Evaluatie Wet Huis voor klokkenluiders 31 oktober 2017

Aantekeningen Jeroen Brabers

De TI commentaren die ik jullie donderdag 26 oktober 2017 toezond, vermelden diverse andere punten (buiten de punten in het overzicht van Lotte) , die nog aandacht verdienen. Op basis van al die stukken kom ik tot de hieronder genoemde aandachtspunten/onderwerpen, waarbij ik steeds commentaar geef en probeer relevante vindplaatsen te noemen. Bij sommige punten betwijfel ik of die nog relevant zijn, maar vermeld ik die desondanks voor de volledigheid of ter discussie:

* **Doel van de Wet**

Wat is het belangrijkste, het beter mogelijk maken van onderzoek of betere bescherming van klokkenluiders?  In het gesprek dat Hanah en ik in mei2017 met Loven hadden, bleek dit nu precies het verschil in benadering tussen de onderzoeks- en advies afdeling.

TI heeft bij herhaling aandacht gevraagd voor dit punt. Zie ook commentaar 2014 en 2015.

* **Bewustzijn**

Dit punt komt uit commentaar/ discussienota 2013, maar is nog steeds actueel. Het hangt samen met bewustzijn van toegevoegde waarde van een meldingsregeling, cultuur (zie hieronder) en het raadplegen van een vertrouwenspersoon (zie ook hieronder).

Na 16 maanden Huis moet helaas worden geconstateerd dat er nog veel te doen valt aan het promoten van een meldingsregeling, het uitleggen van de voordelen daarvan en de eisen die daaraan mogen worden gesteld.

* **Cultuur verbetering**

De discussienota uit 2013 vermeldt onder die noemer heel behartenswaardige zaken. Helaas draagt de Wet op zich niet zo heel veel bij aan die benodigde cultuurverbetering,  waarbij het in organisaties aan de orde stellen van zaken die niet lopen gebruikelijk is en medewekers zich vrij voelen dat te doen. Dat komt ook doordat de Wet tegen onze adviezen in een starre beperkte definitie van het begrip misstand heeft. Kernelement daarin is “het maatschappelijk belang” dat in het geding moet zijn.  Helaas hebben de initiatiefnemers geweigerd ook melding van een vermoede schending of overtreding van interne regels of een dreiging van een misstand tot een misstand te rekenen. Daardoor worden melders van dat soort zaken (en dan praat je over het overgrote deel van de meldingen) niet wettelijk beschermd. TI heeft dit bij herhaling aan de orde gesteld. Zie commentaar 2015.

* **Verplichte vertrouwenspersoon**

In 2013 wordt door TI voorgesteld een vertrouwenspersoon bij alle organisaties (groot en klein) verplicht te stellen. Daarna is dit punt niet meer opgebracht. Op basis van mijn ervaring betwijfel ik of dit voor het MKB haalbaar is. Men heeft daar veelal niet de mensen of het geld voor. In de discussienota wordt ook nog voorgesteld dat dan maar uit te besteden. Ik vraag mij echt af of dat dan de oplossing is en vertrouwenwekkend is.

* **Definitie en reikwijdte misstand**

Zie hierboven onder cultuur. In 2013 heeft TI sowieso een open definitie bepleit.

* **Goeder trouw – kwader trouw**

Hoewel de eis dat een melding te goeder trouw nog wel in art. 7. 658c BW en art. 125 quinquies, derde lid van de Ambtenarenwet staat en relevant lijkt voor de bescherming van de melder, lijkt dat belang geringer te worden op basis van de jurisprudentie. Zie Klokkenluiders in perspectief, mr. M.M. Govaert, p. 85 e.v. De kwade trouw blijkt in de praktijk echter wel degelijk een behoorlijk probleem en het is aan te bevelen om in een meldingsregeling op te nemen dat te kwader trouw gedane meldingen niet zullen worden getolereerd en disciplinair bestraft kunnen worden.  Ik betwijfel echter of dit onderwerp aandacht behoeft bij een evaluatie van de Wet. Er zijn grotere issues, zoals de bewijslast bij gestelde benadeling, zie hieronder.

* **Anoniem melden**

TI heeft bij herhaling bepleit anoniem melden mogelijk te maken. Zie onder meer commentaar 2013, 2014 (2x) en 2015.

