

Naar een Algemene Klokkenluiderswet

Mark Bovens (hoogleraar Bestuurskunde, Universiteit Utrecht en lid van de WRR)

Abstract: The private member's bill 'Huis voor klokkenluiders' is a step forward in the protection of whistle-blowers in The Netherlands. However, adoption of the bill will not end the discussion about the protection of whistle-blowers, because the bill has several flaws. The new 'Huis' has too many roles, the 'Fonds' provides the wrong incentives, and whistle-blowers who go straight to the relevant authorities are not protected. Therefore, the next step should be a general Whistleblowing Protection Act which provides legal protection, both to public and private employees who report serious organisational deviances to the relevant authorities and who, in doing so, having acted with due care. Enforcement of the Act, including the award of compensation, should be provided by the industrial law courts and not by a 'Huis' or a 'Fonds'.

Dichter bij huis?

Klokkenluiders zijn de Quasimodo's van onze tijd. Werknemers die zonder toestemming van hun organisatie vermeende misstanden naar buiten brengen zijn vaak het onderwerp van uitsluiting en soms van represailles. Net als de gebochelde Quasimodo worden de hedendaagse klokkenluiders vaak gemarginaliseerd binnen hun organisatie en moeten ze, onbegrepen en onbemind, vanaf de zijlijn toekijken. Hun positie tegenover hun werkgever is zwak en maar al te vaak trekken ze aan het kortste eind.

Voor klokkenluiders is in ons land niet heel veel geregeld. Er is sinds kort een Adviespunt Klokkenluiders en in de publieke sector bestaan er enkele algemene regelingen die een zekere bescherming bieden. Voor werknemers in de private sector bestaan nog geen wettelijke voorzieningen. Tegen deze achtergrond dient elk initiatief dat hun positie probeert te versterken te worden toegejuicht.

Het initiatiefvoorstel 'Wet Huis voor klokkenluiders' richt zich zowel op werknemers als ambtenaren en biedt hen een extra instantie om vermoedens van misstanden te melden en de mogelijkheid om enige financiële ondersteuning en compensatie te krijgen. Het is een sympathiek voorstel dat oprecht beoogt om klokkenluiders verder te helpen. Dat neemt niet weg dat bij het nut en de noodzaak van deze specifieke constructie enkele vraagtekens kunnen

worden gesteld. Ik zal betogen dat dit voorstel de oplossing van de onrust rond de bescherming van klokkenluiders maar beperkt dichterbij zal brengen. Het voorstel bestaat uit drie componenten: het Huis, een Fonds en rechtsbescherming. Ik zal elke component bespreken, enkele weeffouten benoemen en vervolgens de contouren schetsen van een noodzakelijke volgende stap: een Algemene Klokkenluiderswet.

Het Huis: teveel rollen onder één dak?

Pièce de resistance van het wetsontwerp is de oprichting van een ‘Huis voor klokkenluiders’ dat bij de Nationale ombudsman zal worden ondergebracht. Dit nieuwe instituut krijgt drie verschillende taken: 1) advies en ondersteuning bieden aan (aspirant) klokkenluiders; 2) het beoordelen van meldingen; en 3) het onderzoeken van misstanden.

De belangrijkste taak van het Huis is het onderzoeken van misstanden. Hiervoor wordt de Nationale ombudsman ingeschakeld. Dat is op zich geen slecht idee. In Vlaanderen is dat, althans voor de publieke sector, een goed begaanbare weg gebleken.¹ Ombudsinstituten beschikken over de nodige bevoegdheden en expertise om misstanden binnen de overheid te onderzoeken. Het maakt ook dat het Huis veel meer ‘tanden’ heeft dan bijvoorbeeld de huidige Onderzoeksraad Integriteit Overheid (OIO). Opvallend is ook dat de onderzoeksbevoegdheden die de Nationale ombudsman op grond van de Awb nu in de publieke sector heeft, ook op private sector van toepassing worden verklaard.

