

Uitbreiding van de vrijheid van meningsuiting tot de vrijheid van communicatie

Voorstel van de leden Baboeram, Van Gennep, Lindeman, Munneke en Van Zuidam

Inhoudsopgave

Nr. 1 GELEIDENDE BRIEF	pag. 3
Nr. 2 VOORSTEL VAN WET	pag. 4
Nr. 3 MEMORIE VAN TOELICHTING	pag. 6
Algemeen deel	pag. 6
1. Waarom dit voorstel?	pag. 6
2. Van uitingsvrijheid naar communicatievrijheid	pag. 6
3. Communicatiemedi	pag. 7
4. Behoeft	pag. 8
5. Nederlands recht	pag. 9
5.1. Ambtenarenrechtelijke situatie	pag. 9
5.2. Arbeidsrechtelijke situatie	pag. 11
5.3. Strafrechtelijke situatie	pag. 11
5.4. Bestuursrechtelijke situatie	pag. 12
6.5. Huis voor Klokkenluiders	pag. 12
6. Europese rechtspraak	pag. 13
6.1. De zaak Guja	pag. 13
6.1.1. De proportionaliteitstoets	pag. 13
6.1.2. Weging van het Hof	pag. 14
6.2. Ontwikkelingen na het Guja-arrest	pag. 15

7. Schets van de organieke wet	pag. 15
7.1. Vestigingseis	pag. 15
7.2. Huis voor klokkenluiders	pag. 16
7.3. Keuzemogelijkheid	pag. 16
7.4. In rechten treden	pag. 17
7.5. Slotopmerking	pag. 17
 Artikelsgewijs deel	 pag. 17

Voorstel van wet van de leden Baboeram, Van Gennep, Lindeman, Munneke en Van Zuidam houdende verklaring dat er grond bestaat een voorstel in overweging te nemen tot verandering in de Grondwet, strekkende tot uitbreiding van de vrijheid van meningsuiting tot de vrijheid van communicatie

Nr. 1 GELEIDENDE BRIEF

Aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal

's-Gravenhage, 29 maart 2014

Hierbij doen wij u overeenkomstig het bepaalde in artikel 114 van het Reglement van Orde een voorstel van wet toekomen houdende verklaring dat er grond bestaat een voorstel in overweging te nemen tot verandering in de Grondwet strekkende tot uitbreiding van de vrijheid van meningsuiting tot de vrijheid van communicatie. De toelichtende memorie, die het voorstel van wet vergezelt, bevat de gronden waarop het rust.

Baboeram
Van Gennep
Lindeman
Munneke
Van Zuidam

Voorstel van wet van de leden Baboeram, Van Gennep, Lindeman, Munneke en Van Zuidam houdende verklaring dat er grond bestaat een voorstel in overweging te nemen tot verandering in de Grondwet, strekkende tot uitbreiding van de vrijheid van meningsuiting tot de vrijheid van communicatie

Wij Willem-Alexander, bij de gratie Gods, Koning der Nederlanden, Prins van Oranje-Nassau, enz. enz. enz.

Allen, die deze zullen zien of horen lezen, saluut! doen te weten:

Alzo Wij in overweging genomen hebben, dat er grond bestaat een voorstel in overweging te nemen tot verandering in de Grondwet van bepalingen inzake het grondrecht van vrije meningsuiting;

Zo is het, dat Wij, de Afdeling advisering van de Raad van State van het Koninkrijk gehoord, en met gemeen overleg der Staten-Generaal, de bepalingen van het Statuut voor het Koninkrijk in acht genomen zijnde, hebben goedgevonden en verstaan, gelijk Wij goedvinden en verstaan bij deze:

ARTIKEL I

Er bestaat grond het hierna in artikel II omschreven voorstel tot verandering in de Grondwet in overweging te nemen.

ARTIKEL II

De Grondwet wordt als volgt gewijzigd:

Artikel 7 komt te luiden:

Artikel 7

1. Niemand heeft voorafgaand verlof nodig om gedachten, gevoelens of informatie te openbaren of daarvan kennis te nemen, behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet.

2. De wet stelt regels omtrent de drukpers, bioscoop, radio, televisie en het internet. Er is geen voorafgaand toezicht op de inhoud van een gedrukte boodschap, een bioscoopvertoning, een radio- of televisieuitzending of een internetboodschap.

3. Alle in Nederland gevestigde personen die in het algemeen belang informatie openbaren over schendingen van wettelijke voorschriften binnen in Nederland gevestigde organisaties, genieten bescherming overeenkomstig bij of krachtens de wet te stellen regels.

4. De voorgaande leden zijn niet van toepassing op het maken van handelsreclame.

Lasten en bevelen dat deze in het Staatsblad zal worden geplaatst en dat alle ministeries, autoriteiten, colleges en ambtenaren wie zulks aangaat, aan de nauwkeurige uitvoering de hand zullen houden.

