

Een klokkenluider van het Huis. De laatste ronde ingeluid?

MW. MR. DR. M.M. KOEVOETS EN MR. A. BRIEJER

Op 14 mei 2012 is het wetsvoorstel 'Wet Huis voor klokkenluiders' (33 258) ingediend, waarmee wordt beoogd aan het gebrek aan rechtsbescherming van de klokkenluider tegemoet te komen. De wet voorziet in een procedure voor melding en onderzoek, een fonds en een aantal artikelen in Boek 7, titel 10, BW ter bescherming van de klokkenluidende werknemer. Voorts introduceert de wet een instelling ('het Huis') waar kan worden gemeld en die het onderzoek uitvoert. In dit artikel wordt onderzocht of vanuit arbeidsrechtelijk oogpunt behoefte bestaat aan een wettelijke regeling voor klokkenluiders en zo ja, of dit wetsvoorstel bij die behoefte aansluit. Na een inhoudelijke beschrijving van het wetsvoorstel wordt hiertoe de Nederlandse rechtspraak, alsmede de rechtspraak van het EHRM onder de loep genomen.

Inleiding

De klokkenluidersproblematiek heeft in rechtspraak, literatuur en media maar ook eerder al bij de wetgever in de belangstelling gestaan. Zo werd op 15 juli 2003 een wetsvoorstel ingediend ter wijziging van het Burgerlijk Wetboek in verband met de regeling van de vrijheid van meningsuiting van werknemers ter bescherming van klokkenluiders.¹ Dit wetsvoorstel is na kritische vragen van Kamerleden over de meerwaarde ervan op de plank terechtgekomen. Op 14 mei 2012 werd door een aantal Tweede Kamerleden² opnieuw een wetsvoorstel ingediend, ditmaal met de titel 'Wet Huis voor klokkenluiders'.³ In de (na het advies van de Raad van State) gewijzigde memorie van toelichting bij dit wetsvoorstel wordt beschreven dat de bescherming van klokkenluiders door de jaren heen nog al eens tekort is geschoten. Vaak zouden meldingen tot lange juridische procedures leiden, die diep ingrijpen in het leven van klokkenluiders, die hun baan verliezen, in financiële moeilijkheden komen of psychologische problemen ondervinden. De klokkenluiders Ad Bos

(bouwfraude), Paul Schaap (de kernreactor in Petten) en Fred Spijkers (ondeugdelijke mijnen bij Defensie) worden in herinnering gebracht. Hun lotgevallen zouden ertoe hebben geleid dat veel mensen terughoudend zijn geworden om maatschappelijke misstanden te melden. De bestaande (interne) regelingen voor klokkenluiders zouden volgens de memorie onterecht de relatie tussen werkgever en werknemer centraal stellen en het melden van een maatschappelijke misstand onterecht als arbeidsconflict zien, terwijl een arbeidsconflict een gevolg is van een melding en niet de kern. Voorts zou uit onderzoek zijn gebleken dat de bestaande regelingen melders onvoldoende bescherming bieden en dat het ontbreekt aan een cultuur waarin mensen zonder angst maatschappelijke misstanden durven melden. Daarvoor zou noodzakelijk zijn dat melders niet alleen intern, maar ook extern kunnen melden. Uit onderzoek volgt dat de oplossing een onafhankelijk instituut zou zijn met onderzoekscapaciteit, arbeidsrechtelijke bescherming en financiële ondersteuning. Het in het wetsvoorstel geïntroduceerde 'Huis' zou in dit kader een 'thuis' moeten worden voor klokkenluiders. De wet heeft volgens de memorie tot doel de voorwaarden voor het melden van maatschappelijke misstanden te verbeteren, door onderzoek naar misstanden mogelijk te maken en melders van misstanden beter te beschermen.

Kortom, het aanhangige wetsvoorstel beoogt een oplossing te bieden voor de problemen rond klokkenluiders en hun rechtsbescherming. Opmerkelijk daarbij is het volgende. De achtergrond en reden van indiening van dit wetsvoorstel is kennelijk met name gelegen in de uitkomsten van een onderzoek uit 2008 naar de werking van klokkenluidersregelingen in de *publieke* sector. Uit het betreffende onderzoeksrapport blijkt dat het onderzoek zich enkel heeft

1 *Kamerstukken II 2002/03*, 28 990, nr. 1-2 en 7. Zie over dit wetsvoorstel P. Willems, 'Klokkenluidersbescherming verder ingekleurd: wordt spreken toch goud?', *ArbeidsRecht* 2003/54, p. 9-17 en F.C. van Uden, 'De Raad van State, de vrijheid van meningsuiting en het (ongewijzigde) Wetsvoorstel klokkenluiders', *Sociaal Recht* 2005/3.

2 Deze wet is een initiatief van Kamerleden Van Raak (SP), Heijnen (PvdA), Schouw (D66), Segers (ChristenUnie), Voortman (GroenLinks) en Ouwehand (Partij voor de Dieren).

3 *Kamerstukken II 2011/12*, 33 258, nr. 1-2. Vooruitlopend op het wetsvoorstel is als tijdelijke voorziening het 'Tijdelijk besluit Commissie advies- en verwijspunt klokkenluiders' van 27 september 2011 ingevoerd. De commissie heeft tot taak klokkenluiders te informeren en adviseren.

gericht op ambtelijke klokkenluiders en dat het onderzoek bestond uit grootschalige surveys onder ambtenaren en overheidswerkgevers, een analyse van de regelingen in de verschillende (publieke) sectoren, studies van de werking van een aantal regelingen in de praktijk en een rechtsvergelijkend onderzoek naar enkele buitenlandse regelingen.⁴ Het aanhangige wetsvoorstel voorziet daarentegen in een vrij uitgebreide wettelijke regeling die óók voor werkgevers en werknemers in de *private* sector gaat gelden. Dit zou tot gevolg hebben dat van een arbeidsrechtelijke situatie waarin geen enkele wettelijke regeling bestaat, wordt overgestapt naar een situatie waarin een vrij uitgebreide wettelijke regeling gaat gelden. De vraag die rijst, is of vanuit arbeidsrechtelijk oogpunt wel behoefte bestaat aan een wettelijke regeling of dat de reeds in de rechtspraak en wetgeving geformuleerde regels volstaan. Indien behoefte bestaat aan een wettelijke regeling, rijst de vraag of de voorgestelde wettelijke regeling inhoudelijk bij die behoefte aansluit. Ter beantwoording van deze vraag wordt eerst een beschrijving gegeven van de inhoud van het wetsvoorstel 'Wet Huis voor klokkenluiders'. Daarna volgt een overzicht van de gepubliceerde arbeidsrechtelijke rechtspraak over klokkenluiders en de daaruit af te leiden regels. Vervolgens wordt het wetsvoorstel nader bezien tegen de achtergrond van de rechtspraak over klokkenluiders en de bestaande arbeidsrechtelijke wetgeving. Aan de hand daarvan wordt een antwoord geformuleerd op de hiervoor genoemde vragen. Daar waar nodig en mogelijk worden suggesties ter verbetering van het wetsvoorstel gedaan.

Het wetsvoorstel 'Wet Huis voor klokkenluiders'

Het wetsvoorstel is van toepassing op zowel werknemers als ambtenaren en introduceert een 'Huis voor klokkenluiders', een procedure voor melding en onderzoek, een 'Fonds voor klokkenluiders' en een aantal wetsartikelen in Boek 7, Titel 10 BW ter bescherming van klokkenluiders. Het wetsvoorstel voorziet tevens in de verplichte instelling van een interne meldingsprocedure bij werkgevers. Centraal terugkerend vereiste in het wetsvoorstel is dat sprake moet zijn van 'een vermoeden van een misstand'. Op dit vereiste wordt daarom als eerste ingegaan, waarna in volgorde de artikelen van het wetsvoorstel worden besproken.

Het vermoeden van een misstand

Art. 1 onder i van het wetsvoorstel definieert het vermoeden van een misstand. Het moet gaan om een vermoeden van een misstand binnen de organisatie waar de werknemer werkzaam is of is geweest. Het vermoeden moet zijn gebaseerd op redelijke gronden die voortvloeien uit de kennis die de werknemer bij zijn werkgever heeft opgedaan. Het dient te gaan om een misstand waarbij het maatschappelijk belang ernstig 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. Hierbij kan volgens de memorie van toelichting ook worden gedacht aan ernstige schending van integriteit, zoals fraude en corruptie, zowel bij de overheid als bij particuliere organisaties, met een groot maatschappelijk belang.⁵

Het aanhangige wetsvoorstel beoogt een oplossing te bieden voor de problemen rond klokkenluiders en hun rechtsbescherming, maar de vraag is of behoefte bestaat aan een wettelijke regeling

De verplichte instelling van een interne procedure

Art. 2 van het wetsvoorstel bepaalt dat de werkgever die in de regel ten minste vijftig personen in dienst heeft, een procedure vaststelt voor het omgaan met het melden van een 'vermoeden van een misstand' binnen zijn organisatie.⁶ De gedachte hierachter is dat werkgevers in de eerste plaats zelf verantwoordelijk zijn voor het goed functioneren van de eigen organisatie. Dit artikel moet verzekeren dat werkgevers deze primaire verantwoordelijkheid waarmaken door een procedure vast te stellen die moet garanderen dat werknemers vermoedens van een misstand intern kunnen melden.⁷

Het Huis, zijn taken, de melding en het onderzoek

Het Huis wordt een afdeling van de Nationale ombudsman en staat open voor zowel meldingen uit de publieke als private sector. De reden om het Huis organisatorisch onder te brengen bij de Nationale ombudsman heeft vooral praktische redenen. Het Huis is een nieuwe onbekende organisatie, terwijl de Nationale ombudsman een bekende organisatie is waar mensen veel vertrouwen in hebben. Daarnaast zouden op deze wijze de kosten worden beperkt en heeft de Nationale ombudsman veel ervaring met bemiddeling (mediation).⁸ Door het Huis onder te brengen bij de Nationale ombudsman zou deels gebruik kunnen worden gemaakt van de daar aanwezige ondersteuning.⁹ Het Huis heeft op grond van art. 3 van het wetsvoorstel tot taak:

- a. het adviseren van een werknemer over de te ondernemen stappen inzake het vermoeden van een misstand;
- b. het beoordelen of sprake is van een melding als bedoeld in artikel 4;

4 *Evaluatie klokkenluidersregelingen publieke sector*. Eindrapport, april 2008. Een onderzoek uitgevoerd door het Departement Bestuurs- en Organisatiewetenschap van de Universiteit Utrecht in opdracht van het ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties.

