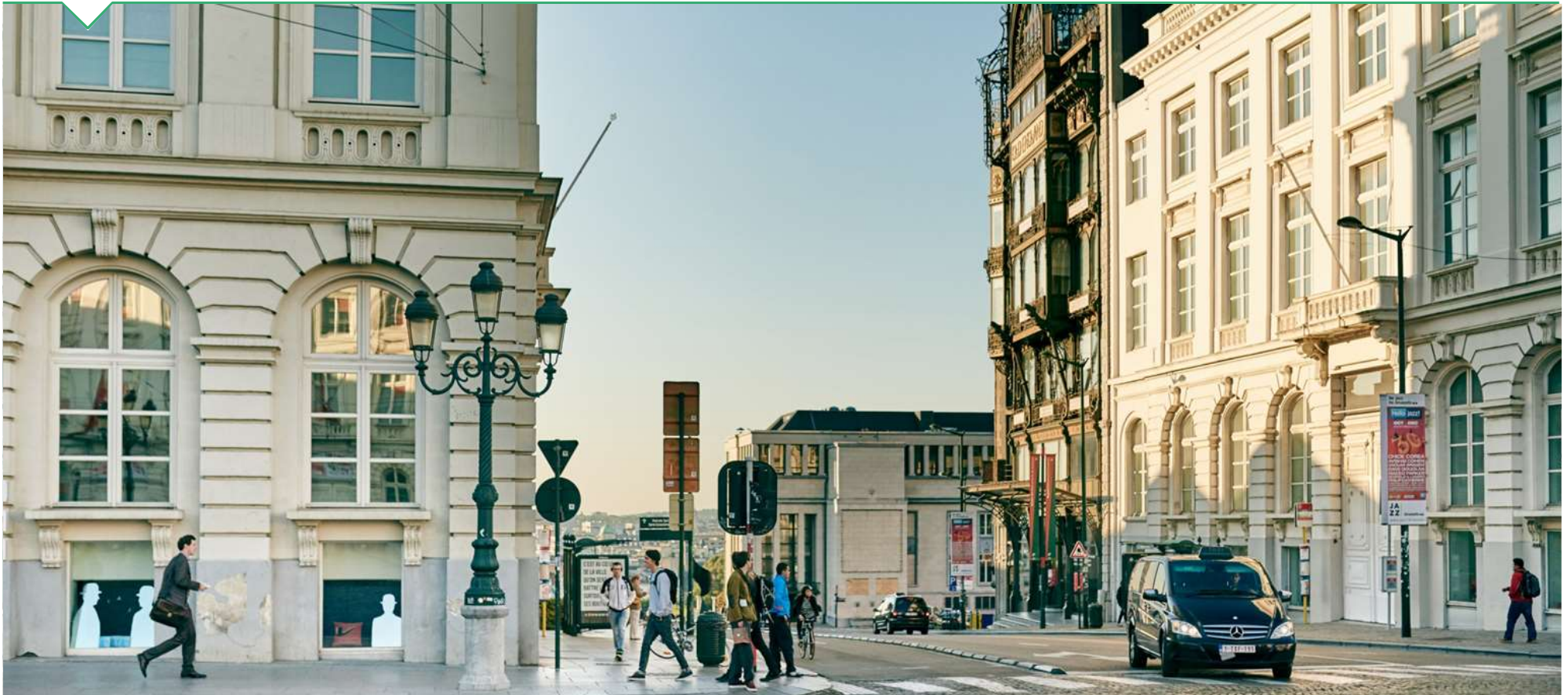


Reactie Maatschappelijke consultatie Uitbreiding benadelingsverbod klokkenluiders

Stibbe

7 maart 2019



Stibbe N.V.

