

ANNOTATIE

Gawlik t. Liechtenstein (EHRM, nr. 23922/19) – Ockhams scheermes en de klokkenluiderscriteria van het Hof

E.R. Boot

Annotatie bij Europees Hof voor de Rechten van de Mens, 16-02-2021, ECLI:CE:ECHR:2021:0216JUD002392219 (EHRC-2021-0073)

1. In grofweg de afgelopen vijftien jaar is de aandacht voor klokkenluiders ontzettend toegenomen: de media-aandacht voor de ‘causes célèbres’ Chelsea Manning en Edward Snowden, de wetgeving op het nationale niveau (de *Wet Huis voor klokkenluiders* uit 2016), resoluties en aanbevelingen van de Parlementaire Vergadering van de Raad van Europa en natuurlijk de jurisprudentie van het EHRM dat in 2008 in *Guja t. Moldavië* de richtlijnen opstelde die nog steeds leidend zijn bij het beoordelen van klokkenluiderszaken. Deze richtlijnen worden ook in het recente arrest *Gawlik t. Liechtenstein* toegepast. De wijze waarop het Hof dit doet, is consequent (want in lijn met jurisprudentie). Het vonnis zelf is mijns inziens dan ook niet problematisch. Mijn kritiek zal zich veeleer op de richtlijnen zelf richten.
2. De klager in deze zaak vermoedde dat een collega opzettelijk hoge doses morfine aan patiënten toediende teneinde actieve euthanasie te plegen. Hij meldde dit bij de politie, maar na een uitgebreid onderzoek waar twee externe experts bij aan te pas kwamen, bleek dat de collega in kwestie juist had gehandeld en dat derhalve van actieve euthanasie geen sprake was. Als gevolg hiervan werd klager ontslagen. Aan het Hof nu de taak om te bepalen of er sprake is geweest van een schending van klagers art. 10 recht op vrijheid van meningsuiting. Hiervoor gebruikt het, zoals gezegd, de richtlijnen die in *Guja t. Moldavië* zijn opgesteld:

De onthulde informatie moet van algemeen belang zijn;

De authenticiteit van de informatie moet vastgesteld zijn;
De schade die de onthullingen de werkgever toebrengen moet niet zwaarder wegen dan het algemeen belang van de onthullingen;
Onthullingen buiten de eigen organisatie moeten een laatste redmiddel zijn; eerst dient men de interne mogelijkheden uitgeput te hebben om misstanden aan te kaarten;
De klokkenluider moet te goeder trouw zijn;
De zwaarte van de sanctie dient in verhouding te staan tot het 'legitieme doel' van de werkgever.

Over deze criteria en de wijze waarop het Hof ze in deze zaak toepast een aantal punten:

3. Ten eerste, de lijst met richtlijnen is onnodig lang. Zo kunnen de eerste twee criteria vervangen worden door één criterium: het algemeen belang moet meer gediend zijn door onthulling dan door aanhoudende geheimhouding. Dit kan alleen zo zijn als de informatie waarheidsgetrouw is (nu criterium ii), dus dat hoeft geen apart criterium te zijn. Verder is het onduidelijk waarom het algemeen belang van de onthullingen afgewogen moet worden tegen de mogelijke schade voor de werkgever (bijvoorbeeld een gegeven overheidsdepartement) die de onthullingen teweegbrengen (criterium iii). Deze 'balancing test' gaat ervan uit dat beide legitieme belangen hebben, maar wanneer het gaat om misstanden bij de overheid kunnen we dit juist niet veronderstellen. In plaats van dit criterium zou je een criterium kunnen hebben dat de klokkenluider opdraagt om de schade van haar onthullingen zo veel mogelijk te beperken (door bijvoorbeeld de informatie te verifiëren; bij publieke onthullingen (via de media) dient verder alleen die informatie onthuld te worden die noodzakelijk is om de misstand aan het licht te brengen en dient rekening gehouden te worden met, bijvoorbeeld, de rechten van derden en nationale veiligheid). Het vierde criterium van het Hof – dat men eerst intern de klok dient te luiden en alleen, als *ultimum remedium*, mag overgaan tot extern klokkenluiden – is nog een manier om (onnodige) schade te minimaliseren en kan dus gehandhaafd worden.