Gegeven

De Minister-President, Minister van Algemene Zaken,

De Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties,

Algemeen deel

1. Waarom dit voorstel?

Aan de vooravond van zijn tweehonderdste verjaardag worstelt onze Grondwet om zijn positie. Er worden hier ten lande zelfs wedstrijden uitgeschreven om de Grondwet een aansprekend gezicht te geven binnen de samenleving. Wat de Commissie Grondrechten in het digitale tijdperk van 2000, de Nationale Conventie van 2006 en de Commissie Grondwet van 2010 niet gelukt is, zou tot stand gebracht kunnen worden door moedige burgers van dit land. De opstellers van dit voorstel pakken de handschoen op; dit doen zij in de wetenschap de twijfels van U als Staten-Generaal te kennen.

Uw twijfels betreffen de vraag of onze tweehonderdjarige Grondwet een document met slechts constitutioneel rijpheden zou mogen bevatten of dat zij normatieve richtinggevende betekenis zou kunnen geven aan onze samenleving. Uw twijfels betreffen onze Nederlandse historie als bakermat van vrijheden en tolerantie. Zijn er voor ons land nog bakens te stellen in het tijdperk van na de drukpers of moet ons land toezien dat digitale vrijheden Europees domein zullen worden?

De opstellers van dit voorstel presenteren U een vrijheid die verder gaat dan die van de drukpers. Deze vrijheid betreft niet alleen het openbaren van meningen en informatie maar ook het kennisnemen daarvan. De beide zijden van de communicatie – het spreken en het luisteren en met de komst van het schrift het schrijven en het lezen – komen aan bod. Daarnaast geven de opstellers U in overweging de grondwettelijke vrijheid van meningsuiting aan te vullen met twee waarden die door U als medewetgever tot leven gekomen zijn dan wel tot leven gaan komen. Het betreft de waarden van neutraliteit van het internet en klokkenluidersbescherming.

Met dit voorstel wordt de vrijheid van meningsuiting een volwaardige communicatievrijheid. Dit voorstel is bovendien geschreven met zicht om de wereld om ons heen. De neutraliteit van het internet is volop in discussie binnen de Europese Unie. De klokkenluidersbescherming krijgt steeds duidelijker vorm binnen de Raad van Europa. Aangetekend zij daarbij dat het Verenigd Koninkrijk met zijn Public Interest Disclosure Act 1998 een voortrekkersrol vervuld heeft.

Dit voorstel past bij een traditie die ons land al in de tijd van de Republiek der Zeven Verenigde Nederlanden als bolwerk van de vrijheid kende. Vrijdenkers als Erasmus, Spinoza en Descartes maakten gebruik van de vrijheden die de republiek bood.

2. Van uitingsvrijheid naar communicatievrijheid

De opstellers van dit voorstel hebben het voornemen de vrijheid van meningsuiting om te vormen tot de vrijheid van communicatie. Daarmee hopen zij recht te doen aan het tweezijdige karakter van communicatieprocessen. Zij hebben daartoe de voorstellen van de Staatscommissie Grondwet van

2010 in overweging genomen. Deze commissie kwam in meerderheid met het advies artikel 7 Grondwet als volgt te redigeren:

- 1. Niemand heeft voorafgaand verlof nodig om gedachten en meningen te openbaren, behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet.*
- 2. Het ontvangen van informatie is vrij, behoudens beperkingen bij de wet gesteld.*
- 3. De overheid eerbiedigt de pluriformiteit van de media.*

Bij communicatieprocessen zijn de zender en de ontvanger van informatie twee onlosmakelijke grootheden. Het voorgestelde tweede lid achten wij dan ook een nuttige aanvulling op het eerste lid. Wel rijst de vraag waarom het eerste lid zich richt op “gedachten en meningen” terwijl het tweede lid zich richt op “informatie”.

In het tweede lid werden beperkingen op de ontvangstvrijheid mogelijk geacht. Deze beperkingen zouden kunnen dienen ter bescherming van jeugdige personen.

In de commissie was er ook onenigheid over de vraag of er naast de vrijheid om informatie te ontvangen er ook een vrijheid zou moeten zijn om informatie te zoeken, de zogeheten garingsvrijheid.

De opstellers van dit voorstel zijn (eensgezind) van mening dat het zenden en ontvangen als beide zijden van de communicatie een gelijke behandeling behoeven. Onderwerp van de communicatie kunnen zijn “gedachten, gevoelens of informatie”. Daarmee wordt onderkend dat communicatie zowel rationele als emotionele aspecten kan hebben.

De opstellers van dit voorstel zien geen taak (meer) voor de overheid weggelegd om jeugdigen informatie te onthouden. Wanneer de overheid voor categorieën burgers informatiefilters gaat aanbrengen, ontkent zij het open karakter van de huidige informatiemaatschappij. Het leren omgaan met informatie is een zaak die bij de opvoeding van jongeren thuishoort.

Naar ons oordeel is ook het beperken van de garingsvrijheid geen overheidstaak. Zoekmachines op het internet dienen niet door overheden gecontroleerd te worden. Ook hier geldt dat verstandig internetgebruik een zaak is van de opvoeding.

3. Communicatiemedia

Bezien vanuit de Raad van Europa is het Nederland toegestaan radio- omroep-, bioscoop- of televisieondernemingen te onderwerpen aan een systeem van vergunningen (art. 10 EVRM lid 1 derde volzin).

