

Bescherming van klokkenluiders onder artikel 10 EVRM: een blik op de Straatsburgse en Nederlandse jurisprudentie en een beoordeling van de voorgestelde wetgeving

Mr. J.P. van den Brink en mr. E.W. Jurjens¹

Samenvatting | De bescherming van klokkenluiders is op dit moment grotendeels gebaseerd op de rechtspraak van het EHRM over de vrijheid van meningsuiting. Het EHRM hanteert voor de beoordeling van dergelijke zaken een zestal factoren. Klokkenluiders kunnen verder bescherming ontleen aan de journalistieke bronbescherming onder artikel 10 EVRM. Naast de bescherming onder het EVRM, die doorwerkt in de Nederlandse rechtspraak, ligt er in Nederland momenteel een aantal wetsvoorstellen voor die hun effect zullen hebben op de bescherming van klokkenluiders. Het gaat daarbij om het wetsvoorstel Huis voor klokkenluiders en de wetsvoorstellen om het brongeheim wettelijk te verankeren in het wetboek van Strafvordering en de wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2002. De auteurs concluderen dat klokkenluiders beter af zijn onder de rechtspraak van het EHRM dan onder het regime van de Nederlandse wetsvoorstellen.

Trefwoorden | Klokkenluiders, vrijheid van meningsuiting, persvrijheid, brongeheim [EVRM, art. 10]

1. Introductie

Memorysticks en Lady Gaga cd's stelden klokkenluiders als Edward Snowden en Bradley Manning in staat ongezien hoeveelheden geheime informatie naar buiten te sluizen waar Deep Throat² nooit van had durven dromen. Zij konden op weinig sympathie van de Amerikaanse regering rekenen. Manning zit vast in de VS.³ Snowden zit in ballingschap in nota bene Rusland.⁴ Julian Assange, de Wikileaks oprichter die Manning's informatie naar buiten bracht, zit vast in de Ecuadoriaanse ambassade in Londen, uit angst door de Zweedse autoriteiten aan de V.S. te worden uitgeleverd.

Deze affaires hebben de discussie over klokkenluiders hoog op de agenda gezet. Aan de ene kant is door deze bekende klokkenluiders een aantal zeer ernstige misstanden aan de kaak gesteld. Aan de andere kant heeft de schaal van de lekken ook tot gefronste wenkbrauwen geleid. De gevolgen van het lekken (bijvoorbeeld voor agenten in het veld) zijn lastig te overzien als zoveel informatie zo snel openbaar wordt.

In 2014 is in Nederland Publeaks gelanceerd, een samenwerkingsverband van verschillende media. Het doel van Publeaks is klokkenluiders een veilige omgeving te bieden om

¹ De auteurs van dit artikel zijn beide advocaat bij Kennedy Van der Laan en treden veel op in rechte aan de kant van de media.

² 'Deep Throat' was de naam waarmee de anonieme bron van de journalisten die in de jaren '70 het Watergate-schandaal aan het licht brachten werd aangeduid.

³ Zie o.m. 'Klokkenluider Bradley Manning krijgt 35 jaar cel', www.nu.nl, bericht van 21 augustus 2013.

⁴ Zie voor een beeld van het leven van Edward Snowden de documentaire 'Citizenfour' van regisseur Laura Poitras.

Kennedy Van der Laan

informatie anoniem aan de pers te kunnen lekken. De klokkenluider mag kiezen welke media zijn informatie mogen inzien. Die media besluiten vervolgens of ze de informatie gebruiken en hoe.⁵ Een doorzichtige manier voor media om aan gratis scoops te komen zonder zelf werk te verrichten, aldus criticasters. Het is de vraag of die kritiek terecht is. Om een misstand aan de kaak te kunnen stellen is informatie van binnenuit vaak essentieel. Als er een klokkenluider is die deze kan leveren moeten de media vervolgens aan de slag om de informatie van hun bron te controleren, verder onderzoek te doen en te kijken of er inderdaad een misstand is die aan de kaak moet worden gesteld.

De reactie van de organisaties waarover de klok wordt geluid is vaak vrij voorspelbaar. De klokkenluider wordt *kaltgestellt*. Die problematiek is ook actueel in Nederland. Recent lekte een klokkenluider vertrouwelijke documenten aan *NRC Handelsblad* over het bestaan van illegale en onveilige moslim-internaten in Rotterdam. De reactie was klassiek.⁶ De man, een ambtenaar werkzaam voor de gemeente Rotterdam, kreeg strafontslag vanwege ‘schending van zijn geheimhoudingsplicht’ en ‘ernstig plichtsverzuim’. De rechter was nodig om dit terug te draaien.⁷

De felle repressie die klokkenluiden vaak uitlokt kan een vernietigend effect hebben op de klokkenluider, die normaliter niet over het netwerk en de financiën beschikt waar zijn opponent wel de beschikking over heeft.⁸ We kennen allemaal de beelden van klokkenluider Ad Bos in zijn caravan. Een effectieve rechtsbescherming onder de vrijheid van meningsuiting is voor klokkenluiders dan ook essentieel. En andersom dient klokkenluiden ook bij uitstek door de vrijheid van meningsuiting te worden beschermd. Immers, de uitingsvrijheid is er juist om mensen te beschermen die proberen tegen de stroom in iets aan de kaak te stellen. Zo luidt een bekend citaat over de Amerikaanse tegenhanger van artikel 10 EVRM: ‘The First Amendment is not there to protect you when you are speaking on behalf of the Mothers against Drunk Drivers Committee. It is there to protect you when everyone, including the Congress, is ganging up against you.’⁹

Aan de andere kant hechten de instanties die worden beschuldigd van misstanden door klokkenluiders begrijpelijkerwijs aan hun reputatie. Kloppen de beschuldigingen, en waren die inderdaad zo nijpend dat het schending van bijvoorbeeld een geheimhoudingsplicht rechtvaardigt? Lopen er mensen gevaar door de onthullingen? Handelt de klokkenluider niet slechts uit eigenbelang, bijvoorbeeld om een persoonlijk conflict uit te vechten?

Alle bovenstaande issues komen terug in de rechtspraak en regelgeving die de afgelopen decennia is ontstaan over klokkenluiders. In dit artikel beschouwen wij de laatste juridische ontwikkelingen op klokkenluidersgebied in Nederland en Europa. We gaan vanuit onze achtergrond als media-advocaat vooral in op de juridische bescherming van klokkenluiders onder de door artikel 10 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) beschermde vrijheid van

⁵ Zie voor meer informatie de website van Publeaks op www.publeaks.nl.

⁶ Zie voor een beknopte schets van de manier waarop veelal met klokkenluiders wordt omgesprongen de rede ‘klokkenluiders en verklikkers’ uitgesproken door dr. Elisabeth Lissenberg bij haar afscheid als hoogleraar criminologie aan de Universiteit van Amsterdam op 15 februari 2008, te raadplegen op <http://dare.uva.nl/document/2/67066>.

⁷ Zie het vonnis van de voorzieningenrechter Rb. Rotterdam 6 februari 2014, *TAR* 2014/57.

⁸ Zie o.m. G. de Graaf, ‘Klokkenluiders, integriteit en veiligheid’, *Openbaar bestuur* 2011, nr. 1, p. 6-10 en uitvoeriger W. Vandekerckhove, *Whistleblowing and Organizational Social Responsibility*, Aldershot: Ashgate 2006.

⁹ AG Huydecoper verwijst naar dit citaat (dat hij uit het geheugen weergeeft, en dus mogelijk niet geheel nauwkeurig) uit een Amerikaanse publicatie in zijn conclusie d.d. 7 september 2007 in de zaak Hemelrijk, ECLI:NL:PHR:2008:BB3210.

Kennedy Van der Laan

meningsuiting.¹⁰ Dat artikel en de jurisprudentie daarover bevatten belangrijke aanknopingspunten om de kwaliteit van de nationale klokkenluidersbescherming aan af te meten. Klokkenluidersbescherming hangt nauw samen met de bescherming van het journalistieke brongeheim en dat element van de uitings- en persvrijheid heeft in de jurisprudentie de afgelopen jaren de nodige aandacht gekregen. Bovendien vormt die jurisprudentie weer de basis voor enkele internationale aanbevelingen, resoluties en andere vormen van *soft law*, die bedoeld zijn als inspiratie voor meer precieze en verplichtende nationale regelgeving. We analyseren de Straatsburgse jurisprudentie, bezien in hoeverre die gevolgd werd door de Nederlandse rechter in enkele recente zaken en beoordelen aan de hand van de in de EHRM-jurisprudentie ontwikkelde maatstaven of de voorstellen die momenteel in Nederland aanhangig zijn om de bescherming van klokkenluiders te versterken voldoen.

We geven eerst een overzicht van de internationale regelgeving (2) en het Nederlandse initiatiefwetsvoorstel Wet Huis voor klokkenluiders (3). Daarna bespreken we de jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) en de criteria die door het EHRM zijn ontwikkeld voor de beoordeling van klokkenluiderszaken in het kader van artikel 10 EVRM (4). Vervolgens bespreken we de Nederlandse rechtspraak en bekijken we in hoeverre daarin de rechtspraak van het EHRM wordt toegepast (5). Tenslotte bekijken we op welke wijze klokkenluiders kunnen profiteren van het journalistieke brongeheim (6) en bespreken we de Nederlandse voorstellen voor een wettelijk brongeheim. In de conclusie (7) vatten we de hoofdlijnen samen en bekijken we of de Nederlandse wetgevingsinitiatieven de Europese toets doorstaan.

2. Internationale regelgeving over klokkenluiders

De positie van de klokkenluider krijgt aandacht in zowel internationale als nationale regelgeving. Op internationaal vlak gaat het vooral om vormen van zogenoemde *soft law*: niet bindende aanbevelingen, resoluties, etcetera. Er zijn echter, naast de verdragsartikelen die de vrijheid van meningsuiting beschermen (en die verderop aan de orde komen) ook andere bindende verdragsbepalingen die raken aan de positie van klokkenluiders.

2.1 Resolutie 1729 Parlementaire Vergadering

In 2010 heeft de Parlementaire Vergadering van de Raad van Europa Resolutie 1729 inzake de bescherming van klokkenluiders aangenomen. Die resolutie is vooral interessant vanwege de definities en algemene uitgangspunten die erin worden gehanteerd. De resolutie definieert een klokkenluider als ‘a concerned individual who sounds an alarm in order to stop wrongdoings that place fellow human beings at risk’ (artikel 1 Resolutie 1729). Dat klinkt nogal beperkt. Brengt de eis dat er mensen ‘*at risk*’ moeten zijn bijvoorbeeld met zich mee dat corruptie-affaires buiten de reikwijdte van de resolutie vallen? Nee, dat lijkt niet de bedoeling te zijn geweest. Klokkenluidersbescherming, zo bepaalt Resolutie 1729 in artikel 6.1.1, kunnen de klok luiden over ‘various types of unlawful acts, including all serious human rights violations which affect or

¹⁰ De auteurs zullen de arbeidsrechtelijke problematiek van klokkenluiders niet bespreken.

Kennedy Van der Laan

threaten the life, health, liberty and any other legitimate interests of individuals as subject of public administration or taxpayers, or as shareholders, employees or customers of private companies'. Dat omvat dus een breed scala aan onderwerpen. Bovendien is deze lijst niet limitatief ('including ...').

Mag iemand die een misstand binnen zijn organisatie aan de kaak wil stellen zo maar de vuile was buiten hangen? Resolutie 1729 bepaalt dat klokkenluiders in principe eerst intern moeten melden (artikel 6.2.2). Echter, als deze interne kanalen om de misstand aan de kaak te stellen niet bestaan, niet functioneren of redelijkerwijs verwacht kunnen worden niet te functioneren, kan de klokkenluider ook naar externe partijen stappen (zoals de media; artikel 6.2.3).