5 *Kamerstukken II 2012/13, 33258, nr. 7, p. 6.*

6 Voor wat betreft het minimumaantal van vijftig werknemers is naar aanleiding van het advies van de Raad van State aansluiting gezocht bij art. 2 van de Wet op de ondernemingsraden. Een verdere toelichting op het aantal van vijftig wordt niet gegeven. Ook wordt in de kamerstukken niets gezegd over het instemmingsrecht van de ondernemingsraad.

7 *Kamerstukken II 2012/13, 33 258, nr. 7, p. 7.*

8 *Kamerstukken II 2012/13, 33 258, nr. 5, p. 11.*

9 *Kamerstukken II 2012/13, 33 258, nr. 7, p. 5.*

- c. het op basis van een verzoekschrift van een verzoeker instellen van een onderzoek naar:
 - 1. het vermoeden van een misstand;
 - 2. de wijze waarop de werkgever zich jegens de melder heeft gedragen naar aanleiding van de melding;
- d. het desgewenst ondersteunen van een verzoeker bij een aanvraag voor een uitkering uit het Fonds, en
- e. het formuleren van algemene aanbevelingen over het omgaan met een melding van een vermoeden van een misstand.

Een werknemer kan bij het Huis het vermoeden van een misstand melden, waarna het Huis beoordeelt of hiervan sprake is. Indien dat het geval is, kan het Huis – als de werknemer daarmee instemt – de inhoud van de melding en de identiteit van de werknemer mededelen aan de werkgever.¹⁰ Althans zo luidt het wetsvoorstel. De toelichting in de Kamerstukken beperkt het instemmingsvereiste van de werknemer tot alleen de naam van de werknemer. Dat zou betekenen dat zonder instemming van de werknemer het Huis wel aan de werkgever mededeelt

Waarom voor dit benadelingsverbod aansluiting is gezocht bij art. 7:658 BW, wordt in de Kamerstukken niet toegelicht. Een verbod tot benadeling past beter bij de opzegverboden in het kader van gelijke behandeling

dat een melding is gedaan. De werkgever is vanaf het moment van de melding bij het Huis van de melding *dus* op de hoogte, maar van de naam van de melder mogelijk niet.¹¹ De werknemer die de misstand heeft gemeld, kan het Huis vervolgens verzoeken een onderzoek in te stellen naar het vermoeden van een misstand. De werknemer kan het Huis daarbij tevens verzoeken een onderzoek in te stellen naar de wijze waarop de werkgever zich jegens de werknemer heeft gedragen naar aanleiding van de melding.¹² Eigen onderzoekers van het Huis doen het feitenonderzoek, maar kunnen zich laten bijstaan door externe onderzoeksorganisaties, inspecties en andere overheidsorganisaties en ervaringsdeskundigen.¹³

Het Huis dient in beginsel gevolg te geven aan het verzoek, tenzij de melding betrekking heeft op een gedraging waarvoor al een procedure bij de strafrechter aanhangig is, beroep openstaat tegen een uitspraak die in een zodanige procedure is gedaan of een uitzonderingsgrond van art.

10 van de wet van toepassing is.¹⁴ Dit artikel bepaalt dat het Huis geen onderzoek hoeft in te stellen indien het verzoekschrift niet aan de formele vereisten voldoet (art. 7 van het wetsvoorstel), het verzoek kennelijk ongegrond is, het maatschappelijk belang bij een onderzoek of de ernst van de misstand kennelijk onvoldoende is, de misstand al bij het Huis in behandeling is of is afgedaan naar aanleiding van een ander verzoek (tenzij sprake is van nieuwe feiten of omstandigheden), reeds bij onherroepelijke rechterlijke uitspraak over de misstand is geoordeeld of de verzoeker onvoldoende meewerkt aan een zorgvuldig verloop van het onderzoek en het bewaren van de vertrouwelijkheid van de uitkomsten. Indien het Huis op grond van het voorgaande geen onderzoek instelt, deelt het dit onder vermelding van de redenen zo spoedig mogelijk schriftelijk aan zowel de werkgever als de werknemer mede.

Indien het Huis wel een onderzoek instelt, beoordeelt het Huis eerst in een vooronderzoek of het verzoek voldoende is onderbouwd. Zowel werkgever als werknemer worden in dit kader gehoord en het vooronderzoek zou binnen zes maanden moeten worden afgerond. Uit het wetsvoorstel noch de Kamerstukken wordt duidelijk of de werkgever op dit moment wel op de hoogte wordt gesteld van de naam van de melder. Indien blijkt dat het verzoek voldoende is onderbouwd, beoordeelt het Huis of aannemelijk is dat sprake is van een misstand of – indien de werknemer daarom heeft verzocht – dat de werkgever zich (on)behoorlijk jegens de werknemer heeft gedragen. Dit onderzoek zou binnen een jaar na afronding van het vooronderzoek moeten worden afgesloten. Na afsluiting van het onderzoek stuurt het Huis een conceptrapport aan de werkgever, de werknemer en het Fonds. De werkgever en werknemer hebben vier weken de tijd om schriftelijk commentaar te leveren en zijn tot geheimhouding verplicht. Het Huis kan naar aanleiding van het schriftelijk commentaar het rapport aanpassen. Het Huis *kan* aanbevelingen doen, maar een oordeel of aanbeveling van het Huis is geen vaststelling van civielrechtelijke aansprakelijkheid, noch een vermoeden van schuld aan een strafbaar feit.

Het Fonds

Een verzoeker (werknemer) kan bij het Fonds een uitkering aanvragen indien hij kosten heeft gemaakt in verband met de melding of anderszins schade heeft geleden. Het zou hierbij volgens de indieners van het wetsvoorstel kunnen gaan om juridische procedures, maar ook kosten voor sociaalpsychologische hulp en inkomensschade.¹⁵ De uitkering wordt naar redelijkheid en billijkheid bepaald en blijft achterwege indien de financiële omstandigheden van de werknemer zodanig zijn dat de onkosten of andere schade zonder overwegend bezwaar door hem kunnen worden gedragen.

¹⁰ Art. 4 en 5.

¹¹ *Kamerstukken II 2012/13, 33 258, nr. 7, p. 9.* Of de instemming moet worden gezien als een interne melding wordt niet duidelijk uit de Kamerstukken.

¹² Dit suggereert dat de werkgever op de hoogte was van de melding bij het Huis en dat de werknemer toestemming heeft gegeven om zijn naam aan de werkgever mede te delen. In de Kamerstukken wordt dit niet verder toegelicht.

¹³ *Kamerstukken II 2012/13, 33 258, nr. 7, p. 5.*

¹⁴ De toevoeging over de procedure bij de strafrechter is gedaan naar aanleiding van het advies van de Raad van State, die nog verder wilde gaan en ook de mogelijkheid van onderzoek door het Huis wilde uitsluiten indien een toezichthoudende instantie of inspectie met een onderzoek bezig was (*Kamerstukken II 2012/13, 33 258, nr. 5, p. 8*).

¹⁵ *Kamerstukken II 2012/13, 33 258, nr. 7, p. 5.*

De uitkering heeft dan ook een aanvullend karakter. Indien de kosten of schade via andere wegen kunnen worden verhaald – bijvoorbeeld via rechtstreekse compensatie van de werkgever of socialezekerheidswetten – dan blijft een uitkering achterwege.¹⁶ Daarnaast houdt het Fonds bij het toekennen van een uitkering rekening met vergoedingen die aan de werknemer kunnen worden gedaan. Deze worden in mindering gebracht op de uitkering. Tot slot krijgt het Fonds een regresrecht ten aanzien van de rechten die de werknemer ter zake van de door hem gemaakte onkosten of schade tegenover derden heeft.¹⁷

Bescherming van de werknemer

Tot slot voorziet het wetsvoorstel in een aantal artikelen ter bescherming van de werknemer. Deze bescherming is driedelig en ziet op het recht op loon (1), het verbod tot benadeling (2) en een opzegverbod (3).

Recht op loon

In de eerste plaats wordt aan art. 7:628 BW een achtste lid toegevoegd. Hierin staat dat indien de werknemer de arbeid niet verricht door een verstoorde verhouding ten gevolge van het te goeder trouw en naar behoren melden van een vermoeden van een misstand bij de werkgever of het Huis, dit voor risico van de werkgever komt en de werknemer dus recht op loon behoudt, zonder dat afwijking mogelijk is. De werknemer moet wel bereid zijn met de werkgever tot een oplossing te komen, bijvoorbeeld door in een ander filiaal te gaan werken.¹⁸

Verbod tot benadeling

Ten tweede wordt een art. 7:658c BW toegevoegd dat bepaalt dat de werkgever de werknemer niet mag benadelen wegens de omstandigheid dat de werknemer te goeder trouw en naar behoren bij de werkgever of het Huis een melding van een vermoeden van een misstand heeft gedaan. Een voorbeeld van benadeling is demotie.¹⁹ Waarom voor dit benadelingsverbod aansluiting is gezocht bij art. 7:658 BW, wordt in de Kamerstukken niet toegelicht. Een dergelijke toevoeging past onzes inziens niet bij de kern van art. 7:658 BW, namelijk de zorgplicht van de werkgever. Een verbod tot benadeling past beter bij de opzegverboden in het kader van gelijke behandeling, nu daar ook steeds een benadelingsverbod aan is toegevoegd.²⁰

Opzegverbod

Ten derde wordt aan art. 7:670 BW een nieuw negende lid toegevoegd waarin een opzegverbod is opgenomen. De werkgever kan de arbeidsovereenkomst niet opzeggen wegens de omstandigheid dat de werknemer te goeder trouw en naar behoren een vermoeden van een misstand bij de werkgever of het Huis heeft gemeld. Daarnaast geldt een

opzegverbod tijdens het onderzoek door het Huis en tot een jaar na het oordeel van het Huis dat het aannemelijk is dat sprake is van een misstand. Dit laatste opzegverbod moet ervoor zorgen dat de werknemer de tijd heeft een nieuwe baan te zoeken indien voortzetting van de arbeidsovereenkomst door de ernst van de verstoorde arbeidsrelatie niet mogelijk is. Tot slot gaat art. 7:677 lid 5 BW ook gelden voor dit opzegverbod en kan de werknemer dus binnen twee maanden de opzegging vernietigen.²¹

Met het hiervoor uiteengezette wetsvoorstel in gedachten, volgt hierna een overzicht van de voor de klokkenluidersproblematiek kenmerkende rechtspraak.

