

Wet Huis voor klokkenluiders verbetert de positie van de klokkenluider niet

TRA 2016/104

De Wet Huis voor klokkenluiders beoogt de voorwaarden voor klokkenluiden te verbeteren en de klokkenluider beter te beschermen. Volgens de auteurs van dit artikel worden die doelen niet bereikt doordat de wet te beperkt is gedefinieerd. Zo zullen werknemers naar de verwachting van de auteurs zelden een beroep kunnen doen op de wet en daardoor de gewenste rechtsbescherming missen. Om de lacunes in de wet aan te vullen, geven de auteurs een aantal bruikbare tips.

1. Inleiding

Op 1 juli 2016 is de Wet Huis voor klokkenluiders in werking getreden.² Deze wet regelt de oprichting van het Huis voor klokkenluiders (het *Huis*), waarbij vermoedens van misstanden kunnen worden gemeld. Het Huis kan naar aanleiding van een melding een onafhankelijk feitenonderzoek instellen. Voor het feitenonderzoek kan het Huis gebruikmaken van specifieke bevoegdheden, zoals het horen van getuigen, het oproepen van deskundigen en het inzien van documenten (art. 13 en 14 Wet Huis voor klokkenluiders). Het feitenonderzoek leidt tot een rapport met een oordeel en bevindingen, dat – geanonimiseerd – openbaar wordt gemaakt (art. 17 Wet Huis voor klokkenluiders).

Het doel van de Wet Huis voor klokkenluiders is enerzijds de voorwaarden voor het melden van maatschappelijke misstanden binnen organisaties verbeteren en anderzijds melders van misstanden beter beschermen.³ Het melden van een dergelijk vermoeden van een misstand kan voor zowel de klokkenluider als de betreffende organisatie ernstige gevolgen hebben. In diverse tijdschriftartikelen en commentaren zijn het wetsvoorstel en de definitieve versie van de Wet Huis voor klokkenluiders al besproken.⁴ In deze bijdrage worden de doelstellingen van de Wet Huis voor klokkenluiders besproken en wordt gezien of deze doelstellingen worden behaald.

1 Mr. F.H.A. (Frank) ter Huurne is als partner en advocaat verbonden aan Lexence N.V. Mr. A.J.C. (Sander) Theunissen is als advocaat verbonden aan Lexence N.V.

2 *Stb.* 2016, 147 en 148; *Stb.* 2016, 196.

3 *Kamerstukken II* 2011/12, 33258, 9, p. 1-2.

4 Zie onder meer: F.C. van Uden, 'Klokkenluiden: verder van huis met het Huis', *ArbeidsRecht* 2013/18 en *ArbeidsRecht* 2013/24, M.M. Koevoets & A. Briejer, 'Een klokkenluider van het Huis. De laatste ronde ingeluid', *TAP* 2013/3, H.J. de Kluiver e.a., *Klokkenluiders in perspectief*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2015, *De special in Bedrijfsjuridische berichten Bb* 2016/42, *Bb* 2016/43, *Bb* 2016/44 en *Bb* 2016/45, A.F. Verdam, 'De wet Huis voor klokkenluiders bezien vanuit de werkgever en zijn organisatie', *WPNR* 2016/7101 en S. Mirshahi & M. Nicolai, 'Klokkenluiders gaan van Adviespunt naar Huis', *NJB* 2016/1277.

2. Doelstelling 1 en de reikwijdte van de Wet Huis voor klokkenluiders

In deze paragraaf wordt aan de hand van de reikwijdte van de Wet Huis voor klokkenluiders gezien of doelstelling 1, het verbeteren van de voorwaarden voor het melden van maatschappelijke misstanden, wordt behaald.

Klokkenluiders kunnen zich vormvrij wenden tot het Huis voor advies, informatie en ondersteuning inzake het vermoeden van een misstand (art. 3a lid 2 en 3k Wet Huis voor klokkenluiders). Dit deel van de werkwijze van het Huis wijkt niet af van die van de vóór 1 juli 2016 functionerende Commissie advies- en verwijspunt klokkenluiden. De afdeling advies van het Huis voegt dus niets toe aan de reeds vóór 1 juli 2016 bestaande praktijk. De toegevoegde waarde van de Wet Huis voor klokkenluiders moet dus vooral komen uit de afdeling onderzoek van het Huis, waarover hieronder meer.