Hoe wordt voorkomen dat boze ex-werknemers misbruik maken van de bijzondere bescherming voor klokkenluiders, alleen maar om wraak te nemen op hun voormalige werkgever? Mag een klokkenluider ook een eigenbelang nastreven? De resolutie sluit dat niet uit. Wel dient de klokkenluider 'in good faith' gehandeld te hebben. Dit houdt in dat: 'he or she had reasonable grounds to believe that the information disclosed was true, even if it later turns out that this was not the case, and provided he or she did not pursue any unlawful or unethical objectives.' (artikel 6.2.4) Een klokkenluider mag dus ook een eigenbelang hebben, zolang de informatie maar klopt en hij geen onrechtmatig of onethisch doel nastreeft. Tot slot moeten personen die toch wraakacties ondernemen tegen de klokkenluider sancties opgelegd kunnen krijgen, bijvoorbeeld door zelf te worden ontslagen (artikel 6.2.6).

2.2 Aanbeveling Comité van Ministers Raad van Europa

De Parlementaire Vergadering heeft het Comité van Ministers van de Raad van Europa gevraagd om op basis van haar resolutie richtlijnen op te stellen ter bescherming van klokkenluiders.¹¹ Na een uitgebreide literatuurstudie¹² en een consultatiebijeenkomst¹³ nam het European Committee on Legal Co-Operation (een orgaan van de Raad van Europa) eind 2013 de 'Draft Recommendation on the Protection of Whistleblowers' aan.¹⁴ Het Comité van Ministers van de Raad van Europa heeft deze aanbeveling op 30 april 2014 overgenomen (de 'Recommendation').¹⁵

In de Recommendation is een klokkenluider gedefinieerd als: 'any person who reports or discloses information on a threat or harm to the public interest in the context of their work-based relationship, whether it be in the public or private sector' (Definitions, onder (a)). Een belangrijk verschil met Resolutie 1729 is dat de Recommendation de definitie verruimt in de zin dat niet langer is vereist dat iemand 'at risk' wordt geplaatst. Wat volstaat is dat informatie wordt verstrekt over een bedreiging of schade voor het publiek belang. Aan de andere kant wordt de definitie in de Recommendation weer beperkt door de voorwaarde dat de informatie de klokkenluider 'in the context of their work-based relationship' ter ore moet zijn gekomen.

¹¹ Recommendation 1916 (2010).

¹² P. Stephenson & M. Levi, 'The protection of whistleblowers. A study of the feasibility of a legal instrument on the protection of employees who make disclosures in the public interest', Straatsburg: Raad van Europa 2012.

¹³ Het verslag van deze bijeenkomst, gehouden te Straatsburg op 30 en 31 mei 2013, is te vinden op http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdcj/Whistleblowers/protecting_whistleblowers_en.asp.

¹⁴ De tekst van deze aanbeveling is te vinden op: http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdcj/Whistleblowers/protecting_whistleblowers_en.asp.

¹⁵ Recommendation CM/Rec(2014)7 of the Committee of Ministers to member States on the protection of whistleblowers.

2.3 Definitie ‘klokkenluider’ in andere fora

Ook in andere fora, zoals de G20 en de OECD, is de afgelopen jaren aandacht voor klokkenluiders.¹⁶ Met name vanuit de invalshoek van de strijd tegen corruptie. In een G20-rapport wordt geconstateerd dat het begrip ‘klokkenluider’ in verschillende internationale fora op verschillende manieren wordt gedefinieerd, en wordt verwezen naar:

- De International Labour Organization (ILO): klokkenluiden is *“the reporting by employees or former employees of illegal, irregular, dangerous or unethical practices by employers”*¹⁷;
- De OECD: klokkenluiders zijn *“employees who report in good faith and on reasonable grounds to the competent authorities”*¹⁸;
- De United Nations Convention Against Corruption: een klokkenluider is *“any person who reports in good faith and on reasonable grounds to the competent authorities any facts concerning offences established in accordance with this Convention.”*¹⁹;
- De Council of Europe Civil Law Convention on Corruption: klokkenluiders zijn *“employees who have reasonable grounds to suspect corruption and who report in good faith their suspicion to responsible persons or authorities”*.²⁰

De juridische status van de hierboven genoemde internationale documenten is zeer divers. Wij volstaan hier met de opmerking dat de bepalingen uit deze documenten waarin het begrip klokkenluider wordt gedefinieerd niet rechtsreeks doorwerken binnen het Nederlandse rechtstelsel. Nederland is weliswaar partij bij de twee laatstgenoemde Conventies, die als verdrag natuurlijk directe werking hebben binnen het Nederlandse recht. De artikelen uit deze beide verdragen waarin het begrip klokkenluider wordt gehanteerd zijn echter niet een ieder verbindend in de zin van artikel 93 en 94 Grondwet. Zij bevatten namelijk nadrukkelijk een opdracht aan de nationale wetgever, wat in de weg staat aan een ieder verbindendheid.²¹

In dit verband is het overigens ook relevant dat de verdragsstaten in artikel 24 van het Herzien Europees Sociaal Handvest (ESH) erkennen dat werknemers niet zonder goede reden ontslagen mogen worden. Die goede redenen moeten dan gelegen zijn in hun capaciteiten, hun gedrag of in de operationele behoeften van de onderneming. De bijlage bij dit verdragsartikel geeft vervolgens aan dat een goede reden niet gelegen kan zijn in het ‘indienen van een klacht of deelneming aan een gerechtelijke procedure tegen een werkgever met betrekking tot een vermeende schending van wet- of regelgeving of het zich wenden tot bevoegde administratieve autoriteiten’ (lid 3, sub c). Dit artikel heeft daarmee betrekking op in ieder geval een deel van het fenomeen klokkenluiden. In de arbeidsrechtelijke sfeer zijn overigens meer internationale bepalingen te

¹⁶ Zie onder meer: G20 Anti-Corruption Action Plan, Action Point 7: Protection of Whistleblowers; G20 Compendium of Best Practices and Guiding Principles for Legislation on the Protection of Whistleblowers; CleanGovBiz/OECD juli 2012, ‘Whistleblower protection: encouraging reporting’.

¹⁷ International Labour Organization Thesaurus, 2005. Deze thesaurus geeft aan in welke betekenis een begrip gebruikt wordt in het werk van de ILO, maar is als zodanig niet bindend voor de ILO-lidstaten.

¹⁸ Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions, Recommendation IX(iii).

¹⁹ Artikel 33 UNCAS 2005.

²⁰ Artikel 9 CoE CLCC 1999.

²¹ HR 30 mei 1986, NJ 1986, 688 (Spoorwegstaking).

noemen die raken aan het fenomeen klokkenluiden, maar die hebben wij niet uitputtend in kaart gebracht.

Niettegenstaande het *soft law* karakter van veel van de bovenstaande vormen van regelgeving of het gebrek aan een ieder verbindendheid ervan, valt in de jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) waar te nemen dat aan de resoluties en aanbevelingen van (organen van) de Raad van Europa, maar ook aan ESH-bepalingen of bepalingen van VN- of ILO-Conventies wordt gerefereerd. In andere documenten of verdragen gehanteerde definities of bepalingen kunnen zo mede bepalend zijn voor de inkleuring of interpretatie van begrippen uit het EVRM en zo mede de reikwijdte van EVRM-artikelen bepalen. Deze EHRM-interpretatie van EVRM-bepalingen wordt vervolgens vaak weer overgenomen door nationale rechterlijke instanties, ook in de Nederlandse rechtspraak.²² Zodoende kunnen dergelijke bepalingen ook een rol spelen in zaken die de uitings- en persvrijheid van artikel 10 EVRM betreffen.

3. Regelgeving klokkenluiders Nederland

In Nederland is er nog geen specifieke wetgeving over klokkenluiders. Noemenswaardig is wel dat er sinds oktober 2012 een Adviespunt Klokkenluiders bestaat. Dit is een adviserend orgaan dat onder auspiciën van de ministeries van Binnenlandse Zaken en SZW is opgezet (maar wel onafhankelijk is).²³ Het Adviespunt is in beginsel een tijdelijke oplossing: het besluit waarbij het is opgericht vervalt per 1 juli 2015.²⁴

3.1 Het Adviespunt klokkenluiders

Het Adviespunt definieert een klokkenluider als: ‘iemand die (i) door zijn werk kennis heeft van (ii) een op redelijke gronden gebaseerd vermoeden van een misstand in een organisatie waarbij (iii) het maatschappelijk belang in het geding is.’ Het Adviespunt heeft als taak klokkenluiders te adviseren over óf, en hoe, eventuele misstanden het beste aan de orde gesteld kunnen worden. Het Adviespunt kan zelf geen onderzoek doen naar de gestelde misstand, maar kan wel doorverwijzen naar andere instanties die dit wel kunnen (bijvoorbeeld het OM, de FIOD of de ACM). In de periode vanaf 1 oktober 2012 tot 1 mei 2014 hebben in totaal 729 personen contact gelegd met het Adviespunt. Uit onderzoek is gebleken dat het in 82 van die gevallen daadwerkelijk om een klokkenluiderszaak ging.²⁵

3.2 Het initiatiefwetsvoorstel Huis voor klokkenluiders

Naast het door de regering geïnitieerde Adviespunt is er op 14 mei 2012 een initiatiefwetsvoorstel ingediend getiteld ‘Wet Huis voor klokkenluiders’ (WHvK).²⁶ Dit ‘Huis voor klokkenluiders’ zou moeten ressorteren onder de Nationale ombudsman, dat onder andere de taken zou krijgen om

²² P.M. Proefschrift Hanneke Senden.

²³ Zie www.adviespuntklokkenluiders.nl. De wettelijke basis voor het Adviespunt is het Besluit van 27 september 2011 tot instelling van de Commissie advies- en verwijspunt klokkenluiden (Tijdelijk besluit Commissie advies- en verwijspunt klokkenluiden).

²⁴ Artikel 15 Tijdelijk besluit Commissie advies- en verwijspunt klokkenluiden.

²⁵ F. Maas et al., ‘Veilig misstanden melden op het werk’, Utrecht: Berenschot 2014.

²⁶ Initiatiefnemers zijn de Tweedekamerleden Van Raak (SP), Fokke (PvdA), Schouw (D66), Voortman (GroenLinks), Segers (ChristenUnie), Ouwehand (PvdD) en Klein (50PLUS).

Kennedy Van der Laan

a) werknemers te adviseren bij het vermoeden van een misstand en b) door werknemers gemelde misstanden te onderzoeken. In het wetsvoorstel wordt op verschillende wijzen getracht de rechtspositie van klokkenluiders in Nederland te verbeteren, met name vanuit het arbeidsrecht.²⁷

Naar aanleiding van kritiek van onder meer de Raad van State op dit wetsvoorstel is er op 17 december 2013 door de initiatiefnemers een gewijzigd voorstel van wet ingediend.²⁸ Dit gewijzigde wetsvoorstel is zwaar onder vuur komen te liggen in de Eerste Kamer. De kritiek van de Kamer ziet met name op de grondwettelijkheid van het voorstel (de grondwettelijke taak van de Nationale ombudsman zou niet de beoogde taken van het Huis omvatten), de verhouding tussen de advies- en onderzoekstaak van het Huis en de samenloop van onderzoeken van het Huis met onderzoek van het OM en/of toezichthouders en inspecties. Op het moment van schrijven is daarom onduidelijk of het wetsvoorstel in haar huidige vorm zal worden aangenomen. Wij gaan hieronder echter toch nog wat verder op het wetsvoorstel in, omdat het de problematiek rond klokkenluidersbescherming, en de worsteling daaromtrent van de wetgever illustreert.