Rechtspraak van 1990 tot en met 2012

Wij hebben ervoor gekozen een chronologisch overzicht te geven van alleen de meest relevante en voor de klokkenluidersproblematiek meest kenmerkende rechtspraak.²² Wij hebben de eerste uitspraak van de Hoge Raad uit 1990 als startpunt genomen. Het overzicht wordt afgesloten met de rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) over de klokkenluider.

Hoge Raad 20 april 1990

De Hoge Raad heeft zich in 1990 in het arrest Meijer/De Schelde voor het eerst uitgelaten over een klokkenluiderskwesitie.²³ In deze uitspraak werd de beantwoording van de vraag of de werknemer vertrouwelijke informatie naar buiten mocht brengen in de sleutel van de vrijheid van meningsuiting geplaatst.²⁴ De Schelde had Meijer op staande voet ontslagen wegens het sturen van een brief aan de minister van Economische Zaken en de pers waarin Meijer verzocht een regeringswaarnemer bij De Schelde aan te stellen. De Schelde gaf aan Meijer al herhaaldelijk te hebben gewaarschuwd ter zake van door hem gepubliceerde voor De Schelde negatieve berichten, met gebruikmaking van of verwijzing naar gegevens die hij uit hoofde van zijn functie of als ondernemingsraadslid kende en waarvan hij het vertrouwelijk karakter had moeten begrijpen. Meijer

21 Verder voorziet het wetsvoorstel nog in een kleine aanpassing van de Wet werk en bijstand en de Ambtenarenwet, welke artikelen hier buiten beschouwing blijven. Ook de overgangs- en slotbepalingen blijven buiten de bespreking.

22 Wij hebben de bespreking van de rechtspraak beperkt tot de rechtspraak over werknemers die op eigen initiatief een misstand binnen het bedrijf van de werkgever naar buiten brengen met het oog op het belang van (een) derde(n) of het algemeen belang. Rechtspraak die bijvoorbeeld enkel gaat over het schenden van de (contractuele) geheimhouding door de werknemer blijft dan ook buiten beschouwing.

23 HR 20 april 1990, NJ 1990, 702, m.nt. P.A. Stein.

24 Zie in dit kader ook F.B.J. Grapperhaus, 'De klokkenluider en zijn broodnodige bescherming', *Ondernemingsrecht* 2000, p. 235; A.F. Verdam, 'Bescherming van klokkenluiders: welke regels en procedures (dienen te) gelden?', *ArbeidsRecht* 2001-3, p. 12-21 en F.C. van Uden, 'De ondraaglijke stilte van de vrijheid van meningsuiting in het arbeidsrecht', *Arbeidsrecht* 2006-7. Verder kan in het kader van de vrijheid van meningsuiting van werknemers natuurlijk worden gewezen op het proefschrift van E. Verhulp, *Vrijheid van meningsuiting van werknemers en ambtenaren* (diss. Amsterdam), Den Haag: Sdu 1996.

16 Kamerstukken II 2012/13, 33 258, nr. 7, p. 5.

17 Art. 16 tot en met 20 van het wetsvoorstel.

18 Kamerstukken II 2012/13, 33 258, nr. 7, p. 17.

19 Kamerstukken II 2012/13, 33 258, nr. 7, p. 17.

20 Zie bijvoorbeeld art. 7:646 lid 9 BW en 7:648 lid 5 BW.

vocht het ontslag aan. De Hoge Raad oordeelde dat een schending van de geheimhoudingsplicht een ontbinding of een dringende reden voor ontslag op staande voet kan rechtvaardigen, zonder dat een beroep op de vrijheid van meningsuiting daaraan in de weg staat.

Kantonrechter Tiel 10 februari 1999

Een beveiligingsbeambte had via de FNV een klacht ingediend bij de Arbeidsinspectie (thans: Inspectie SZW) dat hij en zijn collega's te veel overuren moesten maken. Ter onderbouwing van die klacht was gevoelige informatie verstrekt in de vorm van een gedetailleerde opgave van bewakingsrondes. De kantonrechter ontbond de arbeidsovereenkomst op verzoek van de werkgever zonder toekenning van een vergoeding. Daarbij overwoog de kantonrechter dat werknemer zijn klacht eerst met de ondernemingsraad had moeten bespreken en vervolgens met de directie, in plaats van zelfstandig geheime informatie naar buiten te brengen. Ook indien de werknemer uitsluitend positieve bedoelingen zou hebben gehad, zou hij hebben veronachtzaamd dat door zijn actie het vertrouwen in hem was geschonden.²⁵

Voorzieningenrechter Alkmaar 28 februari 2002 en Kantonrechter Alkmaar 1 juli 2002

Een bedrijfstechnicus bij de kernreactor te Petten (P. Schaap) had bij het toezichtsorgaan 'de Kernfysische Dienst' schriftelijk kritiek geuit op het (veiligheids)beleid van zijn werkgever. Schaap had daarnaast ook de media benaderd. Het gevolg was commotie in de pers en Kamervragen. De voorzieningenrechter stelde voorop dat het Nederlandse arbeidsrecht geen specifieke bescherming van klokkenluiders kent, maar dat wel kan worden aangesloten bij criteria uit het ambtenarenrecht. Deze houden in dat de aan het licht te brengen feiten van aanmerkelijk respectievelijk zwaarwegend belang moeten zijn, alsmede dat sprake moet zijn van het bewust verzwijgen van die grove schendingen van wet of beleid, waardoor tevens gevaar bestaat voor volksgezondheid, veiligheid en/of milieu. De betrokken werknemer dient voorts te goeder trouw te handelen door te kiezen voor de minst bezwaarlijke wijze van openbaar maken van de kwalijke praktijken. Dit betekent dat pas naar buiten mag worden getreden indien eerst de interne wegen zijn bewandeld. Op basis van deze criteria kwam Schaap volgens de voorzieningenrechter niet in aanmerking voor bijzondere arbeidsrechtelijke bescherming.²⁶ In de ontbindingsprocedure oordeelde de Kantonrechter Alkmaar eveneens dat Schaap niet als een klokkenluider kon worden aangemerkt. De kantonrechter benadrukte dat Schaap eerst de interne route had moeten kiezen. De werkgever kon het verwijt worden gemaakt dat er geen cultuur binnen de onderneming bestond waarop vrij kon worden gecommuniceerd. Goed werkgeverschap brengt met zich mee dat de werkgever 'een beleid ontwikkelt en uitvoert waarbij de risico's voor het kiezen van andere dan de formeel juiste uitlaatklep voor ongenoegen over de bedrijfs-

voering worden beperkt'. De kantonrechter ontbond de arbeidsovereenkomst met toekenning van een vergoeding waarbij de C-factor ongeveer 0,33 was.²⁷

Rechtbank Amsterdam 9 juli 2003

Een internist die zich in het kader van zijn dienstverband bij Organon bezighield met een studie naar een nieuw geneesmiddel voor hartpatiënten, uitte in verband met gezondheidsrisico's bezwaren tegen de wijziging van een protocol. Een halfjaar nadat de internist zijn bezwaren kenbaar maakte, verzond hij een brief aan de medisch-ethische commissies in Groot-Brittannië, Frankrijk en Duitsland die betrokken waren bij de studie. Organon stelde dat de internist daarmee zijn contractuele geheimhoudingsplicht had geschonden en vorderde een vergoeding van de daardoor geleden schade. De kantonrechter wees de vordering toe. Op het hoger beroep van de internist stelde de rechtbank vast dat hij het nodige had ondernomen om zijn standpunt intern ter discussie te stellen. Niet was vast komen te staan dat Organon naar aanleiding daarvan actie had ondernomen. Ook was niet gebleken dat Organon met de internist in discussie was gegaan en dat Organon hem in de gelegenheid had gesteld zijn bezwaren tegenover de begeleidingscommissie van het onderzoek toe te lichten. De wijze waarop de internist naar buiten was getreden, was bovendien proportioneel en de schending van de geheimhoudingsplicht jegens Organon werd gerechtvaardigd door een hoger belang. De rechtbank vernietigde het vonnis van de kantonrechter.²⁸

Kantonrechter Maastricht 8 juli 2004

Een bedrijfsjournalist, werkzaam bij Psycho-Medisch Streekcentrum Vijverdal, had middels een open brief aan de medewerkers de openbaarheid gekozen om kritiek te uiten op het beleid van de Raad van Bestuur, zonder de Raad van Bestuur daarover eerst rechtstreeks te benaderen en de gelegenheid tot reactie te bieden. In de regionale krant verscheen een artikel gebaseerd op de door werknemer aan de krant verstrekte (vertrouwelijke) informatie. Vijverdal ging over tot schorsing en diende een verzoek tot ontbinding in. De journalist stelde dat hij enkel een misstand bij Vijverdal, waarbij een maatschappelijk belang in het geding was, aan de orde wilde stellen. Bij het gebruikmaken van zijn recht op vrije meningsuiting had hij bovendien gekozen voor een proportioneel middel. De journalist stelde dat hij gefrustreerd was geraakt door de censuur binnen Vijverdal en daarom voor de open brief had gekozen. Vijverdal stelde daar tegenover dat alleen een zorgvuldig en proportioneel handelende 'klokkenluider' in aanmerking komt voor bescherming en maakte daarbij onderscheid tussen formeel (procedureel) zorgvuldig handelen (eerst intern melden) en materieel (inhoudelijk) zorgvuldig handelen (er moet sprake zijn van een misstand met een groot maatschappelijk belang). De kantonrechter oordeelde dat de werknemer niet correct had gehandeld.

