

No.W04.20.0486/I

's-Gravenhage, 17 maart 2021

Bij Kabinetsmissive van 18 december 2020, no.2020002622, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet tot wijziging van de Wet Huis voor klokkenluiders en enige andere wetten ter implementatie van Richtlijn (EU) 2019/1937 van het Europees Parlement en de Raad van 23 oktober 2019 (PbEU 2019, L 305) en enige andere wijzigingen, met memorie van toelichting.

Het wetsvoorstel implementeert de Richtlijn (EU) 2019/1937 inzake de bescherming van personen die inbreuken op het Unierecht melden (hierna: de richtlijn). De Wet Huis voor Klokkenluiders (hierna: Wet Huis) wordt gewijzigd en heet als gevolg van het wetsvoorstel voortaan de Wet bescherming klokkenluiders. De richtlijn verplicht tot wijziging van het Nederlandse recht op een aantal punten. De belangrijkste implicatie daarvan is dat onder de nieuwe wet de betrokkene niet meer verplicht is eerst intern te melden.¹

De Afdeling maakt opmerkingen over de implicaties van het wegvallen van de wettelijke verplichting om eerst intern te melden. In dat kader adviseert zij in de toelichting aandacht te besteden voor het toenemende belang van het creëren van een open en veilige organisatiecultuur met ruimte voor tegenspraak. Dit is zeker ook voor de overheid van belang mede met het oog op een goede en effectieve werking van publieke verantwoordingsmechanismen (zoals de ministeriële verantwoordelijkheid). In dat kader wijst de Afdeling er ook op dat het bespreken van de externe melding in een voorgesprek een aantal problemen kan ondervangen.

De Afdeling maakt verder opmerkingen over de begrijpelijkheid en uitvoerbaarheid van het wettelijk stelsel. Door niet op alle punten het Europese en nationale regime gelijk te stellen draagt het wetsvoorstel eraan bij dat de wettelijke regels voor melders en bevoegde autoriteiten complexer worden. Daarnaast merkt de Afdeling op dat het in de rede ligt om ook andere instanties als bevoegde autoriteiten in de zin van de richtlijn aan te wijzen. Verder wijst zij op de onduidelijke wettelijke inbedding van het bejegeningsonderzoek die afbreuk kan doen aan de bescherming van klokkenluiders. Tot slot vraagt zij aandacht voor de wijze waarop het verbod op zwijgbedingen wordt geïmplementeerd. In verband daarmee is aanpassing van het voorstel en de toelichting wenselijk.

1. Inhoud van het voorstel

¹ Dat is in afwijking van de huidige wet. Op grond van het huidige artikel 6, eerste lid, onderdeel e, Wet Huis is intern melden verplicht, tenzij dat in redelijkheid niet van de melder kan worden verlangd.

Verplichtingen uit de richtlijn

De richtlijn bevat bepalingen om bescherming te bieden aan personen die in een werkgerelateerde context informatie hebben verkregen over inbreuken op het Unierecht. De richtlijn gaat uit van minimumharmonisatie. Het beoogt zowel klokkenluiders doeltreffend te beschermen bij meldingen van inbreuken op het Unierecht, als om (daardoor) de handhaving van het Unierecht te verbeteren. De lidstaten kunnen daarnaast beslissen de toepassing van nationale bepalingen uit te breiden tot andere gebieden. Daarmee kan op nationaal niveau worden gezorgd voor een breed en coherent kader voor de bescherming van klokkenluiders.² Onderdelen van de richtlijn zijn mede gebaseerd op rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens over de vrijheid van meningsuiting.³ De richtlijn beoogt daarnaast de grondrechten en beginselen zoals erkend in het Handvest, te eerbiedigen.⁴

De richtlijn wijkt op een aantal punten af van de Nederlandse wetgeving omtrent de bescherming van klokkenluiders. Zo breidt de richtlijn in vergelijking tot de huidige wet de bescherming aanzienlijk uit doordat melders niet noodzakelijk werknemer hoeven te zijn. Er moet in bredere zin sprake zijn van een werkgerelateerde relatie zodat bijvoorbeeld ook sollicitanten, vrijwilligers en leveranciers beschermd kunnen worden.⁵

Verder wordt ingevolge de richtlijn ook bescherming geboden aan diegenen die een melder bijstaan in het meldingsproces en 'betrokken derden'. Betrokken derden zijn bijvoorbeeld een collega of een familielid van de melder, die het slachtoffer kunnen worden van represailles in een werkgerelateerde context.⁶ Ook de juridische entiteiten zijn beschermd die eigendom zijn van de melder, of waarvoor de melder werkt of waarmee de melder een werkrelatie heeft.⁷ Dit betreft bijvoorbeeld de werkgever of het bedrijf van de leverancier die een melding doet. Daarnaast stelt de richtlijn eisen aan de interne en externe meldkanalen en moeten lidstaten autoriteiten aanwijzen waar (extern) kan worden gemeld.⁸ Ook moeten lidstaten melders ondersteunen en hen beschermen tegen represailles.⁹