Hoe stellen de initiatiefnemers zich de wettelijke bescherming van klokkenluiders voor? Opmerkelijk is dat het wetsvoorstel geen definitie geeft van een klokkenluider, maar kiest voor een systeem waarin de klokkenluider als ‘werknemer’, ‘melder’ of ‘verzoeker’ heeft te gelden. Dit systeem zou als volgt functioneren:

1. Een potentiële klokkenluider kan naar het Huis stappen voor advies (artikel 3 lid 1 sub a). In de termen van het wetsvoorstel heet hij of zij in dit geval een ‘werknemer’. Een werknemer wordt gedefinieerd als *“degene die krachtens arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht of publiekrechtelijke aanstelling arbeid verricht of heeft verricht dan wel de zelfstandige die anders dan uit dienstbetrekking arbeid verricht of heeft verricht”* (definities onder f).

Hier doet zich al een eerste definitie-ingewikkeldheid voor: het werknemersbegrip in deze wet omvat ook niet-werknemers.

2. Een ‘werknemer’ kan een ‘vermoeden van een misstand’ bij het Huis melden (artikel 4). In dat geval heet de klokkenluider een ‘melder’: ‘een werknemer die naar het oordeel van het Huis het vermoeden van een misstand heeft gemeld’ (definities, onder c). Dit ‘vermoeden van een misstand’ is een kernbegrip in het wetsvoorstel en betreft (definities onder h):

‘het vermoeden van een werknemer, dat binnen de organisatie waarin hij werkt of heeft gewerkt of bij een andere organisatie indien hij door zijn werkzaamheden met die organisatie in aanraking is gekomen, sprake is van een misstand voor zover:

²⁷ Dit artikel richt zich met name op de bescherming van klokkenluiders onder artikel 10 EVRM. Interessante besprekingen van het wetsvoorstel vanuit andere perspectieven (zoals bijvoorbeeld het bestuursrecht, arbeidsrecht en/of strafrecht) zijn onder meer Brief d.d. 21 mei 2013 van het Adviespunt Klokkenluiders aan de Tweede Kamer; Brief d.d. 8 augustus 2103 van het Adviespunt Klokkenluiders aan de Tweede Kamer; Preadvies BZK – Wet Huis voor de klokkenluiders (D.J. Elzinga, P.A. Kingma), p. 22 e.v.; HR 26 oktober 2012, *JAR* 2012/313 (*Quirijns/TGB*), m.nt. I.J. de Laat; Brief d.d. 26 augustus 2013 van het College van Procureurs-Generaal aan Minister Opstelten met als onderwerp ‘Advies inzake Huis voor klokkenluiders’.

²⁸ Gewijzigd voorstel van Wet Huis voor klokkenluiders, *Kamerstukken I* 2013/14, 33 258, A.

Kennedy Van der Laan

1. Het vermoeden gebaseerd is op redelijke gronden, die voortvloeien uit de kennis die de werknemer bij zijn werkgever heeft opgedaan of voortvloeien uit de kennis die de werknemer heeft gekregen door zijn werkzaamheden bij een ander bedrijf of een andere organisatie;
2. Het maatschappelijk belang in het geding is bij de schending van een wettelijk voorschrift, een gevaar voor de volksgezondheid, een gevaar voor de veiligheid van personen, een gevaar voor de aantasting van het milieu, een gevaar voor het goed functioneren van de openbare dienst of een onderneming als gevolg van een onbehoorlijke wijze van handelen of nalaten.’

Het Huis dient te beoordelen ‘of sprake is van een melding’ ex artikel 5 WHvK. Als dat het geval is, kan het Huis de inhoud van de melding en de identiteit van de melder meedelen aan de werkgever, als de melder daarmee instemt (artikel 5 lid 2). Dit vereiste van instemming was in de eerste versie van het wetsvoorstel niet voorzien, wat de initiatiefnemers op voor de hand liggende kritiek kwam te staan.

Een melding kan pas kan plaatsvinden nadat het vermoeden van de misstand (kort gezegd) intern is gemeld, en deze melding niet ‘binnen een redelijke termijn’ tot het aanpakken van de misstand heeft geleid (artikel 4 lid 1)

Uit de wet en toelichting blijkt niet duidelijk wat de bedoeling is nadat is vastgesteld dat er sprake is van een ‘vermoeden van een misstand’. Uit de wet lijkt te volgen dat de procedure dan in beginsel eindigt, tenzij de melder het Huis in een verzoekschrift vraagt een onderzoek in te stellen. Het Huis lijkt na een melding niet bevoegd te zijn uit eigen beweging onderzoek in te stellen. En als er een verzoekschrift wordt ingediend start het Huis alleen een onderzoek als ‘het maatschappelijk belang ernstig in het geding is’ (artikel 6 lid 1). Dit lijkt een zware toets, waar mogelijk behoorlijk wat ‘vermoedens’ op zullen sneuvelen. Onduidelijk is hoe in het daarop volgende onderzoek wordt omgegaan met de identiteit van de verzoeker.

De WHvK voorziet ook (in hoofdstuk 3) in een aantal wijzigingen van het BW en de Ambtenarenwet. Deze wijzigingen zijn kort gezegd gericht op bescherming tegen ontslag en/of andere represailles door de werkgever. Om als werknemer beschermd te worden onder deze regimes dient de werknemer in alle gevallen ‘te goeder trouw’ te handelen en dient hij de misstand ‘naar behoren’ gemeld te hebben. ‘Te goeder trouw’ wordt daarbij in de Memorie van Toelichting gedefinieerd als ‘vanuit zuivere motieven’.²⁹ Het begrip ‘naar behoren’ duidt, blijkens de MvT, er op ‘dat de werknemer zich bewust moet zijn van het feit dat hij niet zomaar in de openbaarheid kan treden met feiten over een onderneming die onder de geheimhoudingsplicht vallen’.

3.3 Tussenconclusie

Uit de verschillende nationale en internationale regelingen op het gebied van klokkenluiders blijkt hoe lastig het is het begrip ‘klokkenluider’ te definiëren. Wel is duidelijk dat er een paar vaak terugkomende elementen zijn in de beschrijvingen van het fenomeen klokkenluiden en in de gedragingen die een klokkenluider moet vertonen: het moet gaan om het melden van misstanden waardoor het publiek belang wordt geraakt; de klokkenluider is of was in dienst van de organisatie waarover hij de klok luidt; de klokkenluider handelt te goeder trouw en heeft de misstand eerst intern gemeld.

²⁹ MvT WHvK, *Kamerstukken II* 2011-12, 33 258, nr. 3

4. Bescherming klokkenluiders onder artikel 10 EVRM

Naast specifieke regelingen, worden klokkenluiders ook beschermd via de in artikel 10 EVRM vastgelegde vrijheid van meningsuiting. Dit artikel beschermt de uitingsvrijheid van klokkenluiders enerzijds direct. Anderzijds profiteren klokkenluiders indirect van 10 EVRM doordat journalisten hun identiteit geheim kunnen houden met een beroep op het recht op bronbescherming. Wij bespreken nu eerst de directe bescherming van de uitingsvrijheid van klokkenluiders, zowel in de jurisprudentie van het EHRM (die besproken wordt in deze paragraaf) als in de nationale rechtspraak (die besproken wordt in paragraaf 5). De indirecte bescherming via het recht op bronbescherming voor journalisten komt in paragraaf 6 aan de orde.

4.1 Algemeen EVRM-kader beperkingen uitingsvrijheid

Een klokkenluider die naar buiten treedt met een misstand kan een beroep doen op de vrijheid van meningsuiting. Vaak zullen klokkenluiders tegen beperkingen aanlopen. Het kan werknemers bijvoorbeeld uit hoofde van een geheimhoudingsbeding verboden zijn bepaalde informatie te openbaren, of iemand kan strafbaar handelen door de publicatie van staatsgeheime informatie of door handelen in strijd met het ambtsgeheim.

De vraag is dan telkens welk belang er voor gaat. Het belang dat gediend wordt door de bepaling die wordt overtreden, of het door 10 EVRM beschermde belang dat misstanden aan de kaak worden gesteld. De sancties die de klokkenluider boven het hoofd hangen, leveren een beperking op van zijn vrijheid van meningsuiting. Volgens artikel 10 lid 2 EVRM is zo'n beperking slechts toegestaan als die:

- a) bij wet is voorzien,
- b) dient ter bescherming van één van de in lid 2 genoemde belangen, waaronder de goede naam of rechten van anderen,
- c) noodzakelijk is in een democratische samenleving, en
- d) sprake is van een "*pressing social need*"³⁰

Aan de eerste eis zal normaliter wel voldaan zijn, omdat bijvoorbeeld in strijd wordt gehandeld met een wettelijke bepaling (zoals het ambtsgeheim), of omdat de wettelijke basis ligt in artikel 6:162 BW. Ook de eis sub b zal normaliter het probleem niet zijn. De cruciale vraag is of de beperking van de uitingsvrijheid van de klokkenluider noodzakelijk is in een democratische samenleving, en of sprake is van een *pressing social need*. De test of een *pressing social need* aanwezig is omvat mede de eis dat iedere beperking van de uitingsvrijheid proportioneel moet zijn en dat moet zijn voldaan aan het subsidiariteitsbeginsel.³¹

³⁰ EHRM 26 april 1979, NJ 1980/146, *Sunday Times*.

³¹ HR 2 september 2005, Mediaforum 2005-10, nr. 31 (*Ravage/Staat*).

Kennedy Van der Laan

Er bestaat vrij uitgebreide jurisprudentie van het EHRM over uitingsvrijheid en klokkenluiders. Daarin zijn verschillende criteria geformuleerd die relevant zijn voor de belangenafweging die gemaakt moet worden.

4.2 Klokkenluidersrechtspraak EHRM: introductie

Het belangrijkste arrest van het EHRM in dit verband is het arrest *Guja t. Moldavië* uit 2008.³² Deze zaak draait om het openbaar maken van vertrouwelijke informatie door een ambtenaar. Jacob Guja, hoofd voorlichting van het bureau van de procureur-generaal in Moldavië, had twee opzienbarende brieven gelekt naar de media. Dit waren brieven van de vicevoorzitter van het parlement en van de staatssecretaris van Binnenlandse Zaken, gericht aan het Moldaafse openbaar ministerie, waarin het OM werd verzocht een lopende strafzaak tegen een aantal politieagenten (over mishandeling van burgers) te staken. De strafzaak werd vervolgens door het OM ingetrokken. Na publicaties in de media over de brieven werd de ambtenaar ontslagen. Hij klaagde bij het EHRM dat dit ontslag een schending was van zijn rechten onder artikel 10 EVRM.

Het EHRM overweegt in zijn arrest allereerst dat artikel 10 EVRM onder meer het recht omvat om informatie door te geven die personen van derden hebben ontvangen en het recht om informatie te verstrekken. Artikel 10 EVRM is dus van toepassing in deze zaak. Het ontslag van de ambtenaar is daarmee een inmenging in zijn recht op vrijheid van meningsuiting. De vervolgvraag is of deze inmenging ‘noodzakelijk is in een democratische samenleving’ in de zin van lid 2.

In dat verband overweegt het EHRM dat ook ambtenaren in de context van hun werk zich op artikel 10 EVRM kunnen beroepen, maar legt wel een nuance aan: ‘At the same time, the Court is mindful that employees have a duty of loyalty, reserve and discretion to their employer. This is particularly so in the case of civil servants (...)’.³³ In bepaalde omstandigheden weegt het publieke belang bij de openbaarmaking door een ambtenaar van interne informatie over misstanden echter zwaarder dan deze loyaliteitsplicht. De ambtenaar geniet in zo’n situatie bescherming onder artikel 10 EVRM. Dat zal – zo overweegt het EHRM – in het bijzonder het geval zijn wanneer de ambtenaar als enige, of als één van de weinigen, toegang heeft tot de informatie. In zijn latere arrest inzake *Heinisch/Duitsland* oordeelt het EHRM dat de ‘duty of loyalty’ bij een werknemer in de private sector minder zwaar dient te wegen dan bij werknemers in de publieke sector.³⁴

Na deze algemene overwegingen formuleert het EHRM een zestal factoren die meewegen bij de beoordeling van de vraag of de inmenging in de vrijheid van meningsuiting van de klokkenluider proportioneel (en dus toelaatbaar) is. Het onderlinge relatieve gewicht van de factoren is daarbij sterk afhankelijk van de feiten in de zaak. Hierna worden deze factoren besproken. Daarbij worden ook de aanscherpingen in latere rechtspraak meegenomen.