25 Ktr. Tiel 10 februari 1999, «JAR» 1999/223.

26 Vrzngr. Alkmaar 28 februari 2002, «JAR» 2002/61, m.nt. M.S.A. Vegter.

27 Ktr. Alkmaar 1 juli 2002, «JAR» 2002/157.

28 Rb. Amsterdam 9 juli 2003, «JAR» 2003/191.

Mocht het al zo zijn dat de werknemer kennis droeg van een misstand waarbij het maatschappelijk belang in het geding was, dan had het op de weg van de werknemer gelegen zich eerst tot de directie te wenden. Daarnaast achtte de kantonrechter het van belang dat het redactiestatuut in een actiemogelijkheid voorzag bij verschillen van mening over te publiceren stukken. Door deze stappen over te slaan, kwam de werknemer niet in aanmerking voor de arbeidsrechtelijke bescherming waarop de werknemer zich beriep. De kantonrechter ontbond de arbeidsovereenkomst op een termijn van een week zonder vergoeding.²⁹

Kantonrechter Amsterdam 15 oktober 2004

Werkneemster was als onderzoeksassistent bij het Erasmus MC betrokken bij een project waarbij een experimenteel geneesmiddel werd getest op patiënten met hersentumoren. De medisch ethische commissie van het Erasmus MC had met dit project ingestemd. Gedurende het onderzoek vroeg werkneemster tevergeefs aandacht voor problemen die zich voordeden met infuuspompen. Vervolgens zocht werkneemster contact met de medisch ethische commissie waardoor het project 'on hold' werd gezet in afwachting van nader onderzoek. Werkneemster had tevens (per brief) contact gezocht met de toenmalige minister van Volksgezondheid en met een hoofdinspecteur van de Inspectie Gezondheidszorg. De werkgever stelde dat werkneemster in strijd had gehandeld met haar contractuele geheimhoudingsplicht en haar verplichtingen als goed werkneemster te handelen. De kantonrechter oordeelde dat de overtreding van de geheimhoudingsplicht werkneemster niet viel te verwijten, nu zij op grond van de 'Wet medisch-wetenschappelijk onderzoek met mensen' gehouden was tot openbaarmaking van de problemen met de infuuspompen. De kantonrechter oordeelde dat de werkgever onderhavig geschil aan zichzelf te wijten had en onvoldoende oog had gehad voor de moeilijke positie van werkneemster. De verzochte ontbinding werd afgewezen en de kantonrechter oordeelde dat de schade aan werkgever zelf was toe te rekenen.³⁰

Kantonrechter Amersfoort 27 december 2006

Een journalist, werkzaam bij Omroep Amersfoort, had samen met leden van die omroep een open brief aan het college van B&W en de gemeenteraad van Amersfoort gestuurd, waarin zij hun verontrusting uitten over de gang van zaken bij de Omroep Amersfoort en openlijk kritiek uitten op het bestuur en management van de omroep. Dit gebeurde in een tijd waarin de gemeente moest adviseren of de Omroep Amersfoort in aanmerking kwam voor de zendmachtiging voor de lokale omroep. Voor de omroep was het handelen van de journalist aanleiding om hem wegens 'het toebrengen van ernstige en onherstelbare schade' op staande voet te ontslaan. De journalist stelde dat de schade niet was aangetoond, hij ook in relatie tot zijn werkgever de vrijheid had zijn mening te uiten en

dat zijn ontslag een disproportionele maatregel was. De kantonrechter ging in het verweer van de werknemer mee dat de schade niet was aangetoond. Bovendien had de journalist niet de intentie gehad schade toe te brengen. De kantonrechter was van mening dat een werknemer (in algemene zin) de vrijheid heeft zijn mening te uiten, ook tegenover zijn werkgever, en eventuele misstanden aan het licht te brengen, zeker indien een maatschappelijk belang in het geding is. Daarbij merkte de kantonrechter op dat het wel op de weg van de werknemer had gelegen eventuele misstanden eerst intern bij de werkgever te melden. Maar zelfs al zou de werknemer zijn kritiek op de organisatie niet eerst intern hebben geuit, dan nog was ontslag op staande voet volgens de kantonrechter in dit geval een te zware sanctie. De vorderingen van de werknemer, wedertewerking en doorbetaling van loon, werden toegewezen.³¹

Kantonrechter Bergen op Zoom 14 april 2009

Een werknemer van PET-Power B.V. (PET) beschuldigde de directeur productie van frauduleuze handelingen, stelde een 'klokkenluider' te zijn en bracht zijn aantijgingen ook in de openbaarheid. Volgens PET verzuimde de werknemer herhaaldelijk sluitend bewijs aan te leveren voor zijn beschuldigingen en was inmiddels een volstrekt onwerkbaar situatie ontstaan als gevolg van de ongefundeerde uitspraken. PET verzocht dan ook ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Bij de kantonrechter bestond geen twijfel dat de werknemer had bedoeld goed te doen, maar nu de werknemer zijn vermoedens niet hard had kunnen maken, had hij volgens de kantonrechter de verkeerde 'klok' geluid. Hierdoor was de arbeidsrelatie tussen partijen ernstig verstoord geraakt. De werknemer had een risico genomen en verloren, maar niet alle schuld lag volgens de kantonrechter bij de werknemer. De werkgever had verzuimd zelfstandig onderzoek naar het handelen van de directeur te doen. Door het feit dat de directeur plotseling was vertrokken, stond voor de kantonrechter vast dat het rommelde aan de top van PET. De arbeidsovereenkomst werd ontbonden met toekenning van een vergoeding aan de werknemer van iets meer dan C=1.³²

Voorzieningenrechter Amsterdam 21 januari 2010

Een senior financial professional bij ABN AMRO had vertrouwelijke informatie over een klant en interne procedures bij ABN AMRO gelekt in het kader van een onderzoek naar een door de bank afgegeven verklaring derdenbeslag. Daarnaast had de werknemer een getuigenis in een procedure tegen de bank afgelegd. Hij werd op staande voet ontslagen. Ter rechtvaardiging van zijn handelen stelde de werknemer dat hij een misstand aan het licht had gebracht en hem klokkenluidersbescherming toekwam. Hij stelde hiertoe een maatschappelijke verplichting te hebben. De rechter ging in dit betoog niet mee en oordeelde dat de werknemer dermate in strijd had gehandeld met de eisen van goed werknemerschap dat

29 Ktr. Maastricht 8 juli 2004, «JAR» 2004/214.

30 Ktr. Amsterdam 15 oktober 2004, «JAR» 2005/35.

31 Rb. Amersfoort 27 december 2006, «JAR» 2007/74.

32 Ktr. Bergen op Zoom 14 april 2009, *Prg.* 2009, 84.

dit een ontslag op staande voet in beginsel zonder meer rechtvaardigde. De rechter achtte daarbij van belang dat de werknemer een hoog functieniveau en ruime werkervaring binnen de bank had. Hij had zich ervan bewust moeten zijn dat hij de binnen ABN AMRO geldende vertrouwelijkheidsregels schond. Bovendien had hij de voorgeschreven procedure van de binnen ABN AMRO geldende klokkenluidersregeling niet gevolgd. In plaats van zijn vermoeden van een misstand eerst intern met iemand te bespreken, was

De Hoge Raad stelde voorop dat goed werknemerschap meebrengt dat een werknemer in beginsel tegenover zijn werkgever is gehouden tot discretie en loyaliteit, ook indien de werknemer van mening is dat binnen de organisatie sprake is van een misstand die in het algemeen belang dient te worden bestreden

hij zelf onderzoek gaan doen en had de resultaten daarvan direct aan een potentiële tegenpartij van ABN AMRO verstrekt.³³

*Hoge Raad 26 oktober 2012*³⁴

In 2012 oordeelde de Hoge Raad tot slot nogmaals over een klokkenluiderskwesitie. Het betrof een werknemer, werkzaam als ‘private banker advisory’ bij Theodoor Gilissen Bankiers N.V. (hierna: TGB), die zelf per mail ontslag op staande voet nam wegens misstanden bij TGB jegens een klant. De werknemer had de betrokken klant in de bcc van de mail gezet, welke klant vervolgens een procedure startte tegen TGB. Na zijn ontslag heeft de werknemer ook de aandeelhouder van TGB en de Autoriteit Financiële Markten (AFM) over de door hem verweten misstanden bij TGB ingelicht.

TGB vorderde onder meer schadevergoeding van de werknemer in verband met schending van de op de werknemer rustende geheimhoudingsverplichting.³⁵ De werknemer verweerde zich met de stelling dat hij een misstand aan de kaak had gesteld, dat interne meldingen geen resultaat hadden en hij daardoor wel tot externe melding moest overgaan. Hij stelde zorgvuldig te hebben gehandeld en als te goeder trouw handelende klokkenluider bescherming te verdienen. De kantonrechter overwoog dat de werknemer met zijn handelwijze niet een zwaarwegend publiek belang had gediend, maar uitsluitend het belang van de betrokken klant. De werknemer kwam daarom niet de bescherming van een klokkenluider toe. Het hof

oordeelde – overigens evenals de kantonrechter – dat de werknemer het contractuele geheimhoudingsbeding had geschonden en dat daarvoor geen rechtvaardiging bestond in de door de werknemer aangevoerde gronden. Het hof achtte van belang dat de werknemer niet eerst melding had gemaakt van de gestelde misstand bij een leidinggevende of andere competente functionaris bij TGB, dan wel de aandeelhouders, voordat hij de hem als werknemer passende loyaliteit en discretie tegenover zijn werkgever liet varen. Het hof onderschreef het oordeel van de kantonrechter dat met het ter beschikking stellen van de vertrouwelijke informatie, niet een zwaarwegend publiek belang was gediend.³⁶

In cassatie stelde de Hoge Raad voorop dat goed werknemerschap ex art. 7:611 BW meebrengt dat een werknemer in beginsel tegenover zijn werkgever is gehouden tot discretie en loyaliteit, ook indien de werknemer van mening is dat binnen de organisatie sprake is van een misstand die in het algemeen belang dient te worden bestreden. De Hoge Raad stelde de werknemer in cassatie wel in het gelijk wat betreft het feit dat het hof ten onrechte niet was ingegaan op zijn betoog dat hij met zijn handelwijze had voldaan aan de verplichtingen die voor hem voortvloeiden uit de binnen TGB geldende regels en gedragscodes. Ervan uitgaande dat die interne regels er mede toe strekten de klant van TGB te informeren en te beschermen, viel volgens de Hoge Raad niet in te zien waarom de loyaliteit en discretie van de werknemer onder deze omstandigheden zouden vergen dat de werknemer de misstand niet (ook) bij de klant van TGB meldde. De Hoge Raad achtte daarbij van belang dat de door werknemer gestelde misstand betrekking had op directieleden van TGB, dus op de hoogste functionarissen binnen de organisatie. Volgens de Hoge Raad viel dan ook niet in te zien dat de door het hof gestelde eis van een melding bij een functionaris bij TGB, enig effect zou hebben gehad. De beantwoording van de vraag of de handelwijze van de werknemer ook op de door hem genoemde wetgeving, zoals de WFT, kon worden gebaseerd, leende zich voor prejudiciële vragen en diende pas te worden beoordeeld indien zou blijken dat de interne regelgeving geen toereikende grondslag bood.³⁷

De rechtspraak van het EHRM

Uit de rechtspraak van het EHRM blijkt dat het Europese Hof de klokkenluidersproblematiek expliciet langs de meetlat van de vrijheid van meningsuiting legt (art. 10 EVRM). Het hof oordeelde in het verleden al dat de vrijheid van meningsuiting ook horizontale werking tussen werkgevers en werknemers heeft. Volgens het EHRM heeft de staat ook in de relatie tussen personen in de privaatrechtelijke sfeer een positieve verplichting om de vrijheid van meningsuiting te beschermen.³⁸ In de volgende twee

33 Vrzngnr. Amsterdam 21 januari 2010, «JAR» 2010/66.

34 Vanwege het feit dat dit de meest recente uitspraak van de Hoge Raad is over de klokkenluidersproblematiek en het feit dat in deze uitspraak de feiten en omstandigheden een belangrijke rol speelden bij de beoordeling, wordt deze uitspraak uitgebreider besproken dan de vorige uitspraken.