Naar aanleiding van een verzoek kan het Huis twee soorten onderzoeken instellen. Allereerst kan het Huis een onderzoek instellen naar een vermoeden van een misstand. Ten tweede kan het Huis een onderzoek instellen naar de wijze waarop de werkgever zich heeft gedragen jegens de werknemer die een melding van een vermoeden van een misstand heeft gemaakt.

Bij beide onderzoeksvarianten is art. 1 onderdeel d Wet Huis voor klokkenluiders van groot belang. Daarin is het 'vermoeden van een misstand' gedefinieerd. Dat is – kort samengevat – het redelijke vermoeden dat sprake is van een misstand, waarbij het maatschappelijke belang in het geding is. Het maatschappelijke belang is in het geding 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.

Vereist is steeds dat sprake is van een patroon of structureel karakter, of van een zodanig ernstige of omvangrijke misstand dat daardoor het maatschappelijk belang wordt geraakt. Ook fraude, corruptie en vriendjespolitiek worden genoemd als ernstige misstanden.⁵

Omdat het maatschappelijk belang in het geding moet zijn, zullen niet veel werknemers de status van klokken-

5 Zie: *Kamerstukken I* 2013/14, 33258, C, p. 5; *Kamerstukken I* 2015/16, 33258, C, p. 18 en *Handelingen I* 2015/16, 33258, 19, item 6, p. 20 en 41.

luider verkrijgen. Met klokkenluider, een begrip dat overigens verder niet in de Wet Huis voor klokkenluiders wordt gehanteerd, bedoelen wij degene die om een onderzoek van het Huis heeft verzocht en waarbij het Huis ook daadwerkelijk een onderzoek instelt en niet binnen zes weken afbreekt op grond van art. 6 Wet Huis voor klokkenluiders (in dit artikel is bepaald dat de afdeling onderzoek geen onderzoek stelt indien bijvoorbeeld het verzoek kennelijk onredelijk is of wanneer het maatschappelijk belang bij een onderzoek kennelijk onvoldoende is). De definitie ‘vermoeden van een misstand’ beperkt dus het aantal klokkenluiders dat onder de Wet Huis voor klokkenluiders valt aanzienlijk en heeft een veel beperktere reikwijdte dan de definitie die bijvoorbeeld de Corporate Governance Code en de Verklaring inzake het omgaan met vermoedens van misstanden in ondernemingen van de Stichting van de Arbeid (StAr) geven. Er zullen naar onze verwachting nauwelijks werknemers zijn die een beroep kunnen doen op de Wet Huis voor klokkenluiders en daardoor ontberen zij de rechtsbescherming van de Wet Huis voor klokkenluiders.

Voor het onderzoek naar het gedrag van de werkgever jegens de werknemer die een melding van een vermoeden van een misstand heeft gedaan geldt hetzelfde. Wij lezen deze onderzoeksbevoegdheid zo dat het gedrag van een werkgever pas door het Huis kan worden onderzocht, als de werknemer een melding heeft gedaan van een vermoeden van een misstand als bepaald in art. 2 lid 2 Wet Huis voor klokkenluiders.

Opvallend is ook dat de werkgever die in de regel minimaal vijftig personen in dienst heeft, instemming bij de ondernemingsraad moet vragen voor het vaststellen van een procedure ‘voor het omgaan met het melden van een vermoeden van een misstand, als bedoeld in art. 2, eerste lid, van de Wet Huis voor klokkenluiders’, aldus art. 27 lid 1 sub m Wet op de ondernemingsraden (WOR). Deze door de Wet Huis voor klokkenluiders in de WOR geïntroduceerde bepaling verwijst naar art. 2 lid 1 Wet Huis voor klokkenluiders, waarin de verplichting is vastgelegd tot het vaststellen van een klokkenluidersregeling. In art. 2 lid 2 Wet Huis voor klokkenluiders is bepaald dat in deze klokkenluidersregeling onder meer moet zijn ‘omschreven wanneer sprake is van een vermoeden van een misstand met inachtneming van de definitie van een vermoeden van een misstand als bedoeld in deze wet’. Er wordt aldus verwezen naar de definitie van een ‘vermoeden van een misstand’.

