

## 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).<sup>1</sup> 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.<sup>2</sup> 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.<sup>3</sup>

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.<sup>4</sup> 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?<sup>5</sup> 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')<sup>6</sup> 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.<sup>7</sup>

## 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’.<sup>8</sup> 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 redelijkheid- 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.<sup>9</sup> 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.<sup>10</sup>

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.<sup>11</sup> 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 illustratie 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.<sup>12</sup>

Dit grondrecht<sup>13</sup> is ook van belang voor de rechtspositie van de klokkenluider en is als zodanig ook in de jurisprudentie van het EHRM uitdrukkelijk erkend.<sup>14</sup> 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.<sup>15</sup> 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*).<sup>16</sup> 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*.<sup>17</sup> 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 uitingenvrijheid.<sup>18</sup> 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.<sup>19</sup>

Opvallend in de Nederlandse rechtspraak is dat het grondrecht van art. 10 EVRM niet rechtstreeks wordt meegewogen bij de beoordeling van klokkenluiderszaken.<sup>20</sup> 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.<sup>21</sup> 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.<sup>22</sup> 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.<sup>23</sup> In de jurisprudentie van het EHRM<sup>24</sup> 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 uitingenvrijheid: 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 (*Sosinowska/Polen*, m.nt. E.A. Alkema); EHRM 9 oktober 2012, *EHRC* 2013/12 (*Szima/Hongarije*, m.nt. F. Dorsemont) 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 gepleit<sup>25</sup> en erop gewezen dat het grondrecht van art. 10 EVRM juist in klokkenluiderszaken bescherming aan werknemers biedt.<sup>26</sup>

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*)<sup>27</sup> 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. Dorsssement 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 afwegingscriteria<sup>28</sup> 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.<sup>29</sup>

28. Dommering heeft er in zijn annotatie bij de Heinisch-zaak mijns inziens terecht op gewezen dat nationale arbeidsrechtelijke 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/Spain)*, 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.<sup>30</sup> 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.<sup>31</sup> 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.<sup>32</sup> Deze procedurele volgorde (voorafgaand aan externe melding eerst interne melding) is in overeenstemming met de hiervoor besproken jurisprudentie van het EHRM. Deze hoofdregel van voorafgaande 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. Dorsemont).

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.<sup>33</sup>

In het *Quirijs/Theodoor Gillissen Bank*-arrest uit 2012,<sup>34</sup> formuleerde de Hoge Raad twee belangrijke uitzonderingen op deze hoofdregel.<sup>35</sup> In deze zaak ging het om Quirijs, 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).<sup>36</sup> Een klant die hij in zijn functie adviseerde dreigde hiervan de dupe te raken. Quirijs 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 Quirijs 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 Quirijs wegens schending van zijn geheimhoudingsplicht. De klant vordert schadevergoeding van de bank en beroept zich hierbij ook op de stellingen van Quirijs over de vermeende misstanden. Nadat de bank rechtsmaatregelen tegen hem had ingesteld, licht Quirijs pas de aandeelhouder van de bank en de AFM in. In de procedure tegen de bank, beroept Quirijs zich op de wettelijke regels van de Wft<sup>37</sup> 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 Quirijs 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 Quirijs, 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.<sup>38</sup> 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 Quirijs 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. Quirijs beriep zich hier op de belangenconflictenregeling van art. 4:88 Wft en art. 67 Besluit gedragstoezicht financiële ondernemingen (Bgfo).

37. Zie opnieuw art. 4:88 Wft en art. 67 Bgfo. Quirijs 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.<sup>39</sup> Ook de A-G werpt in zijn conclusie de vraag op naar de proportionaliteit van de handelwijze van Quirijs.<sup>40</sup> 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.<sup>41</sup> 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 Quirijs 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 gedragtoezichthouder op grond van de Wft de meest aangewezen weg zijn.<sup>42</sup> 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 Quirijs 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.<sup>43</sup>

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 Quirijs 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.<sup>44</sup> 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.’<sup>45</sup>

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.<sup>46</sup> 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 klemt 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.<sup>47</sup> 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.<sup>48</sup>

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.<sup>49</sup> 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.<sup>50</sup> 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.<sup>51</sup> De bescherming tegen benadeling treedt dus al in werking op het tijdstip van interne melding mits aan de voorwaarden van het benadelingsverbod wordt voldaan.<sup>52</sup>

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.<sup>53</sup> 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 vervoltraject 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.<sup>54</sup> 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.<sup>55</sup>

### 2. Te goeder trouw<sup>56</sup>

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.<sup>57</sup>

### 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.<sup>58</sup> 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 gevegd 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.<sup>59</sup> 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.<sup>60</sup>

*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'.<sup>61</sup> 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 Huis<sup>62</sup> 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’.<sup>63</sup> 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.<sup>64</sup>

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.’<sup>65</sup>

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,<sup>66</sup> 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.’<sup>67</sup>

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.<sup>68</sup> Bij externe melding aan een van deze instanties dient als hoofdregel nog steeds dat eerst intern de misstand aan de orde moet worden gesteld.<sup>69</sup> 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 vermoeden 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.<sup>70</sup>

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.<sup>71</sup>

*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.<sup>72</sup> Hieronder vallen toezichthoudende instanties die in het Verenigd Koninkrijk zijn aangewezen om in te grijpen bij misstanden.<sup>73</sup> 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 uitingenvrijheid 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.’<sup>74</sup>*

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.<sup>75</sup> 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.<sup>76</sup> Te denken valt hierbij bijvoorbeeld aan een openbare waarschuwing van DNB of de AFM bij overtreding van verbodsbepalingen van de Wft.<sup>77</sup>

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.<sup>78</sup> 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 onderneming<sup>79</sup> en een ziekenhuis.<sup>80</sup> 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.<sup>81</sup>

*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.<sup>82</sup>

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).<sup>83</sup>

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: Resolution 1729 (2010): *Protection of ‘whistleblowers’*, te raadplegen via [www.assembly.coe.int](http://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 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,<sup>84</sup> banken, investeerders<sup>85</sup> 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 BW<sup>86</sup> 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.