               Zie  ook Kamerstukken I, 2015-2016, 34105, D, p.54.  Hier wordt door Min. BZK expliciet

 gesteld  dat anonieme meldingen bij toezichthouders en inspecties mogelijk zijn. Waarom

 dan niet bij Huis?

* **Meer eisen stellen aan een interne meldingsregeling**

In de discussienota van 2013 bepleit TI meer eisen te stellen aan de interne regeling. In het Wetsvoorstel zijn de regels nadien wat uitgebreid. We moeten bespreken of we verdere uitbreiding wenselijk vinden. Ikzelf denk dat die door de verschillen (in grootte) van de organisaties heel lastig te formuleren zijn.

* **Bescherming melder – bewijslast**

Dit blijft een zwak punt. De bewijslast van benadeling ligt bij de melder. Zie Klokkenluiders in perspectief, mr. M.M. Govaert, p. 87 e.v.. We zouden mede in het licht dat 75% van de melders benadeling ondervindt (zie Jaarverlsag Huis 2016), moeten bepleiten dat er bij een melding van benadeling  in ieder geval al sprake zou moeten zijn van een vermoeden van bewijs. Omkering van de bewijslast gaat wellicht wat ver?

* **Bescherming niet- werknemers**

TI heeft hier steeds op gewezen, maar nog is er geen opvolging geven aan de motie van Eerste Kamerlid Bikker (Kamerstukken I, 33258 en 34105, I 1).

* **Bescherming getuigen, onderzoekers en andere betrokkenen**

In de praktijk komt het geregeld voor dat onderzoek wordt bemoeilijkt en bepaalde zaken niet kunnen worden bewezen doordat geuituigen en zelfs onderzoekers onder druk worden gezet of geïntimideerd. TI heeft daar onder meer in januari 2015 aandacht voor gevraagd, doch zonder resultaat.

Het zou de bescherming van een melder (in geval van gestelde benadeling) en het onderzoek vergemakkelijken als in de Wet benadeling of intimidatie van getuigen en andere bij het onderzoek betrokken personen uitdrukkelijk werd verboden.

* **Regie melders**

               Bij de Kamerbehandeling van het Initiatiefwetsvoorstel is hierover veel geschreven en

 gezegd. In de gewijzigde memorie van toelichting (Kamerstukken II, 34105, 7, p.16 staat

 onder meer: “Wanneer de werknemer besluit om na het ontvangen van het advies niet over

 te gaan tot het melden van een vermoeden van een misstand ten behoeve van onderzoek,

 behoudt hij de regie over zijn eigen zaak. De werknemer kan bepalen dat stukken

 vertrouwelijk bij de afdeling advies blijven en niet worden uitgewisseld tussen de afdeling

 advies en de afdeling onderzoek”.

        Echter in de memorie van antwoord (Kamerstukken I, 34105, C, p.8 staat: “Het gaat hier niet

 om de signaleringsfunctie. In de nota naar aanleiding van het verslag (Kamerstukken II 2014/2015, 34 105, nr. 9, pag. 4) is toegelicht dat met deze bevoegdheid tegemoet wordt gekomen aan de wens van sommige klokkenluiders die het weliswaar noodzakelijk achten dat onderzoek wordt gedaan, maar uit vrees voor hun persoonlijke situatie niet zelf het verzoek tot onderzoek willen doen. Deze bevoegdheid kan dan ook niet gekwalificeerd worden als een volledig zelfstandige onderzoeksbevoegdheid. Er moet in alle gevallen een signaal van een of meerdere werknemers bij het Huis zijn binnengekomen”.

Kortom, als er meerdere melders zijn kan een zaak toch worden onderzocht ondanks het feit dat een van hen dat niet durft of wil. Wat er dan met de informatie die deze melder heeft verstrekt aan de Onderzoeksafdeling is en blijft onduidelijk. In de zojuist genoemd memorie van atwoord, Kamerstukken I, C, p.15, wordt ter verduidelijking ook verwezen naar het onderzoeksprotocol als bedoeld in art. 3h, maar dat is er 16 maanden na de oprichting van het Huis nog steeds niet.

* **Scheiding Advies – Onderzoek**

Dit is in alle commentaren van TI en vele andere organisaties een steeds maar terugkerend onderwerp. De initiatiefnemers wilden niet luisteren. In het gesprek dat Hannah en ik hadden met Loven in mei 2017 bleek dit nog steeds een moeilijk en onduidelijk onderwerp. Bij de Kamerbehandeling hebben Van Raak cs zichzelf geregeld tegengesproken of zijn zij teruggekomen op hetgeen eerder werd gesteld. Zie bij voorbeeld Kamerstukken II, 34105, 2014/15, 9, p.11 waar staat dat de voorzitter geen bevoegdheden op casus niveau heeft, en Kamerstukken I, 34105, 2015/16, C, p.4, waar staat:

“Ten aanzien van het bestuur betekent het dat in de fase van advisering en interne behandeling bij de eigen organisatie van het vermoeden van de misstand uitsluitend de bestuursleden van de afdeling advies, zo nodig aangevuld met de voorzitter, kunnen overleggen over deze individuele casus”.

Ook de positie van de adviseur is onduidelijk. Zie Kamerstukken I, 34105, 2015/16, C, p.6, waar staat: “Wij realiseren ons dat deze vormgeving van de verschillende taken voor de bestuursleden en medewerkers van het Huis in sommige gevallen een niet-eenvoudige opgave zal zijn. Het is immers denkbaar dat tijdens de onderzoeksfase voor de klokkenluider problematiek ontstaat, juist als gevolg van het onderzoek. Er kan dan spanning ontstaan tussen de beide betrokken afdelingen. Met name de adviseur zal distantie moeten betrachten ten opzichte van de collega’s die het onderzoek verrichten en helderheid moeten creëren naar de werknemer over zijn positie ten aanzien van het onderzoek. Hij kan nog steeds de werknemer ondersteunen (bijvoorbeeld door duiding van de processtappen), maar mag niet het onderzoek beïnvloeden en moet dit duidelijk maken aan de werknemer”.

* **Afdeling Kennis en Preventie (voormalig BIOS)**

In artikel 3a van de Wet wordt algemene voorlichting opgedragen aan respectievelijk de Afdeling Advies “over het omgaan met een vermoeden van een misstand” respectievelijk de Afdeling Onderzoek “het formuleren van algemene aanbevelingen over het omgaan met een vermoeden van een misstand”. Hoe deze twee bepalingen zich tot elkaar verhouden wordt mij uit de wetsgeschiedenis niet duidelijk. Feit is wel dat na de Kamerbehandeling BIOS is ingevaren in het Huis en dat de opvolger van BIOS, de Afdeling Kennis en Preventie deze taken lijkt te hebben overgenomen. Op basis waarvan dit is gebeurd is mij niet duidelijk en evenmin of dit niet in strijd is met artikel 3a. Dat artikel spreekt over twee afdelingen en niet over drie! Bij de Handelingen in de Eerste Kamer laat Van Raak het overigens aan de Minister van BZK over of hij het BIOS bij het Huis wil onderbrengen.

* **Rol voorzitter Huis**

Over de rol van de voorzitter is veel geschreven waarbij later geregeld wordt teruggekomen op een eerder gegeven toelichting. Zie bijvoorbeeld de nota naar aanleiding van het verslag (Kamerstukken II, 34105, 9 p.5) waar staat “De voorzitter vervult een onafhankelijke rol en is verantwoordelijk voor het goed functioneren van het Huis. Hij zal de scheiding tussen advies en onderzoek moeten bewaken en tegelijkertijd moeten zorgen voor synergie, waar dat wenselijk is. Hij zal toezien op efficiëntie en effectiviteit van de beide afdelingen. Binnen het voltallige bestuur wordt niet op casusniveau gesproken. De voorzitter heeft ook geen bevoegdheden op casusniveau”.

Zoals hierboven onder scheiding Advies en Onderzoek, tweede aliena wordt aangegeven, wordt in de memorie van antwoord aan de Eerste Kamer gesteld dat de voorzitter zich wel met individuele adviescasus mag bemoeien!

En om het nog bonter te maken in dezelfde memorie van antwoord is op pagina 6 te vinden

“Tegelijkertijd moet hij zorgen voor synergie waar dat wenselijk is. Hij kan daartoe zo nodig deelnemen aan besprekingen binnen de afdeling onderzoek”.

Op vragen van D66 hoe dat nu allemaal moet, verwijzen Van Raak cs naar het bestuursreglement dat er krachtens artikel 3h van de Wet zou moeten zijn, maar er na 16 maanden nog niet is!

En dan tot slot de Handelingen Eerste Kamer van 1 maart 2016, p.26:

“De verantwoordelijkheid voor het goed functioneren van het Huis is in handen van de voorzitter. De voorzitter heeft geen bevoegdheden op individueel casusniveau”.

En dan verderop in dezelfde Handelingen (p. 31):

“De heer **Van Raak**:

 De voorzitter speelt een belangrijke rol in het advies, om ervoor te zorgen dat de kwaliteit

 wordt bewaakt, de zorgvuldigheid wordt bewaakt en iedereen zich aan de wettelijke kaders

 houdt, die niet heel eenvoudig zijn. Op casusniveau heeft de voorzitter geen rol.

 De heer **De Graaf** (D66):

 Dan moet u uw eigen memorie van antwoord nog eens nalezen, want daarin zegt u precies

 het tegenovergestelde. Ik wil wel graag eenheid van opvatting hebben. U zegt daarin echt:

 twee bestuurders die overleggen over een advies, zo nodig met de voorzitter. Dus dan wordt

 ook door de voorzitter op individueel casusniveau overlegd.

 De heer **Van Raak**:

 Bedoeld is daar de zorgvuldigheid en de kwaliteit, en de bewakende rol van de voorzitter.

 Bedoeld is daar niet om in individuele casussen te beoordelen of te kijken. Dat is niet nodig.

Dat past ook niet bij de rol van de adviseurs”.

 “De heer **De Graaf** (D66):

 Dan zouden we hier dus nu kunnen vaststellen dat de authentieke interpretatie van de

 indieners en van deze Kamer is dat de voorzitter géén rol heeft in het individuele traject in

 de adviessfeer, en dus ook niet wordt betrokken bij die individuele casus door de andere

 bestuurders.

 De heer **Van Raak**:

Ja, want dat is niet nodig. Ik zou het ook goed vinden als dat verder wordt uitgewerkt in het bestuursreglement dat op grond van deze wet moet worden opgesteld en aan de minister wordt voorgelegd”

En zo gaat het maar door op de volgende pagina’s van de Handelingen, nu over de betrokkenheid van de voorzitter bij onderzoek.

“De heer **Van Raak**:

Op het moment dat aanbevelingen moeten worden uitgevoerd, zie ik nadrukkelijk wel een rol voor de voorzitter weggelegd. Dergelijke zaken worden hier in het debat gewisseld, maar worden uiteindelijk vastgelegd in een bestuursreglement, waarin de minister een rol speelt, en in een adviesprotocol en een onderzoeksprotocol. Dan zitten we eigenlijk al in de fase van inrichting van het Huis”.

Het hierboven genoemde bestuursreglement en protocollen zijn er in ieder geval nog niet. Ik vind dit alles onduidelijk en meen dat het niet van de grond komen van het Huis niet alleen aan de voorzitter kan worden verweten.

* **Onafhankelijkheid Bestuursleden**

Bij de Kamerbehandeling van het initiatiefwetsvoorstel is veel geschreven en gesproken over de onafhakelijkheid van het Huis en de bestuursleden. Zie onder meer  Kamerstukken II, 34105, 3, p.2, 3, 7, p.9 en Kamerstukken II, 34105, 7,  p.12.

               Vooral de onafhankelijkheid van bestuursleden wordt van belang gevonden. Zie in dat

 verband art. 3c lid 4 van de Wet: 4. “De voorzitter en de leden vervullen geen betrekkingen

 waarvan de uitoefening ongewenst is met het oog op een goede vervulling van zijn functie

 of op de handhaving van zijn onpartijdigheid en onafhankelijkheid of van het vertrouwen

 daarin”. Hoe kan het dan dat een bestuurslid wordt benoemd en verantwoordelijk wordt

 voor de Adviesafdeling die tevens Adviseur is van het College van Procureurs Generaal? Dit

 is ook in strijd met art. 13 lid 1 van de Kaderwet ZBO.