4.3 Klokkenluidersrechtspraak EHRM: relevante factoren

³² EHRM 12 februari 2008, nr. 14277/04 (*Guja/Moldavië*).

³³ Zie in dit verband ook EHRM 26 februari 2009, nr. 29492/05 (*Kudeshkina/Rusland*), par. 85 en de daarin vervatte verwijzingen.

³⁴ EHRM 21 juli 2011, nr. 28274 (*Heinisch/Duitsland*).

Kennedy Van der Laan

4.3.1 *Subsidiariteit.*

Van belang is allereerst of de klokkenluider ‘had alternative channels for the disclosure’. Daarbij geldt in beginsel, in de woorden van het Hof: ‘Disclosure should be made in the first place to the person’s superior or other competent authority or body’. Dus: in beginsel eerst intern of bij een toezichthouder melden, en daarna pas naar de media. Die interne meldingsplicht bestaat echter niet als dit ‘clearly impracticable’ is. Bijvoorbeeld omdat de informatie juist ziet op het gedrag van de leidinggevende. Als er geen (effectieve) interne procedures of regels bestaan om misstanden binnen de organisatie aan de kaak te stellen rechtvaardigt dat eerder de openbaarmaking van informatie. Ook het ontbreken van wetgeving over klokkenluiders in de betreffende lidstaat kan een reden zijn om eerder de informatie te openbaren.³⁵

Uit het *Heinisch*-arrest blijkt dat de reactie op, of het gevolg dat wordt gegeven aan, een interne melding ook een belangrijke rol kan spelen.³⁶ Als er niets wordt gedaan met de interne melding en de situatie niet verbeterd is, is de werknemer niet langer gebonden ‘by a duty of loyalty towards his employer’.

4.3.2 *Publiek belang.*

Als het gaat om een zaak van ‘public interest’ dan weegt dit in de belangenafweging zwaar aan de kant van de vrijheid van meningsuiting. Het is vaste rechtspraak van het EHRM dat er weinig ruimte bestaat onder artikel 10 lid 2 EVRM voor beperkingen van het debat over zaken van ‘public interest’.³⁷

4.3.3 *Schade.*

Er moet rekening worden gehouden met de schade die door de openbaarmaking van de informatie wordt geleden door het overheidsorgaan c.q. het bedrijf in kwestie. In de *Guja*-zaak was het vertrouwen van het publiek in de onafhankelijkheid en neutraliteit van het OM in het geding. Het EHRM oordeelt in *Guja* echter dat het gewicht van het publieke belang zwaarder weegt dan deze eventuele schade en het benadrukt het fundamentele belang van een open discussie in een democratische samenleving.

Bij de beoordeling van deze factor kan meewegen of de door de klokkenluider geopenbaarde informatie in meer of mindere mate al bekend was bij het publiek. Als dit het geval is zal de potentiële schade als gevolg van de publicatie immers minder zijn of zelfs in het geheel niet bestaan.³⁸

4.3.4 *Authenticiteit informatie.*

De ambtenaar moet, voordat de informatie openbaar wordt gemaakt, ‘carefully verify to the extent permitted by the circumstances, that it is accurate and reliable’. Dit vereiste wordt aanzienlijk genuanceerd in het *Heinisch/Duitsland*-arrest. In die zaak had verpleegster Heinisch (de klokkenluidster) aangifte gedaan tegen haar werkgever, maar dit leidde uiteindelijk niet tot vervolging. En in het arbeidsrechtelijke geschil tussen Heinisch en haar werkgever oordeelde de rechtbank Berlijn dat de aangifte ‘frivool’ was geweest nu zij haar beschuldigingen onvoldoende

³⁵ Zie voor beide factoren EHRM 8 januari 2013, Nr. 40238/02 (*Bucur en Toma/Roemenië*).

³⁶ EHRM 21 juli 2011, nr. 28274/08 (*Heinisch/Duitsland*), par. 72 e.v.

³⁷ Vgl. bijvoorbeeld EHRM 7 februari 2012, nr. 39954/08 (*Axel Springer/Duitsland*) en EHRM 7 februari 2012, nos. 40660/08 en 60641/08 (*Von Hannover II*).

³⁸ Zie in dit verband EHRM 21 oktober 2014, nr. 73571/10 (*Matúz/Hongarije*), par. 42-43.

Kennedy Van der Laan

met feiten had onderbouwd. Leidde dat ertoe dat het EHRM op dit punt kritisch was ten opzichte van de verificatieplicht van Heinisch? Dat viel mee. Het EHRM nuanceert zijn eerder geformuleerde toets aanzienlijk. De beschuldigingen waren ‘not devoid of factual background’. De inspectie voor de gezondheidszorg had op soortgelijke punten eerder kritiek geuit. Verder was niet gebleken dat de verpleegster ‘knowingly or frivolously’ onjuiste informatie had verspreid. Dat daarna het OM had besloten geen vervolging in te stellen is niet relevant voor de vraag of de klokkenluider ten tijde van de publicatie uit mocht gaan van de authenticiteit van de informatie.

De toets voor de authenticiteit van de informatie is dus of, op het moment van publicatie, a) de informatie niet volledig zonder feitelijke onderbouwing was en b) de klokkenluider niet doelbewust of onbezonnen onjuiste informatie heeft verspreid.

4.3.5 *Motief.*

Handelde de klokkenluider te goeder trouw? En had hij het oog op het algemeen belang? Uit het *Guja*-arrest blijkt dat ook een klokkenluider die (mede) in zijn eigenbelang of uit wraakmotieven handelde zich kan beroepen op artikel 10 EVRM. Alleen zal dit niet een ‘particularly strong level of protection’ rechtvaardigen. *A contrario* valt daar overigens naar ons oordeel uit af te leiden dat bij goede trouw *wél* een bijzonder hoog beschermingsniveau gerechtvaardigd is. In het geval van *Guja* overweegt het EHRM echter dat er geen reden is te twijfelen aan de motieven van de ambtenaar.³⁹ Uit die overweging lijkt te volgen dat een klokkenluider niet hoeft aan te tonen dat hij te goeder trouw handelde (wat ook een lastige, zo niet onmogelijke bewijspositie zou zijn), en het aan de wederpartij is om kwade trouw aan te tonen.

Deze lezing lijkt bevestigd te worden in het *Heinisch*-arrest, waar het EHRM eveneens oordeelt dat er geen reden is te twijfelen aan de motieven van de klokkenluider. In deze zaak had de klokkenluider onder meer scherp geformuleerde kritiek geuit via flyers. Het EHRM oordeelt dat

‘even if the applicant allowed herself a certain degree of exaggeration and generalization, her allegations were not entirely devoid of factual grounds and did not amount to a gratuitous personal attack on her employer but rather constituted a description of the serious shortcomings in the functioning of the nursing home’.⁴⁰

Scherpe formuleringen zijn dus geoorloofd, zolang de kritiek zakelijk blijft en niet onnodig persoonlijk wordt.

In het recente arrest *Matúz/Hongarije* volgt het EHRM deze lijn en oordeelt dat het motief van een klokkenluider ‘was not called into question before the domestic courts’.⁴¹ Dit bevestigt dat goede trouw het uitgangspunt is, en dat het aan de wederpartij is om feiten en omstandigheden te stellen (en te bewijzen) waaruit zou blijken dat dit anders is. Zoals hiervoor omschreven zal hieraan niet snel voldaan zijn.

Het enkele feit dat er een conflict is tussen de klokkenluider en de organisatie waar de misstanden zouden plaatsvinden is onvoldoende voor het aannemen van kwade trouw. Dat blijkt uit het arrest *Sosinowska/Polen*.⁴² Sosinowska, een dokter in een Pools ziekenhuis, uitte bij een

³⁹ EHRM 12 februari 2008, nr. 14277/04 (*Guja/Moldavië*), par. 92-93.

⁴⁰ Zie in dit verband ook EHRM 26 februari 2009, nr. 29492/05 (*Kudeshkina/Rusland*).

⁴¹ EHRM 21 oktober 2014, nr. 73571/10 (*Matúz/Hongarije*).

⁴² EHRM 18 oktober 2011, nr. 10247/09 (*Sosinowska/Polen*).

Kennedy Van der Laan

regionale toezichthouder kritiek op haar leidinggevende, nu zij van mening was dat er ernstige medische misstanden onder de leiding van deze persoon plaatsvonden. Er bestond daarbij al een langlopend conflict tussen de dokter en haar leidinggevende. Sosinowska werd voor het uiten van de kritiek bij de toezichthouder berispt door het medisch tuchtgerecht. De tuchtrechter hield er daarbij geen rekening mee dat de rechter in een arbeidsrechtelijke procedure had geoordeeld dat er inderdaad misstanden waren, en dat Sosinowska haar kritiek eerst intern had geuit. Voor het EHRM stelde de Poolse Staat dat de berisping niettemin terecht was, nu gezien het conflict tussen de dokter en de leidinggevende, haar kritiek zou gelden als persoonlijke aanval op de leidinggevende, en daarom niet serieus te nemen zou zijn. Het EHRM gaat hier niet in mee en oordeelt dat het enkele bestaan van een conflict tussen Sosinowska en haar leidinggevende onvoldoende is om haar kritiek te diskwalificeren. Het EHRM oordeelt dan ook dat de berisping een schending is van de rechten van dokter Sosinowska onder artikel 10 EVRM.

4.3.6 Sanctie.

Elke inmenging met de vrijheid van meningsuiting dient proportioneel te zijn. Dat geldt ook voor de tegen de klokkenluider opgelegde sanctie. In de *Guja*-zaak bestond de sanctie uit het ontslag van Guja.⁴³ Dit was onder de omstandigheden de zwaarst mogelijke sanctie. Het EHRM benadrukt dan dat het *chilling effect* dat uitgaat van sancties één van de belangrijkste redenen is om klokkenluiders te beschermen:

‘This sanction not only had negative repercussions on the applicant’s career but it could also have a serious chilling effect on other employees from the Prosecutor’s Office and discourage them from reporting any misconduct. Moreover, in view of the media coverage of the applicant’s case, the sanction could have a chilling effect not only on employees of the Prosecutor’s Office but also on many other civil servants and employees.’⁴⁴

Deze redenering wordt in het *Heinisch*-arrest herhaald. Heinisch was ontslagen op staande voet, ‘the heaviest sanction possible under labour law’. Ook hier oordeelt het EHRM dat dit een *chilling effect* kon hebben op de directe collega’s van Heinisch en ook op alle medewerkers in dezelfde sector. Bovendien, zo vult het EHRM aan: ‘this chilling effect works to the detriment of society as a whole and also has to be taken into consideration when assessing the proportionality of, and thus the justification for, the sanctions imposed on the applicant’. Daarbij kan een rol spelen op welke sector de onthullingen betrekking hebben: in dit geval woog extra mee dat het ging om ouderenzorg, waarbij verplegers vaak het best in staat zijn misstanden aan het licht te brengen.

4.4 Tussenconclusie

De hiervoor geschetste factoren, op een rij gezet in *Guja* en op onderdelen nog wat gepreciseerd of genuanceerd in latere arresten, weegt het EHRM inmiddels consequent mee in zijn recente rechtspraak over klokkenluiderskwesties. Dat blijkt bijvoorbeeld uit het arrest in de zaak *Bucur en Toma t. Roemenië*.⁴⁵ De feiten in die zaak doen denken aan de recente onthullingen van Edward Snowden over het afluisteren door de Amerikaanse geheime dienst NSA. Een medewerker van

⁴³ Zie ook EHRM 19 februari 2009, nr. 4063/04 (*Marchenko/Oekraïne*).