35 Zie over de schadeplichtigheid van de klokkenluider jegens zijn werkgever R.S. van Coevorden, ‘De klokkenluider, het geheimhoudingsbeding en art. 7:661 BW’, *ArbeidsRecht* 2002/42.

36 Gerechtshof Amsterdam 14 juni 2011, «JAR» 2011/221.

37 HR 26 oktober 2012, «JAR» 2012/313. Zie over dit arrest ook de noot van J.N. Stamhuis, *Tijdschrift Recht en Arbeid*, 2013-7, p. 28-29.

38 EHRM 29 februari 2000, nr. 39293/98, r.o. 38 (Fuentes Bobo/Spanje) en EHRM 21 juli 2011, *NJ* 2012, 282, r.o. 44 (Heinisch/Duitsland), m.nt. E.J.

uitspraken formuleerde het hof criteria aan de hand waarvan de gedraging van een klokkenluidende ambtenaar of werknemer moet worden beoordeeld.³⁹

EHRM 12 februari 2008

In deze uitspraak ging het om een ambtenaar (Guja) van het Openbaar Ministerie in Moldavië die interne informatie over intimidatie van officieren van justitie aan de pers had gegeven. Guja werd ontslagen op grond van de Arbeidswet wegens het overtreden van interne regels van het parket. Het hof beoordeelde in deze uitspraak of met dit ontslag de regels van art. 10 EVRM waren geschonden. Het hof stelde voorop dat art. 10 EVRM van toepassing is op de werkplek en oordeelde dat de inbreuk in dit geval bij wet was voorzien (de Moldavische Arbeidswet). De inbreuk diende ook een legitiem doel, nu werd voorkomen dat informatie zou worden onthuld die in vertrouwen was ontvangen. Bij beantwoording van de vraag of de inbreuk noodzakelijk was in de democratische samenleving stelde het hof voorop dat op werknemers in relatie tot de werkgever een verplichting tot loyaliteit en discretie rust.⁴⁰ Het signaleren door een werknemer in de publieke sector van illegaal gedrag binnen de organisatie verdient onder omstandigheden bescherming. Dit is het geval wanneer de werknemer de enige persoon is, of één van een kleine categorie van personen, die zich bewust is van wat er plaatsvindt en dus de beste positie heeft om in het publieke belang te handelen door de werkgever of het publiek te waarschuwen. Uitgangspunt is dat de werknemer eerst de leidinggevende of een andere competente functionaris binnen de organisatie op de hoogte stelt. Alleen indien dat niet uitvoerbaar is, kan de informatie aan het publiek worden onthuld. Om die reden weegt het hof ook mee of de werknemer een alternatieve weg openstond om de misstand te bestrijden. Verder zijn het publieke belang bij onthulling van de informatie, de mate van authenticiteit van de informatie, de schade die de autoriteiten lijden als gevolg van de onthulling, of de werknemer te goeder trouw handelde en de zwaarte van de aan de werknemer opgelegde sanctie factoren die volgens het hof moeten worden meegewogen.⁴¹ Op basis van voorafgaande afwegingen kwam het hof tot het oordeel dat de inbreuk op de vrijheid van meningsuiting niet noodzakelijk was in de democratische samenleving en art. 10 EVRM dus was geschonden.⁴²

Dommering.

39 Zie over deze uitspraken ook F.C. van Uden, 'Klokkenluiden: verder van huis met het Huis (1)', *ArbeidsRecht* 2013, 18.

40 Deze overweging kwam ook terug in het arrest van de Hoge Raad van 26 oktober 2012 (zie hiervoor).

41 Wat betreft de zwaarte van de sanctie, ontslag, overwoog het hof dat dit niet alleen negatieve gevolgen had voor de loopbaan van Guja, maar anderen kon ontmoedigen om misstanden te onthullen.

42 EHRM 12 februari 2008, *NJ* 2008, 305 (Guja), m.nt. E.A. Alkema. Alkema wijst er in zijn noot op dat dit de eerste keer is dat het EHRM zijn visie geeft op het verschijnsel van de klokkenluider.

EHRM 21 juli 2011

Een geriatrisch verpleegkundige van een bedrijf gespecialiseerd in ouderenzorg in Duitsland (Vivantes) had een strafklacht tegen Vivantes ingediend. De strafklacht hield in dat Vivantes misstanden had verdoezeld. Het Openbaar Ministerie sloot het onderzoek zonder vervolging, maar

De door het EHRM geformuleerde criteria zien we slechts in beperkte mate in de Nederlandse rechtspraak terugkomen

de werknemster werd uiteindelijk (nadat zij ook nog folders had verspreid) op staande voet ontslagen. Het hof overwoog eerst dat art. 10 EVRM ook van toepassing is op de private verhouding tussen een werkgever en werknemer en legde vervolgens dezelfde maatstaf aan als in de hiervoor uitspraak. Met het ontslag wegens de strafklacht was inbreuk gemaakt op de vrijheid van meningsuiting, maar deze inbreuk was bij wet voorzien en diende een legitiem doel. Ook bij de beoordeling of de inbreuk noodzakelijk was in een democratische samenleving, hanteerde het hof dezelfde criteria als in de uitspraak van 12 februari 2008. Opmerkelijk in de uitspraak uit 2011 is wel dat het hof overwoog dat Vivantes onvoldoende bewijs had geleverd om de stelling van de werknemster, dat het indienen van een interne klacht geen nuttig effect zou hebben gehad, te ontcrachten. De bewijslast wordt wat dit betreft door het EHRM bij de werkgever gelegd, waarmee ook bewijsrechtelijk de rechtsbescherming van de werknemer het uitgangspunt lijkt te zijn.⁴³

De in de rechtspraak ontwikkelde regels voor rechtsbescherming van klokkenluiders

De rechtspraak over klokkenluiders is schaars en de Nederlandse rechtspraak is bovendien – in tegenstelling tot de rechtspraak van het EHRM – casuïstisch. In de rechtspraak van het EHRM zijn aan de hand van art. 10 EVRM specifieke criteria geformuleerd ter beantwoording van de vraag of de werknemer onder de bescherming van art. 10 EVRM valt en/of de werkgever inbreuk mocht maken op de vrijheid van meningsuiting van de werknemer. Deze criteria zien we slechts in beperkte mate in de Nederlandse rechtspraak terugkomen.

In de Nederlandse rechtspraak, zoals we die hebben beschreven tot en met 2006, wordt de beantwoording van de vraag of de werknemer vertrouwelijke informatie naar buiten mag brengen, hoofdzakelijk nog in de sleutel van de vrijheid van meningsuiting geplaatst. In de laatste drie hiervoor beschreven Nederlandse uitspraken (2009, 2010 en 2012) komt de vrijheid van meningsuiting niet meer expliciet aan de orde. Dit is opmerkelijk nu juist deze drie uitspraken ná de uitspraak van het EHRM in 2008 werden

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

gewezen en in de uitspraak van het EHRM de vrijheid van meningsuiting ex art. 10 EVRM als uitgangspunt en toets werd gehanteerd bij de beoordeling van de klokkenluiderskwestie. In de laatste drie door ons beschreven Nederlandse uitspraken lijkt alleen nog belang te worden gehecht aan de geheimhoudingsverplichting, loyaliteit en discretie van de werknemer jegens de werkgever. Indien een interne klokkenluidersregeling geldt, dient die te worden gevolgd.

Ook de Hoge Raad stelde in zijn arrest uit 2012 voorop dat uit de norm van goed werknemerschap volgt dat de werknemer gehouden is tot discretie en loyaliteit tegenover zijn werkgever, ook als sprake is van een misstand. Ook de Hoge Raad lijkt daarmee veel gewicht toe te kennen aan de geheimhoudingsverplichting van de werknemer, zoals deze uit art. 7:611 BW voortvloeit, en enige terughoudendheid te betrachten bij de mogelijkheid tot afwijking van die verplichting.

Rode draad in de Nederlandse rechtspraak is dus dat de werknemer in beginsel gehouden is zich als goed werknemer aan zijn (contractuele) geheimhoudingsverplichting jegens de werkgever te houden, maar dat rechtvaardigingsgronden kunnen bestaan om hiervan af te wijken. De Nederlandse rechtspraak stemt in zoverre overeen met de rechtspraak van het EHRM, dat daarin ook de geheimhoudingsverplichting en de verplichting van de werknemer tot loyaliteit en discretie van belang worden geacht. In de rechtspraak van het EHRM wordt echter nadrukkelijk de vrijheid van meningsuiting van de werknemer als uitgangspunt genomen, terwijl in de Nederlandse rechtspraak de verplichting tot geheimhouding van de werknemer het uitgangspunt is. Kortom, waar in de rechtspraak van het EHRM bescherming van de klokkenluidende werknemer het uitgangspunt is, is in de Nederlandse rechtspraak de verplichting van de werknemer tot discretie en loyaliteit jegens de werkgever het uitgangspunt.

