

Hoofdstuk 1

Introductie en ten geleide

Prof. mr. H.J. de Kluiver

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

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

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

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

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

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

Hoofdstuk 2

Klokkenluiden: tour d’horizon

Mr. F.C. van Uden*

2.1 Inleiding

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

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

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

2.2 Verenigde Staten

2.2.1 Achtergronden

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

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

1. HR 20 april 1990, NJ 1990/702 (*Meijer/De Schelde*).
2. Mok doelt op Van der Heijdens Groningse oratie waarin hij (naar aanleiding van de uitspraak in appèl) een lans breekt voor Meijer; P.F. van der Heijden, *Grondrechten in de onderneming* (oratie Groningen), Deventer: Kluwer 1988.
3. HR 26 oktober 2012, NJ 2013/220, JAR 2012/313, RAR 2013/14 en JOR 2013/30 (*Quirijns/TGB*).

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

2.2.2 Bescherming van klokkenluiders in de VS

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

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

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

Hoofdstuk 3

De meerwaarde van een interne klokkenluidersregeling in de praktijk

Mr. J. Brabers^{*}

3.1 Inleiding

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

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

3.2 Waarom een klokkenluidersregeling introduceren?

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

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

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

3.2.1 Praktische argumenten

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

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

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

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

3.2.2 Wet- en regelgeving

Nederland

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

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

Hoofdstuk 4

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

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

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

Montaigne, Essays III, 2.

4.1 Inleiding

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

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

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

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

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

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

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

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

4.2 **Relatie interne klokkenluidersregeling met interne controlesystemen**

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

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

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

Hoofdstuk 5

Bescherming klokkenluiders; nut en noodzaak

Mr. M.M. Govaert*

5.1 Inleiding

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

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

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

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

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

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

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

7. Het Adviespunt Klokkenluiders is in 2012 ingesteld om (potentiële) klokkenluiders van onafhankelijk advies te voorzien.
8. F. Maas e.a., *Veilig Misstanden melden op het werk; Onderzoeksraad Integriteit Overheid en Adviespunt Klokkenluiders, evenals Besluit Melden Vermoeden van Misstand Rijk en Politie en Tijdelijk Besluit Commissie advies en verwijspunt Klokkenluiden*, Berenschot 2014.
9. *Kamerstukken II 2012/13*, 33258, 2.
10. *Kamerstukken II 2014/15*, 34105, 2.
11. www.publeaks.nl.
12. Voor een meer uitgebreide uiteenzetting verwijs ik naar de bijdrage van Helstone.
13. Deze definitie is ruimer en omvat ook degene die anders dan uit dienstbetrekking arbeid verricht of heeft verricht, zoals aannemers of zelfstandigen zonder personeel.

Hoofdstuk 6

Evenredige klokkenluidersbescherming bij externe openbaarmaking van misstanden

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

6.1 Onderwerp en centrale vraagstelling

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

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

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

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

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

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

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

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

Hoofdstuk 7

De klokkenluider: burger in de opsporing zonder rechtsbescherming?

Mr. M. Jurgens^{*}

7.1 Inleiding

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

7.2 De strafzaak tegen klokkenluider Ad Bos

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

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

* Mr. M. Jurgens is raadsheer in het Gerechtshof Amsterdam.

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

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

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

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

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

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

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

(...)

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

Hoofdstuk 8

Klokkenluiden en belonen: doe wel en wordt steenrijk?

Mr. F.C. van Uden*

8.1 Introductie

8.1.1 Floyd en Lance

Al bijna legendarisch is het interview bij Oprah Winfrey in januari 2013 waarin Lance Armstrong erkent jarenlang doping te hebben gebruikt.¹ Zijn *mea minima culpa* maakt weinig indruk. ‘You are a really good liar, but you are horrible at telling the truth’, aldus één van zijn vrienden.² Tekenend is dat Armstrong als ‘most humbling moment’ aanvankelijk de dag eind 2012 noemt dat al zijn sponsors hun contracten opzeggen waardoor hij in één klap \$ 75 miljoen nieuw sponsorgeld misloopt. Deze uitspraak wekt ook verbazing bij juristen. Moet Armstrong zich niet veel grotere zorgen maken over de terugbetaling van oud sponsorgeld?³