A. Introductie

- Op 31 januari 2019 is de Maatschappelijke consultatie uitbreiding benadelingsverbod klokkenluiders (de “**Consultatie**”) gestart. Deze consultatie bevat een voorgestelde uitbreiding van het toepassingsbereik van het verbod een klokkenluider te benadelen als gevolg van het melden van een vermoeden van een misstand (het “**Voorstel**”).
 - Het bestaande artikel 7:658c Burgerlijk Wetboek (“**BW**”) werd ingevoerd bij de Wet huis voor klokkenluiders (“**WHvK**”) (*Stb.* 2016, 147 en 148). Hierin wordt het benadelingsverbod beschreven als een verbod voor de werkgever om een werknemer te benadelen.
 - Het Voorstel beoogt aan dit artikel een artikellid toe te voegen, luidende: *“Hij die in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf arbeid laat verrichten door een persoon met wie hij geen arbeidsovereenkomst heeft, mag deze persoon niet benadelen als gevolg van een melding als bedoeld in het eerste lid door deze persoon. De kantonrechter is bevoegd kennis te nemen van vorderingen op grond van de eerste zin van dit lid.”*
 - Het Voorstel wordt toegelicht in de concept Memorie van Toelichting (de “**Concepttoelichting**”)
- De bedoeling van de wetgever is gelegen in een veilig meldklimaat ingeval van misstanden en de bescherming van klokkenluiders. Het spreekt daarbij voor zich dat deze bescherming niet beperkt is tot enkel werknemers en ambtenaren, maar dat ook andere groepen werkenden niet benadeeld mogen worden als gevolg van het melden van een vermoeden van een misstand.
- Wij plaatsen bij het Voorstel en de Concepttoelichting – binnen het bestek van de Consultatie – enkele juridische kanttekeningen. Deze kanttekeningen zijn bedoeld om tot een meer doelmatige en effectieve uitbreiding van het toepassingsbereik van het benadelingsverbod te komen, zo veel mogelijk passend binnen de bestaande en mogelijk toekomstige juridische context.
- Daarnaast maken wij enkele aanvullende opmerkingen om het benadelingsverbod te verduidelijken. Het Voorstel is naar ons oordeel een goede gelegenheid voor de wetgever om ook deze verduidelijkingen mee te nemen.

B. Doelmatigheid en wetssystematiek (I)

1. Welke doelen beoogt het Voorstel te dienen?

- Het benadelingsverbod is bij de WHvK ingevoerd. Destijds werd door de initiatiefnemers van de wet toegelicht wat in hun optiek de meerwaarde was van een specifieke wettelijke regeling voor de bescherming van klokkenluiders (*Kamerstukken I 2015-2016*, 34 105, nr. F, p. 2):
 - a) Een specifieke norm schept meer duidelijkheid dan de algemene belangenafweging op basis van goed werkgever- en werknemerschap (artikel 7:611 BW), omdat deze een eigen beoordelingskader biedt voor de handelwijze van klokkenluiders (melding te goeder trouw en naar behoren); en
 - b) Van een specifieke norm gaat een preventieve werking uit ten behoeve van een veilig meldklimaat.
- In de Concepttoelichting wordt het probleem gesignaleerd dat de genoemde doelgroepen (zzp'ers, stagiairs en vrijwilligers) wel bij het Huis voor klokkenluiders terecht kunnen voor advies en onderzoek, maar dat zij niet de wettelijke benadelingsbescherming genieten die werknemers en ambtenaren wel kennen.
- Mede op basis van de consultatieronde onder de koepelorganisaties, noemt de Concepttoelichting tevens de volgende (neven)doelen van het Voorstel:
 - a) Het bieden van wettelijke bescherming tegen benadeling als gevolg van de melding (p. 2);
 - b) Versterking van de rechtspositie van de melder die anders dan uit dienstbetrekking werkzaam is (p. 2);
 - c) Duidelijke normstelling waaraan partijen zich hebben te houden en waarop zo nodig een beroep kan worden gedaan (p. 2, genoemd door het toenmalige Adviespunt klokkenluiders, overgenomen door het Huis voor klokkenluiders);
 - d) De mogelijkheid bieden onderzoeksrapporten van het Huis voor klokkenluiders uit te lokken om de eigen klachtbehandeling te verbeteren (p. 3, genoemd door NOV);
 - e) Het vergroten van de meldingsbereidheid onder de genoemde doelgroepen en daarmee het vergroten van de effectiviteit van het Huis voor klokkenluiders (p. 3, genoemd door FNV-Zelfstandigen); en
 - f) Het bijdragen aan verdere versterking van een veilig meldklimaat (p. 3).

