

Klokkenluiden: Straatsburg, thuis en Huis

Vereniging van Arbeidsrecht

19 september 2013

Franck van Uden

Advocaat Baker & McKenzie

Buitenpromovendus UvA

Baker & McKenzie Amsterdam N.V. is een vennootschap van Baker & McKenzie Internationaal, een Zwitserse Verein waarvan vennootschappen over de gehele wereld lid zijn. In overeenstemming met de in de professionele dienstverlening gebruikelijke terminologie wordt met de term "partner" bedoeld personen die partner zijn van een dergelijke vennootschap of een daaraan gelijkwaardige functie bekleden. De term "kantoor" wordt gebruikt om te verwijzen naar een vestiging van een dergelijke vennootschap.

© 2013 Baker & McKenzie Amsterdam N.V.

1 EHRM

2 Hoge Raad

3 Balans

4 Het Huis

EHRM



Klokkenluiden en uitingsvrijheid

- Klokkenluiden is een grondrechtelijk beschermde werknemersuiting: artikel 10 EVRM.
- Lidstaten moeten vrijheid van meningsuiting waarborgen, óók voor werknemers en ambtenaren:
EHRM 29 februari 2000, nr. 39293/88 (*Fuentes Bobo/Spanje*).
- Klokkenluiden: twee standaardarresten:
EHRM 12 februari 2008, NJ 2008, 305 (*Guja/Moldavië*),
EHRM 21 juli 2011, NJ 2012, 282 (*Heinisch/Duitsland*).

Guja/Moldavië

Feiten

- Politieke inmenging in strafzaken, machtsmisbruik.
- Directe melding aan landelijk dagblad.

EHRM

- Uitgangspunt '*duty of loyalty, reserve and confidence*'.
- Belangenafweging aan de hand van 6 criteria, waarvan 4 (echt) van belang:
- (1) Algemeen belang: aanwezig, machtsmisbruik door hoge politici is ernstige misstand.

- 
- (2) Procedure: misstand eerst melden aan leidinggevende **of** bevoegde instantie. Minst schadelijke weg volgen. Publiek bekend maken ultimatum remedium, maar hier gerechtvaardigd.
 - (3) Waarheidsgehalte van de misstand: klokkenluider moet dit voor zover mogelijk zorgvuldig controleren.
 - (4) Motief: klokkenluider moet te goeder trouw zijn.

Betekenis?

- Op het oog vergaande bescherming. Maar: alleen ernstige misstanden? Alleen ambtenaren? Moldavië?

Heinisch/Duitsland




Feiten

- Misstanden in de zorg. Bevestigd door toezichthouder. Interne meldingen en dreiging strafklacht zonder effect.
- Nieuw onderzoek toezichthouder. Heinisch wacht dit niet af, maar dient strafklacht in zonder werkgever te informeren én met nieuw verwijt: fraude. Sepot OM.
- Ontslag langdurig ziekteverzuim, vakbondsactie.
- Heinisch faxt scherp vakbondspamflet met info over strafklacht naar werkgever. Ontslag op staande voet.



EHRM

- Toepassing afwegingscriteria ook bij werknemers:
- (1) Algemeen belang: niet alleen bij ‘rechtsstatelijke’ kwesties, maar ook bij meer alledaagse misstanden zoals misstanden in verpleeghuis.
- (2) Procedure: meldingen proportioneel. Levert interne melding niets op, dan externe melding. Heinsch hoefde nieuw onderzoek niet af te wachten (eerder al niets mee gedaan). Nieuwe beschuldiging van fraude niet relevant. Onderliggende gedraging eerder gemeld.

- 
- (3) Waarheidsgehalte: redelijk vermoeden volstaat, geen sluitend bewijs nodig. Heinisch behoefde haalbaarheid van strafklacht niet te onderzoeken.
 - (4) Motief: geen kwade trouw. Parallel eigenbelang mag. Scherpe toon pamflet gebillijkt.

Betekenis?