Met de implementatie van de richtlijn vindt een verruiming plaats doordat een 'inbreuk op het Unierecht' iedere handeling of nalatigheid betreft die in strijd is met Uniehandelingen en beleidsterreinen die binnen het materiële toepassingsgebied van de richtlijn vallen, of het doel of toepassing daarvan ondermijnen.¹⁰ Bovendien maakt de richtlijn niet alleen melding mogelijk over inbreuken op het Unierecht die hebben plaatsgevonden maar ook over meldingen die 'zeer waarschijnlijk' zullen plaatsvinden. Deze verruiming is in zoverre begrensd door de implementatie van de lidstaatoptie in het wetsvoorstel inhoudende dat een inbreuk op het Unierecht 'van geringe betekenis' niet in behandeling hoeft te worden genomen; in dat geval 'kan'

² Overweging 5 en artikel 2, tweede lid, richtlijn.

³ Overweging 31 richtlijn.

⁴ Overweging 31 en 109 van de richtlijn noemen hier specifiek artikel 11 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (vrijheid van meningsuiting).

⁵ Overweging 38-40, en artikel 4, eerste, tweede en derde lid, richtlijn.

⁶ Artikel 4, vierde lid, onder b, richtlijn.

⁷ Artikel 4, vierde lid, onder c, richtlijn.

⁸ Hoofdstuk II en III richtlijn.

⁹ Hoofdstuk VI richtlijn.

¹⁰ Als bedoeld in artikel 2 richtlijn. Zie ook voorgesteld artikel 1.

de bevoegde autoriteit oordelen dat geen opvolging wordt gegeven aan een melding.¹¹

Keuzes in het voorstel

Het voorstel maakt, binnen de ruimte die de richtlijn biedt, een aantal keuzes. Zo wordt de bescherming voor melders van een vermoeden van een misstand en melders van informatie over een inbreuk op het Unierecht op grond van het wetsvoorstel aan elkaar gelijkgesteld.¹² Dit betekent niet alleen dat de ondersteuningstaken van het Huis worden uitgebreid naar degenen die een melder bijstaan en derden die verbonden zijn met de melders, maar ook dat het Huis een onderzoek kan instellen naar de bejegening naar aanleiding van een melding over een inbreuk op het Unierecht. Ook de eisen aan het interne meldkanaal zijn in beide situaties, in reactie op de consultatie, gelijkgesteld. Het wetsvoorstel regelt verder (centraal) een verbod op benadeling, dat nu nog in verschillende wetten is opgenomen.¹³

Op twee onderdelen kiest het wetsvoorstel ervoor om de bepalingen uit de richtlijn niet te laten gelden voor (melders van) inbreuken naar nationaal recht. Ten eerste geldt dit voor de eisen aan externe meldkanalen; deze lopen ingevolge het wetsvoorstel wel uiteen.¹⁴ Ten tweede kunnen melders van een inbreuk op het Unierecht op grond van de richtlijn ook een melding doen als de inbreuk ‘naar alle waarschijnlijkheid’ zal plaatsvinden. Deze bescherming wordt echter niet uitgebreid voor melders van een ‘waarschijnlijke’ misstand. De regering acht een dergelijke uitbreiding in strijd met de rechtszekerheid.¹⁵

Evaluatie

Vanwege problemen bij het Huis is de evaluatie van de Wet Huis voor klokkenluiders vervroegd uitgevoerd.¹⁶ Sinds maart 2019 is er een nieuw voltallig bestuur en is een nieuwe start gemaakt. Of sindsdien de problemen (zoals achterstanden) waren opgelost was voor de onderzoekers nog niet vast te stellen.

Het was in het licht daarvan ook ‘niet goed mogelijk om harde conclusies te trekken en om aanbevelingen te doen over aanpassingen in de Wet’, aldus het evaluatierapport.¹⁷

In het licht van het voorgaande kiest de Minister van BZK ervoor het implementatietraject te scheiden van een eventueel wetgevingstraject naar aanleiding van de evaluatie in een later stadium. In het kader van dit voorstel betekent dit dat de lidstaatoptie in de richtlijn voor de verlening van financiële bijstand en het nemen van ondersteuningsmaatregelen in het

¹¹ Voorgesteld artikel 2f, eerste lid onder a, ter implementatie van artikel 11, derde lid van de richtlijn. Zie ook de toelichting, paragraaf 3.5.6 en de toelichting op het voorgestelde artikel 2f.

¹² Toelichting, paragraaf 3.2.2 en 3.6.

¹³ Voorgesteld hoofdstuk 2a.

¹⁴ Toelichting, paragraaf 3.5.4.1.

¹⁵ Toelichting, paragraaf 3.2.1.

¹⁶ KWINK Groep, Evaluatie Wet Huis voor klokkenluiders (eindrapport), 30 juni 2020, bijlage bij Kamerstukken II 2019/20, 33258, 48. Zie ook KWINK Groep, Bijlage bij evaluatie Wet Huis voor klokkenluiders, 11 september 2020, bijlage bij Kamerstukken II 2020/21, 33258, 50.