B. Doelmatigheid en wetssystematiek (II)

2. De genoemde doelen worden beter bereikt door plaatsing van het benadelingsverbod in de WHvK

- Opvallend bij toetsing van de genoemde doelen is de plaatsing van het benadelingsverbod in Boek 7, Titel 10, van het BW. Boek 7, Titel 10, van het BW ziet specifiek op de verhouding tussen werknemers en werkgevers en is daarom niet de meest logische plek voor een bepaling die ook op andere verhoudingen moet zien. Deze keuze wordt ook niet in de Concepttoelichting gemotiveerd: er wordt kennelijk stilzwijgend van uitgegaan dat moet worden aangesloten bij de eenmaal gemaakte keuze voor het BW.
- Deze keuze voor Boek 7, Titel 10, BW is echter niet nodig.
 - De plaatsing in het BW wordt in de parlementaire geschiedenis van de WHvK impliciet in verband gebracht met aansluiting bij het beginsel van goed werknemerschap uit 7:611 BW (*Kamerstukken II 2014-2015, 34 105, nr. 7, p. 5-6*). Voor aansluiting bij dit beginsel (of andere beginselen uit de werkgever-werknemer-verhouding) bij de interpretatie van het benadelingsverbod, is plaatsing in het BW evenwel niet nodig. Een verwijzing naar het gewenste toetsingskader in de Concepttoelichting volstaat. De kantonrechter zal zich richten naar een expliciet gemotiveerde aanwijzing in de toelichting voor interpretatie van de wet.
- Bovendien kunnen de genoemde doelstellingen van het benadelingsverbod en het Voorstel op logischer en effectiever wijze worden bereikt door plaatsing van het benadelingsverbod in de WHvK. Hiervoor zijn de volgende redenen te noemen.
 - In de WHvK kan gemakkelijk worden aangesloten bij het ruime werknemersbegrip dat al in de WHvK wordt gehanteerd. Dit maakt in één oogopslag duidelijk dat ook de niet-werknemer-doelgroepen (zzp'ers, stagiairs en vrijwilligers) vallen onder het benadelingsverbod. Dit maakt ook de wat omslachtige verwijzingen naar artikel 7:658 lid 4 BW en jurisprudentie inzake dat artikel overbodig.
 - De WHvK is de meest logische plek voor het benadelingsverbod: in de WHvK staan immers ook andere specifieke regels omtrent klokkenluiders, bijvoorbeeld over wanneer deze zich voor advies of onderzoek tot het Huis voor klokkenluiders kunnen wenden.
 - Voor de klokkenluiderscontext relevante begrippen als “vermoeden van een misstand” zijn al in de WHvK gedefinieerd. Hiervoor hoeft dus niet naar een andere wet te worden verwezen. Indien dergelijke begrippen binnen het kader van de WHvK blijven, komt dit ten goede aan een eenduidige toepassing van deze begrippen door alle relevante spelers (werkgevers en klokkenluiders, kantonrechters en het Huis voor klokkenluiders).
 - Plaatsing in de WHvK geeft een duidelijker profiel aan het Huis voor klokkenluiders als een instantie die tevens adviseert over en onderzoek doet naar bejegening van klokkenluiders. Door plaatsing in het BW wordt het benadelingsverbod meer in het ‘domein’ van de burgerlijk rechter geplaatst. Daarbij is het in lijn met de praktijk dat het Huis voor klokkenluiders zich meer profileert op het gebied van benadeling: het overgrote merendeel van de onderzoeken door het Huis voor klokkenluiders ziet tot nu toe op bejegening.
- **Conclusie:** Het benadelingsverbod past vanuit doelmatigheids-en wetssystematisch perspectief beter in de WHvK dan in Boek 7, Titel 10, BW. Dit geldt temeer nu de reikwijdte van het benadelingsverbod wordt uitgebreid naar andere personen dan werknemers.