In 2010 heeft voormalig ploegmaat Floyd Landis namelijk de klok geluid over Armstrongs dopinggebruik en een vordering tegen hem ingesteld op grond van de *False Claims Act*. Landis kan het weten. Samen met Armstrong en de andere renners heeft hij zelf ook structureel doping gebruikt. De *False Claims Act* stelt klokkenluiders in staat hun kennis van fraude ten koste van de federale overheid te verzilveren. Zij kunnen de fraudeur namens de overheid direct aanspreken en het drievoudige fraudebedrag terugvorderen. Als beloning ontvangt de klokkenluider maximaal 30% van de opbrengst. Armstrong en zijn team laten zich van 1999 tot en met 2004 voor \$ 40 miljoen sponsoren door US Postal Service (USPS). Eén van de sponsorvoorwaarden is dat zij de regels in acht nemen en (dus) geen doping gebruiken. USPS is een staatsbedrijf. Landis’ argument luidt dat de schending van de sponsorvoorwaarden resulteert in een *false claim* in de vorm van \$ 40 miljoen onterecht betaald sponsorgeld. Namens de overheid vordert hij \$ 120 miljoen terug van Armstrong. Wat te denken van de ene dopinggebruiker die de andere dopinggebruiker aangeeft en daar mogelijk \$ 36 miljoen beloning voor opstrijkt? In de woorden van Armstrong: ‘I would think what everybody thinks – there’s no logic to that.’⁴

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

1. www.youtube.com/watch?v=ItUsss7VnBA.
2. Tim Lewis, ‘Cycle of Lies review – Juliet Macurs’s unflattering portrait of Lance Armstrong’, *The Guardian* 10 maart 2014.
3. Dietrick Knauth, ‘Doping admission puts Armstrong in legal hot seat’, www.law360.com 15 januari 2013; Andrew Hunter & James Segan, ‘Lessons from Lance’, www.blackstonechambers.com 23 mei 2013.
4. Gregor Brown, ‘Lance Armstrong: I can’t afford to lose \$100m in legal case’, *Cycling Weekly* 11 juni 2015.

8.1.2 Klokkenuiders belonen?

In deze bijdrage staat de vraag centraal of het effectief en wenselijk is klokkenluiders te belonen.⁵ Ik richt daarvoor de blik op de Verenigde Staten. Amerikaanse wetgevers zijn vrijwel unaniem van mening dat klokkenluiden met financiële prikkels moet worden gestimuleerd. Dit heeft geresulteerd in tal van wetten die voorzien in beloningen voor klokkenluiders. De zojuist genoemde *False Claims Act* is hiervan het bekendste voorbeeld.

8.1.3 Plan van behandeling

De opbouw van dit artikel is als volgt. Na een schets van de rechtsbescherming van Amerikaanse klokkenluiders (par. 8.2), bespreek ik de *False Claims Act* (par. 8.3). Daarna sta ik kort stil bij de belangrijkste twee andere beloningswetten: de *Internal Revenue Code* (par. 8.4) en de *Dodd-Frank Act* (par. 8.5). Vervolgens ga ik in op de bezwaren tegen beloning (par. 8.6) en de situatie in het Verenigd Koninkrijk en Nederland (par. 8.7). Ten slotte volgt een conclusie (par. 8.8).

8.2 Rechtsbescherming van Amerikaanse klokkenluiders

8.2.1 Inleiding

Dat de rechtspositie van Nederlandse en Amerikaanse klokkenluiders fundamenteel verschilt wekt geen verbazing. Uitgangspunt in de VS is het common law beginsel *employment at will*. Een soort permanente proeftijd. Op basis hiervan kunnen werknemers in beginsel om elke reden (of zonder reden) worden ontslagen. Onder hen ook klokkenluiders.⁶

Om hier paal en perk aan te stellen komen de federatie en de staten vanaf de jaren zeventig met wetgeving ter bescherming van klokkenluiders. Deze wetten gaan aanvankelijk uit van het 'beschermingsmodel'. Dit model veronderstelt dat klokkenluiders veelal worden benadeeld door hun werkgever. De meest effectieve manier om klokkenluiden aan te moedigen is daarom het bieden van rechtsbescherming tegen ontslag en andere vormen van benadeling.⁷ Daarnaast raakt vanaf de jaren tachtig *employment at will* in de rechtspraak aan erosie onderhevig. In de meeste staten wordt inmiddels aangenomen dat de liberale ontslagregels in geval van klokkenluiden uitzondering kunnen lijden — de zogenoemde *public policy* exceptie. Ten slotte leidt de breed gevoelde noodzaak hard op te treden tegen 'organizational wrongdoing' vanaf midden jaren tachtig tot een nieuwe benadering: het 'belonings-

5. Onder belonen versta ik, voor alle duidelijkheid, dat de klokkenluider per saldo financieel beter wordt van zijn handelen. Dit gaat uiteraard verder dan schadeloosstellen.