¹⁷ KWINK Groep, Evaluatie Wet Huis voor klokkenluiders (eindrapport), 30 juni 2020, bijlage bij Kamerstukken II 2019/20, 33258, nr. 48, p. 4.

kader van gerechtelijke procedures nog nader wordt gezien. De minister heeft aangegeven dat nadere ondersteuning wenselijk is, en dat zij in overleg gaat over de inrichting en vormgeving hiervan. Ook overweegt ze de wet aan te passen met betrekking tot de preventietaak van het Huis indien zou blijken dat de huidige wetgeving een goede uitvoering van deze taak verhindert.¹⁸

Opmerking vooraf

Gelet op het voorgaande stelt de Afdeling vast dat implementatie van de richtlijn een aanzienlijke uitbreiding betekent van zowel het materieel als het persoonlijk toepassingsgebied van de huidige klokkenluiderswetgeving. Te verwachten valt dat bij de nadere uitwerking en toepassing daarvan nog de nodige vragen zullen rijzen en de wetgeving daardoor juridisch aanmerkelijk complexer wordt. Met het oog op de uitvoerbaarheid luistert het daarom extra nauw dat de interne en externe meldkanalen en hun onderlinge verhouding zo helder en eenduidig mogelijk worden geregeld en dat voorts de wet op zijn praktische consequenties voor organisaties nader wordt doordacht. Mede tegen die achtergrond maakt de Afdeling de volgende opmerkingen.

2. Eerst intern of direct extern melden?

a. *Inleiding*

De richtlijn verplicht lidstaten om te stimuleren dat melders eerst intern melding maken, indien de inbreuk doeltreffend intern kan worden behandeld en indien de melder van mening is dat er geen risico op represailles bestaat.¹⁹ Er geldt op grond van de richtlijn echter, zoals eerder opgemerkt, geen verplichting eerst intern te melden. Melders kunnen zich dus rechtstreeks wenden tot een externe instantie die bevoegd is de melding te behandelen. Dit is een principiële breuk met de huidige wetgeving in Nederland. Deze stelt intern melden verplicht, tenzij dat niet in redelijkheid kan worden gevraagd.²⁰

De Afdeling acht het van belang dat eerst intern melden in de praktijk het uitgangspunt blijft. Zoals de toelichting terecht onderstreept, draagt dat in belangrijke mate bij aan het zelfreinigende vermogen van een organisatie.²¹ Het past ook bij de te hanteren procedurele zorgvuldigheid en het beginsel van goed werknemerschap²² dat zaken in beginsel eerst intern worden aangekaart. Zoals ook de richtlijn en de toelichting vermelden, voelen melders zich doorgaans ook beter bij een interne melding en kan langs deze weg ook het best informatie worden verschaft aan de personen die kunnen helpen het risico van onregelmatigheden af te wenden.²³ Het is dan primair

¹⁸ Kamerstukken II 2020/21, 33258, nr. 51.

¹⁹ Artikel 7, tweede lid, richtlijn. Ook het direct openbaar maken wordt onder voorwaarden beschermd. Zie artikel 15 richtlijn.

²⁰ Zie artikel 6, eerste lid, onder e, van de Wet Huis, dat met dit wetsvoorstel komt te vervallen. Dit geldt ook voor de gelijkkluidende artikelen in de Politiewet (artikel 47, derde lid) en de Wet ambtenaren defensie (artikel 12quater, tweede lid).

²¹ Toelichting, Algemeen deel, par. 2.3.2.1

²² Vergelijk hier ook de jurisprudentie van het EHRM over de plicht van loyaliteit, terughoudendheid en discretie (EHRM (GK) 12 februari 2008, nr. 14277/04, ECLI:CE:ECHR:2008:0212JUD001427704 (Guja/Moldavië), overweging 70 en 73; en EHRM 21 oktober 2011, nr. 28274/08, ECLI:CE:ECHR:2011:0721JUD002827408 (Heinisch/Duitsland), overweging 64).

²³ Overweging 33 richtlijn.

de verantwoordelijkheid van de organisatie waar de betrokkene werkzaam is om zorgvuldig onderzoek te doen naar de melding, op grond daarvan zo nodig actie te ondernemen en daarover in het openbaar te rapporteren.

Niettemin kunnen er zich situaties voordoen waarin objectief gezien geen bevredigende resultaten van een interne melding te verwachten zijn. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn als degene aan wie moet worden gemeld direct betrokken is bij of rechtstreeks verantwoordelijk is voor de misstand of inbreuk. Ook kan de angst voor represailles een rol spelen in de overweging om direct extern te melden.²⁴ De keuze om eerst intern dan wel direct extern te melden zal aldus in sterke mate afhangen van de bijzondere omstandigheden. Tegen deze achtergrond vereist de regeling van de verhouding tussen interne en externe meldkanalen in het kader van de implementatie een zorgvuldige beschouwing en weging.

b. Het belang van een open organisatiecultuur

De Afdeling merkt op dat ook nadat de richtlijn in de nieuwe wet is geïmplementeerd, voorkomen moet worden dat een werknemer zich genoodzaakt voelt om direct naar buiten te treden over een kwestie in zijn eigen organisatie. In elke organisatie zou eenieder zich veilig moeten voelen om een probleem eerst intern aan te kaarten, zonder angst voor represailles door de leiding of collega's. Primair ligt in een open en veilige werkomgeving de sleutel om misstanden en inbreuken zo veel mogelijk te voorkomen en in het geval er zich toch onregelmatigheden voordoen deze tijdig in de organisatie zelf te signaleren en te corrigeren. In de toelichting wordt dit erkend. De ruimte om intern te melden vergt 'een open en toegankelijke cultuur waarin tegenspraak wordt omarmd en niet gestraft'.²⁵

De noodzaak van preventie van klokkenluiden in bovenbedoelde zin en de in dat kader te treffen maatregelen worden in dit wetsvoorstel niet uitgewerkt. Het Huis heeft hier in de consultatie wel op aangedrongen.²⁶ De vraag die het Huis zelf in dat verband opwerpt is of haar huidige adviestaak voldoende preventieve werking heeft. De regering wil deze vraag echter niet in dit wetsvoorstel betrekken maar in een eventueel apart wetgevingstraject naar aanleiding van de evaluatie.²⁷ Mogelijk wordt dan in overweging genomen of de taak van het Huis met het oog op preventie moet worden uitgebreid.

Het voorgaande neemt echter niet weg dat ook in het kader van de implementatie van de richtlijn aan genoemde aspecten bijzondere aandacht moet worden besteed. Een organisatiecultuur als hiervoor geschetst is essentieel voor enerzijds het voorkomen (of beperken) van misstanden en inbreuken en anderzijds het voorkomen dat überhaupt naar buiten hoeft te worden getreden. Preventie langs deze twee lijnen sluit nauw aan bij het oogmerk van de richtlijn om inbreuken op het Unierecht tegen te gaan. In dat kader wijst de richtlijn dan ook op het belang van een 'cultuur van gedegen communicatie' binnen organisaties.²⁸

In dat kader heeft de wetgever als het gaat om overheidsorganisaties een bijzondere verantwoordelijkheid. Van ambtenaren wordt een grote mate van

²⁴ Zie ook overweging 62 richtlijn.

²⁵ Toelichting, algemeen deel, paragraaf 2.3.2.1.

²⁶ Toelichting, algemeen deel, paragraaf 10.2.9 'Overige opmerkingen'.

²⁷ Kamerbrief minister BZK, Kamerstukken II 2020/21, 33258, 51.

²⁸ Overweging 47 bij de richtlijn.

loyaliteit en discretie verwacht die meebrengt dat zij primair intern melden en alleen in laatste instantie zaken naar buiten brengen. Dit is ook zo bevestigd door het Europese Hof voor de Rechten van de Mens.²⁹ Met het oog op die loyaliteit zijn kritische reflectie, intern debat en tegenspraak binnen de overheid te meer van belang. Zoals ook recente ervaringen laten zien, is dit in de praktijk echter niet altijd vanzelfsprekend en wordt kritisch intern debat soms zelfs ontmoedigd.³⁰ Daardoor kan het functioneren van publieke verantwoordingsmechanismen zoals de ministeriële verantwoordelijkheid, worden aangetast doordat politiek verantwoordelijken niet tijdig en via de reguliere kanalen over de juiste informatie beschikken en daardoor niet op adequate wijze en in het openbaar verantwoording kunnen afleggen.

Nu met dit wetsvoorstel ook ambtenaren niet meer verplicht zijn zaken eerst intern aan te kaarten wordt het voorgaande in een nieuw daglicht gesteld. De mogelijke keerzijde van de nieuwe procedure is dat de signalering van misstanden wordt gejuridiseerd en in verband daarmee de verhoudingen binnen de ambtelijke organisatie (verder) op scherp worden gesteld. In het licht daarvan komt het er daarom nog meer op aan dat binnen organisaties een open en veilig werkklimaat wordt gecreëerd waarin een ieder zich vrij voelt zaken aan te kaarten. Dit is een basisvoorwaarde voor het goed functioneren van de politieke verantwoordelijkheid en van de controle door vertegenwoordigende lichamen. De toelichting gaat niet in op de gevolgen die implementatie van de richtlijn vanuit dit perspectief zal hebben en ook niet op de vraag hoe gelet op het nieuwe wettelijke regime dit in de praktijk effectief in goede banen zal worden geleid.

De Afdeling adviseert in de toelichting in het licht van het voorgaande zo concreet mogelijk in te gaan op de vraag hoe gelet op het nieuwe wettelijke regime een werkklimaat (in het bijzonder bij overheidsorganisaties) als bovenbedoeld zo kan worden bevorderd dat intern melden ook in de praktijk uitgangspunt blijft.

c. *Stimuleren interne meldingen*

De richtlijn verplicht de lidstaten tot het aanmoedigen van intern melden.³¹ De toelichting gaat niet in op de vraag hoe dit in concrete situaties zal worden vormgegeven. In de consultatie is voorgesteld dat melders die direct extern melden dat ook moeten motiveren bij de autoriteit waar zij melden. De regering heeft dit voorstel niet overgenomen. Volgens de regering zou een dergelijk motiveringsvereiste een 'verkapte verplichting zijn om eerst intern te melden'. Daar zou de richtlijn geen ruimte toe laten.³²

De vraag is of de richtlijn hier niet meer ruimte biedt dan de regering veronderstelt. Gegeven de wenselijkheid om in lijn met de richtlijn en de huidige wet eerst intern te melden en de verplichting die rust op de lidstaten om dit te stimuleren, acht de Afdeling het verdedigbaar dat, indien direct extern wordt gemeld, aan de melder wordt gevraagd om uit te leggen waarom hiervoor gekozen is. Een dergelijke motivering zou ook voor de

²⁹ EHRM (GK) 12 februari 2008, nr. 14277/04, ECLI:CE:ECHR:2008:0212JUD001427704 (Guja/Moldavië), overweging 70 en 73.

³⁰ Zie het ongevraagd advies van de Afdeling advisering van de Raad van State over de Ministeriële verantwoordelijkheid, paragraaf 3.5, Kamerstukken II 2020/21, 35570, nr. 47.

³¹ Artikel 7, tweede lid, richtlijn.

³² Toelichting, paragraaf 10.2.3.

externe instantie waardevolle informatie kunnen opleveren. Op grond daarvan kan, in overleg en met instemming van de melder, wellicht de zaak alsnog op een effectieve wijze intern worden aangekaart en opgelost. Een zorgvuldige behandeling van de zaak in dat stadium is ook in het belang van de melder.

Zo kunnen in een intakegesprek – voorafgaand aan (de eventuele behandeling van) een externe melding – mogelijke misvattingen over de regels en procedures bij de melder worden weggenomen en kan al naar gelang de omstandigheden gewezen worden op de voordelen van intern melden. Een dergelijk gesprek kan de melder en de betreffende organisatie behoeden voor het onnodig escaleren en juridiseren van de kwestie die aan de orde is.

De Afdeling adviseert in de toelichting op het voorgaande in te gaan en het wetsvoorstel zo nodig aan te passen.

3. Uitvoerbaarheid externe meldprocedures

a. *Inleiding*

Bij de implementatie van richtlijnen geldt het uitgangspunt dat geen andere regels worden opgenomen dan strikt noodzakelijk is. Ook dienen daarbij zo min mogelijk lasten te worden opgelegd aan bedrijven en instellingen.³³ Een 'zuivere' implementatie van de richtlijn zou evenwel betekenen dat er twee verschillende beschermingsregimes ontstaan. Een nationaal regime voor melders van een vermoeden van een misstand en een Unierechtelijk regime voor melders van informatie over een inbreuk op het Unierecht. Om deze uit een oogpunt van eenvoud van wetgeving onwenselijke situatie te voorkomen is het bestaande beschermingsniveau voor melders van een vermoeden van een misstand verhoogd naar het niveau van de richtlijn. Dat betekent dat in de nieuwe wet voor beide soorten situaties de bescherming van de richtlijn zal gelden.

Op twee onderdelen heeft de regering er echter voor gekozen om de eisen uit de richtlijn niet dwingend te laten gelden voor (melding van) misstanden naar nationaal recht. Dit betreft ten eerste de eisen aan externe meldkanalen bij de in het wetsvoorstel aangewezen autoriteiten. Deze blijven in de nieuwe situatie verschillen. Ten tweede krijgen melders van 'waarschijnlijke' inbreuken op het Unierecht wel bescherming, maar melders van waarschijnlijke misstanden naar nationaal recht niet. De regering achtte de rechtszekerheid te zeer aangetast als ook vermoedens van een misstand zouden kunnen worden gemeld die 'naar alle waarschijnlijkheid' zouden plaatsvinden vanwege de dubbele onzekerheid die daaraan is verbonden.³⁴

³³ Aanwijzingen voor de regelgeving, aanwijzing 9.4 'zuivere implementatie' en 9.5 'lastenluwe implementatie'.

³⁴

De Afdeling onderkent dat de rechtszekerheid een zwaarwegend argument is om op het laatstgenoemde onderdeel af te wijken van de gekozen wijze van implementatie. Zij heeft om die reden begrip voor de keuze die de regering op dit punt heeft gemaakt. Over de uiteenlopende regimes voor externe meldkanalen – het andere hiervoor genoemde onderdeel – merkt de Afdeling echter het volgende op.

b. *Externe meldkanalen*

De richtlijn stelt bepaalde eisen aan externe meldkanalen voor het ontvangen en in behandeling nemen van informatie over inbreuken op het Unierecht bij de in het voorstel aangewezen autoriteiten.³⁵ De richtlijn eist onder meer dat meldingen zorgvuldig worden afgehandeld en binnen een redelijke termijn. Bij de implementatie is ervoor gekozen om deze eisen uit de richtlijn niet verplicht te stellen voor meldingen van een misstand naar nationaal recht. De regering kiest hiervoor omdat de bevoegde externe autoriteiten onderling te veel van elkaar verschillen. ‘Het voorschrijven van dezelfde eisen aan de meldkanalen ongeacht of het om inbreuken op het Unierecht gaat of misstanden naar nationaal recht zou te zeer kunnen interfereren met de werkwijze en termijnen die deze organisaties thans hanteren, terwijl de richtlijn daar niet toe verplicht’, aldus de toelichting.³⁶

De Afdeling constateert dat als gevolg hiervan autoriteiten verschillende procedures kunnen hanteren naar gelang het een inbreuk op het Unierecht dan wel een misstand naar nationaal recht betreft. Het wetsvoorstel creëert op deze wijze geen eenduidig kader voor externe meldregelingen. De Afdeling merkt op dat de wet hierdoor zowel voor melders als voor bevoegde autoriteiten lastiger uitvoerbaar is. Een (potentiële) melder zal zich eerst moeten afvragen of een bepaalde kwestie nu als misstand of als inbreuk in bovenbedoelde zin moet worden gekwalificeerd. Door de verstrengeling van Unierecht en nationaal recht zal een dergelijk onderscheid niet gemakkelijk te maken zijn – ook niet door een bevoegde autoriteit. Het komt dan ook niet realistisch voor een dergelijke inschatting aan de individuele melder over te laten, zeker als daaraan persoonlijke gevolgen kunnen zijn verbonden in termen van rechtsbescherming. Dit wringt te meer nu juist de bescherming van klokkenluiders het centrale doel van de wet en de te implementeren richtlijn is.

De Afdeling merkt ten slotte op dat de eisen die de richtlijn aan externe meldkanalen stelt, geenszins onredelijk zijn. Zo geldt onder meer de eis om binnen zeven dagen een ontvangstbevestiging te sturen, meldingen zorgvuldig op te volgen en dit te doen binnen een redelijke termijn van drie of (gemotiveerd) zes maanden.³⁷ Niet is aangetoond dat deze eisen een dusdanig zware belasting zijn voor de bevoegde autoriteiten dat deze niet ook zouden kunnen gelden voor meldingen naar nationaal recht.

³⁵ Richtlijn, artikel 11.

³⁶ Toelichting, paragraaf 3.5.4.

³⁷ Richtlijn, artikel 11 tot en met 13.

De Afdeling adviseert om een uniform wettelijk regime op te zetten voor externe meldkanalen voor zowel inbreuken op het Unierecht als misstanden naar nationaal recht en het wetsvoorstel in deze zin aan te passen.

4. Aanwijzing bevoegde autoriteiten

Het wetsvoorstel wijst de autoriteiten aan die bevoegd zijn om informatie over inbreuken op het Unierecht te behandelen.³⁸ Blijkens de toelichting worden autoriteiten aangewezen als zij

- (i) taken en bevoegdheden hebben op een van de onder de richtlijn vallende gebieden;
- (ii) de functie van extern meldkanaal past bij hun taken en bevoegdheden; en
- (iii) zij voldoende in staat zijn om aan de eisen van de richtlijn te voldoen.³⁹

Op basis van deze criteria zijn in het wetsvoorstel naast het Huis, de Autoriteit Consument en Markt, de Autoriteit Financiële Markten, de Autoriteit Persoonsgegevens, De Nederlandsche Bank, de Inspectie Gezondheidszorg en Jeugd en de Nederlandse Zorgautoriteit aangewezen.⁴⁰ Op grond van het wetsvoorstel kunnen bij algemene maatregel van bestuur of ministeriële regeling ook andere autoriteiten worden aangewezen.⁴¹

In het licht van het voorgaande valt op dat enkele (vanuit het Unierecht bezien) voor de hand liggende instanties niet worden aangewezen bij wet, zoals de Inspectie SZW, de NVWA (productveiligheid, voedselveiligheid, dierenwelzijn), de Autoriteit Nucleaire Veiligheid en Stralingsbescherming, de Inspectie Leefomgeving en Transport en de Rijksrecherche (overheidsopdrachten, staatssteun, misbruik EU-gelden). De toelichting gaat niet in op de redenen waarom deze instanties niet worden aangewezen. De Afdeling merkt op dat, mits zij voldoen aan de criteria, het in de rede ligt deze autoriteiten in de wet aan te wijzen.

De Afdeling adviseert in de toelichting op het voorgaande nader in te gaan en zo nodig het voorstel aan te passen.

5. Bejegeningsonderzoek

Het Huis kan op grond van de huidige wet onderzoek doen naar de wijze van bejegening van melders door de organisatie (meestal de werkgever) waarover gemeld wordt. De richtlijn noemt deze vorm van onderzoek niet. Hierdoor is onduidelijk of ook dergelijk onderzoek onder de reikwijdte van de richtlijn valt. De regering stelt zich in dit verband op het standpunt dat “het bejegeningsonderzoek gezien [kan] worden als een ondersteuningsmaatregel als bedoeld in artikel 20 van de richtlijn”.⁴²

³⁸ Voorgesteld artikel 2c.

³⁹ Toelichting, paragraaf 3.5.2.

⁴⁰ Voorgesteld artikel 2c.

⁴¹ Voorgesteld artikel 2c, onder 8.

⁴² Toelichting, paragraaf 4.1.

De Afdeling merkt op dat dit standpunt op gespannen voet staat met de huidige wet. Het genoemde artikel van de richtlijn gaat over ondersteuning van melders. Deze ondersteuning sluit aan bij de in de huidige wet geregelde adviestaak van het Huis. Het bejegeningsonderzoek valt echter – zoals gezegd – onder de onderzoekstaak van het Huis. Dergelijk onderzoek kan alleen op een gezaghebbende manier plaatsvinden indien dit gebeurt vanuit een objectieve en onpartijdige uitgangspositie. Die positie is niet verenigbaar met een ondersteuningstaak waarbij het voorzien in de hulpvraag van de melder centraal staat. De verschillende taken van het Huis zijn daarom ook wettelijk (en organisatorisch) strikt gescheiden.⁴³ Het bejegeningsonderzoek kan dan ook niet als een vorm van ondersteuning worden beschouwd.

De onduidelijkheid die als gevolg van het voorgaande over de wettelijke inbedding van het bejegeningsonderzoek ontstaat, roept vragen op over de praktische implicaties voor melders van onheuse bejegening en voor de wijze waarop het Huis hiermee onder het regime van de nieuwe wet dient om te gaan. Zo is de vraag of de eisen gesteld aan een extern meldkanaal (zoals termijnen) ook gelden voor meldingen van onheuse bejegening. Verder is bijvoorbeeld niet duidelijk of het bewijsvermoeden⁴⁴ bij benadeling ook van toepassing is op het bejegeningsonderzoek. Ten behoeve van de rechtszekerheid voor (potentiële) melders is meer duidelijkheid geboden over de inbedding van het bejegeningsonderzoek in het nieuwe wettelijke stelsel.

De Afdeling adviseert in de toelichting op het bovenstaande in te gaan en zo nodig het wetsvoorstel aan te passen.

6. Toelaatbaarheid zwijgbedingen

De richtlijn verplicht lidstaten erop toe te zien dat van de ‘rechten en remedies’ waarin de richtlijn voorziet, geen ontheffing of beperking mogelijk is “bij overeenkomst, door beleid, of door arbeidswijze of arbeidsvoorwaarden”, en evenmin door aan geschillen voorafgaande arbitrageovereenkomsten.⁴⁵ In het dagelijks spraakgebruik wordt in dit verband wel gesproken van ‘zwijgcontracten’. De richtlijn acht deze niet toelaatbaar.

Deze bepaling is niet omgezet in het wetsvoorstel omdat het huidige recht daar volgens de regering al in voorziet. De toelichting verwijst daarbij naar artikel 3:40 BW. Op grond daarvan is een rechtshandeling nietig die door inhoud of strekking in strijd is met de goede zeden of de openbare orde. Bij de beoordeling of hiervan sprake is, zal de rechter zich laten leiden door objectieve aanknopingspunten, zoals verdrags- en wetsbepalingen, rechterlijke beslissingen, algemene rechtsbeginselen en rechtsovertuigingen. Overeenkomsten of andere rechtshandelingen die tot doel hebben de rechtsbescherming van melders van misstanden of inbreuken op het Unierecht teniet te doen of het zwijgen op te leggen, zullen derhalve op grond van strijd met de goede zeden of de openbare orde

⁴³ Zie ook de memorie van toelichting bij de Wet Huis voor klokkenluiders, Kamerstukken II 2014/15, 34105, 3, p. 3.

⁴⁴ Artikel 21, lid 5 van de richtlijn.

⁴⁵ Artikel 24 van de richtlijn.

nietig zijn, aldus de toelichting. Daarmee wordt volgens de regering voldaan aan dit onderdeel van de richtlijn. Zij is van mening dat hier een belangrijke voorlichtingstaak ligt voor onder meer het Huis.⁴⁶

In de consultatie is van diverse zijden aangedrongen op een expliciet wettelijk verbod op zwijgcontracten met klokkenluiders.⁴⁷ Als argument wordt aangedragen dat er – in weerwil van het huidige artikel 3:40 BW – situaties zijn waarin klokkenluiders middels een contract het zwijgen wordt opgelegd. Dergelijke bedingen of contracten hebben voor (potentiële) melders een afschrikwekkende werking die artikel 3:40 BW niet kan voorkomen.⁴⁸ De regering ziet hier vanaf omdat een dergelijke bepaling op elke werkgerelateerde relatie zou moeten zien en op alle mogelijke inbreuken of misstanden. Een dergelijke bepaling zou dan veel te onbepaald zijn.⁴⁹

De Afdeling onderschrijft het belang om ter bescherming van de rechten van melders de richtlijn effectief te implementeren. In beginsel kan een lidstaat volstaan met implementatie naar bestaand nationaal recht indien dit recht voldoende duidelijk en nauwkeurig is om de volledige toepassing van een richtlijn te verzekeren.⁵⁰ De Afdeling merkt daarbij op dat artikel 3:40 BW van algemene strekking is. Voor betrokkenen (melders maar ook de organisaties waarover gemeld wordt) hoeft het daardoor niet op voorhand duidelijk te zijn dat ook dergelijke zwijgbedingen nietig zijn. De vraag rijst dan ook of artikel 3:40 BW voldoende ‘duidelijk en nauwkeurig is’ voor een effectieve rechtsbescherming als beoogd met de richtlijn.⁵¹