Het zal heel spannend worden om te zien in hoeverre de Nationale ombudsman er in zal slagen om ook in de private sector door te dringen. Zullen bedrijven bereid zijn om de onderzoekers van de ombudsman toegang te verschaffen? Interessant is ook hoe de normering en de beoordeling zal gaan gebeuren. Hoe gaat de Nationale ombudsman tot een oordeel komen of er bij bedrijven sprake is van een misstand? Daarvoor zal hij niet of nauwelijks kunnen terugvallen op het normenkader dat voor de publieke sector is ontwikkeld in het kader van de behoorlijkheidstoetsing. De behoorlijkheidsnormen van de nationale ombudsman zijn toegesneden op het contact tussen burger en overheid. Bij het Huis gaat het om serieuze maatschappelijke misstanden, zoals ‘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’.² Dat vraagt om een zeer specifiek normenkader dat op een brede waaier van organisaties en situaties is toegesneden. Neem onveilige situaties

zoals bij de verwerking en opslag van vuurwerk, olie of chemisch afval – denk aan SE Fireworks, Odfjell, of Chemie-Pack in Moerdijk – hoe gaat de Nationale ombudsman die onderzoeken en beoordelen?

Het is vervolgens de vraag wat de betekenis is van zo'n oordeel. Als het Huis heeft vastgesteld dat er sprake is van een misstand, wat er gebeurt er dan? Ik neem toch aan dat het dossier dan in handen wordt gegeven van de bevoegde instanties. Dat roept de vraag op waarom dat eigenlijk niet meteen gebeurt, zodra er geconstateerd is dat er een redelijk vermoeden is van een misstand. Het gaat immers om ernstige zaken. Waarom dan niet meteen de zaak in handen geven van de instanties die bij uitstek in het leven zijn geroepen om dergelijke misstanden op te sporen en te voorkomen en die over de bevoegdheden beschikken om boetes en andere straffen op te leggen? Wat is eigenlijk de toegevoegde waarde van een onderzoek door het Huis ten opzichte van alle reeds bestaande opsporingsdiensten, zoals OM, SIOD, FIOD-ECD, I&M-IOD, de vele inspecties, zoals de NVWA, ECD en ILT, en de onafhankelijke autoriteiten - denk alleen al aan de AFM, OPTA, NMA, NZA - die de afgelopen jaren zijn ingesteld? Leidt de omweg via het Huis niet tot vertraging bij het voorkomen en oplossen van de misstanden waar het Huis zich op richt? Neem nu een melding van ernstige misstanden bij de opslag van chemisch afval – zou het niet veel beter zijn als een bezwaarde werknemer zich direct kan melden bij de Inspectie SZW of bij de Inspectie voor de Leefomgeving?

Daarnaast is het is de vraag of de drie verschillende rollen van het Huis – adviseur, beoordelaar en onderzoeker – in de praktijk goed te verenigen zullen zijn. Voor de rol van adviseur en ondersteuner is een vertrouwensband nodig tussen klokkenluider en adviseur. De klokkenluider moet in vertrouwen zijn vermoedens kunnen voorleggen en zijn twijfels en onzekerheden kunnen uitspreken. Van de adviseur vraagt dit een empathische houding waarbij de belangen van de cliënt voorop staan. De rol van beoordelaar vraagt daarentegen om distantie en een kritische houding. De belangen van klokkenluiders en het Huis zullen hierbij uiteenlopen. Waarom zou ik als klokkenluider eerst al mijn kaarten op tafel leggen als ik vervolgens door dezelfde instantie ook beoordeeld ga worden met mogelijk gevolgen voor mijn financiële positie en rechtsbescherming? Immers, alleen 'echte' klokkenluiders mogen door naar het Fonds en kunnen een beroep doen op juridische bescherming. Deze combinatie van rollen lijkt me teveel van het goede en een recept voor ellende, gezien de gespannen gemoedstoestand van veel aspirant-klokkenluiders.