4. Ten tweede kan het criterium dat goede trouw vereist ook beter geschrapt worden, zoals in 2013 eveneens gebeurd is met de Britse *Public Interest Disclosure Act*. Het Hof stelt, in navolging van *Guja t. Moldavië*, dat een klokkenluider die uit wrok of winstbejag een onthulling doet niet bijzonder veel bescherming verdient.[1] Maar waarom zou dit het geval zijn? Het standaardargument vóór het vereiste van goede trouw is dat men zich dan geen zorgen hoeft te maken dat de klokkenluider niet de gehele waarheid of zelfs een vervormde versie van de waarheid geeft.[2] Mijns inziens is het echter volstrekt irrelevant of de klokkenluider zuivere motieven heeft. Denk aan het voorbeeld van Watergate. Het onthullen van het Watergate-schandaal was zeker in het algemeen belang, ook al handelde Mark Felt (alias Deep Throat) niet puur uit zuivere motieven. Hij zou persoonlijke problemen hebben

gehad met president Nixon, omdat hij Felt niet tot directeur van de FBI benoemd had terwijl Felt wel recht op die positie meende te hebben. Verdient de klokkenluider die Watergate onthult puur om die reden minder bescherming? Dat zou een vreemde conclusie zijn. Het belang van de onthulde informatie moet doorslaggevend zijn, niet de motieven van de klokkenluider. De Amerikaanse Dodd-Frank Act stelt potentiële klokkenluiders zelfs een flinke monetaire beloning in het vooruitzicht!

Schrappen van het goede trouw-criterium zou ook meer in lijn zijn met de aanbeveling inzake de bescherming van klokkenluiders van de Raad van Europa. Hierin wordt namelijk gesteld dat het criterium van *bona fide* niet betekent dat het individu louter nobele motieven moet hebben.[3] De enige praktische consequentie van dit criterium zou volgens dit document moeten zijn dat melders geen bescherming genieten wanneer zij opzettelijk onjuiste informatie melden. Maar in dat geval zou de informatie niet in het algemeen belang zijn, dus is er geen apart criterium nodig dat dit borgt.[4]

Verder is het zo dat een criterium dat een oprecht, ethisch motief van klokkenluiders eist, geen garantie biedt voor het uitsluiten van onwenselijke onthullingen, zoals de volgende, toepasselijke uitspraak van Jürgen Habermas op overtuigende wijze toont: ‘the legitimacy of acts of resistance cannot simply be deduced from the ethical seriousness of the actor’s motives. It was hardly a failing of conscience that separated Ulrike Meinhoff from Sophie Scholl.’[5]

Goede trouw is dus geen vereiste om een daad van klokkenluiden gerechtvaardigd en dus als recht hebbend op juridische bescherming te achten. Maar wat als de informatie onjuist blijkt te zijn? In dat geval zou men eerst moeten vaststellen of het voor de klokkenluider redelijk was om te geloven dat hier sprake was van een misstand (hierover meer in par. 7). Pas als het antwoord hierop negatief is, kan men eventueel kijken of de klokkenluider er belang bij had dat haar werkgever in een kwaad daglicht wordt geplaatst. Haar *kwade* trouw zou dan een rol kunnen spelen bij het bepalen van de sanctie.