C. Juridische inpassing (I)

1. Toets aan hoger recht: welke bron?

- De Concepttoelichting noemt dat het Voorstel past bij de reikwijdte van het benadelingsverbod in het voorstel voor de Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad inzake de bescherming van personen die inbreuken op het Unierecht melden (COM (2018) 218). Op grond van deze Richtlijn zullen lidstaten ook zelfstandigen, vrijwilligers en stagiairs onder een wettelijk benadelingsverbod moeten brengen, aldus de Concepttoelichting.
- Deze Richtlijn richt zich evenwel enkel op vermoedens van misstanden voor zover deze betrekking hebben op inbreuken op EU-voorschriften. Indien deze Richtlijn in werking treedt, zal op lidstaat Nederland dus niet de verplichting rusten een algemeen benadelingsverbod te implementeren. Het is derhalve niet juist aan deze Richtlijn (al dan niet impliciet) een algemene werking toe te dichten, terwijl deze Richtlijn die lading niet dekt en daarbij wordt vooruitgelopen op (onverplichte) beslissingen in het kader van de implementatie.
- Dit is ook niet nodig. Er kan tevens worden verwezen naar een andere internationale bron die wel bescherming van andere werkenden dan alleen werknemers en ambtenaren voorstaat. De Aanbeveling van het Comité van Ministers van de Raad van Europa van 30 april 2014 kent een ruime personele reikwijdte die past bij de wens ook niet-werknemers onder het wettelijke benadelingsverbod te brengen. Artikel 3 van de Aanbeveling luidt immers als volgt:

“3. The personal scope of the national framework should cover all individuals working in either the public or private sectors, irrespective of the nature of their working relationship and whether they are paid or not.”

- **Conclusie:** De verwijzing naar de Richtlijn COM (2018) 218 in de Concepttoelichting dekt niet de gewenste lading. Deze verwijzing dient te worden gecorrigeerd. Daarnaast kan onderbouwing vanuit internationaal perspectief worden gevonden in de Aanbeveling van het Comité van Ministers van de Raad van Europa van 30 april 2014.