- Vaste rechtspraak: beoordeling klokkenluiden werknemers én ambtenaren conform afwegingscriteria.
- Rechtsbescherming vrij vergaand ingekleurd.
- Welwillende benadering EHRM, klokkenluiders nieuwe *public watchdogs*?

Hoge Raad

Klokkenluiden en uitingsvrijheid

- Vrijwel nooit beroep op artikel 7 GW en 10 EVRM:
Hof Den Haag *JAR* 2012/10 (*Holland Casino/Rosman*).
- Kan gewoon: rechtstreekse werking (artikel 93/94 GW),
zie ook rechtspraak over perspublicaties.
- Beoordeling klokkenluiden conform artikel 7:611 BW.
- Zo ook in eerste HR klokkenluiderszaak sinds jaren:
HR 26 oktober 2012, *JAR* 2012/313, *RAR* 2013, 14
(*Quirijns/TGB*).

Quirijns/TGB



Feiten


- Conflict TGB met klant na beleggingsverliezen.
- Misleidt directie klant? Interne melding zonder effect.
- Schendt directie financiële regels? Misleiding bij vaststellingsovereenkomst? Geen interne melding.
- Ontslagname op staande voet. Quirijns bcc't ontslagmail aan klant, later ook stukken en geluidsopnamen.
- Klant gebruikt dit in procedure tegen TGB.
- Daarna pas melding aan aandeelhouders en AFM.

Kantonrechter en Hof (LJN BM5692, JAR 2011/211)

- Geen zwaarwegend algemeen belang, alleen privébelang van klant.
- Procedure: onvoldoende intern gemeld, ten onrechte aandeelhouders en AFM gepasseerd.

Hoge Raad

- Werknemer *‘gehouden tot discretie en loyaliteit’*.
- Algemeen belang: impliciet aanwezig geacht?
- Procedure: in beginsel minst schadelijke weg bewandelen: directe melding aan klant mag normaliter niet.

- 
- HR casseert echter: interne melding in casu zinloos want directie is betrokken bij gestelde misstand.
 - Volgens Quirijns vereisen Wft en intern handboek TGB directe melding aan de klant. Hof gaat daar niet op in.
 - Ten onrechte: indien juist is melding aan klant geoorloofd en melding aan aandeelhouders/AFM niet nodig.
 - Verwijzingshof moet dit verder uitzoeken, geen gelopen race voor Quirijns.

Balans

Wat weten we wel?

(1) Algemeen belang

- Begrip ‘misstand’ ruim uitgelegd (*Heinisch, Quirijns?*).
- Vgl. EHRM *Palomo Sanchez/Spanje* (JAR 2011/280).

(3) Waarheidsgehalte

- Redelijk vermoeden, geen sluitend bewijs (*Heinisch*).

(4) Motief

- Goede trouw ≠ absolute ontbaatzuchtigheid, parallel eigenbelang mag (*Heinisch*).
- Eigen betrokkenheid klokkenluider?

Wat weten we niet?

(2) Procedure

- Eerst intern (*Guja, Quirijns*), wanneer direct extern?
- Na vruchteloze interne melding, wanneer ‘vruchteloos’? Hoe voortvarendheid moet werkgever zijn? (*Heinisch*).
- Direct aan bevoegde instantie? (*Guja*).
- Contractuele of wettelijke verplichting? (*Quirijns*).
- Betrokkenheid directie? (*Quirijns*).
- Verdere bekendmaking: ultimum remedium? (*Guja*).
- Overig: zeer ernstige/urgente misstanden? Vrees voor benadeling of vernietiging bewijsmateriaal?



Rechtspraak

- EHRM: vrij complete rechtbescherming.
- HR: formuleert aantal algemene regels, maar neemt afwegingscriteria EHRM niet over, gemiste kans.
- Op termijn onvermijdelijk omdat Hoge Raad wordt geacht het EHRM te volgen.
- Veronderstelt wél dat klokkenluiders ook voor het anker van artikel 10 EVRM gaan liggen.
- Maar: op een aantal punten onduidelijkheid, m.n. ten aanzien van procedure.