Het zou veel beter zijn om de rollen strikt gescheiden te houden en om de rol van adviseur en ondersteuner bij het Adviespunt klokkenluiders te laten en alleen de beoordelings- en de onderzoeksrol bij het Huis onder te brengen. Daarmee zou het Huis een sterk verbeterde en tot de private sector verbrede versie zijn van de Onderzoeksraad Integriteit Overheid, die dan ook kan verdwijnen of in het Huis kan opgaan.

Het Fonds: waarom betaalt de vervuiler niet?

Wie als klokkenluider is goedgekeurd door het Huis en door zijn melding schade heeft geleden, kan een beroep doen op het Fonds.³ Op zich is het een goede zaak dat klokkenluiders gecompenseerd kunnen worden voor de vaak hoge kosten die voortvloeien uit het melden van misstanden. Die kosten kunnen bestaan uit proceskosten, uit gederfde inkomsten door demotie of ontslag, of uit ziektekosten. Toch vallen er de nodige vraagtekens te zetten bij de gekozen constructie.

De financiële schade voor klokkenluiders is vrijwel altijd het gevolg van een arbeidsconflict als gevolg van het intern of extern aankaarten van misstanden. De arbeidsverhoudingen raken door de melding verstoord en door de werkgever worden er informeel of formele sancties opgelegd aan de werknemer die materiële of immateriële schade veroorzaken. In klokkenluiderzaken kan het echter bijzonder lastig zijn om het arbeidsconflict en de melding uit elkaar te houden. In sommige gevallen begint het met een melding, die vervolgens tot een arbeidsconflict leidt, maar in andere gevallen begint het met een arbeidsconflict en omhult de werknemer zich vervolgens met de mantel van klokkenluider als zet in het steekspel. In weer andere gevallen gaan meldingen en escalatie van de conflicten gelijk op. Dat maakt de beoordeling van klokkeluiderszaken tot een lastige exercitie. Cruciaal bij de beoordeling van dit soort zaken is steeds het oordeel over twee vragen: 1) is er sprake van een substantiële misstand die schending van de plichten van de werknemer jegens de werkgever rechtvaardigt en 2) heeft de werknemer bij de melding voldoende zorgvuldigheid betracht? De vraag is of de goedwillende bestuursleden van het Fonds voldoende toegerust zijn om hier tot een zorgvuldig oordeel te komen. Dit is bij uitstek een zaak voor de arbeidsrechter, die heeft dagelijks met dit soort kwesties te maken.

Er is ook een meer principieel bezwaar tegen het Fonds. Waarom moet de belastingbetaler opdraaien voor onzorgvuldig handelen van werkgevers? Als de arbeidsrechter tot het oordeel

zou komen dat de werkgever ten onrechte maatregelen heeft genomen tegen een melder van misstanden, dan dient de werkgever alle schade te vergoeden. De vervuiler moet betalen. Dat legt de financiële prikkel waar die hoort te liggen: bij de werkgever. Die zal in de toekomst beter omgaan met misstanden en met melders. Het voorkomt bovendien dat het Fonds op termijn een soort open einde regeling wordt, een mini-WAO, waar werkgevers hun lastige werknemers in kunnen lozen.

Nu wordt de compensatie van het leed en - niet onbelangrijk - de strijd hierover, bij het Fonds neergelegd in plaats van waar deze hoort: bij de werkgever en de arbeidsrechter. Dat betekent niet dat er helemaal geen fondsen voor klokkenluiders zou moeten zijn, maar die zouden zich vooral moeten beperken tot rechtsbijstand en het voorschieten van de proceskosten die in dit soort zaken hoog kunnen zijn.

Bescherming: wie niet langs het Huis gaat is af?