In de Nederlandse rechtspraak lijkt consensus te bestaan over het antwoord op de vraag of een werknemer die te goeder trouw als klokkenluider optreedt, en daarmee dus zijn geheimhoudingsverplichting jegens de werkgever schendt, ‘arbeidsrechtelijke bescherming’ verdient. Het antwoord daarop is in beginsel ja, mits de werknemer met recht als ‘klokkenluider’ kan worden aangemerkt. Om als klokkenluider te kunnen worden aangemerkt, komen in de Nederlandse rechtspraak steeds twee vereisten naar voren. De misstand waarover de werknemer de klok luidt, moet een maatschappelijk, dan wel algemeen belang betreffen en de werknemer moet de misstand eerst (tevergeefs) intern hebben gemeld. Dit stemt overeen met de rechtspraak van het EHRM. Verder wordt in een aantal uitspraken de toets van proportionaliteit toegepast op het naar buiten treden door de werknemer. De werknemer dient dit op de voor de werkgever minst schadelijke wijze te doen, welke proportionaliteitstoets eveneens aansluit bij de criteria van het EHRM. Een enkele rechter zoekt aansluiting bij de regels uit het ambtenarenrecht en komt dan tot min of meer

dezelfde criteria.⁴⁴

In het arrest van de Hoge Raad uit 2012 en een uitspraak van de Kantonrechter Amsterdam uit 2004⁴⁵ wordt een uitzondering op de verplichting van de werknemer de misstand eerst intern te melden geformuleerd. Indien interne regels of gedragscodes, dan wel wetgeving de werknemer verplichten een misstand te melden bij een externe (toezichthoudende) instantie, kan de overtreding van het geheimhoudingsbeding en het niet eerst intern melden van die misstand bij de eigen werkgever, de werknemer niet worden verweten. In het arrest van de Hoge Raad ging het om interne regels die het belang van de klant boven het belang van de organisatie plaatsten en het, normaal gesproken ongeoorloofde, handelen van de werknemer in het belang van de klant rechtvaardigden. Wat betreft het afwijken van het vereiste de misstand eerst intern te melden, achtte de Hoge Raad van belang dat interne melding geen effect zou hebben gehad nu de misstand zag op één van de hoogste functionarissen bij de werkgever. Dit sluit aan bij de rechtspraak van het EHRM, dat het onder omstandigheden, of indien het melden bij de leidinggevende duidelijk onwerkbaar is, gerechtvaardigd kan zijn de misstand naar buiten te brengen in plaats van deze (eerst) intern te rapporteren.⁴⁶

In slechts enkele uitspraken wordt aandacht besteed aan de verplichting van de werkgever om zelf onderzoek te doen of een ‘cultuur’ binnen de organisatie te creëren waarin het aan de orde stellen van misstanden mogelijk is. Goed werkgeverschap zou met zich brengen dat de werkgever beleid ontwikkelt en uitvoert waarbij de risico’s voor het kiezen van een andere dan de ‘formeel juiste uitlaatklep’ (waarmee kennelijk de interne weg wordt bedoeld) worden beperkt.

De behoefte aan wetgeving en de inhoud van het wetsvoorstel nader bezien

De behoefte aan wetgeving

Uit het hiervoor gaande blijkt dat uit de (Nederlandse) rechtspraak over de klokkenluider weliswaar enkele hoofdregels af te leiden zijn, die ook in de rechtspraak van het EHRM voorkomen, maar dat de rechtspraak vooral schaars en casuïstisch is. Het ontbreken van duidelijke regels over hoe werkgevers en werknemers in het kader van de klokkenluidersproblematiek met elkaar om moeten gaan en het ontbreken van een duidelijk omljnd en consequent toegepast toetsingskader in de Nederlandse

44 Vrzng. Alkmaar 28 februari 2002, «JAR» 2002/61, m.nt. M.S.A. Vegter.

45 Ktr. Amsterdam 15 oktober 2004, «JAR» 2005/35.

46 Tot zover komen de regels die uit de rechtspraak zijn af te leiden overigens grotendeels overeen met het wetsvoorstel uit 2003. M.S.A. Vegter wees hier ook al in haar noot bij Rb. Amsterdam 9 juli 2003, «JAR» 2003/191 op. Zij voegde daaraan toe dat het wetsvoorstel aldus inhoudelijk sterk aansloot bij de gedragscode van de Stichting van de Arbeid uit juni 2003, welke gedragscode slechts een aanbeveling was en aanleiding gaf tot het indienen van het wetsvoorstel in juli 2003. Gelet hierop kon volgens Vegter worden verwacht dat het wetsvoorstel uit 2003 zonder al te veel kleerscheuren de Tweede en Eerste Kamer zou passeren.

rechtspraak kan tot rechtsongelijkheid en rechtsonzekerheid leiden.⁴⁷ Wat dat laatste betreft, zou daarom naar onze mening het toetsingskader zoals dat door het EHRM is geformuleerd ook door de Nederlandse rechters moeten worden toegepast. Op deze wijze kan al aan de rechtsbescherming van de klokkenluidende werknemer worden tegemoetgekomen, zonder dat daar wetgeving voor nodig is. Met voorgaande is het ontbreken van duidelijke regels over hoe werkgevers en werknemers met elkaar om moeten gaan in het kader van de klokkenluidersproblematiek en ter voorkoming van problemen, nog niet opgelost.⁴⁸ Onduidelijk blijft of de werkgever verplicht is een interne regeling op te stellen en aan welke voorwaarden die moet voldoen. Voorts is niet helder hoe en in welke volgorde de werknemer dient te handelen bij het aan de kaak stellen van de misstand en het naar buiten treden en op welk moment kan worden gesteld dat een interne melding geen zin heeft gehad. Daarnaast is onduidelijk of bijvoorbeeld de ondernemingsraad moet worden betrokken bij het opstellen van een interne regeling. Nederlandse rechters die zich geconfronteerd zien met een klokkenluidersprocedure hebben nu geen handvatten waaraan zij kunnen toetsen in hoeverre de werknemer en werkgever juist hebben gehandeld en of de werkgever bijvoorbeeld voldoende zorg heeft gedragen voor een interne bedrijfscultuur waarin het intern melden mogelijk en veilig is en waarmee het klokkenluiden kon worden voorkomen. Wij zijn daarom van mening dat behoefte bestaat aan een wettelijke regeling waarin in ieder geval (ook) voorschriften worden gegeven voor interne regelingen, zodat de noodzaak tot klokkenluiden zo veel mogelijk wordt teruggedrongen en duidelijk is wat in dit kader van werkgevers en werknemers mag worden verwacht. De vraag is of het voorliggende wetsvoorstel voldoende bij die behoefte aansluit.

Het ontbreken van een verplichte interne melding

In zowel de Nederlandse rechtspraak als die van het EHRM komt het vereiste dat de klokkenluider de misstand eerst intern aan de orde moet stellen, alvorens hij de openbaarheid zoekt, als belangrijk criterium naar voren. Dit vereiste wordt losgelaten wanneer in redelijkheid valt aan te nemen dat een interne melding geen effect sorteert of niet uitvoerbaar is, dan wel indien interne dan wel wettelijke regelgeving melding bij een derde verplicht stelt. Ook naar onze mening dient deze eis op deze wijze als 'voorportaal' te worden gesteld en komt deze nu onterecht in het wetsvoorstel niet terug. De Raad van State is blijkens zijn advies eveneens van mening dat deze eis in het wetsvoorstel dient te worden opgenomen. In zijn advies stelt de Raad van State dat het Huis een melding moet toetsen op de vraag of de misstand eerst – zonder resultaat – intern is gemeld. Vervolgens dient het Huis volgens de Raad van State te toetsen of de misstand extern

is gemeld bij de bevoegde toezichthoudende instantie of inspectie en of aangifte van een strafbaar feit is gedaan.⁴⁹ In dat kader wijst de Raad van State er op dat de kern van het probleem (dat werkgevers niet altijd op de juiste manier omgaan met klokkenluiders) is gelegen in de bedrijfscultuur en daar een eerste verantwoordelijkheid bij die bedrijven zelf ligt. Het wetsvoorstel gaat hieraan voorbij door voor alle misstanden zonder interne melding vooraf een externe instantie in het leven te roepen.⁵⁰ Op deze wijze kan een werknemer direct, zonder de misstand eerst intern te moeten melden en de werkgever derhalve de kans te geven de misstand zelf op te lossen, naar een externe instantie stappen. Dit is naar onze mening niet alleen onwenselijk omdat op deze wijze de mogelijkheid van interne oplossing van het probleem door het bedrijf zelf onbenut wordt gelaten, maar ook omdat dit de arbeidsrelatie onnodig onder druk zet. Met de Raad van State zijn wij van mening dat de eerste verantwoordelijkheid tot het voorkomen van misstanden bij de werkgevers zelf ligt. Daarnaast ligt er echter ook een verantwoordelijkheid bij de werknemers. Om een bedrijfscultuur van openheid en vertrouwen te creëren, dienen zowel de werkgevers als de werknemers daaraan bij te dragen. Dat kan niet door 'achter de rug van de werkgever om' en zonder hem de mogelijkheid te geven het probleem zelf op te lossen, direct naar een externe instantie te stappen.

De indieners van het wetsvoorstel brengen tegen de verplichte interne melding vooraf in dat de bestaande interne regelingen in veel gevallen niet zouden werken of niet afdoende zouden zijn. Niet alleen is volgens de indieners van belang dat klokkenluiders worden beschermd, maar ook dat onderzoek naar maatschappelijke misstanden en aanbevelingen om deze op te lossen worden gedaan. Verder zou voorkomen moeten worden dat melders onder druk worden gezet, omdat verantwoordelijken in de organisatie zelf bij de misstand betrokken zijn.⁵¹ Deze argumenten overtuigen ons niet. Wat betreft de oneigenlijke druk die op een klokkenluider zou kunnen worden uitgeoefend bij een verplichte interne melding vooraf, kan worden aangesloten bij de reeds in de rechtspraak geformuleerde uitzonderingsgronden. Zo kan een uitzondering worden geformuleerd voor het geval aannemelijk is dat interne melding vooraf niet zinvol is, bijvoorbeeld omdat de melding een misstand betreft die ziet op één van de hoogste functionarissen bij de werkgever. Daarnaast kan in navolging van de rechtspraak worden gedacht aan een uitzondering in de situatie dat interne regelgeving of wetgeving verplicht tot melding bij een externe (toezichthoudende) instantie. Het argument van het belang van onderzoek naar maatschappelijke misstanden staat naar onze mening niet in de weg aan een verplichte interne melding vooraf. Indien de klokkenluider

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

48 Zie ook F.C. van Uden, 'De klok en de klepel', *Sociaal Recht* 2004-1, p. 14-20.

49 *Kamerstukken II* 2012/13, 33 258, nr. 5, p. 1 en 8. Wij gaan ervan uit dat de Raad van State hiermee alleen de gevallen bedoelt waarin een toezichthoudende instantie bestaat of daadwerkelijk sprake is van een strafbaar feit, maar de Raad van State zegt hier niets over in zijn advies.