5. Het laatste criterium (over de proportionaliteit van de sanctie) gaat niet over de rechtvaardiging van het luiden van de klok en is dus niet relevant wanneer een daad van klokkenluiden gerechtvaardigd wordt geacht (een sanctie is dan namelijk helemaal niet op zijn plek). Wanneer het gaat om het bepalen van de wenselijkheid van een daad van klokkenluiden kunnen we beter met de volgende, meer sobere lijst uit de voeten:

Het algemeen belang van onthulling moet zwaarder wegen dan het algemeen belang van voortdurende geheimhouding;

De klokkenluider moet stappen nemen om de schade van haar onthulling te minimaliseren; De juiste procedure dient doorlopen te worden (mits dit mogelijk is), namelijk intern melden, dan extern bij een bevoegde autoriteit en pas als laatste redmiddel publiek (via de media bijvoorbeeld).

6. Wanneer een daad van klokkenluiden echter *niet* gerechtvaardigd wordt geacht, zoals in *Gawlik t. Liechtenstein*, dan is het criterium over de proportionaliteit van de sanctie natuurlijk wél relevant. Het Hof constateert hier dat ontslag de zwaarst mogelijke sanctie is en concludeert zonder argumentatie of bewijzen dat hier wel een *chilling effect* van uit moet zijn gegaan; medewerkers van het ziekenhuis (en van zorgmedewerkers in het algemeen zelfs) zouden als gevolg van deze sanctie dus minder bereid zijn om misstanden aan te kaarten. Dit hoeft echter niet de conclusie te zijn. Een logischer conclusie lijkt mij, dat men de informatie die men naar buiten brengt eerst goed dient te verifiëren – hetgeen klager niet heeft gedaan – en dat men eerst interne procedures dient uit te putten, indien mogelijk – ook dit heeft de klager niet gedaan. In dit concrete geval waren er bovendien geen redenen om aan te nemen dat de interne procedure vruchteloos zou blijken. Zoals de regering aangeeft, is uit de interne onderzoeken gebleken dat het ziekenhuis meldingen van misstanden serieus neemt en uitgebreid onderzoekt.[6]

7. Overigens is het hier nog belangrijk om te vermelden dat de vereiste om de authenticiteit van de informatie te verifiëren niet impliceert dat een klokkenluider geen bescherming moet genieten als uiteindelijk blijkt dat de informatie onjuist is of als de misstand uiteindelijk niet plaatsvindt. Het recht op vrijheid van meningsuiting brengt weliswaar ‘plichten en verantwoordelijkheden met zich,’[7] die de klokkenluider dwingen de informatie zo goed als mogelijk te verifiëren, maar dit betekent nog niet dat 100% zekerheid vereist is. Veeleer hanteert het Hof (terecht) een *reasonable belief*-criterium: Was het, nadat de klokkenluider zo goed als onder de omstandigheden kan de informatie geverifieerd heeft, redelijk om te geloven dat hier sprake was van een misstand?[8] In dit arrest was het echter niet zo dat de klager zo goed hij kon de informatie geverifieerd had: Hij deed zijn melding enkel op basis van het elektronische medische dossier, terwijl hij wist dat deze niet alle informatie bevatte en hij gemakkelijk op ieder moment het papieren dossier (met de volledige informatie) had kunnen inzien, maar dit niet heeft gedaan. Het Hof concludeert dan ook terecht: “He did not, therefore, carefully verify, to the extent permitted by the circumstances, that the information he disclosed was accurate and reliable.”[9]

8. Tot slot nog een wat meer algemeen punt. Het Hof baseert zijn bescherming voor klokkenluiders op basis van het art. 10 recht op vrijheid van meningsuiting. Dit wekt de indruk dat klokkenluiden belangrijk is, omdat het een uitdrukking is van individuele vrijheid en om die reden bescherming verdient. Het is echter plausibeler om te stellen dat het belang van

