

ANNOTATIE

Halet t. Luxemburg (EHRM, 21884/18) – Rechtvaardigheid voor Halet, maar een gemiste kans voor het Hof

E.R. Boot

*Annotatie bij Europees Hof voor de Rechten van de Mens, 14-02-2023,
ECLI:CE:ECHR:2023:0214JUD002188418 (EHRC-2023-0077)*

NOOT:

1. Meer dan tien jaar geleden deelde Raphaël Halet, die toen bij PricewaterhouseCooper (PwC) werkte, verschillende interne belastingdocumenten met een journalist. Uit deze documenten bleek dat grote internationale bedrijven belastingdeals sloten met de overheid van Luxemburg met als doel zo weinig mogelijk belasting te betalen. Eerder had een andere klokkenluider, Antoine Deltour, dit ook al (en op veel grotere schaal) gedaan. Deltour werd in 2018 al erkend als klokkenluider door het Luxemburgse Hof van Cassatie (HvC). Deze status is van essentieel belang voor degene die geheime documenten openbaart, omdat het hem of haar beschermt tegen de toepassing van de wet: normaliter wordt men gestraft voor het stelen en delen van geheime documenten, maar niet wanneer men de status van 'klokkenluider' geniet. Die status werd Halet, tot en met een kleine kamer van het EHRM (in 2021), ontkend. Halet ging in beroep bij de Grote Kamer, die opvallend genoeg tot een andere conclusie komt: Halet wordt in het recente arrest *Halet t. Luxemburg* wél erkend als klokkenluider en geniet daarmee de wettelijke bescherming die deze status met zich meebrengt.

2. Waarom kreeg Deltour wel de status van klokkenluider en Halet (aanvankelijk) niet? Voor het HvC was van belang dat Deltour reeds, via een journalist, had laten zien hoe grote internationale bedrijven (met goedkeuring van de Luxemburgse regering) met allerlei kunstmatige constructies de belastinggrondslag van landen uithollen. Dit had al een grote

maatschappelijke discussie en enkele beleidswijzigingen teweeggebracht. De onthullingen van Halet waren eigenlijk meer van hetzelfde. Omdat deze niets nieuws aantoonde (“did not provide any information that was essential, new and previously unknown”), of tot een nieuw maatschappelijk debat over belastingontwijking leidden (dat debat was namelijk al door Deltours onthullingen aangezwengeld), oordeelde het HvC dat de schade die Halet ermee veroorzaakte niet gerechtvaardigd kon worden door het (minimale) voordeel voor het publiek belang (*public interest*) dat zijn onthullingen opleverden (par. 35). Het cassatieberoep van Halet werd dan ook verworpen en hij kreeg een boete van €1.000 opgelegd.

3. Het Hof stelt dat het alleen moet bepalen of het HvC tot een juiste afweging is gekomen tussen het publiek belang dat de onthullingen dienden, aan de ene kant, en het geheel van schadelijke effecten die het veropenbaren van de documenten teweeg heeft gebracht, aan de andere kant (par. 177). Het oordeelt over beide kanten van de weegschaal substantieel anders dan het HvC. Eerst de vraag in hoeverre de onthullingen het publiek belang dienden: het Hof deelt niet de opvatting van het HvC dat de onthullingen informatie moeten bevatten die “essential, new and previously unknown” is om het publiek belang te dienen. Het openbaren van informatie die bijdraagt aan een reeds bestaand debat over belastingpraktijken in Luxemburg kan nog steeds het publiek belang dienen. De klok luiden doet men namelijk niet enkel om aandacht te vragen voor bepaalde informatie, maar dikwijls ook om een *verandering* van beleid of wetgeving teweeg te brengen. Daartoe kan het noodzakelijk zijn (zo leert de ervaring) om meerdere malen een misstand onder de aandacht te brengen, voordat de autoriteiten in actie komen (par. 187). Bovendien meent het Hof dat de door Halet onthulde belastingdocumenten wel degelijk nieuwe inzichten verschafte over de wijze waarop specifieke multinationale bedrijven erin slaagden om, samen met de Luxemburgse autoriteiten, hun effectieve belastingdruk zo laag mogelijk te krijgen. Het Hof concludeert dan ook dat het openbaar maken van de belastingdocumenten door Halet wel degelijk van substantieel publiek belang is geweest.

4. Dan de andere kant van het verhaal: welke schade heeft Halet met zijn onthullingen veroorzaakt? Het Hof stelt dat het HvC niet alle schade heeft meegewogen (par. 194-197). Het heeft namelijk alleen oog gehad voor de financiële schade en reputatieschade voor PwC. Maar de onthullingen hebben evengoed schade (in termen van reputatie tenminste) teweeggebracht voor de klanten van PwC. Hiernaast is het publiek belang van de instandhouding van het beroepsgeheim ook aangetast. Schending hiervan is immers niet alleen voor de klant nadelig; de garantie dat vertrouwelijke informatie vertrouwelijk behandeld wordt, ontstijgt de deelbelangen van individuen en is een gedeeld, publiek belang. Tot slot is er nog het publiek belang dat diefstal (van geheime documenten door Halet) voorkomen en bestraft wordt.

Hier kunnen wij een eerste kritische noot plaatsen. Het Hof spreekt onder andere over de

schade die Halet PwC en klanten van PwC heeft toegebracht (par. 194-196). PwC zou klanten kunnen verliezen die niet meer erop vertrouwen dat hun informatie veilig is bij PwC. Bovendien zou PwC door de onthullingen simpelweg gezichtsverlies kunnen lijden. Klanten van PwC (met name de grote, bekende multinationale bedrijven) zitten er niet op te wachten dat de brave belastingbetaler ontdekt dat deze bedrijven veel te weinig belasting betalen. Dat leidt tot reputatieschade die zich wellicht in financiële tegenvallers vertaalt. Onder andere deze schade moet dus afgezet worden tegen het publiek belang dat deze informatie dient. Maar legt deze schade wel altijd gewicht in de schaal? Zou het niet zo kunnen zijn dat sommige schade verdiend is? Waarom zouden we bijvoorbeeld reputatieschade moeten meewegen die het gevolg is van strafbaar of moreel laakbaar handelen? We zouden ons moeten afvragen wat nu de echte bron van de geleden schade voor PwC en zijn klanten is: de onthullingen van Halet of hun eigen dubieuze belastingpraktijken?

5. Om te achterhalen of de veroordeling van Halet neerkwam op een disproportionele inmenging in zijn recht op vrijheid van meningsuiting, stelt het Hof zich de vraag of deze inmenging was voorgeschreven door de wet (dat was ze), of zij een legitiem doel diende (dat deed ze: het beschermen van de rechten van anderen) en of ze noodzakelijk was in een democratische samenleving. Dit laatste punt was het enige dat het Hof nog moest beoordelen. Om de noodzaak van de inmenging te kunnen beoordelen, moet worden bepaald of de inmenging proportioneel was, gegeven het legitieme doel dat werd nagestreefd. Om deze proportionaliteit te bepalen, hanteert het Hof de richtlijnen die in *Guja t. Moldavië* zijn opgesteld:

De onthulde informatie moet van publiek belang zijn;
De authenticiteit van de informatie moet vastgesteld zijn;
De schade die de onthullingen de werkgever toebrengen moet niet zwaarder wegen dan het publiek 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.[1]

Het Hof heeft dit arrest aangegrepen om deze zogenaamde *Guja*-criteria te bevestigen en te verfijnen, gegeven ontwikkelingen in het Europees en internationaal recht met betrekking tot klokkenluiders sinds 2008. Daar valt het een en ander op aan te merken.