C. Juridische inpassing (II)

2. Huidig juridisch kader: verhouding tot bestaande remedies

- Het Voorstel breidt de bescherming tegen benadeling uit naar andere doelgroepen dan werknemers en ambtenaren. In de Concepttoelichting worden de volgende voorbeelden gegeven van benadelingshandelingen ten aanzien van de nieuwe doelgroepen:
 - Zzp'ers: *“het voortijdig beëindigen van een opdracht, het niet verlengen van een opdracht, terwijl dit zonder de melding van de misstand wel zou zijn gebeurd, het zwartmaken van de zzp'er binnen het netwerk van mogelijke andere opdrachtgevers, het plaatsen van (onterechte) negatieve recensies, bijvoorbeeld op de website van de zzp'er, het plaatsen van negatieve berichten op social media, etc.”* (p. 3)
 - Stagiairs: *“vroegtijdige beëindiging van een stage-overeenkomst (waardoor mogelijk studievertraging wordt opgelopen)”* (p. 3)
 - Vrijwilligers: *“onaangename bejegening, het bezoedelen van de goede naam, het verliezen van de vrijwilligersfunctie en de emotionele schade die dat tot gevolg kan hebben”* (p. 2-3)
- Bij bovengenoemde voorbeelden van benadelingshandelingen is steeds ofwel sprake van een handeling met negatieve gevolgen voor de contractuele relatie tussen de melder en de organisatie waar de melding op ziet, dan wel van een handeling met persoonlijke negatieve gevolgen voor de melder, buiten deze contractuele relatie. Het is de vraag of tegen deze handelingen ook los van een uitbreiding van artikel 7:658c BW reeds een remedie bestaat onder het algemene vermogensrecht.
- Indien de zzp'er, stagiair of vrijwilliger als gevolg van zijn melding wordt gepest of ten onrechte bij anderen wordt zwartge maakt en hierdoor materiële of immateriële schade ondervindt, zal deze een beroep kunnen doen op een schadevergoeding wegens onrechtmatige daad (artikel 6:162 BW) of wanprestatie (artikel 6:74 BW). Dit werd al door de initiatiefnemers van de WHvK onderkend ten aanzien van zzp'ers (*Kamerstukken I 2015-2016, 34 105, nr. F, p. 3*). De Minister van BZK heeft destijds deze visie bevestigd en opgemerkt dat deze remedies ook openstaan voor stagiairs en vrijwilligers (*Kamerstukken I 2015-2016, 34 105, nr. G*).
- In de Motie Bikker, het Voorstel en de Concepttoelichting, worden deze remedies uit het algemene vermogensrecht evenwel niet meer genoemd. Enkel wordt gesteld dat het wettelijke benadelingsverbod voor werknemers en ambtenaren ook dient te gelden voor andere werkenden, met name de doelgroepen zzp'ers, stagiairs en vrijwilligers. Het is de vraag in hoeverre de uitbreiding van het wettelijke benadelingsverbod daadwerkelijk nodig is – en niet enkel is gestoeld op een overigens begrijpelijke gevoelsmatige wens een wettelijke regeling voor werknemers en ambtenaren tevens voor andere werkenden open te stellen.
- Hierbij dient onder meer te worden meegewogen dat op grond van jurisprudentie van de Hoge Raad in het algemeen vermogensrecht al remedies mogelijk zijn tegen vroegtijdige beëindiging van de contractuele relatie met een zzp'er (opdrachtnemer).
- Daarnaast vallen stagiairs ook onder de bescherming van de Arbeidsomstandighedenwet (artikel 2(a) onder 1 Arbeidsomstandighedenwet, artikel 1.10 Arbeidsomstandighedenbesluit). Op grond van de Arbeidsomstandighedenwet is de werkgever reeds verplicht een beleid te voeren om stress door psychosociale arbeidsbelasting te voorkomen. Hieronder valt tevens het voorkomen of maatregelen nemen tegen pesten op de werkvloer.
- **Conclusie:** De noodzaak voor de uitbreiding van het benadelingsverbod is onvoldoende gemotiveerd. Hierdoor blijft onduidelijk in hoeverre het Voorstel voor zzp'ers, stagiairs en vrijwilligers tastbare of slechts wetsymbolische meerwaarde biedt ten opzichte van de bestaande remedies.

C. Juridische inpassing (III)

3. Toekomstig juridisch kader: omkering bewijslast

- De wet- en regelgeving rondom klokkenluiders is continu in beweging, zowel internationaal (onder andere de voorgestelde Richtlijn COM (2018) 218) als binnen Nederland. Een belangrijke ontwikkeling die in Nederland wordt verwacht, is de introductie van omkering van de bewijslast in het kader van het benadelingsverbod. Deze verwachte ontwikkeling kan een grote impact hebben op de wijze waarop het benadelingsverbod wordt nageleefd en gehandhaafd. Het is daarom goed hierop te anticiperen wanneer het benadelingsverbod wordt gewijzigd.
- De omkering van de bewijslast wordt bijvoorbeeld genoemd in de Voortgangsrapportage Huis voor klokkenluiders van 29 juni 2018 (Bijlage bij *Kamerstukken I* 2018-2019, 33 258, nr. S, p. 7), als een van de aandachtspunten die naar het oordeel van het interim-bestuur van het Huis voor klokkenluiders moeten worden meegenomen bij toekomstige wijziging van de WHvK. In internationale context kan worden verwezen naar de Aanbeveling van het Comité van Ministers van de Raad van Europa van 30 april 2014, waarin is opgenomen dat het in juridische procedures aan de werkgever moet zijn te bewijzen dat de klokkenluider niet als gevolg van zijn melding is benadeeld (artikel 25). Ook de voorgestelde Richtlijn COM (2018) 218 beoogt voor te schrijven dat lidstaten in het kader van vermoedens van misstanden inzake schending van EU-voorschriften moeten voorzien in een omkering van de bewijslast bij juridische procedures.
- Het is derhalve niet onlogisch aan te nemen dat het benadelingsverbod in de toekomst waarschijnlijk zal worden versterkt met een omkering van de bewijslast in juridische procedures.
- Wanneer vanuit het perspectief van een omkering van de bewijslast wordt gekeken naar de voorbeelden van benadelingshandelingen die in de Concepttoelichting worden genoemd, blijkt dat hier voor de werkgever potentieel een schier onmogelijke opdracht ligt. Zo zijn “onaangename bejegening” en “de emotionele schade die dat tot gevolg kan hebben” zeer ongrijpbaar. Het gaat hier om benadeling die in belangrijke mate subjectief is en moeilijk objectief vast te stellen. Is het redelijk van een werkgever te verwachten dat deze bewijst dat hiervan geen sprake was, of – nu dit negatieve bewijs logischerwijs onmogelijk kan worden geleverd – dat dit niet gebeurde als gevolg van de melding?
- **Conclusie:** Bij de beschrijving van benadelingshandelingen dient rekening te worden gehouden met de te verwachten invoering van omkering van de bewijslast. Dit betekent dat terughoudendheid is geboden bij zeer subjectieve en moeilijk aanwijsbare benadelingshandelingen. Naar ons oordeel dient hier in ieder geval rekening te worden gehouden met de belangen en de rechtspositie van de werkgever.