⁴⁴ EHRM 12 februari 2008, nr. 14277/04 (*Guja/Moldavië*), par. 95.

⁴⁵ EHRM 8 januari 2013, Nr. 40238/02 (*Bucur en Toma/Roemenië*).

de Roemeense geheime dienst bracht aan het licht dat de Roemeense overheid een groot aantal telefoongesprekken aftapte, waaronder van prominente journalisten en politici. Hij werd veroordeeld tot twee jaar celstraf. Na toepassing van de factoren uit het *Guja*-arrest oordeelt het EHRM dat de veroordeling een ontoelaatbare inbreuk oplevert op de artikel 10 EVRM-rechten van de klokkenluider.

5 Rechtspraak over klokkenluiders in Nederland

De Nederlandse rechter oordeelt in klokkenluiderszaken normaliter terecht dat artikel 10 EVRM in het geding is.⁴⁶ De rechtspraak is divers. De besproken uitspraken geven een beeld van hoe en of de Nederlandse rechter het kader van het EHRM toepast. Waar de hierboven behandelde EHRM-jurisprudentie over klokkenluiderskwesties grotendeels betrekking had op personen die in dienst waren van de organisatie die zij de bel aanbonden, zien we in enkele illustratieve Nederlandse zaken dat klokkenluiderssituaties zich ook in een andere context voor kunnen doen.

5.1 Klokkenluiders in politieke context

In 2008 startte een gemeenteraadslid in de gemeente Weststellingwerf een rechtszaak tegen een burger met wie hij privé in conflict was over een huurcontract. De burger had kritiek op het privé-gedrag van het gemeenteraadslid in dit verband en maakte deze kritiek openbaar. De rechter in eerste aanleg oordeelt dat de burger niet onrechtmatig heeft gehandeld, nu a) er een algemeen belang in het geding is, b) niet is vast komen te staan dat de burger te kwade trouw heeft gehandeld, c) de burger eerst zijn kritiek via andere wegen aan de orde had proberen te stellen; d) het gedrag van het gemeenteraadslid in elk geval het zetten van vraagtekens rechtvaardigt en e) gezien de publieke functie van het gemeenteraadslid het niet onrechtmatig is dat deze vraagtekens worden gezet.⁴⁷ De term 'klokkenluider' valt niet expliciet, maar uit de overwegingen blijkt dat de rechter zich wel rekenschap heeft gegeven van het toetsingskader voor klokkenluiders. In hoger beroep vernietigt het Hof deze uitspraak, met name omdat naar zijn oordeel er onvoldoende feitelijke onderbouwing is voor de (stevige) beschuldigingen en omdat - gelet op het privé-karakter van het geschil - niet kan worden uitgesloten dat de burger uit eigenbelang heeft gehandeld.⁴⁸ Ook oordeelt het Hof dat de gestelde contractuele tekortkomingen onvoldoende zijn om te kunnen spreken van een 'ernstige misstand'. De Hoge Raad bevestigt dit arrest.⁴⁹

Politici kunnen ook zélf klokkenluider zijn. Dit was bijvoorbeeld het geval in een recente zaak waar politicus Henk Krol bij betrokken was. Uit deze uitspraak blijkt dat de (althans in elk geval deze) strafrechter in detail kijkt naar de wijze waarop de klokkenluider in de praktijk is omgegaan met de misstand. Krol was in het bezit gekomen van een wachtwoord waarmee hij kon inloggen op een systeem van een psychiatrische instelling. Hij zei dat hij aan de kaak wilde stellen dat hij eenvoudig toegang kreeg tot duizenden medische dossiers en maakte het 'lek' openbaar.

⁴⁶ Er zijn voorts een aantal klokkenluiderszaken waar artikel 10 EVRM niet door de rechter wordt genoemd, zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 3 januari 2007, ECLI:NL:RBAMS:2007:AZ5526, RF 2007, 18; CRvB 2 december 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:2574, NJB 2013/2630 en HR 26 oktober 2012, JAR 2012/313, m.nt. de Laat (*Quirijns/TGB*).

⁴⁷ Rb. Zwolle-Lelystad 2 april 2008, ECLI:NL:RBZLY:2008:BD2201.

⁴⁸ Gerechtshof Arnhem 20 juli 2010, ECLI:NL:GHARN:2010:BN1847.

⁴⁹ HR 11 mei 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV1031, NJ 2012/530 m.nt. Alkema.

Kennedy Van der Laan

Krol werd vervolgens strafrechtelijk vervolgd voor computervredesbreuk. De rechtbank Oost-Brabant⁵⁰ bekijkt dan of sprake is van bijzondere omstandigheden die het wederrechtelijk karakter aan het handelen van Krol doen ontvallen. Mede in het licht van artikel 10 EVRM, loopt de rechtbank langs drie factoren. Heeft Krol gehandeld in het kader van een wezenlijk maatschappelijk belang. Zo ja, was zijn handelen proportioneel. En tenslotte, waren er andere, minder vergaande, manieren om zijn doel te kunnen bereiken (subsidiariteit).

De rechtbank vindt dat het aantonen van gebreken bij de bescherming van vertrouwelijke, medische gegevens een wezenlijk maatschappelijk belang kan dienen. Het stond Krol ook vrij om, voordat hij verdere stappen ondernam, zelf vast te stellen of hij inderdaad bij de vertrouwelijke gegevens kon door in te loggen en enkele dossiers te bekijken. Ook mocht hij daar prints van maken, waarbij de rechtbank opmerkt dat die geanonimiseerd zijn. Vervolgens heeft Krol echter op verschillende momenten meer dossiers bekeken, waarvan één keer samen met een cameraploeg van Omroep Brabant, en prints gemaakt. Gezien de uiterst gevoelige aard van de gegevens, had Krol zich moeten beperken tot het hoogst noodzakelijke. En dat is niet gebeurd. Daarom voldoet zijn handelen niet aan de proportionaliteits eis.

En ook het subsidiariteitsbeginsel is niet nageleefd. Krol heeft het door hem gesignaleerde probleem bij de gegevensbeheerder gemeld. Hij kreeg een telefoniste aan de lijn en vroeg naar de leiding. De telefoniste verbond hem daarop niet door en verzocht hem zijn bevindingen op schrift te stellen. Krol zei dat hij zich hierdoor niet serieus behandeld voelde en zocht contact met Omroep Brabant. Na de komst van Omroep Brabant heeft Krol weer 5 à 6 dossiers bekeken in aanwezigheid van de journalisten. Het probleem was naar het oordeel van de rechtbank niet zodanig acuut dat onmiddellijke inschakeling van de media noodzakelijk was. Het gesignaleerde probleem was ook vrij beperkt. Er was geen technisch gebrek. Er was alleen één gebruiker onzorgvuldig met zijn inloggegevens en wachtwoord omgegaan.

Onder deze omstandigheden had Krol de tijd moeten nemen om de gegevensbeheerder gericht te benaderen. Bijvoorbeeld door opnieuw aan te dringen op een gesprek, zo nodig onder vermelding van zijn mogelijke vervolgstappen. Van Krol, gezien zijn positie als Statenlid en verslaggever, mocht ook verwacht worden dat hij in staat is zonder al te veel moeite de juiste persoon binnen de organisatie te benaderen. Het desondanks inschakelen van de media voldoet niet aan het vereiste van subsidiariteit. Krol wordt veroordeeld tot een geldboete van € 750,- voor meermaals medeplegen van computervredesbreuk.

In een andere zaak, de zogenaamde “*Gondelaffaire*”, was de klokkenluider een Delfts gemeenteraadslid (lid van de oppositie) dat een misstand aankaartte rond een Delftse wethouder. Gemeenteraadslid Stoelinga beschuldigde de wethouder in een webcolumn van corruptie naar aanleiding van belastende beeld- en geluidopnames uit 2004 en 2005, waarin de wethouder te zien en te horen was in een pizzeria, waar hij verschillende (zakelijke) telefoongesprekken voerde. De wethouder legde daarop zijn wethouderschap neer, en startte verschillende procedures tegen onder meer Stoelinga, en tegen de pizzeriahouder die de tapes naar buiten had gebracht.

De rechtbank Den Haag oordeelde⁵¹ in de bodemzaak dat Stoelinga op grond van de beelden in redelijkheid van mening kon zijn dat sprake was van een misstand van zodanige ernst, dat deze publiekelijk aan de orde gesteld diende te worden. Maar, hij ging te lang door met het publiekelijk uiten van zijn beschuldigingen. Hij had deze in elk geval moeten staken nadat de

⁵⁰ Rechtbank Oost-Brabant 15 februari 2013, strafzaak Henk Krol, ECLI:NL:RBOBR:2013:BZ1157.

⁵¹ Rechtbank Den Haag 25 juli 2007, ECLI:NL:RBSGR:2007:BB0333 (*B/Stoelinga*). Auteur J.P. van den Brink stond Stoelinga in deze procedure bij vanaf het hoger beroep in de bodemprocedure.

Kennedy Van der Laan

gemeente in een intern onderzoek had geconcludeerd dat er geen reden was voor verder onderzoek, het OM de aangifte van corruptie had geseponneerd, en een meerderheid van de gemeenteraad had uitgesproken dat het een schande was dat Stoelinga en Leefbaar Delft de oud-wethouder van corruptie hadden beschuldigd en bleven beschuldigen.

In appèl maakte het Hof Den Haag korte metten met de conclusie van de rechtbank:

‘[N]aar het oordeel van het hof [kan] niet worden aangenomen dat met het publiekelijk herhalen van de eerdere geuite verdenking(en) en het “op de man spelen”, geen enkel redelijk doel meer werd gediend. (...) Dat de meerderheid in de gemeenteraad (dat wil zeggen de andere politieke partijen dan Leefbaar Delft) op 24 mei 2005 heeft uitgesproken dat de fractie van Leefbaar Delft in deze kwestie op onverantwoorde en onfatsoenlijke wijze is omgegaan met de tot haar gekomen informatie en dat zij de handelwijze van de fractie van Leefbaar Delft ten zeerste afkeurt, behoefde voor Stoelinga, als volksvertegenwoordiger en lid van de oppositie, evenmin reden te zijn eerder gedane uitlatingen niet meer te herhalen. Ook (of wellicht zelfs juist) wanneer de meerderheid een andere mening is toegedaan, mag een lid van de oppositie een bepaalde kwestie in beginsel aan de kaak blijven stellen.’⁵²

Het hof constateerde dat de publieke discussie over de kwestie nog niet was beëindigd. En mocht Stoelinga zijn verhaal ook in de media doen? Ja, Stoelinga heeft terecht kunnen concluderen dat de misstand zo ernstig was, dat deze niet alleen in het politieke debat, maar, gelet op het algemeen belang bij de bekendheid daarmee, ook publiekelijk aan de orde gesteld diende te worden. De vorderingen van de wethouder werden afgewezen. De Hoge Raad bevestigde het arrest van het Hof.⁵³

5.2 Motief van de klokkenluider

De Gondelaffaire illustreert ook het belang van het motief van de klokkenluider. De opnames van de wethouder waren gemaakt en verspreid door pizzeria-eigenaar D, die zei dat hij de opnamen per ongeluk had gemaakt. D. stelt dat Baljé hem subsidie had toegezegd voor zijn project om gondels in de grachten van Delft te exploiteren. Toen deze subsidie alsnog niet doorleek te gaan, heeft D. de wethouder over de bandopnames verteld en gedreigd die naar buiten te brengen. Na een eerdere afwijzing door de gemeente heeft D. uiteindelijk toch een bedrag van € 26.000 voor zijn gondelproject ontvangen. De ambtenaren die de subsidie aan D. verstrekten hebben verklaard de wethouder te hebben geadviseerd dat de subsidie volgens de regels niet verstrekt kon worden. Ze zeiden onder druk te zijn gezet door de wethouder om toch subsidie te verlenen. De wethouder ontkent dat.