De wet voorziet in bescherming voor melders die door het Huis zijn goedgekeurd. Wie te goeder trouw en naar behoren een melding heeft gedaan bij de werkgever of het Huis mag niet worden benadeeld of ontslagen. Ook dit is op zich winst, voor het eerst wordt in het Burgerlijk Wetboek expliciet bescherming geboden aan klokkenluiders. Deze bescherming geldt echter alleen voor wie naar het Huis gaat. Wie niet langs het Huis gaat, maar direct een melding doet bij instanties die speciaal zijn ingesteld om specifieke misstanden op te sporen en aan te pakken, zoals bijvoorbeeld het Openbaar Ministerie, de NMA, of een bevoegde inspectie, wordt nog steeds niet beschermd. Dat is een gemiste kans. Het Huis is immers maar een hulpmiddel, en in veel gevallen bovendien een omweg. Veel beter zou het zijn als de directe weg naar de bevoegde instanties voor klokkenluiders beter begaanbaar wordt gemaakt. Dan kan er specifiek onderzoek worden gedaan en direct worden ingegrepen. Het blijft toch heel wonderlijk dat werknemers die hun burgerplicht doen en zich rechtstreeks melden bij officiële instanties die speciaal zijn opgericht om misstanden op te sporen en te voorkomen nog steeds geen wettelijke bescherming genieten.

Naar een Algemene Klokkenluiderswet

Het wetsvoorstel 'Huis voor klokkenluiders' is ontegenzeggelijk een stap in de goede richting. Voor het eerst worden er voorzieningen getroffen die specifiek op het ondersteunen en beschermen van klokkenluiders zijn gericht. Bovendien gelden die zowel in de private als in de publieke sector. Het wetsvoorstel zal echter niet kunnen voorkomen dat er de komende jaren opnieuw onrust rond klokkenluiders zal ontstaan. De rechtsbescherming blijft immers beperkt tot werknemers die de omweg via het Huis kiezen. Ook maakt de gekozen constructie met een Huis en een Fonds het institutionele landschap er niet eenvoudiger op. Ik verwacht bovendien dat de cumulatie van rollen – ondersteuner, beoordelaar en onderzoeker – de komende jaren tot het nodige 'gedoe' zal leiden. Het valt niet uit te sluiten dat Huis en Fonds in de toekomst zelf onderwerp van conflicten zullen worden. Ook acht ik de keuze om niet de werkgever, maar de overheid in eerste instantie te laten betalen voor de onzorgvuldige behandeling van klokkenluiders principieel onjuist en in praktische zin onverstandig, omdat ze de verkeerde prikkels biedt.

Op termijn zouden we daarom toe moeten naar een 'echte' klokkenluiderswet. Deze Algemene Klokkenluiderswet zou de volgende zaken moeten regelen:

1. Rechtsbescherming voor elke werknemer en ambtenaar die op zorgvuldige wijze een misstand heeft gemeld bij de bevoegde instanties.
2. De wet zou een omschrijving moeten bieden van 1) het soort misstanden dat schending van de geheimhoudings- en andere plichten jegens de werkgever kan rechtvaardigen en 2) de zorgvuldigheidseisen waaraan een werknemer daarbij zou moeten voldoen.
3. Daarbij kan de mate van bescherming afhankelijk worden gemaakt van de ernst van de misstand, de aard van de melding en van de mate van zorgvuldigheid die daarbij is betracht. In geval van ernstige en acute misstanden is er bijvoorbeeld meer ruimte voor externe meldingen en voor een bredere range van instanties waar rechtstreeks mag worden gemeld. Bij lichtere misstanden kan de eis worden gesteld dat er eerst een interne melding heeft plaatsgevonden.
4. Handhaving van de wet dient te worden overgelaten aan de arbeidsrechter.
5. De wet moet de rechter mogelijkheden bieden om de werkgever op te leggen dat deze de werknemer, die is benadeeld als gevolg van de melding, financieel of anderszins compenseert.

