding van deze wet een melding van een vermoeden van een misstand heeft gedaan bij de werkgever of de daartoe bevoegde instantie.

Artikel 21a

1. Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur kunnen nadere regels worden gesteld over de inrichting van het Huis.
2. De voordracht voor een krachtens het eerste lid vast te stellen algemene maatregel van bestuur wordt niet eerder gedaan dan vier weken nadat het ontwerp aan beide kamers der Staten-Generaal is overlegd.

Artikel 22

Deze wet treedt in werking op een bij koninklijk besluit te bepalen tijdstip.

Artikel 23

Deze wet wordt aangehaald als: Wet Huis voor klokkenluiders.

Lasten en bevelen dat deze in het Staatsblad zal worden geplaatst en dat alle ministeries, autoriteiten, colleges en ambtenaren die zulks aangaat, aan de nauwkeurige uitvoering de hand zullen houden.

Gegeven

De Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties

