

Betreft: Internetconsultatie implementatie EU Klokkenluidersrichtlijn

Geachte minister, geachte lezer,

Met deze brief maak ik gebruik van de gelegenheid die de minister biedt om te reageren op de internetconsultatie Wet bescherming klokkenluiders (hierna: Wet). Het betreft een wijziging van de huidige Wet Huis voor klokkenluiders (hierna: Wet Huis). Prijzenswaardig is het dat de minister voorstaat om ook op meldingen die onder de huidige Wet Huis vallen, en niet onder de reikwijdte van de EU-richtlijn 2019/1937 (hierna: richtlijn), hetzelfde regime toe te passen.

De Wet is nodig om te voldoen aan de richtlijn. De minister kiest er tot mijn spijt niet voor om de Wet Huis geheel in te trekken en een nieuw wetsvoorstel in te dienen. Dit heeft als gevolg een onelegante wet met veel verwijzingen naar de richtlijn en andere wetten. Nu de evaluatie van de Wet Huis al een aanvang heeft genomen en hieruit reeds een duidelijk beeld naar voren komt van wat er zou moeten gebeuren, had het in de rede gelegen om een andere oplossing te kiezen. Dit te meer nu Nederland de ambitie heeft om tot een hoog beschermingsniveau te komen, wat te prijzen is.

Uit de literatuur en de evaluatie blijkt dat de huidige wet forse weeffouten kent, die met deze wijziging niet worden opgelost. Vaak is het in dergelijke gevallen beter om met een geheel nieuwe wet te komen, waarin in elk geval een nieuw 'gebouw' – zoals als 'Huis' als wetgevingstechnisch van stevige fundamenten wordt voorzien.

In deze reactie verwijs ik grotendeels naar eerdere publicaties,¹ maar ga slechts in op twee onderwerpen: de daadwerkelijke bescherming van de melder en de omgekeerde bewijslast onduidelijkheid over richtlijnconformiteit en ongewenste inperking van het begrip 'misstand'.

Bescherming: naar de rechter?

Eerder heeft het bestuur en de direct van het Huis in zijn Toekomstvisie gepleit voor een hoge mate van bescherming. Deze kan laagdrempelig worden bereikt middels het geven van een bestuursrechtelijke sanctiebevoegdheid aan het Huis. Dit is in de richtlijn niet verplicht – een kort geding zou ook een goede optie zijn volgens de EU-regelgever – maar in de praktijk is dat niet voldoende. Nog beter is een in de wet opgenomen boete, die de werkgever van rechtswege verbeurt bij ongeoorloofde benadeling.

Een kort geding is financieel, mentaal en juridisch belastend. Hoewel bij de kantonrechter als arbeidsrechter en voorzieningenrechter in kort geding een advocaat niet verplicht is, zal het voor een gemiddelde melder niet meevallen om deze procedure te voeren. Het duurt vaak ook in kort geding meer dan een maand voordat mondelinge behandeling plaatsvindt, en daarna nog twee weken tot de uitspraak. Dat zal waar het gaat om het voorkomen van benadeling vaak te laat zijn. Rechterlijke instanties zijn niet ingericht op het beoordelen van subtiele vormen van benadeling, en mede gelet op bewijsproblematiek zal dit zich bij uitstek niet lenen voor een kort geding.

t een bestuursrechtelijke boete en dwangsombevoegdheid kan het Huis zonder kosten of juridische rompslomp voor de melder een benadelingsverbod handhaven. Daarbij zal het Huis alleen bezien of geen sprake is van een kennelijk ongegronde melding of rancuneuze melding. Het Huis zal er conform letter en geest van de richtlijn van uitgaan dat er sprake is van overtreding van het wettelijk benadelingsverbod. Momenteel werk het Huis in sommige gevallen al met een 'klokkenluidersbrief'; het heeft daarmee goede ervaring. Ik pleit ervoor om deze brief van een bestuursrechtelijk voldoende grondslag te voorzien.

Benadelingsverbod en omkering bewijslast: niet duidelijk genoeg

De richtlijn gaat uit van een sterk benadelingsverbod. Ik wijs op overweging 43: "bescherming [moet] worden verleend aan personen die informatie verstrekken die nodig is voor het onthullen van inbreuken die reeds hebben plaatsgevonden, inbreuken die zich nog niet hebben voorgedaan, maar die zich zeer waarschijnlijk zullen voordoen, of handelingen of nalatigheden die de melder redelijkerwijs kan beschouwen als inbreuken, alsmede pogingen om inbreuken te verbergen. Om dezelfde redenen is

bescherming ook gerechtvaardigd voor personen die geen positief bewijs aandragen, maar redelijke bedenkingen of vermoedens kenbaar maken.”