D. Overige opmerkingen (I)

1. Wat is een benadelingshandeling?

- In de wetsgeschiedenis van de Wet huis voor klokkenluiders wordt benadeling niet gedefinieerd. Wel is de volgende niet-limitatieve opsomming gegeven van benadelingshandelingen (*Kamerstukken II 2014-2015, 34 105, nr. 7, p. 23-24*).
 - *“Het verlenen van ontslag anders dan op eigen verzoek*
 - *Het tussentijds beëindigen of het niet verlengen van een tijdelijke arbeidsovereenkomst wanneer die verlenging overigens in de rede zou hebben gelegen*
 - *Het overplaatsen of het weigeren van een verzoek daartoe*
 - *Het treffen van een ordemaatregel*
 - *Het onthouden van salarisverhoging*
 - *Het onthouden van promotiekansen*
 - *Het afwijzen van verlof.”*
- Voorts volgt uit de wetsgeschiedenis van de WHvK dat van de werkgever mag worden verwacht dat deze ervoor zorgdraagt dat een melder niet op andere wijze bij de uitvoering van zijn functie nadelige gevolgen ondervindt ten gevolge van zijn melding, bijvoorbeeld in geval van pesten en andere vormen van intimidatie (*Kamerstukken II 2014-2015, 34 105, nr. 9, p. 10*). Het lijkt logisch dat schending van deze zorgplicht ook een benadelingshandeling kan opleveren, bijvoorbeeld wanneer de werkgever bewust nalaat op passende wijze corrigerend op te treden tegen pestgedrag door collega's vanwege de melding (vgl. de toelichting bij de rechtsbescherming in de Interne klokkenluidersregeling Rijk, Politie en Defensie, *Stb.* 2016, 543, p. 11).
- Uit bovenstaande voorbeelden blijkt dat een benadelingshandeling zowel uit een **handelen** als een **nalaten** kan bestaan. Bij nalaten gaat het voornamelijk om schending van een zorgplicht die ertoe strekt te voorkomen dat een melder bij de uitvoering van zijn functie nadelige gevolgen ondervindt vanwege zijn melding.

