

Reactie Internetconsultatie Wijziging van Boek 7 BW houdende uitbreiding van het benadelingsverbod klokkenluiders

Transparency International Nederland (hierna: TI-NL) heeft in de afgelopen jaren regelmatig advies uitgebracht over het toenmalige wetsvoorstel Huis voor klokkenluiders, dat sinds 1 juli 2016 wet is geworden (hierna 'Wet Hvk'). Eén van de kritiekpunten van TI-NL is dat de bescherming van zzp'ers, vrijwilligers en stagiairs tegen benadeling nog niet geregeld is in de wet. Hoewel het Huis voor Klokkenluiders (hierna 'het Huis') deze personen wel van advies voorziet en zij een vermoeden van een misstand kunnen melden, geldt voor hen niet het wettelijk benadelingsverbod. Om deze reden juicht TI-NL het voorstel toe de wettelijke bescherming voor melders van misstanden in de Wet Hvk uit te breiden naar personen die anders dan op grond van een arbeidsovereenkomst arbeid of werkzaamheden verrichten.

Echter, de manier waarop het wetsvoorstel is vormgegeven, roept belangrijke vragen op, dusdanig dat TI-NL van mening is dat het voorstel sterk gewijzigd moet worden. In deze reactie geeft TI-NL eerst aan wat er in wetgevingstechnische termen schort aan het huidige voorstel, om daarna met suggesties voor verbetering te komen.

Tot slot vraagt TI-NL aandacht voor de bewijslast ten aanzien van het benadelingsverbod, voor iedereen die aanspraak wil maken op bescherming (dus niet alleen zzp'ers, vrijwilligers en stagiairs, maar ook werknemers die op grond van een arbeidsovereenkomst arbeid verrichten) en het geldende internationale recht op dat punt.

Bepaling in verkeerde titel van het BW

Artikel 658c van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW), dat volgens het voorstel gewijzigd zal worden, staat in Titel 10 van voornoemd Boek 7. Deze titel gaat echter uitsluitend over de arbeidsovereenkomst. Een bepaling bedoeld om anderen dan diegenen die op grond van een arbeidsovereenkomst arbeid verrichten, te beschermen, moet daarom juist niet in deze titel worden geplaatst. In veel gevallen zal sprake zijn van een overeenkomst van opdracht (met een zelfstandige), die geregeld wordt in Titel 7 van Boek 7 BW. Voor deze categorie 'werknemers', zoals gedefinieerd in artikel 1 onder aanhef en onder h, van de Wet Hvk, zou het voor de hand liggen om een beschermingsbepaling in deze titel op te nemen. Titel 10 is immers juist niet op hen van toepassing. Titel 7 en Titel 10 sluiten elkaar zelfs uit.

Hetzelfde geldt voor de uitzendovereenkomst, die is geregeld in Titel 11 van Boek 7 BW. Voor uitzendkrachten en gedetacheerden doet zich bovendien een probleem voor dat zich met het thans voorliggend wetsvoorstel niet laat oplossen. Zien zij een misstand bij een opdrachtgever, dan zouden zij weliswaar worden beschermd tegen benadeling door het uitzendbureau of detacheringsbureau, maar niet tegen benadeling door de opdrachtgever. Vanwege het beschermingsbelang dienen beide 'werkgevers' aan het benadelingsverbod te worden onderworpen. Hiertoe dient daarom een specifieke bepaling ontworpen te worden.