6. Over Amerikaans arbeidsrecht: A.T.J.M. Jacobs, *Sociale rechten in Amerika*, Utrecht: Lemma 2003; over rechtsbescherming van Amerikaanse klokkenluiders (vanuit Nederlands perspectief): F.C. van Uden, *Whistleblowers en klokkenluiders: de rechtsbescherming van werknemers en ambtenaren in het VS, het Verenigd Koninkrijk en Nederland*, Den Haag: Sdu 2003, p. 9-51 (verder: Van Uden 2003); F.C. van Uden, 'Klokkenluiden: tussen zelfregulering en Amerikaanse toestanden', *AA* 2006, p. 33-41.

7. Terry M. Dworkin, 'SOX and whistleblowing', *105 Michigan Law Review* 2007, p. 1757-1780 (verder: Dworkin 2007); Terry M. Dworkin & Janet P. Near, 'A better statutory approach to whistleblowing', *7 Business Quarterly Ethics* 1997, p. 1-16 (verder: Dworkin & Near 1997).

Hoofdstuk 9

Wie heeft de klok allemaal horen luiden?

Over civiele schadevergoedingsacties naar aanleiding van een melding bij ‘het Huis’

Mr. M.G. Kuijpers* en prof. mr. J.S. Kortmann**

9.1 Inleiding

Het initiatiefwetsvoorstel Huis voor klokkenluiders streeft een sympathiek doel na. Het wetsvoorstel wil de voorwaarden voor het melden van maatschappelijke misstanden verbeteren. Daar kan natuurlijk niemand tegen zijn. Dit doel moet worden bereikt door enerzijds de klokkenluiders te beschermen en anderzijds de gemelde misstanden ook daadwerkelijk te laten onderzoeken door het nieuwe bestuursorgaan Huis voor klokkenluiders.¹

Met name de positie van de klokkenluider heeft de pennen in beweging gebracht. Dient de klokkenluider alleen te worden beschermd, of ook te worden beloond?² Eén van ons heeft zich in een ander verband al eens uitgesproken tegen de idee dat de burger met financiële beloningen wordt aangemoedigd om (kennelijke) misstanden op te sporen en aan de kaak te stellen.³ Daarmee is uiteraard niet gezegd dat klokkenluiders geen bescherming zouden verdienen tegen de nadelen – financieel en anderszins – die zij zouden kunnen ondervinden als gevolg van hun meldingen. Het debat over de bescherming (of beloning) van de klokkenluider vindt met name in de arbeidsrechtelijke hoek plaats. Franck van Uden zal daarover uw vereniging preadviseren. Het bestuur heeft ons gevraagd om de meer algemeen privaatrechtelijke aspecten van het klokkenluiden te becommentariëren, met bijzondere aandacht voor de (al dan niet: collectieve) schadevergoedingsacties die zouden kunnen volgen op een melding van een maatschappelijke misstand.

Wij hebben weerstand moeten bieden aan de verleiding om ons via de band van deze ‘algemeen privaatrechtelijke aspecten’ alsnog in het debat over bescherming van de klokkenluider te mengen. Zo zou men met recht de vraag kunnen opwerpen

* Mr. M.G. Kuijpers is advocaat bij Stibbe te Amsterdam.

** Prof. mr. J.S. Kortmann is advocaat bij Stibbe te Amsterdam en hoogleraar European Tort Law aan de Universiteit van Amsterdam. Wij danken mr. A.A. al Khatib voor zijn ondersteuning bij het schrijven van dit preadvies.

1. *Kamerstukken II 2012/13, 33258*, 3 en 7, p. 1. Dit wetsvoorstel is naar aanleiding van opmerkingen in de Eerste Kamer gevolgd door een Novelle, *Kamerstukken II 2014/15, 34105*, zie daarvan ook 3, p. 4.