D. Overige opmerkingen (II)

- Tot zover is nog redelijk duidelijk wat onder ‘benadelingshandeling’ moet worden verstaan. Werkgevers kunnen hierop anticiperen en er in hun meldingsregelingen en interne gedragscodes en instructies zo goed mogelijk rekening mee houden.
- Naast de nieuwe voorbeelden genoemd in de Concepttoelichting, blijkt ook in de praktijk dat aanvullende benadelingshandelingen of gevolgen daarvan denkbaar zijn. Deze kunnen de praktische hanteerbaarheid van het benadelingsverbod danig op de proef stellen, met als mogelijk gevolg dat melding wordt ontmoedigd. Hieronder reiken wij enkele voorbeelden van praktijk- dilemma’s aan die naar onze mening vragen om een duidelijke stellingname van de wetgever.
 - *Niet (volledig) voldoen aan door de melder verzochte beschermingsmaatregelen* – Het is toe te juichen wanneer een klokkenluider actief meedenkt over de beste wijze waarop hij/zij tegen benadeling kan worden beschermd. De werkgever kan hiermee geholpen zijn en de vervolgens getroffen maatregelen kunnen mogelijk op meer steun van de melder rekenen. Soms zijn de verzochte beschermingsmaatregelen evenwel redelijkerwijs niet mogelijk. De vraag is dan of het niet (volledig) voldoen aan door de melder verzochte beschermingsmaatregelen een benadelingshandeling kan opleveren. Wellicht zou voor een antwoord op deze vraag enige inspiratie kunnen worden gevonden bij de omgang met voorstellen voor passende arbeid van een door ziekte arbeidsongeschikte werknemer: deze dient de werkgever altijd serieus te nemen, maar indien hiervoor gegronde redenen zijn, kan de werkgever deze naast zich neerleggen. Hierbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan organisatorische redenen (bij een verzoek om wijziging of stillegging van het werk), redenen van goed werkgeverschap (bij een verzoek om overplaatsing of ontslag van een andere werknemer) of redenen van proportionaliteit en subsidiariteit (wanneer de werkgever een minder bezwarende, doch voldoende effectieve beschermingsmaatregel voorstelt).
 - *Kan schending van het benadelingsverbod een misstand zijn?* – Wanneer schending van het benadelingsverbod een misstand kan zijn, ligt het gevaar op de loer van een eindeloze reeks van (gestelde) misstanden, benadelingshandelingen en daaruit voortvloeiende nieuwe misstanden. Het is bovendien moeilijk voorstelbaar dat een benadelingshandeling voldoende maatschappelijk belang heeft om te kunnen kwalificeren als een misstand. Om evenwel te voorkomen dat werkgevers en klokkenluiders in een onwenselijke patstelling belanden, heeft het de voorkeur dat de wetgever bevestigt dat schending van het benadelingsverbod zonder meer geen misstand kan opleveren.
- **Conclusie:** In de Concepttoelichting is een nadere verduidelijking nodig van wat onder een ‘benadelingshandeling’ moet worden verstaan. Hiertoe kunnen de hiervoor genoemde voorbeelden en definities als context dienen. Daarbij dient een duidelijk standpunt te worden ingenomen over bovengenoemde dilemma’s die zich in de praktijk rondom benadelingshandelingen voordoen.

D. Overige opmerkingen (III)

2. Vanaf wanneer geldt het benadelingsverbod?

- Op dit moment noemt artikel 7:658c BW dat de werkgever de werknemer niet mag benadelen “*tijdens en na de behandeling van deze melding bij de werkgever of een daartoe bevoegde instantie.*” Door deze tijdsaanduiding te koppelen aan de behandeling van de melding, ontstaat de indruk dat de melding voor onderzoek in behandeling moet zijn genomen. Deze indruk is echter onjuist.
- In de wetsgeschiedenis van de Wet huis voor klokkenluiders is aandacht besteed aan de temporele afbakening van het benadelingsverbod. Hieruit blijkt dat de bedoeling was dat het benadelingsverbod moet ingaan “*op het moment van een melding bij de werkgever of de daartoe bevoegde instantie*” (Kamerstukken II 2014-2015, 34 105, nr. 9, p. 7). Deze melding is expliciet niet gekoppeld aan de interne meldingsprocedure, nu kleine werkgevers niet verplicht zijn een dergelijke procedure te hebben, terwijl benadelingsbescherming ook voor werknemers bij kleine werkgevers wenselijk is.
- De vraag wanneer buiten een formele interne meldingsprocedure van een kwalificerende melding sprake is, is echter onbeantwoord gelaten. Ook bij werkgevers waar wel een interne meldingsprocedure bestaat, is deze vraag relevant. Veelal heeft de melder voorafgaand aan zijn officiële melding zijn zorgen al informeel kenbaar gemaakt bij een leidinggevende of een collega. Vanaf dat moment kan in theorie al benadeling plaatsvinden die mogelijk onder het benadelingsverbod zou moeten worden gebracht.
- Hiertegenover staat echter dat voor schending van het benadelingsverbod wel sprake zou moeten zijn van een bepaald mate van wetenschap over de melding bij de werkgever. Zonder deze wetenschap kan immers geen benadeling *als gevolg van* de melding plaatsvinden. Zeker indien onder ‘benadelingshandeling’ ook schending van een zorgplicht kan worden verstaan, waarbij van de werkgever proactieve handelingen worden verwacht om benadeling te voorkomen, is voor de rechtszekerheid van belang te weten vanaf wanneer deze handelingen moeten worden verricht. Dit is te meer het geval, wanneer in de toekomst de werkgever moet bewijzen dat er *niet* is benadeeld als gevolg van de melding. Sleutel hierbij is dat voor de werkgever (lees: de functionarissen genoemd in de interne meldingsprocedure of – bij afwezigheid daarvan – de hoogste leidinggevende) kenbaar moet zijn dat sprake is van een potentiële ‘benadelingssituatie’.
- **Conclusie:** de huidige tijdsaanduiding in artikel 7:658c BW is verwarrend en zou daarom moeten worden verwijderd. In plaats daarvan zou in de bepaling kunnen worden opgenomen dat de werkgever de werknemer niet mag benadelen vanaf het tijdstip dat de melding bij de werkgever bekend is.