Uit overweging 93 blijkt dat de EU-wetgever er oog voor heeft dat de bewijslast van benadeling ‘vanwege een melding’ voor een melder vaak ondoenlijk is. Het is namelijk voor de werkgever niet moeilijk om een andere grond te vinden, of zelfs te creëren door een arbeidsconflict te entameren. Ik verwijs naar de diverse rapporten van het Huis voor klokkenluiders over bejegening: het kan decennia duren voor iemand ‘recht wordt gedaan’. Dat is onmenselijk lang.

De richtlijn gaat er dan ook van uit dat zodra ‘op het eerste gezicht’ (prima facie) de melder “heeft aangetoond dat hij een melding of openbaarmaking heeft verricht van inbreuken overeenkomstig deze richtlijn en schade heeft geleden, de bewijslast dan ook [dient] te verschuiven naar degene die verantwoordelijk is voor de benadelingshandeling, die dan moet aantonen dat de handeling op geen enkele wijze verband hield met de melding of openbaarmaking.”

Uit de mvt maak ik op dat deze omkering wel is bedoeld te implementeren in de wet, maar de betreffende bepalingen bevatten geen duidelijke regels hierover (mvt, p 21). Artikel 17 e, tweede lid, van het voorstel luidt: “Bij benadeling van een melder tijdens en na de behandeling van een melding bij de werkgever, een bevoegde autoriteit of een andere bevoegde instantie, dan wel na openbaarmaking van een vermoeden van een misstand of informatie over een inbreuk, wordt vermoed dat de benadeling het gevolg is van de melding dan wel de openbaarmaking.”

De woorden ‘wordt vermoedt’ geven echter niet aan waar de bewijslast – dan wel de bewijslast van het tegendeel – ligt. Een wettelijk vermoeden is volgens de literatuur over het burgerlijk procesrecht *geen omkering* van het bewijsrisico. Het gaat juist uit van het bewijsrisico voor het feit of de feiten waarop het vermoeden betrekking heeft. Die feiten blijven voor rekening van degene die zich beroept op de rechtsgevolgen daarvan (art. 150 Rv). Het komt er bij een wettelijk bewijsvermoeden op neer dat de rechter de gestelde benadeling voor waar aanneemt, tenzij de werkgever voldoende tegenbewijs levert. Alsdan ligt het volledige bewijsrisico weer bij de melder.

De wetgever kan er ook voor kiezen de bewijslast te verleggen naar de werkgever, waardoor het volledige bewijsrisico ook bij hem komt te liggen. De bewijslast (de bewijslastverdeling het het bewijsrisico) wordt in dat geval in zijn geheel omgekeerd.¹ Dit lijkt mij meer in lijn met de bedoeling van de EU-wetgever.

Wanneer beschermd?

Een melder is pas beschermd als zijn melding enigszins te begrijpen valt. Artikel 6 van de richtlijn (Voorwaarden voor de bescherming van melders) luidt: Melders komen voor bescherming uit hoofde van deze richtlijn in aanmerking mits: zij gegronde redenen hadden om aan te nemen dat de gemelde informatie over inbreuken op het moment van de melding juist was en dat die informatie binnen het toepassingsgebied van deze richtlijn viel (...). De vraag is wat ‘gegronde redenen zijn’.

In Overweging 32 staat dat “melders, in het licht van de omstandigheden en de informatie waarover zij ten tijde van de melding beschikken, redelijke gronden [moeten] hebben om aan te nemen dat de door hen gemelde zaken op waarheid berusten.” Kwaadwillige, lichtzinnige of oneerlijke meldingen vallen er niet onder. Wie opzettelijk en bewust onjuiste of misleidende informatie meldt geniet geen bescherming. Iemand die te goeder trouw onjuiste informatie heeft gemeld, wordt wel beschermd. En: de motieven van de melders om te melden moeten losstaan van de beslissing of zij bescherming moeten krijgen.

Uit Overweging 43 volgt dat ook “bescherming [moet] worden verleend aan personen die informatie verstrekken die nodig is voor het onthullen van inbreuken die reeds hebben plaatsgevonden, inbreuken die zich nog niet hebben voorgedaan, maar die zich zeer waarschijnlijk zullen voordoen, of handelingen of nalatigheden die de melder redelijkerwijs kan beschouwen als inbreuken, alsmede pogingen om inbreuken te verbergen. Om dezelfde redenen is bescherming ook gerechtvaardigd voor personen die geen positief bewijs aandragen, maar redelijke bedenkingen of vermoedens kenbaar maken.”

¹ W.D.H. Asser, Mr. C. Assers handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Procesrecht. Deel 3. Bewijs, Deventer: Kluwer 2013.

Uit deze formulering maak ik op dat iedere melder wordt beschermd bij het melden van

- inbreuken – en in de Nederlandse situatie misstanden – die al zijn gepleegd, de nog plaatsvinden of die nog (kunnen) gaan plaatsvinden;
- die een redelijke bedenking of vermoeden heeft;
- ook als er geen bewijs is aangedragen;
- ook als zijn motieven niet kenbaar, meervoudig of persoonlijk zijn;

tenzij er sprake is van bewijsbare kwade trouw.