Wettelijke regeling

Verenigd Koninkrijk: PIDA

- Public Interest Disclosure Act 1998.
- Afwegingscriteria EHRM gedetailleerd uitgewerkt.
- Effectiviteit bewezen.
- Nagvolging: STAR, Raad van Europa, Ierland.

Nederland: Huis voor Klokkenluiders

- Uniek, ‘Nationale Klokkenluidersautoriteit’.
- Luchtkasteel?

Het Huis


Hoe werk het Huis?

(1) Algemeen belang

- Alleen misstanden waarbij algemeen belang ‘ernstig’ in het geding is. Geen ‘gewone’ misstanden dus.
- Grens niet duidelijk. Ter beoordeling van Huis.
- Misstand moet in categorie vallen:
 - (a) Schending wettelijk voorschrift, (b) gevaar voor volksgezondheid, (c) gevaar voor veiligheid personen, (d) gevaar voor milieu; (e) gevaar voor goed functioneren van openbare dienst of onderneming door onbehoorlijk handelen of nalaten.

(2) Procedure

- Verplichting invoering klokkenluidersregeling voor ondernemingen met 50+ wn. Geen kwaliteitseisen.
- Amendement Bisschop: eerst intern melden, tenzij zwaarwegende omstandigheden (ter beoordeling Huis).
- Vooronderzoek Huis (streeftermijn half jaar) naar misstand en bejegening klokkenluider. Formele vereisten.
- Melding aan Huis mag vertrouwelijk, niet anoniem. Werkgever alleen met toestemming geïnformeerd.
- Rapport na vooronderzoek (niet openbaar).
- Onvoldoende onderbouwing: onderzoek eindigt.

- 
- Voldoende onderbouwing: vervolgonderzoek (streeftermijn 12 maanden).
 - Huis heeft zelfde bevoegdheden als Ombudsman: inlichtingen- en verschijningsplicht, onderzoek ter plaatse etc.
 - Conceptrapport: partijen mogen reageren.
 - Eindrapport met (slechts) aanbevelingen.
 - Geen rechtsmiddel tegen oordeel Huis.

(3) Waarheidsgehalte

- Redelijk vermoeden, geen sluitend bewijs.

(4) Motief

- ‘*Zuivere motieven*’ vereist, ter beoordeling Huis.



Rechtsbescherming (onder meer)

- Algemeen verbod op benadeling (7:658c BW) wegens:
 - de omstandigheid dat de werknemer te goeder trouw en naar behoren een melding heeft gedaan bij de werkgever of het Huis van een vermoeden van een misstand.
- Opzegverbod (7:670 lid 10 BW):
 - (a) wegens melding bij werkgever of Huis
 - (b) gedurende het onderzoek door het Huis.
 - (c) tot een jaar na het oordeel van het Huis dat aannemelijk is dat sprake is van een misstand.
- Fonds: (vooralsnog) weer afgevoerd.



Kritiek

- Huis **incompleet**. Alleen ernstige misstanden, bulk van de misstanden vallen er buiten. Afbakening?
- Huis **ongeschikt**. Toezichthouders beter geëquipeerd (met hulp Adviespunt). Resultaat: slechts aanbeveling. Wat bij urgente misstanden (lange streeftermijnen)?
- Huis **monopolist**: klokkenluiders moeten melden bij werkgever of Huis. Anders geen rechtsbescherming.
- Rechtsbescherming: mogelijk opzegverbod 2,5 jaar
- Huis is paardenmiddel, zeker voor de privésector.



Uitsmijters

- Klokkenluiders: doe beroep op het EVRM!
- Werkgevers: voer behoorlijke klokkenluidersregeling in.
- Huis: beter goed (uit Engeland) geïmporteerd dan slecht zelf gebouwd.

Vragen?

franck.vanuden@bakermckenzie.com