E. Samenvatting kernconclusies en aanbevelingen

1. Het benadelingsverbod past vanuit doelmatigheids-en wetssystematisch perspectief beter in de WHvK dan in Boek 7, Titel 10, BW. Dit geldt temeer nu de reikwijdte van het benadelingsverbod wordt uitgebreid naar andere personen dan werknemers. Het benadelingsverbod zou daarom moeten worden verplaatst naar de WHvK.
2. Door het beperkte toepassingsbereik van de voorgestelde EU-Richtlijn COM (2018) 218, dekt deze niet de gewenste lading ter onderbouwing van het Voorstel. De verwijzing naar de Richtlijn in de Concepttoelichting dient daarom te worden gecorrigeerd. Daarnaast kan onderbouwing vanuit internationaal perspectief worden gevonden in de Aanbeveling van het Comité van Ministers van de Raad van Europa van 30 april 2014.
3. De noodzaak voor de uitbreiding van het benadelingsverbod is onvoldoende gemotiveerd. Hierdoor blijft onduidelijk in hoeverre het Voorstel voor zzp'ers, stagiairs en vrijwilligers tastbare of slechts wetssymbolische meerwaarde biedt ten opzichte van de bestaande remedies in het algemeen vermogensrecht.
4. Bij de beschrijving van benadelingshandelingen dient rekening te worden gehouden met de te verwachten invoering van omkering van de bewijslast. Dit betekent dat terughoudendheid is geboden bij zeer subjectieve en moeilijk aanwijsbare benadelingshandelingen. Naar ons oordeel dient hier in ieder geval rekening te worden gehouden met de belangen en de rechtspositie van de werkgever.
5. In de Concepttoelichting is een nadere verduidelijking nodig van wat onder een 'benadelingshandeling' moet worden verstaan. Hiertoe kunnen de in deze consultatiereactie genoemde voorbeelden als context dienen. Daarbij dient een duidelijk standpunt te worden ingenomen over dilemma's die zich in de praktijk rondom benadelingshandelingen voordoen.
6. De huidige tijdsaanduiding in artikel 7:658c BW is verwarrend en zou daarom moeten worden verwijderd. In plaats daarvan zou in de bepaling kunnen worden opgenomen dat de werkgever de werknemer niet mag benadelen vanaf het tijdstip dat de melding bij de werkgever bekend is.

Auteurs



Astrid Helstone
Partner Amsterdam
T +31 20 546 06 54
M +31 6 202 450 74
astrid.helstone@stibbe.com



Tzivya Wegener-Belinfante
Associate Amsterdam
T +31 20 546 09 47
M +31 6 118 780 46
tzivya.wegener-belinfante@Stibbe.com