Aangezien de werkgever met in de regel minimaal vijftig personen in dienst een klokkenluidersregeling moet vaststellen met inachtneming van de – enge – definitie van een vermoeden van een misstand, vallen dus maar weinig werknemers onder die interne regeling. Er moet immers in zo’n geval niet alleen een redelijk vermoeden van een misstand bestaan, maar ook het maatschappelijke belang moet in concreto in het geding zijn. Anders dan De Kluiver en – in

mindere mate – Brabers⁶, zijn wij van mening dat de onderzoekende functie van het Huis dus beperkt is en dat de klokkenluidersregelingen van heel wat werkgevers een lege huls zullen zijn. Dit wordt pas anders als werkgevers in positieve zin afwijken van de wettelijke definitie van een vermoeden van een misstand en dit ruimer formuleren. Bij deze ‘bovenwettelijke’ misstanden kan het Huis evenwel geen onderzoek instellen.⁷

Bovendien is het naar onze mening merkwaardig dat in beginsel een interne melding moet worden gedaan van (zelfs) een misstand waarbij de volksgezondheid, het milieu of de integriteit van het openbaar bestuur in het geding is. Dit zijn juist bij uitstek misstanden waarvan in redelijkheid niet kan worden gevergd deze intern te melden, maar waarbij de klokkenluider bijvoorbeeld direct kan melden aan een toezichthouder, inspectie of de politie.⁸ Als een maatschappelijk belang in het geding is, kan dit wat ons betreft niet intern worden opgelost, alleen al omdat bij dergelijke misstanden in de regel meerdere organisaties betrokken zullen zijn. Bovendien vinden wij dat dergelijke misstanden altijd publiekelijk bekend moeten worden gemaakt om te voorkomen dat de betrokkenen zich schuldig maken aan een misstand zonder er de consequenties van te hoeven dragen. In dit kader wijzen wij op één van de twee standaardarresten van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) op het gebied van klokkenluiden, de zaak *Guja/Moldavië*.⁹ Guja kreeg in zijn ambtelijke functie als hoofd voorlichting bij het parket van de procureur-generaal in Chisinau, Moldavië, twee brieven in bezit waaruit bleek dat de vicevoorzitter van het parlement en de Staatssecretaris van Binnenlandse Zaken zich bemoeiden met de vervolging van politieagenten wegens machtsmisbruik. Guja besloot deze brieven door te sturen aan een landelijk dagblad, die deze brieven publiceerde. Guja erkent dat hij de brieven heeft doorgestuurd en wordt vervolgens ontslagen. In eigen land verliest hij de tegen zijn ontslag aangespannen zaak in drie instanties. Daarop start hij een procedure bij het EHRM. Het EHRM beslist unaniem dat Guja’s ontslag in strijd is met het recht op vrijheid van meningsuiting van art. 10 van het Europees Verdrag van de Rechten van de Mens (EVRM). Het EHRM overwoog onder meer:

“There is no doubt that these are very important matters in a democratic society which the public has a legitimate interest in being informed about and which fall within the scope of political debate.”

6 H.J. de Kluiver, ‘Introductie en ten geleide’ & J. Brabers, ‘De meerwaarde van een interne klokkenluidersregeling in de praktijk’, in: H.J. de Kluiver e.a., *Klokkenluiders in perspectief*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2015, p. 12 en 32.

7 Zie ook J.E. Brouwer-Harbach & E.L. Traag, ‘Werknemer, hang het niet aan de grote klok... De mogelijkheden voor werknemers om misstanden te melden onder de Wet Huis voor klokkenluiders’, *TAP* 2016/225.