2. Zie onder (veel) meer F.B.J. Grapperhaus, ‘Bescherming voor klokkenluidende werknemers: een inventarisatie van het wetsvoorstel en het SER-advies’ *Ondernemingsrecht* 2005, afl. 7, p. 78 e.v.; R. van Steenberghe, ‘Klokkenluiden in het bedrijfsleven – evaluatie en verder’, *RMThemis* 2006, afl. 6, p. 242 e.v.; F. van Uden, ‘Klokkenluiden: tussen zelfregulering en Amerikaanse toestanden’, *AA* 2006, afl. 1, p. 33 e.v.; O.A. Haazen, ‘Amerikaanse toestanden: Qui Tam’, *NJB* 2006, p. 1158; R.H. Happé, ‘Op het hellende vlak met fiscale tipgevers, klokkenluiders en premiejagers’, *WFR* 2009/6836, p. 1445; H. Fleischer & K. Ulrich Schmolke, ‘Financial Incentives for Whistleblowers in European Capital Markets Law’, *European Company Law* 2012, afl. 5, p. 254; en P. Stephenson & M. Levi, ‘Principes van klokkenluiden: de benadering van de Raad van Europa’, *Justitiële verkenningen* 39/7 (2013), p. 90 e.v.

3. J.S. Kortmann, *The Tort Law Industry* (2009), p. 20-23.

of de bescherming waarin het wetsvoorstel voorziet – kort gezegd: ‘de werkgever mag de werknemer niet benadelen als gevolg van het te goeder trouw en naar behoren melden van een vermoeden van een misstand’ (art. 18 wetsvoorstel) – wel volstaat om het beoogde doel te bereiken. De represailles waaraan een klokkenluider zich mogelijk blootstelt door een misstand te melden, beperken zich immers niet tot de relatie werkgever-werknemer. Na de melding kan de klokkenluider zich geconfronteerd zien met (bijvoorbeeld) civiele acties van collegae of derden buiten de onderneming, die menen door de melding op onzorgvuldige wijze te zijn geschaad. Bovendien, ook als de klokkenluider niet zelf het lijdend voorwerp wordt van civiele acties, is niet uit te sluiten dat hij of zij als getuige wordt gehoord in een civiele (of strafrechtelijke) vervolprocedure. Hoewel denkbaar is dat in een dergelijk geval de klokkenluider anoniem of achter gesloten deuren wordt gehoord,⁴ zal in de praktijk het belang van anonimiteit niet zelden moeten wijken voor zwaarderwegende belangen.⁵ Als de keuze is om de klokkenluider bescherming te bieden tegen de nadelige gevolgen van een melding, zou men verwachten dat aan meer dan uitsluitend de arbeidsrechtelijke consequenties aandacht wordt besteed. Zo is in een aanbeveling van de Raad van Europa over *Protection of Whistleblowers* bepaald dat ‘a whistleblower should be entitled to raise, in appropriate civil, criminal or administrative proceedings, the fact that the report or disclosure was made in accordance with the national framework.’⁶ Volgens sommige auteurs gaat ook dat niet ver genoeg en zouden klokkenluiders überhaupt niet aan civiele procedures blootgesteld moeten kunnen worden (met een mogelijke uitzondering voor acties wegens laster).⁷ Wat men hier ook van moge vinden, opvallend is dat door de initiatiefnemers van het wetsvoorstel aan deze aspecten niet of nauwelijks aandacht is besteed. Gezien de ons gegeven opdracht hebben wij ervoor gekozen ons in dit preadvies niet verder te buigen over de bescherming van de klokkenluider, maar ons te concentreren op de schadevergoedingsacties die kunnen volgen op een melding van een misstand. Wij richten ons daarbij in het bijzonder op de status van het rapport, dat in de in het wetsvoorstel gekozen opzet door het Huis zal worden opgesteld en openbaar gemaakt. De praktijk leert dat dergelijke openbare rapporten – ook al zijn zij voor een ander doel opgesteld – worden aangegrepen als basis voor civiele schadevergoedingsacties. Dat op zich zou niet bezwaarlijk hoeven zijn, ware het niet dat het wetsvoorstel onvoldoende voorziet in een met waarborgen omklede rechtsgang rond de totstandkoming en de publicatie van het rapport.

-
4. Zie bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 24 februari 1988, NJ 1988/904 en Hof 's-Gravenhage 3 september 1991, NJ 1992/330.
 5. Zie bijvoorbeeld *de Volkskrant* 7 april 2011, p. 3 (‘De Chipsholzaak kent alleen slachtoffers. Het nieuwste slachtoffer is een 64-jarige griffier, een tot in de puntjes verzorgde dame die al 33 jaar bij de Haagse rechtbank werkt. Woensdag werd ze openbaar verhoord, als klokkenluider tegen wil en dank. Het belang van de zaak woog zwaarder dan haar privacy, oordeelde de rechtbank in Utrecht.’)
 6. Aanbeveling van de Raad van Europa over ‘*Protection of Whistleblowers*’ CM/Rec(2014)7, Principe 23.
 7. Zie bijvoorbeeld P. Stephenson & M. Levi, a.w., p. 100.