Een dergelijke algemene regeling is betrekkelijk simpel en efficiënt. Werknemers die vermoedens hebben van misstanden kunnen zich rechtstreeks melden bij de instanties die zijn ingesteld om deze misstanden te onderzoeken en te voorkomen. Er is geen omweg nodig via een Huis, een OIO of een andere algemene onderzoeksinstantie. Het institutionele landschap op het gebied van integriteit en inspecties is immers al geschakeerd genoeg. De regeling kan eventueel voorzien in een aflopende schaal van bescherming, zoals ook in de Britse *Public Interest Disclosure Act* het geval is. Interne meldingen hebben daar de voorkeur en leiden tot het hoogste niveau van bescherming. Direct extern melden is echter ook mogelijk, maar dan moet het om een acute zaak gaan en dan gelden zwaardere zorgvuldigheidseisen.

De rechtsbescherming wordt in deze regeling neergelegd waar zij thuis hoort, bij de arbeidsrechter. Klokkenluiderszaken zijn immers naar hun aard ook altijd arbeidsconflicten. Alleen wanneer de werkgever ‘not amused’ is vanwege de melding van een misstand en informeel of formeel maatregelen neemt tegen de werknemer die de melding heeft gedaan, is er sprake van een ‘klokkenluiderszaak’. Zolang de werkgever bewilligt in de melding, is er in feite geen sprake van klokkenluiden – omdat in mijn definitie het ontbreken van toestemming een wezenlijk element is voor klokkenluiderschap in strikte zin⁴ - en in ieder geval is er geen sprake van een ‘zaak’.

De arbeidsrechter is bij uitstek geschikt om bij klokkenluiderszaken tot een goede afweging te komen van de verschillende belangen, jurisprudentie te ontwikkelen rondom de zorgvuldigheidseisen, en om te oordelen over de wenselijkheid en de aard van de compensatie bij onzorgvuldig optreden van de werkgever. De compensatie voor de benadeling van bonafide klokkenluiders wordt eveneens neergelegd waar deze hoort: bij de werkgever.

In een dergelijke regeling worden advisering, beoordeling en onderzoek bovendien gescheiden. Advisering en ondersteuning kunnen gedaan worden door het Adviespunt klokkenluiden en daar zouden eventueel ook fondsen voor tegemoetkoming in de proceskosten kunnen worden ondergebracht. Het onderzoek naar misstanden gebeurt in beginsel door één of meer van de vele gespecialiseerde instanties. Daarnaast kan de Nationale ombudsman eventueel als achtervanger optreden voor de meldingen waarvoor niet direct een bestaande onderzoeksinstantie beschikbaar is. Zo komt Quasimodo toch nog onder de mensen.

¹ Vergelijk *Evaluatie klokkenluidersregelingen publieke sector*, Universiteit Utrecht 2008, p. 79-80.

² Tweede Kamer, 2012-2013, kamerstuk 33258 nr. 6, artikel 1, sub i-2.

³ Het Fonds is in de afgelopen jaren een kernelement van het wetsvoorstel geweest. Bij het ter perse gaan van dit artikel circuleerde echter een nota van wijziging van het wetsvoorstel waarin het Fonds voorlopig uit het voorstel is gehaald. Tweede Kamer, 2012-2013, kamerstuk 33258 nr. 15.

⁴ In mijn proefschrift (*Verantwoordelijkheid en organisatie*, Zwolle: Tjeenk Willink 1990: p. 264) heb ik het begrip klokkenluider gebruikt voor 'een werknemer of ambtenaar die, zonder daartoe toestemming te hebben gekregen van zijn of haar superieuren, informatie onthult of op andere wijze in de openbaarheid treedt met de bedoeling de aandacht te vestigen op een misstand waarvan hij of zij kennis heeft gekregen door zijn werk binnen de organisatie'. In de jaren sindsdien is 'klokkenluider' een algemene term geworden voor iemand die misstanden naar buiten brengt. In mijn definitie is het 'zonder toestemming' echter een wezenlijk onderdeel.