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

9 EHRM 12 februari 2008, ECLI:NL:XX:2008:BD1054, *NJ* 2008/305, m.nt. Alkema (*Guja/Moldavië*). Zie ook het andere standaardarrest: EHRM 21 juli 2011, ECLI:NL:XX:2011:BT6201, *NJ* 2012/282, m.nt. Dommering (*Heinisch/Duitsland*).

Ook het EHRM is van mening dat maatschappelijk belangrijke misstanden moeten worden geopenbaard in het publieke belang. De Wet Huis voor klokkenluiders legt dus, anders dan het EHRM, een extra verplichting op aan de klokkenluider. Conform de Wet Huis voor klokkenluiders moet de klokkenluider eerst intern melden, terwijl dat volgens het EHRM niet noodzakelijk is.

De conclusie is dat het eerste doel van de Wet Huis voor klokkenluiders vermoedelijk niet of nauwelijks zal worden bereikt. Dit wordt slechts anders als werkgevers een klokkenluidersregeling – na instemming van de ondernemingsraad – vaststellen die het vermoeden van een misstand veel ruimer definieert, zodat meer werknemers er een beroep op kunnen doen.

3. Doelstelling 2 en de verwarrende begrippen

Wellicht wordt de tweede doelstelling, een betere bescherming voor klokkenluiders, wel gehaald. Met de Wet Huis voor klokkenluiders is art. 7:658c BW in het arbeidsovereenkomstenrecht geïntroduceerd. Dit nieuwe artikel bepaalt 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 art. 1 onderdeel d Wet Huis voor klokkenluiders. Te goeder trouw houdt in dat de klokkenluider moet handelen vanuit zuivere motieven. Het lijkt dus mogelijk dat de klokkenluider zelf aanvankelijk onderdeel was of deelnam aan het ontstaan of voortbestaan van de misstand, maar dat hij toch te goeder trouw tot melding kan overgaan. Het naar behoren melden van een misstand betekent dat de werknemer zich bewust moet zijn van het feit dat hij niet zomaar in de openbaarheid kan treden met feiten over een onderneming die onder de geheimhoudingsplicht vallen.¹⁰ De werknemer moet zich dus houden aan de plicht in beginsel eerst intern te melden. Het benadelingsverbod geldt tijdens en na de behandeling van de melding bij de werkgever of de daartoe bevoegde instantie. Dit duidt op een ruime bescherming in de tijd. Onder het benadelingsverbod vallen in ieder geval ontslag, het niet-voortzetten van de arbeidsovereenkomst, het overplaatsen of weigeren van een verzoek daartoe, het treffen van ordemaatregelen, het onthouden van een loonsverhoging of promotiekans en het afwijzen van verlof.¹¹

Hoewel het benadelingsverbod een ruime insteek lijkt te hebben, geldt dit verbod alleen voor de 'werknemer' in de zin van art. 7:610 BW. De ruime definitie van werknemer en werkgever van art. 1 lid 1 sub g en sub h Wet Huis voor klokkenluiders geldt hier niet, zodat de vrijwilliger, stagiair en zzp'er geen rechtsbescherming kunnen ontleen aan art. 7:658c BW. Reparatiewetgeving is op dit punt aangekondigd.¹² Als de klokkenluider zich al kan beroepen op het benadelingsverbod, zal dit evenwel in de praktijk niet goed

werken, omdat de klokkenluider simpelweg niet meer past binnen de organisatie. Dit is onderkend in de parlementaire geschiedenis, waarin wordt toegelicht dat het benadelingsverbod met name is bedoeld om de klokkenluider de tijd te geven elders een baan te vinden, indien de arbeidsverhouding ernstig verstoord is geraakt.¹³ Een ontbinding wegens een verstoorde arbeidsverhouding lijkt dus, ondanks dat is voldaan aan de criteria van art. 7:669 lid 3 sub g BW, niet mogelijk.