Ten eerste blijft het Hof vasthouden aan het criterium van goede trouw. Wanneer men wordt

gedreven door winstbejag of wrok jegens de werkgever verdient men niet bijzonder veel bescherming, stelt het Hof. Dit is echter in het geheel niet in lijn met recente ontwikkelingen. Zo is goede trouw reeds in 2013 geschrapd als criterium uit de Britse *Public Interest Disclosure Act*. In 2014 legt de Raad van Europa, in zijn aanbeveling inzake de bescherming van klokkenluiders, het criterium van *bona fide* niet uit in termen van nobele drijfveren.[2] Melders zouden alleen dan geen bescherming moeten genieten wanneer zij opzettelijk onjuiste informatie melden. In zijn rapport uit 2015 stelt de “UN Special Rapporteur on the Promotion and the Protection of the Right to Freedom of Opinion and Expression” dat goede trouw geen betrekking zou moeten hebben op het motief van de klokkenluider, maar louter zou moeten zien op de waarachtigheid en authenticiteit van de onthulde informatie.[3] Bovendien oordeelde het Hof zelf, in *Heinisch t. Duitsland*, dat mevrouw Heinisch te goeder trouw had gehandeld toen zij een misstand had gemeld, hoewel zij deels uit eigenbelang had gehandeld (zij wilde haar eigen arbeidsomstandigheden verbeteren).[4] Eén voorbeeld is genoeg om aan te tonen dat de motieven geen rol zouden moeten spelen. Mark Felt (alias Deep Throat) had persoonlijke problemen met president Nixon. Hij meende recht te hebben op de positie van directeur van de FBI, maar Nixon benoemde een ander. Vervolgens onthulde Felt, deels uit wrok, het Watergate-schandaal. Zouden we nu moeten concluderen dat Felt geen bescherming verdiende, ondanks het grote publiek belang dat door zijn onthulling werd gediend? Laten we ons richten op de authenticiteit van de informatie en het publiek belang dat ermee bevorderd wordt, niet op de motivatie van de klokkenluider. Deze hoeft geen heilige te zijn.

Hiernaast vermengt het Hof goede trouw vaak met andere criteria. Zo stelt het Hof dat de melder te goeder trouw is als de authenticiteit van de informatie geverifieerd is (par. 129) en dat een onderdeel van de goede trouw van de melder is dat zij eerst de interne mogelijkheden om misstanden aan te kaarten heeft uitgeput alvorens zij de weg via de media bewandelt (par. 128). Het is onwenselijk en onnodig om goede trouw als criterium te hanteren voor gerechtvaardigde meldingen van misstanden, het zorgt ook nog eens voor de beschreven conceptuele verwarring en het is niet in lijn met recente ontwikkelingen. Het Hof zou dit criterium dan ook moeten schrappen.

7. Het Hof stelt dat er geen hiërarchie aangebracht moet worden tussen de verschillende *Guja*-criteria en dat er geen vaste volgorde bestaat om de criteria te behandelen, maar dit lijkt niet juist. De authenticiteit van de onthulde informatie kan immers nog zo uitgebreid geverifieerd zijn, en men kan eerst alle alternatieve kanalen voor openbaarmaking doorlopen hebben, maar als de onthulling van de informatie niet het publiek belang dient, doet dat er allemaal niet toe. Bovendien luidt men niet de klok om schade te minimaliseren of om de authenticiteit van documenten vast te stellen, maar om het publiek belang te dienen door misstanden aan te

kaarten. In de literatuur over de ethiek van klokkenluiden wordt het publiek belang dan ook wel een “drempelcriterium” genoemd.[5] Als daar niet aan is voldaan, dan weten we al dat de onthullingen niet gerechtvaardigd zullen zijn. Het criterium van het publiek belang is dan ook het sleutelcriterium en het is derhalve ook logisch om met dat criterium te beginnen.