* **Onschuld presumptie**

TI heeft in 2013, 2014 en 2015 de onschuld presumptie bepleit. Hoewel het volgens de initiatiefnemers niet de bedoeling is dat bij onderzoek op de schuldvraag wordt ingegaan, is het wel de bedoeling dat onderzoeksrapporten worden gepubliceerd, zij het in geanonimiseerde vorm (zie Kamerstukken I, 34105, C, p. 24). Dit zal tot allerlei veronderstellingen leiden, die gemakkelijk inbreuk maken op de onschuldpresumptie; dit met het risico van grote reputatie- en financiële schade. Ondanks deze mogelijke gevolgen is de procedure niet met voldoende waarborgen omgeven. (Zie ook Klokkenluiders in perspectief, mr. M.G. Kuijpers en prof. mr. J.S. Kortmann, p. 171 e.v.).

* **Sanctionerende bevoegdheid Huis**

In het commentaar van 27 januari 2015 noemt TI het Huis een tandeloze tijger. Dat is nog steeds terecht. Het Huis kan vele soorten aanbevelingen doen die de “werkgever”dan moet opvolgen, maar er staan geen sancties op het niet-opvolgen! Zie Kamerstukken I, 34103, C, p.12: Deze aanbevelingen zijn niet bindend en kunnen dus ook niet juridisch worden afgedwongen”.

* **Aangifteplicht ambtenaren 162 Sv**

Onder meer in mei 2014 heeft TI gewaarschuwd voor bovenvermeld artikel op grond waarvan medewerkers/ bestuursleden van de afdeling Advies ambtsmisdrijven waarvan zij kennis krijgen moeten aangeven. Bepleit is expliciet een uitzondering in de Wet op te nemen. De initiatiefnemers hebben ervoor gekozen dit op te nemen in het afstemmingsprotocol met het OM, hetgeen is geschied. Het valt te betwijfelen of dit formeel juridisch voldoende is.

* **Verschil publieke en privaatrechtelijke normen**

Zie  Kamerstukken I, 2015-2016, 34105, D, p.3  Rechtspositie private sector verschilt van publieke sector en daarom andere onderzoeksbevoegdheden.

Ook TI heeft op deze verschillen gewezen: Zie commentaar 2014.

* **Naming en shaming tegenover anonieme rapportages**

In de discussienota van 2013 wordt naming en shaming bepleit. In de daarop volgende commentaren komt TI daarop terug en wordt gewezen op de risico’s waaneer een rapport wordt gepubliceerd dat niet ingaat op de schuldvraag. In de Kamerbehandeling wordt uiteindelijk gekozen voor publicatie van geanonimiseerde rapporten (zie Kamerhandelingen Eerste Kamer 1 maart 2016, p. 42).

* **Financiële compensatie klokkenluiders**

Het Fonds is in de nouvelle komen te vervallen. Echter, het lijkt gewenst dat melders wanneer zij worden gedwongen kosten te maken een tegmoetkoming krijgen. Wat gaan we hiermee doen?

* **Maatschappelijke plicht v. geheimhoudingsplicht en melden aan de media**

 TI heeft bij herhaling aandacht gevraagd voor deze problematiek. Zo werd in

 de brief van 14 oktober 2014 geschreven: “Uitgangspunt wet: melden is een uiting van

 loyaliteit”. Desondanks zijn er geen specifieke bepalingen over de vraag welke plicht

 prioriteit heeft in de Wet of zelfs maar de Kamerstukken en handelingen opgenomen (zie

 bijvoorbeeld Kamerstukken II, 34105, 7, p.5). In dezelfde gewijzigde memorie van toelichting

 schrijven Initiatiefnemers op p. 24 dat het de bedoeling om met het wetsvoorstel een

 adequaat systeem neer te zetten dat eventueel extern melden bij de media overbodig zal

 maken.

* **Onvoldoende juridische kwaliteit Wet**

Vooral door de waardevolle inbreng van Caroline heeft TI bij herhaling gewezen op de slechte kwaliteit van het Initiatiefwetsvoorstel. Zie onder meer de commentaren van 2014 en 2015, waarin in detail op de gebreken is gewezen. In algemene zin zijn door de initiatiefnemers veel zaken niet uitdrukkelijk in de Wet opgenomen onder het motto dat de memorie van toelichting of antwoord al voldoende duidelijkheid zouden geven. Als voorbeeld moge dienen dat onder benadeling ook vallen, pesterijen, intimidatie en buitensluiting vallen (zie Kamerstukken II, 2014/15, 9, p.10) of het niet van toepassing zijn van art. 162 Sv. op de medewerkers van de Adviesafdeling (zie hierboven).