Bovendien brengt de wet zelf een aanzienlijke beperking aan op het benadelingsverbod door in art. 7:658c BW te verwijzen naar vermoedens van misstanden als bedoeld in art. 1 onderdeel d Wet Huis voor klokkenluiders. Wederom dient dus een maatschappelijk belang in het geding te zijn en aangezien daarvan niet snel sprake zal zijn, zullen weinig werknemers de status van klokkenluiders kunnen krijgen. Als geen maatschappelijk belang in het geding is, zal de werknemer dus rechtsbescherming moeten ontleen aan al vóór 1 juli 2016 erkende (grond)rechten, zoals het recht op vrijheid van meningsuiting van art. 10 EVRM, art. 7:611 BW, de Corporate Governance Code en/of andere wet- en regelgeving.¹⁴ Als geen sprake is van een betrokken maatschappelijk belang, zal het Huis geen onderzoek instellen en dit onder meer mededelen aan de werkgever (art. 7 Wet Huis voor klokkenluiders). Voor de werkgever geldt dan geen benadelingsverbod en hij zou in zo'n geval de klokkenluider kunnen ontslaan of andere sancties kunnen toepassen.¹⁵ Er dient dan uiteraard wel sprake te zijn van een redelijke grond voor ontslag (art. 7:669 BW). Als sprake is van een zuiver motief, zal niet snel sprake zijn van verwijtbaar handelen. Een onterechte melding aan het Huis zou wel kunnen leiden tot een verstoorde arbeidsverhouding. Hierdoor zal doelstelling 2, denken wij, ook niet of nauwelijks worden behaald.

Hierboven is betoogd dat slechts een beperkt aantal werknemers een succesvol beroep kan doen op het benadelingsverbod, omdat een maatschappelijk belang in het geding moet zijn. Op dit punt is de rechtsbescherming beperkt. Op een ander vlak is de rechtsbescherming echter ruim, omdat een werknemer de klok kan luiden bij 'derde' organisaties,

10 *Kamerstukken II* 2011/12, 33258, 3, p. 4.

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

12 *Handelingen I* 2015/16, 33258, 19, item 6, p. 5-6 en 39 e.v.

13 *Kamerstukken II* 2012/13, 33258, 7, p. 18. Een treffend voorbeeld dat een klokkenluider niet langer in de organisatie 'past', is Ktr. Rotterdam 8 april 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:2730. De klokkenluider meldde zich ziek na de externe melding en werd vervolgens weggepest. Het eerste ontbindingsverzoek werd afgewezen, het tweede toegewezen (met een C-factor van 1,7), omdat 'het ook niet meer in zijn belang is om de arbeidsovereenkomst langer te laten voortduren'.

14 In de zaak *Quirijns/TGB* (HR 26 oktober 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9244, *JAR* 2012/313, m.nt. De Laat) oordeelde de Hoge Raad dat het oordeel van het hof dat art. 7:611 BW is geschonden doordat vertrouwelijke informatie aan de klant is verstrekt hoewel ook andere, voor de werkgever minder schadelijke, wegen openstonden, niet getuigt van een onjuiste rechtsopvatting, tenzij Quirijns daartoe gehouden was op grond van art. 4:88 Wet op het financieel toezicht, art. 167 Besluit gedragstoezicht financiële ondernemingen of de interne complianceregrs.

15 Dat de werkgever op de hoogte wordt gesteld van het niet-onderzoeken of niet-voortzetten van een onderzoek zoals omschreven in art. 7 Wet Huis voor klokkenluiders, is niet de bedoeling. Dit zal worden gecorrigeerd in de wet: *Handelingen I* 2015/16, 33258, 19, item 6, p. 10, 27 en 28.

zo volgt uit art. 1 onderdeel d Wet Huis voor klokkenluiders. Als de werknemer een dergelijke melding conform de regels doet, geniet hij jegens zijn werkgever rechtsbescherming. Op dit punt lijkt dus een betere bescherming voor klokkenluiders te worden gerealiseerd. Immers, bij een maatschappelijke misstand zullen regelmatig meerdere organisaties betrokken zijn. Opgemerkt wordt wel dat een dergelijke melding bij een derde organisatie niet wegneemt dat die organisatie de klokkenluider bijvoorbeeld aansprakelijk kan stellen wegens onrechtmatige daad.¹⁶