50 *Kamerstukken II* 2012/13, 33 258, nr. 5, p. 5.

51 *Kamerstukken II* 2012/13, 33 258, nr. 5, p. 2 en 6.

van mening is dat het intern aankaarten van de misstand niet zinvol is geweest, kan hij immers alsnog een melding bij het Huis doen. Indien de interne regelingen bovendien niet goed werken of niet afdoende zijn, dan zou het meer voor de hand liggen om in het wetsvoorstel randvoorwaarden op te nemen waaraan die interne regelingen moeten voldoen. Dit brengt ons tot het volgende punt, de interne regeling.

De interne regeling

Art. 2 van het wetsvoorstel regelt de vaststelling van een verplichte interne regeling voor het omgaan met een melding van een misstand voor werkgevers die in de regel ten minste vijftig personen in dienst hebben. Deze bepaling is opgenomen naar aanleiding van het advies van de Raad van State dat het wetsvoorstel de werkgevers met een bepaald minimumaantal werknemers zou moeten verplichten in de eerste plaats zelf hun verantwoordelijkheid te nemen door een procedure vast te stellen voor de adequate behandeling van interne meldingen. Deze procedure zou moeten garanderen dat werknemers vermoedens van misstanden zonder persoonlijke risico's intern aan de orde kunnen stellen. De vormgeving zou volgens de Raad van State aan de werkgever moeten worden overgelaten, zo lang de procedure voldoet aan bij de wet te stellen randvoorwaarden.⁵² De indieners van het wetsvoorstel maken zich er hier naar onze mening te gemakkelijk vanaf door te stellen dat aan de suggestie van de Raad van State tegemoet wordt gekomen met het voorgestelde art. 2.

Zo onderbouwen de indieners niet waarom het aantal van vijftig werknemers in dit geval ook een goed criterium zou zijn. Bij een relatief klein bedrijf kunnen toch ook misstanden (met betrekking tot algemeen belang) plaatsvinden? Bij een kleine bank bijvoorbeeld of een asbestbedrijfje dat de gezondheid van werknemers en bewoners in gevaar brengt door op een verkeerde manier asbest te verwijderen. Wij stellen daarom voor geen grens te trekken, maar een interne (basis)regeling voor alle bedrijven verplicht te stellen.

Verder doen de indieners niets met de, naar onze mening terecht, suggestie van de Raad van State over de te stellen procedurele randvoorwaarden. De indieners maken zich er ook hier weer gemakkelijk van af door het argument te herhalen dat het niet alleen gaat om de bescherming van klokkenluiders, maar ook om het belang van onderzoek en aanbevelingen in het kader van maatschappelijke misstanden. Daartoe zouden interne procedures niet altijd afdoende zijn. Dit is een cirkelredenering. Juist in het kader van dit wetsvoorstel kunnen immers de procedurele randvoorwaarden worden gesteld om te garanderen dat die interne regelingen wel afdoende zijn.

Een interne klokkenluidersprocedure is een regeling die bij uitstek geschikt is voor betrokkenheid van de ondernemingsraad, nu een dergelijke procedure zowel de belangen van de ondernemer als de werknemers raakt. Wat betreft die procedurele randvoorwaarden zou dus in de eerste

plaats kunnen worden gedacht aan instemmingsrecht van de ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging voor de invoering van een klokkenluidersregeling, zodat de werknemers betrokken zijn bij de inhoud daarvan. Het is overigens niet ondenkbaar dat een dergelijke regeling onder het huidige art. 27 lid 1, sub j WOR valt,⁵³ maar nu dat artikel niet van toepassing is op de personeelsvertegenwoordiging, pleiten wij voor een aparte en specifieke toevoeging onder art. 27 lid 1 WOR, welke ook van toepassing wordt verklaard op de personeelsvertegenwoordiging. Voor het geval een bedrijf geen ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging heeft, zou wellicht aan standaard klokkenluidersregelingen kunnen worden gedacht, opgesteld door bijvoorbeeld een brancheorganisatie.

Voorts dient de wet voor te schrijven dat de interne regeling in ieder geval procedurevoorschriften bevat voor het doen van een melding, de wijze waarop moet worden gemeld, de wijze van onderzoek (hoor en wederhoor), termijnen en het schriftelijk informeren van de klokkenluider over de uitkomsten van het onderzoek.

Daarnaast pleiten wij voor een wettelijke verplichting van werkgevers tot het instellen van een vertrouwenscommissie, bestaande uit werknemers van het bedrijf, waar de klokkenluidende werknemer zijn melding kan doen zonder dat zijn naam binnen het bedrijf bekend wordt. Op deze wijze wordt tegemoetgekomen aan het gevaar benadeeld of ontslagen te worden wegens het klokkenluiden. De vertrouwenscommissie kan besluiten een onderzoek in te stellen en zich – in analogie met de regels voor de ondernemingsraad – zich daarin door een externe deskundige laten bijstaan. Een bijkomend voordeel van een vertrouwenscommissie is mogelijk de snelheid. In plaats van een onderzoek van een paar jaar, kan een vertrouwenscommissie dit wellicht binnen een maand verrichten. Zij kent immers de onderneming goed en is bekend met de bedrijfsvoering, de mensen, de cultuur en de regels. Het Huis heeft die voordelen allemaal niet. De vertrouwenscommissie dient na afsluiting van het onderzoek het onderzoeksrapport ter hand van de werkgever en werknemer te stellen. De werknemer kan dan bepalen of hij alsnog een melding bij het Huis (of wellicht eerst bij een externe instantie of politie) doet, waarbij de klokkenluider het rapport dient te overhandigen. Voor de vaststelling van de omvang van de vertrouwenscommissie zou de grootte van de onderneming bepalend kunnen zijn. Zowel wat betreft de samenstelling en totstandkoming kan worden aangesloten bij de regels voor de omvang van de ondernemingsraad. Teneinde te voorkomen dat de leden van de vertrouwenscommissie op wat voor wijze dan ook onder druk zouden kunnen worden gezet, zou voor deze leden – evenals voor de leden van de ondernemingsraad – een opzegverbod in art. 7:670 BW kunnen worden opgenomen. Of een werknemer lid is

53 Dit onderdeel spreekt immers van een regeling op het gebied van de behandeling van klachten. De wetgever heeft zich hier kennelijk gericht op klachten van werknemers (P.F. van der Heijden, *Rood's Wet op de ondernemingsraden*, Deventer: Kluwer 2004, p. 345).

52 *Kamerstukken II 2012/13, 33 258, nr. 5, p. 1 en 6.*

van de vertrouwenscommissie is immers wel objectief en direct bepaalbaar.

Wat betreft de materiële voorschriften voor een regeling zijn wij van mening dat bedrijven hierin enige vrijheid moeten krijgen. Hierbij denken wij aan de mogelijkheid van maatwerk bij de verdere invulling van de interne regeling, zodat aandacht kan worden besteed aan de aard van het bedrijf en de aard van de gegevens die voor dat bedrijf bijzonder vertrouwelijk zijn. Dat zal voor een bank anders zijn dan voor een asbestbedrijf.

Bewijslast en rechtsbescherming

In het wetsvoorstel zijn geen specifieke bepalingen opgenomen over de bewijslastverdeling tussen werkgever en werknemer over het bestaan van een (vermoeden van een) misstand, maar in de beschermingsbepalingen zijn wel aanknopingspunten te vinden. In de voorgestelde wijzigingen van Boek 7 BW ter bescherming van de werknemer wordt steeds de eis gesteld dat de werknemer te goeder trouw en naar behoren een vermoeden van een misstand heeft gemeld. Indien hiervan sprake is, komt de werknemer de voorgestelde bescherming toe. Te goeder trouw houdt volgens de indieners in dat de melder moet handelen vanuit zuivere motieven. Het naar behoren melden van een misstand betekent dat de werknemer zich 'bewust' moet zijn van het feit dat hij niet zo maar in de openbaarheid kan treden met feiten over een onderneming die onder de geheimhoudingsplicht vallen.⁵⁴ Maar wat zijn zuivere motieven en wanneer is iemand zich ervan bewust dat hij niet zo maar in de openbaarheid kan treden? Indien dit betekent dat het voldoende is dat de werknemer stelt dat hij niet uit eigen belang handelt en zich ervan 'bewust' is omdat hij het bij de werkgever en/of het Huis heeft gemeld en niet bij een andere instantie, slaat de bewijslastverdeling dan niet te ver door in het voordeel van de werknemer? Dit geldt te meer indien te term 'bewust' op dezelfde wijze moet worden ingevuld als de 'bewustheid' bedoeld als in art. 7:658 lid 2 BW en art. 7:661 BW.⁵⁵ De werkgever zal ter weerlegging dan immers moeten kunnen aantonen dat de werknemer zich *niet* bewust is geweest van het feit dat hij niet zomaar in de openbaarheid kan treden. Maar is dat dan niet veeleer een verzachtende omstandigheid in het voordeel van de werknemer? Kortom, de bepalingen uit het wetsvoorstel die nu de enige aanknopingspunten voor de bewijslastverdeling tussen de werkgever en werknemer vormen, roepen meer vragen op dan zij beantwoorden. Het wetsvoorstel beantwoordt op deze wijze in ieder geval niet aan een behoefte tot meer duidelijkheid over de bewijslast-

verdeling.⁵⁶ Ook wat betreft de verdeling van de bewijslast van het bestaan van een misstand ligt wat ons betreft een taak en verantwoordelijkheid bij de rechterlijke macht. De meeste Nederlandse rechters lijken ervan uit te gaan dat de bewijslast bij de werknemer ligt. Dat dit voor de werknemer een zware eis is, blijkt uit de uitspraak van de klokkenluider bij de kernreactor in Petten. Dit zal in de meeste gevallen toch een strijd van David tegen Goliath zijn, waarbij David vanzelfsprekend de werknemer is. In de rechtspraak van het EHRM is daarentegen een aanknopingspunt te vinden voor bewijslastverdeling in het voordeel van de werknemer. Naar onze mening ligt in de bewijslastverdeling, dan wel in een verzwaarde stel- en motiveringsplicht van de werkgever, een reële mogelijkheid voor verdere invulling van de rechtsbescherming van de klokkenluidende werknemer. De werkgever zal doorgaans immers de beschikking hebben over alle mogelijke relevante documenten waarmee een vermoeden van een misstand kan worden ontkracht. Het is aan de Nederlandse rechters om hun uitspraken in dit kader goed te motiveren.