Competentie kantonrechter hoort in Rv

Of het nou in Titel 7, Titel 11 of zoals het nu voorligt in Titel 10 van Boek 7 BW geregeld wordt, ligt het niet voor de hand om in het BW de kantonrechter als bevoegde rechter aan te wijzen, en zeker niet zonder daarbij een regeling te treffen ten aanzien van de competentiegrens. Indien de wetgever ervoor kiest om de kantonrechter bevoegdheid te geven bij vorderingen boven het bedrag van € 25.000,-, dan dient dit geregeld te worden in artikel 93 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv). Hierin is immers de absolute competentie van de kantonrechter voor alle gevallen geregeld. Krachtens lid c van Artikel 93 Rv is de kantonrechter weliswaar bevoegd kennis te nemen van vorderingen "ongeacht het beloop of de waarde daarvan" wanneer het gaat om "zaken betreffende een arbeidsovereenkomst", maar dat is hier dus uitdrukkelijk niet aan de orde.

Vrijwilligers en stagiairs

Nog complexer wordt het bij vrijwilligers en stagiairs. Volgens de Memorie van toelichting bij de huidige Wet Huis voor klokkenluiders is voor het begrippenkader aangesloten bij de Wet Arbeid en zorg, met inbegrip van het begrip 'arbeid'.¹ In de Memorie van toelichting bij die wet staat echter dat deze alleen ziet op werknemers met een arbeidsovereenkomst of een publiekrechtelijke aanstelling (als ambtenaar).² Het is voorts de vraag of in deze gevallen altijd kan worden gesproken van arbeid in de arbeidsrechtelijke zin, en of het de werkgever is die deze *laait* verrichten. Er is bij vrijwilligers immers geen gezagsrelatie en stagiairs verrichten ook andere taken dan arbeid in het kader van hun praktijkopleiding.

Oplossing: wijzig de Wet Huis voor klokkenluiders zelf

Gelet op het voorgaande meent TI-NL dat het voor de hand ligt om niet de bepaling in Titel 10, Titel 7 of Titel 11 van het BW te wijzigen, maar de Wet HvK zelf, waar de diverse beschermingsmodi beter op hun plaats zijn. Dit ligt mede voor de hand nu blijkt dat de Wet normalisering rechtspositie ambtenaren binnenkort in werking zal treden, waarna de beschermingsbepaling in de Ambtenarenwet obsolete wordt. Er is dan één beschermingsbepaling voor alle 'werknemers' in de zin van de Wet HvK (zie art. 1 Wet HvK). Juist gezien de voorkeur voor het verminderen van regeldruk, het vergroten van eenvoud en de fluiditeit tussen de verschillende arbeidsvormen, geniet deze oplossing de voorkeur.

Bewijslastverdeling onder internationaal recht vs benadelingsverbod in de Wet HvK

Volgens de Wet HvK mag de werkgever de werknemer niet benadelen als gevolg van het te goeder trouw en naar behoren melden van een vermoeden van een misstand. Als een werkgever een melder die naar behoren meldt, toch benadeelt, dan moet de werknemer bewijzen dat hij is benadeeld omdat hij een melding van een misstand heeft gedaan. In de praktijk blijkt dat uiterst lastig en zal het de werknemer zijn die de stap naar de rechter moet zetten. Deze situatie is niet in lijn met het internationale recht.

Volgens de uitspraak *Heinisch* van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM 21 juli 2011, nr. 28274/08) zijn de Resolutie van de Parlementaire Vergadering d.d. 29 april 2010 (1729(2010)) en Aanbeveling CM/Ree (2010)7 d.d. 30 april 2014 van het Comité van Ministers, beide van de Raad van Europa, "relevant international law". In deze documenten wordt uitgegaan van omkering van de bewijslast: het is aan de werkgever om te bewijzen dat de benadeling van de melder geen verband hield met de melding van de misstand. Bij een beweerde schending van het benadelingsverbod zal het EHRM daarom in beginsel de omkering van de bewijslast volgen. Zowel Resolutie als Aanbeveling gaan ervan uit dat deze bewijslastverdeling in het nationale wetgevingsproces wordt overgenomen. Deze omkering van de bewijslast is ook opgenomen in het ontwerp van de *EU Whistleblowing Directive* (klokkenluidersrichtlijn).³

Gelet op de huidige stand van de jurisprudentie moet TI-NL concluderen dat in de Nederlandse rechtspraak van een dergelijke omkering nog geen sprake is. Daardoor worden werknemers, zoals gedefinieerd in de Wet HvK, belast met een onmogelijke bewijspositie. Houdt een werkgever vol dat de benadeling niet te maken heeft met een melding, dan valt het tegendeel vrijwel nooit aan te tonen. TI-NL pleit daarom voor een wettelijk verankerde omkering van de bewijslast.