Het volgende beperkt naar onze mening de doeltreffendheid van de Wet Huis voor klokkenluiders en de rechtsbescherming. Uit art. 3i Wet Huis voor klokkenluiders volgt dat de bij het Huis werkzame personen verplicht zijn tot geheimhouding van vertrouwelijke gegevens, tenzij zij op grond van een wettelijk voorschrift verplicht zijn tot mededeling. Ambtenaren, onder wie de voorzitter, de bestuurders en medewerkers van het bureau, hebben een dergelijke wettelijke aangifteplicht (art. 162 Sv).¹⁷ Als een werknemer strafbare feiten meldt bij het Huis, kan bijvoorbeeld het bestuur van het Huis – conform het nog op te stellen samenwerkingsprotocol tussen het Huis en het OM – verplicht worden het OM te informeren. In dat geval kan een strafrechtelijk onderzoek worden gestart, in plaats van of tegelijkertijd met een onderzoek door het Huis. Als het Huis besluit geen onderzoek in te stellen en bijvoorbeeld het OM een onderzoek laat verrichten, ontbeert de werknemer rechtsbescherming. Dit levert naar onze mening een grote drempel op voor het melden van misstanden. In ieder geval lijkt het verstandig (in zo'n geval) anoniem te melden.

De rechtsbescherming op grond van de Wet Huis voor klokkenluiders vertoont dus nogal wat lacunes. De klokkenluider zal zich regelmatig op al vóór 1 juli 2016 gangbare rechten en beschermingsmechanismen moeten beroepen voor rechtsbescherming, waarvan nu juist door de initiatiefnemers van de Wet Huis voor klokkenluiders vastgesteld was dat die onvoldoende waren.

4. Conclusie

In deze bijdrage is onderzocht of de twee doelstellingen van de Wet Huis voor klokkenluiders zullen worden behaald.

16 Wellicht wordt met derde organisaties bedoeld op aan de werkgever gelieerde ondernemingen, zoals het geval was in de uitspraak van het Hof Amsterdam 4 november 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:4587, JAR 2015/8 m.nt. De Laat. In die zaak luidde een adjunct-directeur de bel over ernstige financiële misstanden bij onder meer een aan zijn werkgever gelieerde onderneming. De boete op overtreding van zijn geheimhoudingsbeding werd tot nihil gematigd. Zie over deze 'kruismeldingen' ook A.F. Verdam, 'Het Wetsvoorstel Huis voor klokkenluiders bezien vanuit de organisatie en het ondernemingsrecht', in: H.J. de Kluiver e.a., *Klokkenluiders in perspectief*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2015, p. 68.

17 Het Huis is een zelfstandig bestuursorgaan en de Kaderwet zbo's is grotendeels van toepassing (art. 3 lid 2 Wet Huis voor klokkenluiders). De medewerkers van het Huis zijn ambtenaren (art. 15 Kaderwet zbo's). Anders dan in de parlementaire geschiedenis is geopperd, lijkt dus wel degelijk sprake te zijn van een aangifteplicht door medewerkers van het Huis. Zie *Handelingen I 2015/16*, 33258, 19, item 6, p. 20, 32 en 43 en *Handelingen I 2015/16*, 33258, 21, item 8, p. 2.

Naar onze verwachting zal dat niet het geval zijn. Allereerst is de definitie 'vermoeden van een misstand' te eng geformuleerd, waardoor het Huis slechts in uitzonderlijke gevallen een onderzoeksbevoegdheid heeft. Het zou voor de doeltreffendheid van de Wet Huis voor klokkenluiders goed zijn als ondernemers in positieve zin afwijken van deze definitie, zodat werknemers ook een beroep kunnen doen op de interne klokkenluidersregeling als geen maatschappelijk belang in het geding is. Ten tweede leidt de enge definitie van een vermoeden van een misstand ertoe dat weinig werknemers een beroep kunnen doen op het nieuwe benadelingsverbod. Daarbij moet nog worden opgeteld dat de medewerkers van het Huis wettelijk verplicht zijn aangifte te doen als een werknemer strafbare feiten meldt. Al met al zal een klokkenluider wat ons betreft drie keer moeten nadenken voordat hij daadwerkelijk bij het Huis aan de bel trekt.