8. Het publiek belang is echter een notoir lastig concept. Het Hof hanteert weliswaar een definitie die vrij aardig is: “the public interest relates to matters which affect...the well-being of citizens or the life of the community” (par. 132). Maar wanneer het aankomt op het afwegen van het publiek belang van de onthullingen tegen de schade die zij teweegbrachten (aan PwC, hun klanten en het publiek belang dat het beroepsgeheim nageleefd wordt), gaat het Hof wel erg snel. De conclusie dat het publiek belang dat door de openbaarmaking gediend wordt zwaarder weegt dan alle negatieve effecten lijkt ook niet uit de voorgaande paragrafen te volgen. Daarin zet het Hof juist uitgebreid uiteen dat het HvC niet alle negatieve effecten heeft meegewogen (zie overweging 4). Des te opvallender is het dat het Hof vervolgens toch tot een andere conclusie komt dan het HvC. Je zou denken: als er meer schade is, dan is er alleen maar nog méér reden om Halet bescherming te ontzeggen. Maar het Hof komt dus juist tot de tegenovergestelde conclusie. Waarom wordt niet erg duidelijk gemaakt en de argumentatie in paragraaf 202 gaat erg snel. Weliswaar stelt het Hof dat de door Halet onthulde informatie van vrij groot publiek belang was, in tegenstelling tot het HvC, maar daar tegenover erkent het ook meer vormen van schadelijke gevolgen van de onthullingen dan het HvC. Hoe het Hof precies tot de slotsom komt dat het publiek belang van de informatie zwaarder weegt dan de schadelijke effecten wordt niet voldoende onderbouwd. Dit toont maar weer eens aan dat het publiek belang een soort *deus ex machina* in het recht blijft. Voor potentiële klokkenluiders blijft het hierdoor *ex ante* gissen of hun onthullingen door de rechter in het publiek belang zullen worden bevonden. Hieruit blijkt de noodzaak voor meer studie van het publiek belang, zodat het op een meer duidelijke en consistente wijze toegepast kan worden in het recht.[6]

9. Dan nog het schade-criterium: zoals reeds uiteengezet, zou het Hof er goed aan doen om niet alle schade die de onthulling teweegbrengt mee te laten wegen. Wanneer men er illegale of moreel laakbare praktijken op nahoudt, dan is de schade die na onthulling daarvan optreedt niet meer dan verdiend. Het criterium kan wél van belang zijn wanneer het schade aan bijvoorbeeld de nationale veiligheid betreft of de veiligheid van derden (denk bijvoorbeeld aan het bekendmaken van de identiteiten van medewerkers van de geheime diensten die in het buitenland werkzaam zijn). Maar het Hof zou duidelijk moeten maken welke schade wel meetelt en welke niet. Zo zou minder vertrouwen in de overheid een schadelijk gevolg kunnen zijn van het onthullen van iets als de Toeslagenaffaire. Maar het meewegen van die schade, die door verkeerd handelen van de overheid zelf komt, lijkt me niet te verdedigen.

10. Uiteindelijk komt het Hof tot een verdedigbare uitkomst, vooral met het oog op de

belangrijke rol die klokkenluiders in democratieën spelen en het mogelijke *chilling effect* dat van een veroordeling uitgaat: het Hof stelt dat het publiek belang van de onthulde documenten zwaarder weegt dan de hierdoor ontstane schade, Halet wordt erkend als klokkenluider, geniet daarmee de wettelijke bescherming die deze status met zich meebrengt en ontvangt een schadevergoeding van in totaal 55.000 euro. De vervelende nasmaak die desalniettemin na het lezen van dit arrest blijft, is te wijten aan de indruk dat het Hof hier de kans heeft gemist om de *Guja*-criteria echt nog eens kritisch onder de loep te nemen en meer in lijn te brengen met recente ontwikkelingen en onderzoek.

E.R. Boot, Universitair Docent Rechtsfilosofie en Beroepsethiek. Universiteit van Amsterdam

[1] *Guja t. Moldavië*, EHRM (GK) 12 februari 2008, nr. 14277/04, ECLI:CE:ECHR:2008:0212JUD001427704, par. 74–95.

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

[3] D. Kaye, UN Special Rapporteur on the Promotion and the Protection of the Right to Freedom of Opinion and Expression, *Promotion and Protection of the Right to Freedom of Opinion and Expression*, A/70/361 (2015), p. 14.

[4] *Heinisch t. Duitsland*, EHRM, 21 oktober 2011, nr. 28274/08, ECLI:CE:ECHR:2011:0721JUD002827408, par. 83.

[5] E.R. Boot, *The Ethics of Whistleblowing* (London: Routledge, 2019), p. 35.

[6] Een eerste aanzet hiertoe: E.R. Boot, 'Public Interest,' *Oxford Research Encyclopedia of Politics*, 2022.