Als ik kijk naar wat er in de mvt op p. 13 staat, dan lijkt het erop dat hoewel de minister stelt dat er geen enkel verschil in behandeling tussen melders van inbreuken of een misstand naar Nederlands recht zal zijn, dit wel het geval is: “Omdat het criterium of er sprake is van een misstand naar nationaal recht bepalend is voor de bescherming van de melder en het niet schendingen van concrete en specifieke voorschriften betreft, houdt de regering vast aan het uitgangspunt dat de misstand moet hebben plaatsgevonden of plaatsvindt, wil de melding daarover beschermwaardig zijn. Indien de bescherming afhangt van teveel factoren, én of de schending een zodanige maatschappelijke impact heeft dat er sprake is van een misstand én of er sprake is van een misstand die naar alle waarschijnlijkheid zal plaatsvinden, is de regering van mening dat de rechtszekerheid daarmee te zeer zou worden aangetast.”

Dit is wel een behoorlijke inperking en dit zal voor veel melders een probleem vormen. Melder zijn namelijk juist betrokken en loyale medewerkers die mogelijke misstanden vooral voorkomen door tijdig ‘aan de bel te hangen’. Met de EU-wetgever lijkt het mij niet redelijk dat de eis wordt gesteld dat een misstand al moet hebben plaatsgevonden of plaatsvindt. Zeker als ‘naar alle waarschijnlijkheid’ een of andere schending zal plaatsvinden, dan zie ik niet in waarom de rechtszekerheid wordt aangetast, en wiens rechtszekerheid.

Pleidooi uitbreiding definitie misstand

Tot op heden ontbreekt in de Wet Huis een goede definitie van het begrip misstand. Mij valt op dat de minister nu komt met een korte toelichting hierop op p 13 van de mvt: “Bepalend voor de bescherming is de maatschappelijke impact van de gemelde handeling, ongeacht op welk gebied deze zich voordoet. Hierbij kan worden gedacht aan ernstige schending van integriteit, zoals fraude en corruptie, zowel bij de overheid als bij particuliere organisaties, met een groot maatschappelijk belang.”

Het huidige art. 1, onderdeel d, van de Wet Huis spreekt echter slechts van maatschappelijk belang. Het lijkt mij niet de bedoeling dat middels een memorie van toelichting nu van ‘ernstige schending van integriteit’ en van een ‘groot maatschappelijk belang’ sprake moet zijn alvorens onder de werkingssfeer van de wet te kunnen vallen. Dat is een oneigenlijke inperking. Wanneer is daarvan volgens de minister sprake, en wie bepaalt dat? Kan een stelselmatige ‘kleine fraude’ niet even fnuikend zijn voor het vertrouwen in een organisatie? Is het stelselmatig niet naleven van bestuursrechtelijke of civielrechtelijke regels – die geen misdrijf behelzen – van groot maatschappelijk belang of niet? Kan iemand die meent ‘iets groots’ te melden, achteraf toch worden ‘aangepakt’ als de rechter vindt dat het ‘niet groot genoeg was’?

Kortom: de definitie moet ruimer. Ik pleit voor een open norm, waarin de omstandigheden bepalen wat een misstand is – de ene fraude of vriendjespolitiek is de andere niet. Van belang is dat het bij integriteitsschending gaat om misbruik van een machts- of gezagspositie, dusdanig dat er sprake is bevoordeling van de ene partij en dus benadeling van de andere. Dat kan subtieler zijn dan fraude of corruptie.

Tot slot

Veel belangenorganisaties en deskundigen zijn graag bereid mee te denken over het verbeteren van de positie van melders en het voorkomen en onderzoeken van misstanden. Ik roep u op hiervan gebruik te maken.

Hoogachtend,
Caroline Raat

ⁱ Literatuur waarnaar verwezen wordt:

[Evaluatierapport Huis voor klokkenluiders, Toch een burcht voor melders van misstanden?, RiskCompliance, 2020](#)

[Toekomstvisie Huis voor Klokkenluiders, wat schieten we ermee op?, met Jeroen Brabers, RiskCompliance, 2020](#)

[Noot bij rapport Huis voor klokkenluiders, JG 2019](#)

[Hoe klokkenluiders in de kou zijn gezet door een beunhaas, kroniek van een egotrip, Beroepseer 2019;](#)

[Geen rol voor HR bij melden misstanden, Sdu Actueel Commentaar 2019;](#)

[How can a Theory of Legal Design contribute to the Enhancement and Management of Legal Quality in Constitutional and Administrative Law? 2013](#)

[Position Paper Wet Huis voor klokkenluiders Transparency International, hoofdauteur, met anderen, 2013](#)

[Een toevluchtsoord voor klokkenluiders; brengt het Huis het ideaal van transparantie dichterbij?, Justitiële Verkenningen 2013;](#)

[Hoera, een klokkenluiderswet. Maar waar is de klepel? NRC Handelsblad 2012;](#)
[Noot Spijkers, JG 2011;](#)