Wij menen dat het onderwerp van de klokkenluider zich niet leent voor de wettelijke bescherming in Boek 7 BW, zoals nu in het wetsvoorstel opgenomen

Daarnaast valt op dat in het kader van art. 7:628 BW de bescherming wordt gekoppeld aan een verstoorde verhouding als gevolg van een melding, maar het benadelings- en opzegverbod in het wetsvoorstel alleen aan de *melding* worden gekoppeld. In de Kamerstukken is de reden voor dit onderscheid niet terug te vinden, alhoewel een mogelijke verklaring is dat ervan wordt uitgegaan dat pas aan art. 7:628 BW wordt toegekomen indien de werkzaamheden niet meer worden verricht. Hoe dan ook zet dit de deur voor werkgevers open om als reden voor de beëindiging de verstoorde arbeidsrelatie aan te voeren. Om van daadwerkelijk effectieve ontslagbescherming te kunnen spreken, zou deze tevens moeten worden gekoppeld aan de verstoorde arbeidsrelatie als gevolg van de melding. Ontslagbescherming enkel vanwege een melding (en de verstoorde arbeidsverhouding) is naar onze mening echter niet wenselijk. Dit geldt ook ten aanzien van de andere voorgestelde beschermingsartikelen in Boek 7 BW. Werknemers zouden bij een (dreigend) arbeidsconflict onterecht een melding van een misstand kunnen doen, waarmee zij in beginsel hun recht op loon behouden, niet mogen worden benadeeld en onder het opzegverbod vallen.⁵⁷ Of de melding al dan niet terecht is, blijkt mogelijk

54 Kamerstukken II 2012/13, 33 258, nr. 7, p. 4.

55 In het kader van art. 7:658 lid 2 BW is van 'bewuste' roekeloosheid van de werknemer alleen sprake indien de werknemer zich tijdens het verrichten van zijn onmiddellijk aan het ongeval voorafgaande gedraging van het roekeloos karakter van die gedraging daadwerkelijk bewust was (HR 20 september 1996, «JAR» 1996/203). Zie hierover uitgebreid C. J. Loonstra, 'Werkgeversaansprakelijkheid', in: C. J. Loonstra en W.A. Zondag, *Sdu Commentaar Arbeidsrecht Thematisch*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2012.

56 Er zijn Kamervragen gesteld over de uitleg van deze begrippen, waarbij door de VVD ook een vraag werd gesteld over de bewijslast, maar deze zijn op het moment van schrijven van dit artikel nog niet behandeld en beantwoord (Kamerstukken II 2013/13, 33 258, nr. 8, p. 9-10).

57 Uiteraard staat het de werkgever ook bij een opzegverbod vrij de kantonrechter te verzoeken de arbeidsovereenkomst te ontbinden, waardoor een werknemer nooit 100% ontslagbescherming heeft.

pas na enkele jaren van onderzoek door de werkgever, het Huis, het Openbaar Ministerie of een toezichthoudende instantie. Wat betreft de ontslagbescherming tijdens het onderzoek door het Huis en een jaar daarna delen wij bovendien de zorgen van de Raad van State en enkele Kamerleden dat deze te ver gaat.⁵⁸ Ook in deze bepalingen schuilt te veel het gevaar dat een werknemer met een arbeidsconflict wordt aangemoedigd om wegens onzuivere motieven een melding van een misstand bij het Huis te doen. Het kan vanaf dat moment immers meer dan anderhalf jaar duren voordat het onderzoek van het Huis is afgerond en de werknemer heeft daarna nog het vooruitzicht van mogelijk nog een jaar ontslagbescherming.⁵⁹

Wij menen dan ook dat het onderwerp van de klokkenluider zich niet leent voor de wettelijke bescherming in Boek 7 BW, zoals nu in het wetsvoorstel opgenomen. Ons voornaamste bezwaar is dat die rechtsbescherming alleen aan werknemers zou moeten toekomen die terecht en op juiste wijze een melding doen. Maar of een melding al dan niet terecht is, is op het moment van die melding niet objectief bepaalbaar en wijst zich mogelijk pas jaren later uit. Bovendien is de melding niet een opzichzelfstaand iets, maar wordt deze ingekleurd door vele andere bijkomende omstandigheden die zowel in de invloedssfeer van de werkgever als de werknemer liggen en die bepalen of een melding op de juiste wijze heeft plaatsgevonden. Op deze omstandigheden kan in wetsartikelen niet of onvoldoende worden geanticipeerd. Wat dat betreft, is de melding van een misstand te subjectief en niet vergelijkbaar met bijvoorbeeld de andere wettelijke opzegverboden. Een werknemer is wel of niet ziek, zwanger of lid van de ondernemingsraad. De omstandigheden waaronder iemand zwanger, ziek of lid van de ondernemingsraad is geworden, doen niet ter zake. Dit in tegenstelling tot de melding van een misstand, waarbij de omstandigheden van doorslaggevend belang zijn voor de beoordeling daarvan. Wat betreft de rechtsbescherming van de klokkenluidende werknemer wijzen wij op de mogelijkheid van voorschriften over de verplichte interne procedure en de rol van de rechterlijke macht bij de vaststelling van de bewijslastverdeling en het toepassen van het toetsingskader van het EHRM.

Conclusie

De Nederlandse rechtspraak over de klokkenluider geeft wel enkele hoofdlijnen, maar is schaars en casuïstisch. De kern in de besproken jurisprudentie lijkt te zijn dat de werknemer zich in beginsel dient te houden aan zijn (contractuele) geheimhoudingsverplichting jegens de

werkgever. Uit het arrest van oktober 2012 lijkt te volgen dat de Hoge Raad veel waarde hecht aan deze geheimhoudingsverplichting. Het vereiste dat de klokkenluider eerst de (vermoedelijke) misstand intern aan de orde stelt, voordat hij naar buiten treedt, verdient in de rechtspraak ruimschoots aandacht. Naar onze mening dient deze verplichting in het wetsvoorstel te worden opgenomen. Het is onwenselijk dat een werknemer direct naar een externe instantie kan stappen. Hiermee wordt de werkgever de mogelijkheid ontnomen de misstand zelf op te lossen en wordt de arbeidsverhouding verder onder druk gezet. Op deze verplichting dienen twee uitzonderingen te worden geformuleerd. Indien aannemelijk is dat interne melding vooraf niet zinvol is, of (interne) regelgeving verplicht tot melding bij een externe (toezichthoudende) instantie, komt de verplichting tot het eerst intern melden te vervallen. De rechtspraak van het EHRM, waarin een duidelijk toetsingskader aan de hand van art. 10 EVRM is geformuleerd, zou naar onze mening ook in de Nederlandse rechtspraak moeten worden toegepast.

Naar onze mening bestaat vanuit een oogpunt van rechtszekerheid en rechtsgelijkheid daarnaast nog wel behoefte aan een wettelijke regeling die het procedurele kader vormt voor het handelen van werkgever en werknemer bij het klokkenluiden en die de rechter handvatten kan bieden bij de beoordeling van dat handelen.

Verder verplicht het wetsvoorstel een organisatie met minimaal vijftig werknemers een interne klokkenluidersregeling in te stellen. Wij zijn van mening dat ook in kleinere bedrijven een interne regeling van belang kan zijn en stellen daarom voor een interne regeling altijd verplicht te stellen. Ten onrechte zijn naar onze mening in het wetsvoorstel niet de procedurele randvoorwaarden voor een dergelijke regeling opgenomen. Zo zou verplicht moeten worden gesteld dat het medezeggenschapsorgaan wordt betrokken bij de totstandkoming van een dergelijke regeling, nu dit onderwerp zich daarvoor uitstekend leent. Hiertoe kan onder art. 27 lid 1WOR een specifieke bepaling worden opgenomen. Indien er geen medezeggenschapsorgaan is, kan worden gedacht aan aansluiting bij standaard klokkenluidersregelingen die door brancheverenigingen worden opgesteld. De wet moet voorschrijven dat de interne regeling moet voorzien in voorschriften over de procedure van de melding, het interne onderzoek, de termijnen en het schriftelijk informeren van de klokkenluider over de uitkomsten van het onderzoek. Tot slot pleiten wij voor de verplichtstelling van een vertrouwenscommissie, bestaande uit werknemers van het bedrijf, waar de (potentiële) klokkenluider met zijn melding terecht kan. Wat betreft grootte en totstandkoming van deze commissie kan weer de analogie met de regels voor de ondernemingsraad worden gezocht. Verder zouden bedrijven de mogelijkheid moeten behouden om wat betreft de materiële voorschriften maatwerk op te stellen, waarbij rekening kan worden gehouden met de aard van het bedrijf.

Tot slot menen wij dat het onderwerp van de klokkenluider zich niet leent voor de wettelijke bescherming in Boek 7 BW,

⁵⁸ *Kamerstukken II* 2012/13, 33 258, nr. 5, p. 9-10 en nr. 8, p. 9-10.

⁵⁹ Een ander bezwaar tegen voorgestelde wijzigingen van Boek 7 BW is dat de rechtsbescherming niet ziet op een melding bij een toezichthoudende instantie en dat niet duidelijk wordt gemaakt hoe het opzegverbod zich verhoudt met art. 7:678 lid 2 onder i BW, dat het bekendmaken van bedrijfsgeheimen als voorbeeld van een dringende reden noemt (zie ook *Kamerstukken II*, 33 258, nr. 8, p. 9-10).

zoals nu in het wetsvoorstel opgenomen. Deze bepalingen kunnen misbruik door werknemers die niet te goeder trouw zijn in de hand werken. Rechtsbescherming zou alleen aan werknemers moeten toekomen die terecht en op juiste wijze een melding doen, maar dit komt mogelijk pas jaren later vast te staan en is afhankelijk van de concrete omstandigheden van het geval. Het wetsvoorstel zou dan ook beperkt moeten blijven tot procedurele bepalingen waarmee een kader wordt gecreëerd waarbinnen het handelen van werkgevers en werknemers moet blijven en voor rechters als handvat kan dienen bij de beoordeling daarvan. De rechterlijke macht kan de bescherming van de klokkenluider verder invullen middels de bewijslastverdeling.

Kortom, er is nog werk aan de winkel voor de wetgever en met dit wetsvoorstel is de laatste ronde nog niet ingeluid!



Over de auteurs

Mw. mr. dr. M.M. Koevoets is als advocaat werkzaam bij Kneppelhout en Korthals Advocaten te Rotterdam.



Mr. A. Briejer is als advocaat werkzaam bij Kneppelhout en Korthals Advocaten te Rotterdam.