Niettemin heeft de Afdeling begrip voor de verwijzing door de regering naar bestaand recht als wijze van implementatie. Of een bepaalde clause als ongerechtvaardigd zwijgbeding moet worden beschouwd is gelet op het zeer brede materiële en personele toepassingsbereik van de richtlijn moeilijk uitputtend in een wet te vangen. Het antwoord op de vraag wat ‘gerechtvaardigd’ is, hangt immers sterk af van de concrete feiten en omstandigheden. Aansluiting bij de huidige regeling in het BW is vanuit dat oogpunt dan ook verdedigbaar. Het is ook in lijn met het algemene uitgangspunt dat bij implementatie zoveel mogelijk wordt aangesloten bij het bestaande nationale recht.⁵²

Gezien de maatschappelijke discussie die in de consultatie naar voren komt, luistert de toelichting op dit punt echter nauw.

In het licht van het voorgaande merkt de Afdeling op dat indien de regering vasthoudt aan implementatie door huidig recht, de verwijzing in de toelichting naar artikel 3:40 BW op zichzelf juist is, maar niet volledig. Een succesvol beroep op artikel 3:40 BW zou, zoals de regering stelt, inderdaad tot nietigheid of vernietiging van de clause of de overeenkomst leiden. Artikel 3:40 is echter niet de enige relevante bepaling. Clausules hebben

⁴⁶ Toelichting, paragraaf 10.2.5.

⁴⁷ Reacties van bijvoorbeeld het Huis voor klokkenluiders en van de Stichting van de Arbeid.

⁴⁸ Reactie Stichting van de Arbeid.

⁴⁹ Toelichting, paragraaf 10.2.5.

⁵⁰ HvJ EU 13 oktober 1987, C-236/85, ECLI:EU:C:1987:436.

⁵¹ HvJ EU 13 oktober 1987, C-236/85, ECLI:EU:C:1987:436.

⁵² Aanwijzingen voor de regelgeving, aanwijzing 9.7 ‘aansluiting bij bestaande instrumenten’.

immers vaak niet tot doel de rechten van melders in te perken of teniet te doen. In de praktijk zal het in veel gevallen gaan om clauses of overeenkomsten over vertrouwelijkheid van informatie of het in acht nemen van loyaliteit die op zichzelf beschouwd legitiem zijn maar in sommige gevallen tot gevolg kunnen hebben dat de rechten van de melder worden beperkt.⁵³

Tegen die achtergrond zal in de praktijk vooral de vraag zijn of een werkgever een gerechtvaardigd beroep kan doen op een dergelijke clause in de specifieke context van een melding van een inbreuk of misstand. In dergelijke gevallen dient in het kader van artikel 6:248, tweede lid, BW te worden beoordeeld of een beroep op deze tussen partijen geldende clause in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. De clause kan bij een bevestigend antwoord onderdeel blijven uitmaken van de overeenkomst, maar wordt in dat specifieke geval buiten toepassing gelaten.

De Afdeling merkt tot slot op dat artikel 24 van de richtlijn lidstaten verplicht 'toe te zien' op het daar genoemde verbod. Dit doet de vraag rijzen hoe Nederland inhoud geeft aan deze verplichting, bijvoorbeeld door monitoring of evaluatie. In dat kader zou in het bijzonder kunnen worden gezien of het huidige BW zoals de regering veronderstelt, daadwerkelijk voldoende bescherming biedt. Los van de summiere verwijzing naar de voorlichtingstaak van het Huis, gaat de toelichting op de genoemde verplichting van artikel 24 van de richtlijn niet in.

De Afdeling adviseert in het licht van voorgaande in de toelichting hierop nader in te gaan, en zo nodig het voorstel aan te passen.

⁵³ Considerans bij de richtlijn, overweging 91.

7. De Afdeling verwijst naar de bij dit advies behorende redactionele bijlage.

De Afdeling advisering van de Raad van State heeft een aantal opmerkingen bij het voorstel en adviseert daarmee rekening te houden voordat het voorstel bij de Tweede Kamer der Staten-Generaal wordt ingediend.

De vice-president van de Raad van State,

Redactionele bijlage bij het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State betreffende no.W04.20.0486/I

- In de transponeringstabel de juiste bepalingen vermelden. Als bestaand recht van toepassing is, concreet verwijzen naar het bestaande recht.
- In de transponeringstabel bij alle toepasselijke artikelen waarin beleidsruimte wordt gelaten aan de lidstaten verwijzen naar de passages in de toelichting waarom wel of geen gebruik wordt gemaakt van de lidstaatopties (Aanwijzing 9.12 lid 2).
- In het voorstel bij de omzetting van artikel 8, tweede lid, richtlijn de lidstaatoptie wijzigen in een optie voor de juridische entiteit.
- In het voorstel de omissie herstellen door bij de opvolging bij interne meldingen de zorgvuldigheid op te nemen (artikel 9, eerste lid, onder d, richtlijn).