D. vertoont de opnames in april 2005 aan Stoelinga, die de wethouder daarop als gezegd beschuldigt van corruptie. Waar Stoelinga rechtmatig handelde door de wethouder op basis van de opnames corrupt te noemen, en de beelden aan de media te laten zien, gold dat niet voor D. De restauranteigenaar had volgens het Gerechtshof (en de Hoge Raad⁵⁴), ondanks de misstanden

⁵² Hof 's Gravenhage 16 maart 2010, LJN: BL7588 (*Stoelinga/Baljé*), r.o. 33 en 34. De auteurs van dit artikel stonden de heer Stoelinga bij in deze procedure (vanaf het hoger beroep).

⁵³ HR 11 november 2011, LJN: BU3917 (*Baljé/Stoelinga*). De auteurs van dit artikel stonden de heer Stoelinga bij in deze procedure (vanaf het hoger beroep).

⁵⁴ Idem.

Kennedy Van der Laan

die de beelden aan het licht brachten, wel onrechtmatig gehandeld door de beelden openbaar te maken. D. had – anders dan Stoelinga die in het algemeen belang handelde – kennelijk een ander doel, namelijk het alsnog krijgen van subsidie. In feite gebruikte D. de beelden volgens het Hof dus om de wethouder te chanteren. Zijn motief doet D. hier dus de das om.

In de schadestaatprocedure die daarop volgde tussen de ex-wethouder en D. benadrukte de rechtbank dat het door de wethouder getoonde gedrag onacceptabel was voor een publiek bestuurder en dat zijn reputatieschade voornamelijk zijn eigen schuld was. Daarom concludeert de rechtbank dat 80% van de schade voor rekening komt van de wethouder zelf, en 20% voor die van de pizzeria-houder.⁵⁵

5.3 Het EHRM-kader redelijk strak gevolgd: klokkenluider gemeente Rotterdam

De voorzieningenrechter van de rechtbank Rotterdam oordeelde recent dat de gemeente Rotterdam een klokkenluider die misstanden in moskee-internaten aan de kaak had gesteld niet had mogen ontslaan.⁵⁶ De klokkenluider was in dienst bij de gemeente Rotterdam als bouwkundig inspecteur. Hij bezoekt een aantal keer de Farah-moskee in Rotterdam. Deze moskee is langzamerhand als een internaat voor kinderen gaan fungeren, wat in strijd met het bestemmingsplan is. De inspecteur maakt zich zorgen over de brandveiligheid. De deelgemeente Feijenoord en de plaatselijke brandweer constateren wel dat niet genoeg is gedaan om een permanente vergunning voor overnachtingen te verkrijgen, maar treden niet op. Door de politieke gevoeligheid van het dossier wordt het de werknemer verboden nogmaals een inspectie uit te voeren.

De inspecteur doet een melding bij de gemeentelijke ombudsman over de onveiligheid in de moskee en de door hem geconstateerde belangenverstremming bij (het uitblijven van) de besluitvorming. Hij vermoedt dat bij het niet optreden een rol speelt dat men geen populariteit wil verliezen bij de achterban van de moskee.

De ombudsman concludeert dat er geen acuut onveilige situatie meer is. Wel spreekt hij de verantwoordelijke wethouder aan over de integriteit van de besluitvorming. Dat stelt de klokkenluider onvoldoende gerust. Bovendien verbaast hij zich over de manier waarop de deelgemeente is opgetreden. Ondanks verschillende waarschuwingen van de brandweer en rapporten van de werknemer, is de deelgemeente immers niet overgegaan tot actie. Hij besluit NRC Handelsblad vertrouwelijke documenten over de zaak te geven.

NRC schrijft dan een artikel over moskee-internaten – en de slechte staat van veel daarvan – in Nederland, dat mede is gebaseerd op deze stukken. Op basis van door de klokkenluider heimelijk gemaakte geluidsopnames verschijnt later ook een vervolgartikel in NRC. RTV Rijnmond maakt een rapportage over het moskee-internaat met door de werknemer gegeven videomateriaal. Bovendien werkt de inspecteur mee aan een uitzending van Nieuwsuur, naar aanleiding van het op initiatief van de deelgemeente gestarte onafhankelijke onderzoek. Daarop ontslaat de deelgemeente de inspecteur vanwege schending van zijn geheimhoudingsplicht en plichtsverzuim. De werknemer vecht dit besluit in kort geding aan bij de Rechtbank Rotterdam.

⁵⁵ Rechtbank Den Haag, 22 augustus 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BX6653.

⁵⁶ Rb. Rotterdam 6 februari 2014, TAR 2014/57.

Kennedy Van der Laan

De rechter loopt een aantal van de factoren uit het *Guja*-arrest af en toetste of het strafontslag voldeed aan artikel 10 lid 2 EVRM:

- de klokkenluider heeft de misstanden gemeld bij zijn werkgever, maar is er daar niets mee gedaan;
- het verstrekken van de informatie aan NRC Handelsblad en RTV Rijnmond heeft het publieke belang gediend. De berichtgeving heeft geleid tot een einde aan het jarenlange stilzitten van de deelgemeente.
- de authenticiteit van de informatie is niet betwist;
- de mogelijke schade van de gemeente Rotterdam is vooral veroorzaakt door haar eigen handelen;
- de openbaarmaking van de misstand heeft positieve effecten gehad, waarvan niet aannemelijk is geworden dat deze zonder de publicaties ook zouden zijn gerealiseerd.

Volgens de rechter is geen sprake van plichtsverzuim en kan het ontslag de toets aan artikel 10 lid 2 EVRM niet doorstaan en wordt door de bestuursrechter geschorst. Daarbij speelt een rol dat het strafontslag ingrijpende gevolgen heeft voor de klokkenluider, en dat de zwaarte van deze sanctie ook anderen kan ontmoedigen om misstanden te onthullen. Wel oordeelt de rechter dat het maken en verstrekken van de geluidsopnames laakbaar is, omdat collega's zich nu mogelijk onveilig voelen. Het optreden in Nieuwsuur is ook niet gerechtvaardigd, want ten tijde daarvan was al een onafhankelijk onderzoek ingesteld.

5.4 Tussenconclusie

De Nederlandse rechtspraak laat een gevarieerd beeld zien. De rechter sluit soms wel, en soms niet uitdrukkelijk aan bij de rechtspraak van het EHRM en past de daarin genoemde factoren ook hier en daar toe. Gezien de rechtspraak van het EHRM de afgelopen jaren steeds meer vastomlijnde criteria toepast, ligt het in de lijn der verwachtingen dat de Nederlandse rechter daar meer en meer aansluiting bij zal zoeken, zoals ook blijkt uit de zaak over de Rotterdamse klokkenluider.

6. Bescherming klokkenluiders via journalistiek brongeheim

Artikel 10 EVRM biedt klokkenluiders ook indirect bescherming. Via het brongeheim van journalisten. Gezien de mogelijke repercussies willen veel klokkenluiders hun identiteit geheim houden. Klokkenluiders kunnen relatief veilig een misstand aankarten bij de media, die vervolgens de bron anonimiteit kunnen toezeggen, daarbij gesteund door het verschoningsrecht dat journalisten hebben als de identiteit van de bron in het geding is.

6.1 Het brongeheim in de Straatsburgse jurisprudentie

Het EHRM oordeelt consequent dat de bescherming van journalistieke bronnen één van de grondvoorwaarden voor persvrijheid is. En dat:

Kennedy Van der Laan

‘without such protection, sources may be deterred from assisting the press in informing the public on matters of public interest. As a result the vital public-watchdog role of the press may be undermined and the ability of the press to provide accurate and reliable information may be adversely affected.’⁵⁷

Het brongehheim bestaat dus uitdrukkelijk mede om klokkenluiders in staat te stellen misstanden aan de kaak te stellen. Het brongehheim moet alleen wijken als het botst met een ‘overriding requirement in the public interest’.⁵⁸

Uit het *Nordisk Film*-arrest van het EHRM volgt dat de belangen van klokkenluiders ook rechtstreeks bescherming genieten onder artikel 10 EVRM. Het EHRM overweegt in deze zaak namelijk dat het recht op bronbescherming tweeledig is: ‘relating not only to the journalist, but also and in particular to the source who volunteers to assist the press in informing the public about matters of public interest.’

In het *Nagla*-arrest⁵⁹ gaat het EHRM meer specifiek in op het belang van het journalistiek brongehheim voor klokkenluiders. Deze zaak draait om een soort Letse Snowden, die zichzelf heeft vernoemd naar de hoofdpersoon uit de film *the Matrix*, ‘Neo’. Neo stuurt journaliste Ilze Nagla, een bekende Letse tv-reporter werkzaam bij de nationale televisie LTV, een e-mail waarin wordt onthuld dat een database van de belastingdienst ernstige veiligheidsgebreken heeft. Het is volgens Neo mogelijk toegang te krijgen tot vertrouwelijke gegevens zonder de veiligheidsprotocollen te overtreden. Ter illustratie stuurde Neo in zijn mail aan Nagla een overzicht van salarissen van een aantal LTV medewerkers.

Daarop informeerde Nagla de belastingdienst en publiceerde zij over het datalek in haar tv-programma. Een week na die uitzending begon ‘Neo’ op zijn twitter-account salarisgegevens te publiceren van bepaalde (publieke) functionarissen.

Nagla werd gehoord door de politie en via de IP-adressen werd ‘Neo’ getraceerd en gearresteerd. Om bewijs te verzamelen in de strafzaak tegen Neo werd vervolgens een huiszoeking uitgevoerd bij Nagla. Daarbij werden harde schijven van de journaliste in beslag genomen. Nagla stapte hierover uiteindelijk naar het EHRM, vanwege de inbreuk op het journalistiek brongehheim.

Het EHRM definieert een journalistieke bron als: ‘any person who provides information to a journalist’. En volgens het EHRM omvat informatie die een bron identificeert: zowel ‘the factual circumstances of acquiring information from a source by a journalist’ als ‘the unpublished content of the information provided by a source to a journalist’.

Het EHRM oordeelt dat de inbreuk op het brongehheim (en dus op 10 EVRM) niet noodzakelijk was in een democratische samenleving. Het EHRM wijst erop dat eerder (bijvoorbeeld in *Roemen en Schmitt*) al is vastgesteld dat een doorzoeking met het oog op de identificatie van een journalistieke bron een drastischer maatregel is dan een bevel om de identiteit van een bron te openbaren.⁶⁰

⁵⁷ EHRM 27 maart 1996, Nr. 17488/90 (*Goodwin t. Verenigd Koninkrijk*), par. 39. Zie ook (bijvoorbeeld) EHRM 25 februari 2003, Nr. 51772/99 (*Roemen en Schmit/Luxemburg*), par. 46 en EHRM 27 november 2007, Nr. 20477/05 (*Tillack/België*), par. 53.

⁵⁸ EHRM 27 maart 1996, nr. 17488/90 (*Goodwin/Verenigd Koninkrijk*), par. 39. Zie ook (bijvoorbeeld) EHRM 25 februari 2003, nr. 51772/99 (*Roemen en Schmit/Luxemburg*), par. 46.

⁵⁹ EHRM 16 juli 2013, nr. 73469/10 (*Nagla/Letland*).

⁶⁰ EHRM 25 februari 2003, nr. 51772/99 (*Roemen en Schmit/Luxemburg*)

Kennedy Van der Laan

Het brongeheim is geen voorwaardelijk concept, dat afhangt van de rechtmatigheid van het lekken door de bron, zo benadrukt het Hof in *Nagla*:

“The Court emphasises that the right of journalists not to disclose their sources cannot be considered a mere privilege to be granted or taken away depending on the lawfulness or unlawfulness of their sources, but is part and parcel of the right to information, to be treated with the utmost caution.”⁶¹

Kortom, als de klokkenluider in strijd met de wet handelt (bijvoorbeeld in strijd met een geheimhoudingsplicht) door de informatie te verstrekken, heeft dat geen effect op het beroep op het brongeheim door de journalist aan wie wordt gelekt.