klokkenluiden elders ligt. Klokkenluiden heeft een systematische en publieke functie in een democratische rechtsstaat en dát is waarom het bescherming verdient. In een democratie is het van belang dat burgers zich kunnen beraden op zaken die hen aangaan en dat zij daar in publiek debat over kunnen delibereren. Dit is onmogelijk wanneer de informatie ontoegankelijk is. Mocht er bijvoorbeeld een misstand bij de overheid zijn, dan is het van belang dat burgers dit weten, zodat zij hier een mening over kunnen vormen en eventueel de politiek verantwoordelijken ter verantwoording kunnen roepen. Het is vanwege deze cruciale functie in een democratie dat klokkenluiden bescherming geniet, en niet omdat klokkenluiden een belangrijke uiting van individuele vrijheid is (zoals bijvoorbeeld het vrij en publiekelijk belijden van een godsdienst). De subjectivistische, op individuele rechten gebaseerde aanpak die het Hof kiest, miskent deze rol van klokkenluiden en heeft om die reden al de nodige kritiek gekregen, zowel uit juridische^[10] als uit rechtsfilosofische^[11] hoek.

E.R. Boot

Universitair Docent Rechtsfilosofie. Tilburg University

[1] *Guja t. Moldavië*, EHRM (GK) 12 februari 2008, nr. 14277/04, ECLI:CE:ECHR:2008:0212JUD001427704, par. 71, «EHRC» 2008/67 m.nt. Geurink.

[2] Zie bijvoorbeeld S. Bok, *Secrets: On the Ethics of Concealment and Revelation* (New York: Vintage Books, 1984), p. 224; R. Sagar, *Secrets and Leaks: The Dilemma of State Secrecy* (Princeton: Princeton University Press, 2013), p. 135ff.; P.B. Jubb, 'Whistleblowing: A Restrictive Definition and Interpretation,' *Journal of Business Ethics*, 1999, 21, p. 92. Om dezelfde reden vinden deze auteurs het beter wanneer de klokkenluider haar identiteit prijsgeeft, zodat wij kunnen oordelen of zij geen belangen heeft die haar ertoe zouden kunnen aanzetten om niet de gehele waarheid te delen.

[3] Council of Europe, *Protecting Whistleblowers*, Recommendation CM/Rec(2014)7, p. 22n.

[4] Overigens lijkt het Hof zelf ook niet altijd evenveel aan het goede trouw criterium te hechten. Zo vond het Hof, drie jaar na *Guja t. Moldavië*, in *Heinisch t. Duitsland*, dat mevrouw Heinisch te goeder trouw had gehandeld toen zij een misstand had gemeld, ondanks het feit dat zij deels uit eigenbelang had gehandeld (zij wilde haar eigen arbeidsomstandigheden verbeteren): *Heinisch t. Duitsland*, EHRM, 21 oktober, nr. 28274/08, ECLI:CE:ECHR:2011:0721JUD002827408, par. 83, «EHRC» 2011/140.

[5] J. Habermas, 'Civil Disobedience: Litmus Test for the Democratic Constitutional State,' *Berkeley Journal of Sociology*, 1985, 30, p. 105.

[6] Par. 61.

[7] Art. 10, tweede lid, EVRM.

[8] Zie bv. *Bucur en Toma t. Roemenië*, EHRM, 8 januari 2013, nr. 40238/02, ECLI:CE:ECHR:2013:0108JUD004023802, par. 107, «EHRC» 2013/62. In dit arrest verwijst het Hof ook naar Resolution 1729(2010) (*Protection of ‘whistle-blowers’*) van de Parlementaire Vergadering van de Raad van Europa: “Any whistle-blower shall be considered as having acted in good faith provided 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” (6.2.4).

[9] Par. 78.

[10] Zie bijvoorbeeld I. Kampourakis, ‘Protecting National Security Whistleblowers in the U.S. and in the ECtHR: The Limits of Balancing and the Social Value of Public Disclosures,’ *Yale Journal of International Law*, 2020, 1(46), Sectie II en Y. Benkler, ‘A Public Accountability Defense for National Security Leakers and Whistleblowers,’ *Harvard Law and Policy Review*, 2014, 8(2), p. 305.

[11] E.R. Boot. ‘No Right to Classified Public Whistleblowing,’ *Ratio Juris*, 2018, 31(1), pp. 74–5.