¹ Kamerstukken II, 2012–2013, 33 258, nr. 7, p. 6.

² Kamerstukken II 1999–2000, 27207, nr. 3, p. 40.

³ Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the protection of persons reporting on breaches of Union law, art. 15, p. 12.

Suggestie voor een voorstel van wet

TI-NL geeft de volgende suggestie tot verbetering van het wetsvoorstel. Daarbij heeft TI-NL gekeken naar bepalingen over het voorkomen van pesten op de werkvloer in de Arbeidsomstandighedenwet en de bepaling over bewijsvermoeden in art. 7:658 BW.

Artikel I

Artikel 1, aanhef en onder h, van de **Wet Huis voor klokkenluiders** wordt als volgt gewijzigd:

werknemer: degene die krachtens arbeidsovereenkomst, overeenkomst van opdracht of uitzendovereenkomst naar burgerlijk recht of publiekrechtelijke aanstelling arbeid verricht of heeft verricht dan wel degene die bij de werkgever op enige andere wijze werkzaamheden anders dan uit dienstbetrekking verricht of heeft verricht, waaronder in ieder geval te begrijpen stage-werkzaamheden, werkervaringsarbeid en vrijwilligerswerk;

Artikel II

Aan de **Wet Huis voor klokkenluiders** wordt een paragraaf toegevoegd luidende:

§ 2a. Bescherming werknemer

Artikel III

Aan de **Wet Huis voor klokkenluiders** wordt een bepaling toegevoegd luidende:

Artikel 2a Benadelingsverbod

1. De werkgever als bedoeld in artikel 1, aanhef en onder g, van de wet mag de werknemer als bedoeld in artikel 1, aanhef en onder h, van de wet niet benadelen als gevolg van een melding van een vermoeden van een misstand door de werknemer volgens een procedure als genoemd in artikel 2 van de wet of volgens artikel 4, eerste lid, van de wet.
2. Onder benadeling als bedoeld in het eerste lid wordt in ieder geval bedoeld: ontslag of beëindiging van een overeenkomst, niet verlengen van een tijdelijke aanstelling of overeenkomst, afwijzen van verlof, onthouden van salarisverhoging, intimidatie of enige andere vorm van psychosociale arbeidsbelasting als bedoeld in artikel 1, derde lid, aanhef en onder e, van de Arbeidsomstandighedenwet.
3. Het benadelingsverbod als bedoeld in het eerste lid geldt vanaf het moment van de melding.
4. Indien een werknemer een melding van een vermoeden van een misstand als bedoeld in artikel 1, onder d, doet en er vindt een of meer van de in het tweede lid genoemde vormen van benadeling van die werknemer plaats door de werkgever, dan is dit bewijs van benadeling, tenzij de werkgever aantoont dat hij het in het eerste lid gegeven verbod niet heeft overtreden.

Artikel IV

Vervallenverklaringen.

Hoogachtend,

Namens de Commissie Klokkenluiden van Transparency International Nederland (TI-NL),

Hannah de Jong
Bestuurslid TI-NL & Voorzitter Commissie Klokkenluiden

Caroline Raat
Commissielid Klokkenluiden TI-NL

Anne Scheltema Beduin
Algemeen Directeur TI-NL

Jeroen Brabers
Commissielid Klokkenluiden TI-NL

Lotte Rooijendijk
Communications & Project Officer TI-NL

Elisabeth Lissenberg
Commissielid Klokkenluiden TI-NL