De onderzoeksrechter die toestemming gaf voor de huiszoeking en het beslag heeft verder geen of onvoldoende oog gehad voor de te plegen belangenafweging. Het enkele feit dat bewijs in *cybercrime* zaken de neiging heeft snel te verdwijnen levert op zich onvoldoende reden voor deze vergaande ingreep in artikel 10 EVRM. De anonimiteit van de klokkenluider die een journalist voorziet van informatie wordt dus in beginsel beschermd via het recht op bronbescherming van de journalist. Van belang is dat die bescherming zich uitstrekt tot alle informatie waardoor direct of indirect de identiteit van de bron kenbaar zou kunnen worden.⁶²

6.2 Het brongeheim in de recente Nederlandse rechtspraak

Een recent (tussen)vonnis van de rechtbank Amsterdam in een procedure tussen Ryanair en de KRO⁶³ is een goed voorbeeld van de wijze waarop klokkenluiders indirect bescherming kunnen ontlenen aan de journalistieke bronbescherming.

Ryanair eiste op grond van artikel 843a Rv afgifte van ruw beeldmateriaal van interviews die door de KRO met anonieme Ryanair-piloten waren afgenomen. De piloten hadden hun zorgen geuit over de veiligheidssituatie bij het bedrijf. De rechtbank benadrukte dat er grote terughoudendheid geboden is bij de beoordeling van dergelijke vorderingen. Ryanair had volgens de rechtbank niets gesteld waaruit bleek dat het algemeen belang gediend was bij de verzochte inbreuk op het brongeheim. Volgens de rechtbank viel ‘haar eigen belang bij de bescherming van haar imago bij het grote publiek, daar niet onder’. Tot slot overwoog de rechtbank dat Ryanair andere mogelijkheden heeft om haar vermoeden dat de uitspraken uit de context zijn gehaald te staven (denk aan het horen van getuigen), waarbij – anders dan bij deze vordering tot afgifte – geen inbreuk hoeft te worden gemaakt op artikel 10 EVRM. De rechtbank wees de vordering van Ryanair af.

Het brongeheim biedt niet altijd de garantie dat de identiteit van bronnen beschermd blijft. In juni 2009 publiceerde de Telegraaf het artikel ‘Beveiliging fors opgeschroefd. Dalai Lama bedreigd’. Naar aanleiding van dit artikel vermoedt de AIVD dat staatsgeheime documenten zijn gelekt en stelt de AIVD een onderzoek in. In dit onderzoek wordt de telefoon van de journalist van De Telegraaf afgeluisterd. Via deze gesprekken komt de AIVD de twee betreffende medewerkers op het spoor. Tijdens een huiszoeking bij hen worden staatsgeheime documenten

⁶¹ Zie ook: EHRM 27 november 2007, nr. 20477/05 (*Tillack/België*), par. 53.

⁶² EHRM 15 december 2009, nr. 821/03 (*Financial Times c.s./Verenigd Koninkrijk*), par. 70.

⁶³ Rb. Amsterdam 15 mei 2013, MR 2013-020. De KRO wordt in deze procedure bijgestaan door de auteurs van dit artikel.

Kennedy Van der Laan

aangetroffen. Het in bezit hebben van staatsgeheime documenten en het doorspelen daarvan is strafbaar. Zowel de journalist van de Telegraaf als beide medewerkers van de AIVD worden door het Openbaar Ministerie aangeklaagd.

De zaak tegen de journalist wordt na onderzoek van de Commissie van Toezicht op de Inlichtingen- en Veiligheidsdiensten geseponeerd. De zaak tegen de bronnen wordt echter doorgezet. De rechtbank oordeelt dat het bewijs op onrechtmatige wijze is verkregen en dat de bronnen daarom vrijuit dienen te gaan. Het Hof vernietigt deze uitspraak echter. Daarbij is volgens het Hof met name van belang dat het hier gaat om staatsgeheime informatie en dat ambtenaren bij uitstek verplicht zijn deze informatie geheim te houden. De bronnen worden beide veroordeeld tot gevangenisstraf.

De AIVD-medewerkers gingen daarop in cassatie. In haar recente conclusie in deze procedure adviseerde AG Spronken⁶⁴ de Hoge Raad dat ook bronnen een beschermde positie moeten hebben in verband met de journalistieke bronbescherming. De AG verwijst onder meer naar de overweging van het EHRM in *Telegraaf/Nederland*⁶⁵ dat de bescherming die wordt verstrekt door het bronbeschermingsrecht ‘is twofold, relating not only to the journalist, but also and in particular to the “source” who volunteers to assist the press in informing the public about matters of public interest’. De AG leidt uit de EHRM rechtspraak af:

‘dat het journalistiek bronbeschermingsrecht niet per definitie uitsluitend strekt tot bescherming van de belangen van de journalist zijn bron niet prijs te geven. Art. 10 EVRM beoogt ook in voorkomende gevallen bescherming te bieden aan de bron zelf, teneinde deze niet af te schrikken de pers te ondersteunen in zijn democratisch belangrijke taak informatie van publiek belang te publiceren, al moet worden toegegeven dat uit deze overwegingen niet kan worden afgeleid waaruit deze bescherming dan zou moeten bestaan. Een dergelijke vraag is naar mijn weten nog niet aan het EHRM voorgelegd.’

Volgens de AG dient het bronbeschermingsrecht het bredere belang van vrijheid van nieuwsgaring en behoren ook bronnen een beschermde positie te hebben. Het is afwachten of de Hoge Raad dit overneemt.

6.3 Regelgeving bronbescherming

Het bronbeschermingsrecht is in Nederland niet wettelijk vastgelegd. De enige nationale regelgeving op dit gebied is de Aanwijzing toepassing dwangmiddelen bij journalisten neergelegde beleid van het OM.⁶⁶ Wel ligt er momenteel een wetsvoorstel voor om het brongheim wettelijk te verankeren. Het wetsvoorstel valt uiteen in twee delen. Een aanpassing van het wetboek van Strafvordering (Sv) en van de wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2002 (Wiv).⁶⁷

Een belangrijk gevolg van deze wetgeving is dat het ingrijpen in het journalistiek brongheim alleen is toegestaan na voorafgaande toetsing van de Rechtbank. Dit is in de voorgestelde wijziging van Sv én Wiv bepaald. Er is echter een aantal relevante verschillen tussen

⁶⁴ Parket bij de Hoge Raad, Conclusie AG Spronken 16 september 2014, ECLI:NL:PHR:2014:1777.

⁶⁵ EHRM 22 november 2012, nr. 39315/06, *Telegraaf v. Nederland*, r.o. 64.

⁶⁶ Aanwijzing toepassing dwangmiddelen tegen journalisten 2012A003, Stcrt. 2012, 3656.

⁶⁷ Zie respectievelijk *Kamerstukken II* 2014-15, 34 032, nr. 2 (Sv) en *Kamerstukken II* 2014-15, 34 027, nr. 2 (Wiv). Beide wetsvoorstellen zijn in september 2014 aan de Tweede Kamer gestuurd.

Kennedy Van der Laan

de twee wetsvoorstellen: ook worden er naar mening van de auteurs onnodig veel hordes opgeworpen voor de bronbescherming.

Ten eerste is het opmerkelijk dat de twee voorgestelde wetswijzigingen een verschillende reikwijdte hebben. De aanpassing van Sv ziet op ‘journalisten en publicisten’, terwijl de aanpassing van de Wiv uitsluitend ziet op ‘journalisten’. In de voorgestelde wetteksten worden deze begrippen niet gedefinieerd. Ook in de toelichting bij de voorgestelde aanpassing van Sv wordt ‘journalist’ niet gedefinieerd. Wel wordt ‘publicist’ gedefinieerd door te verwijzen naar de definitie in de Van Dale: ‘iemand die schrijft over politieke of actuele aangelegenheden’. Dit contrasteert met de voorgestelde aanpassing van de Wiv. In de MvT van de Wiv wordt ‘journalist’ wel gedefinieerd, als volgt:

‘een ieder die zich hoofdberoepsmatig (en daarmee vanzelfsprekend ook tegen betaling), danwel niet-hoofdberoepsmatig doch regelmatig tegen betaling, bezighoudt met het verzamelen, verspreiden of publiceren van informatie ten behoeve van het publieke debat, ongeacht de aard van het gebruikte medium (oude en nieuwe media) en ongeacht de aard van zijn rechtspositionele status (zzp-er, in vaste dienst, deelcontract e.d.).’⁶⁸

Als de wijzigingen worden overgenomen geeft de Wiv geeft dus een veel beperktere reikwijdte aan het brongeheim dan Sv. Waarom alleen personen die beroepsmatig als journalist werken worden beschermd onder de Wiv, terwijl onder Sv meer in het algemeen burgers die schrijven over politieke of actuele aangelegenheden een beroep op het brongeheim kunnen doen is onduidelijk. In de literatuur is dit terecht aangedragen als belangrijk punt van kritiek.⁶⁹ Ook de Raad van State is kritisch op dit punt.⁷⁰ De Raad concludeert dat er geen rechtvaardiging voor bestaat in de rechtspraak van het EHRM en noemt het verschil in reikwijdte ongewenst.⁷¹

Er is meer kritiek mogelijk op de wetsvoorstellen. Zo is een klokkenluider in beide voorstellen pas een ‘bron’ (en is dus diens anonimiteit beschermd) in de zin van de voorgestelde wetswijzigingen als hij expliciet met de journalist (c.q. publicist) heeft afgesproken dat zijn identiteit niet onthuld mag worden. Als de wetsvoorstellen doorgang vinden in hun huidige vorm, zal het dus van belang zijn dat klokkenluiders en journalisten uitdrukkelijk overeenkomen dat de identiteit van de klokkenluider niet onthuld mag worden. Het is overigens de vraag wat dit vereiste praktisch toevoegt: de journalist kán immers niet meer dan enkel stellen dat de afspraak bestaat. Als van hem wordt gevergd het bestaan van de afspraak te bewijzen zal dit onvermijdelijk kunnen leiden tot bekendmaking van de identiteit van de bron.

Een controversieel punt in de Wiv is verder dat de voorafgaande rechterlijke toets alleen nodig is als de inzet van de bijzondere bevoegdheid ‘gericht [is] op het achterhalen van bronnen van journalisten’. Dit vereiste lijkt in strijd met artikel 10 EVRM. Immers, ook de inzet van bijzondere bevoegdheden die *niet* gericht is op het achterhalen van bronnen, maar dat *wel* tot gevolg heeft of kan hebben is in beginsel strijdig met artikel 10 EVRM.⁷²

⁶⁸ *Kamerstukken II 2014-2015*, 34 027, nr. 3.

⁶⁹ S. Poppelaars, *Reactie wetsvoorstellen bronbescherming*, in: *Mediaforum* 2014-11/12, p. 275-278.

⁷⁰ Raad van State Advies W03.13.0152/II en Raad van State Advies W04.13.0151/I.

⁷¹ De Raad van State is niet overtuigd door de redenen die door de wetgever worden aangedragen voor het verschil in reikwijdte: zie Raad van State Advies W03.13.0152/II, par. 2/4.

⁷² De Studiecommissie Journalistieke Bronbescherming noemt nog een aantal andere kritiekpunten: *Aanbevelingen van de Studiecommissie Journalistieke Bronbescherming*, in: *Mediaforum* 2014-11/12, p. 279-280.

Kennedy Van der Laan

De wetsvoorstellen bevatten naar onze mening dan ook veel onnodig beperkende hordes, waarvan het doel onduidelijk is en het zeer de vraag is of deze de toets van artikel 10 EVRM kunnen doorstaan. Als deze voorstellen tot wet worden lijkt de klokkenluider die fungeert als bron nog steeds beter beschermd te worden onder de rechtspraak van artikel 10 EVRM.

7. Conclusie

De bescherming van klokkenluiders is op dit moment grotendeels gebaseerd op de rechtspraak van het EHRM over artikel 10 EVRM. In die rechtspraak verwijst het EHRM ook regelmatig naar niet bindende interne regelgeving van de Raad van Europa. Het EHRM geeft onder de vrijheid van meningsuiting een ruime bescherming aan klokkenluiders. Sancties tegen ‘echte’ klokkenluiders zijn in principe niet toegestaan omdat zij een sterk *chilling effect* hebben op de maatschappij.

Verreweg de belangrijkste uitspraak van het EHRM in dit verband is het *Guja* arrest, waarin het Hof de grondbeginselen voor de bescherming van klokkenluiders uiteen heeft gezet. Sinds *Guja* zijn die grondbeginselen wel verder uitgekristalliseerd. De beginselen laten zich als volgt samenvatten.

In beginsel moet eerst intern worden gemeld om te voldoen aan de eisen van *subsidiariteit*. Maar als er geen effectieve interne procedures bestaan of als er redelijkerwijs weinig te verwachten valt van een interne melding (of de leidinggevende bij wie moet worden gemeld nu juist het probleem vormt), kan een klokkenluider zich tot de media, of een andere externe partij wenden.

De aard van de gepubliceerde informatie is ook relevant. Hoe groter het *publiek belang* is bij de openbaarmaking, hoe groter de bescherming is van de klokkenluider onder artikel 10 EVRM. De klokkenluider moet wel rekening houden met de *schade* die door de openbaarmaking van de informatie wordt geleden door de organisatie en de personen die het betreft. Dat belang moet worden afgewogen tegen het gewicht van het publieke belang en van een open discussie in een democratische samenleving.

De toets voor de *authenticiteit* van de door de klokkenluider geopenbaarde informatie is laag. Het EHRM vereist slechts dat de informatie ‘not devoid of factual background’ is, c.q. dat de klokkenluider niet willens en wetens onjuiste informatie verspreidt.

Het *motief* van de klokkenluider is verder van belang. Daarbij valt op dat kwade trouw niet snel wordt aangenomen door het EHRM. Zo is het bestaan van een conflict tussen een klokkenluider en een werkgever op zich onvoldoende om kwade te trouw aan te nemen. Ook mag de klokkenluider zich scherp en in zekere mate overdreven uitlaten over de misstand, mits de kritiek zakelijk blijft en zich niet onnodig op de persoon richt.

Zelfs als er sprake is van kwade trouw, is dat enkele feit onvoldoende om de bescherming van artikel 10 EVRM weg te nemen: er is dan alleen geen sprake van een ‘particularly strong level of protection’. De beschermingsomvang kan dus afnemen naarmate eigenbelang en wraakmotieven een grotere rol spelen.

Tot slot dient gekeken te worden naar de *sanctie*. Een sanctie zal snel disproportioneel zijn als het publiek belang is gediend bij de openbaarmaking en de melder te goeder trouw handelde. De rechtspraak van het EHRM biedt klokkenluiders dus een ruime bescherming.

Kennedy Van der Laan

Klokkenluiders kunnen ook bescherming ontlenen aan de journalistieke bronbescherming onder artikel 10 EVRM. Het EHRM is duidelijk: de bronbescherming is expliciet bedoeld niet alleen om de belangen van de journalist te beschermen, maar ook die van de bron. Het brongheim stelt de klokkenluider in staat de misstand naar buiten te krijgen zonder zijn anonimiteit te verliezen. Het is interessant te zien of de Hoge Raad in de procedure over de AIVD-ambtenaar die gelekt heeft aan De Telegraaf, het advies van de AG overneemt dat de bron een zelfstandige beschermde positie heeft onder het bronbeschermingsrecht.

Naast de bescherming onder het EVRM, die doorwerkt in de Nederlandse rechtspraak, ligt er momenteel in Nederland een aantal wetsvoorstellen voor die hun effect zullen hebben op klokkenluiders.

Het belangrijkste is het wetsvoorstel Huis voor klokkenluiders. De in dit voorstel vastgelegde ontslagbescherming zal zonder meer extra bescherming met zich mee brengen. Maar het ‘Huis voor klokkenluiders’ dat in het leven wordt geroepen roept nogal wat vraagtekens op. Het is bijvoorbeeld opmerkelijk dat het Huis niet bevoegd is zelf onderzoek te stellen. Als er een melding wordt gedaan, kan het Huis deze alleen doorzenden aan de werkgever, waarna er verder niets gebeurt. Om een onderzoek in te stellen is een voldoende onderbouwd verzoekschrift van de klokkenluider nodig. Echter, in de praktijk zal een klokkenluider vaak het liefst alleen gewag maken van een misstand en informatie daarover verstrekken, en het aan de instantie laten waar wordt gemeld om verder onderzoek in te stellen. De klokkenluider luidt de klok. Dit wetsvoorstel gaat er ons inziens ten onrechte vanuit dat het ook aan hem is om vervolgens met een formeel verzoekschrift een onderzoek aan te vragen.

Het systeem van het wetsvoorstel lijkt meer op een soort procedure tussen de klokkenluider en de werkgever, waarin de klokkenluider moet stellen, en aannemelijk moet maken, dat er sprake is van een misstand. Daarbij komt dat het Huis uitsluitend tot onderzoek over zal gaan als hij op basis van het verzoekschrift van oordeel is dat het ‘maatschappelijk belang ernstig in het geding is’. Dat is een zware toets, waar veel verzoeken op zullen sneuvelen.

De vraag rijst dan ook wat het Huis voor klokkenluiders toevoegt aan de huidige opties die een klokkenluider heeft. Bijvoorbeeld advies vragen bij het Adviespunt (waarbij dan wel een vereiste zou zijn dat dit adviespunt niet slechts tijdelijk van karakter zou zijn, zoals nu nog wel het geval is) c.q. melding maken van misstanden bij de relevante autoriteiten of de media, bijvoorbeeld via Publeaks.

De voorgestelde wetgeving lijkt bovendien strenger dan het kader dat door het EHRM is ontwikkeld in haar rechtspraak over artikel 10 EVRM en klokkenluiders. Daarbij is ten eerste van belang dat de definitie van ‘klokkenluiders’ in het wetsvoorstel Huis voor klokkenluiders is beperkt tot werknemers. De rechtspraak van het EHRM stelt deze eis niet. Wel kan een arbeidsverhouding een relevante omstandigheid zijn in klokkenluiderszaken, op grond waarvan een zekere ‘duty of loyalty’ is vereist aan de zijde van de klokkenluider. Dit lijkt een meer genuanceerde benadering, die ook meer recht doet aan de realiteit.

Het komt de auteurs onnodig beperkend voor alleen bescherming te geven aan werknemers van het bedrijf of de instantie waar informatie over wordt geopenbaard wordt, al dan niet onder allerlei voorwaarden. In de praktijk blijkt immers dat klokkenluiders een gevarieerd gezelschap van individuen betreft. Zij hebben gemeen dat zij, meestal op basis van vertrouwelijke informatie en met het risico van vergaande repercussies voor zichzelf, een misstand aan de kaak stellen binnen een organisatie, en het algemeen belang daarbij leidend is. Dat zullen vaak

Kennedy Van der Laan

werknemers zijn, maar niet altijd. Een bekende klokkenluider als Julian Assange is bijvoorbeeld geen werknemer.

Een tweede aandachtspunt is de bewijspositie van de klokkenluider. Dit is relevant voor de positie van de klokkenluider als er (na zijn onthullingen) sancties volgen, bijvoorbeeld van zijn werkgever. Volgens de voorgestelde wetgeving mag de werkgever de werknemer niet benadelen omdat hij melding heeft gedaan van een misstand (bij de werkgever en/of het Huis). Daaruit lijkt te volgen dat het bij eventuele benadeling aan de werknemer is om aan te tonen dat de benadeling verband houdt met de melding.

In de praktijk is het echter niet altijd makkelijk voor een klokkenluider te bewijzen dat een sanctie van (bijvoorbeeld) een werkgever gemotiveerd is door zijn klokkenluiden. Om die reden is zowel in Resolutie 1729 als in de *Recommendation* bepaald dat nationale wetgeving over sancties tegen klokkenluiders bepalingen dient te bevatten over bewijsrecht. Resolutie 1729 adviseert dat de bewijslast bij benadeling van de klokkenluider bij de werkgever dient te liggen. In de *Recommendation* is bepaald dat de klokkenluider aannemelijk moet maken dat de sanctie verband houdt met het klokkenluiden. Als de klokkenluider daarin slaagt wordt de bewijslast omgekeerd. Dergelijke regels ontbreken in het Nederlandse wetsvoorstel.

De bewijspositie van de klokkenluider is eveneens van belang voor het element van de goede trouw. In het wetsvoorstel Huis voor klokkenluiders is een vereiste voor bescherming dat de klokkenluider ‘te goeder trouw’ heeft gehandeld en hij bijvoorbeeld niet enkel uit eigenbelang handelde om een privédispuut in zijn voordeel te beslechten. Daaruit lijkt te volgen dat de klokkenluider zal moeten aantonen dat hij te goeder trouw is als hij zich beroept op de bescherming in de voorgestelde wetsartikelen.

Uit de rechtspraak van het EHRM lijkt echter te volgen dat de uitgangspositie is dat de klokkenluider te goede trouw is, en dat het aan de wederpartij is om kwade trouw aan te tonen. Resolutie 1729 legt een lage drempel voor het bewijs van goede trouw aan: een klokkenluider wordt geacht te goede trouw te handelen als vaststaat dat hij in redelijkheid mocht aannemen dat de door hem geopenbaarde informatie juist is (zelfs als de informatie later onjuist blijkt), en hij geen onethische of onrechtmatige doelen nastreefde. Het bewijs voor het tegendeel zal dan bij de werkgever rusten.

Het wetsvoorstel Huis voor klokkenluiders bevat echter geen bepalingen op het punt van de goede trouw. Om het wetsvoorstel in lijn te brengen met de Europese wet- en regelgeving zou dit onderwerp moeten worden toegevoegd.

Opmerkelijk bij de voorgestelde wetgeving inzake bronbescherming is verder dat het begrip ‘bron’ naar onze mening te nauw is gedefinieerd, door het afhankelijk te maken van afspraken over anonimiteit tussen de bron en de journalist. De Europese rechtspraak is heel duidelijk op dit punt: een bron is “*any person who provides information to a journalist*”, afspraak of geen afspraak. Als de rechter anders zou oordelen, bijvoorbeeld doordat de journalist niet heeft kunnen aantonen dat er dergelijke afspraken bestaan, menen wij dat dit in strijd zou zijn met artikel 10 EVRM.

Al met al kan geconcludeerd worden dat klokkenluiders beter af zijn onder de rechtspraak van het EHRM, dan onder de Nederlandse wetsvoorstellen. Daarmee is niet gezegd dat wetgeving onnodig of overbodig is. Immers, vaak zal de klokkenluider (c.q. de journalist) zijn *kaltgestellt* voordat er een rechter bij komt kijken vanwege een gebrek aan financiële middelen en het ontbreken van *equality of arms*. Wet- en regelgeving kan hulp bieden in een eerder stadium en

Kennedy Van der Laan

er mogelijk voor zorgen dat de klokkenluider zonder gang naar de rechter wordt beschermd. Dit had de Rotterdamse klokkenluider bijvoorbeeld kunnen baten. Nu verloor hij per direct al zijn inkomsten en was hij gedwongen een kort geding te starten tegen zijn (ex-)werkgever, met alle daarmee gemoeide tijd en kosten van dien. Maar die wetgevingsinitiatieven moeten wel eerst in overeenstemming worden gebracht met de beginselen uit de rechtspraak van het EHRM.