De huidige Grondwet noemt als communicatiemiddelen met zoveel woorden de drukpers, de radio en de televisie. De bioscoop wordt niet met name genoemd; er wordt slechts gezinspeeld op de filmkeuring voor jeugdigen. Wat betreft te reguleren media noemt de Grondwet alleen de radio en de televisie.

In Nederland kennen we thans de volgende regulering van de communicatiemiddelen:

- radio en televisie vallen onder de Mediawet
- het internet valt onder de Telecommunicatiewet
- bioscopen en drukkerijen vallen niet onder speciale wetgeving maar wel onder de regels van omgevingsrecht

Voorgesteld wordt dit systeem voor de Nederlandse burger inzichtelijk te maken in één grondwettelijke bepaling. De al enige tijd afgeschafte filmkeuring van overheidswege verdwijnt daarbij als grondwettelijk aandachtspunt.

Dat de Telecommunicatiewet als organieke wet speciale aandacht behoeft, heeft een specifieke reden. In artikel 7.4a Telecommunicatiewet is sinds 2013 door de wetgever het principe van de neutraliteit van het internet vastgelegd. Dit principe komt er kort gezegd op neer dat internetproviders eindgebruikers – uitzonderingen daargelaten - geen gefilterde informatie mogen aanbieden.¹ Vanuit grondrechtelijk perspectief is er sprake van een geheel nieuwe ontwikkeling. Om de vrijheid van eindgebruikers te beschermen stelt de wetgever regels voor verhoudingen tussen burgers onderling, te weten providers en eindgebruikers.

De introductie van netneutraliteit is van groot belang aangezien de vrijheden van burgers normaliter gelden ten opzichte van overheden en niet ten opzichte van private internetproviders.

De opstellers van dit voorstel hebben vernomen dat leden van de Eerste Kamer zich weinig ingenomen hebben getoond met het feit dat Nederland met haar recentelijk aangepaste Telecommunicatiewet vooruit loopt op discussies binnen Europa.² Zij gaan ervan uit dat genoemde leden denken vanuit een ander perspectief dan vernieuwing van het denken over grondrechten.

4. Behoeftte aan klokkenluidersbescherming

In de stukken rondom het voorgestelde Wet Huis voor klokkenluiders wordt reeds aandacht besteed aan de maatschappelijke behoefte aan een voorziening.³ Hier zij opgemerkt:

- dat andere landen Nederland reeds zijn voorgegaan met voorzieningen;
- dat er ook in Nederland angst bestaat om misstanden te melden naar onderzoek heeft aangetoond.⁴

Naast bekende Nederlandse klokkenluiders als Bos, Schaap, Spijkers en andere “bekende klokkenluiders” heeft recentelijk vooral het optreden van de internationale klokkenluider Edward Snowden de aandacht van uw kamer getrokken⁵. Daarbij wordt het volgende mechanisme zichtbaar: naarmate de onthullingen (door de kracht van de media) grotere gevolgen hebben, worden de risico’s voor de klokkenluider in eigen land groter.

Niet alleen op het internationale vlak maar ook op het lokale vlak dient er aandacht te zijn voor het signaleren van misstanden. Op vlakken waar gemeenten veel beleidsvrijheid hebben (het

1 zie nader: Matthijs van Bergen, De ratio en toepassing van het nieuwe artikel 7.4a Telecommunicatiewet, Mediaforum 2012, p. 237-243 (alf.7/8) of <https://hostingrecht.nl/netneutraliteit-2/mijn-bijdrage-aan-mediaforum-over-netneutraliteit/>

² Kamerstukken I, Vergaderjaar 2011–2012, 32549, nr. K

³ Kamerstukken II, Vergaderjaar 2002-2003, 28990, nr. 3

⁴ Evaluatie klokkenluidersregelingen publieke sector, Eindrapport April 2008

(http://www.uu.nl/faculty/leg/NL/organisatie/departementen/departementbestuursenorganisatiewetenschap/onderzoek/publicgovernance/Documents/Evaluatie%20Klokkenluideregelingen%20publieke%20sector_BovensNL.pdf)

⁵ Motie Van Raak, Kamerstukken II, Vergaderjaar 2013-2014, 30977, nr. 66

gemeentelijk grondbeleid) of nog gaan krijgen (decentralisatie zorgtaken) dreigen de nodige “checks and balances” te verdwijnen. Accountantscontroles op gemeentelijke rekeningen leiden zelden of nooit tot onthullingen. Daarnaast dreigen de economische problemen bij de lokale pers te leiden tot het ontbreken van gedegen lokale onderzoeksjournalistiek. Gemeenteraden ontvangen op hun beurt geen informatie vanuit de samenleving voor een gedegen democratische controle.

Naast (inter)nationale zijn er dus ook lokale klokkenluiders nodig. Om een voorbeeld te geven: de voorzieningenrechter van de rechtbank Rotterdam trof een voorziening voor de (ontslagen) klokkenluider die (onveilige) moskee-internaten in Rotterdam aan de orde stelde.⁶

Bovengenoemde ontwikkelingen rechtvaardigen het om van de klokkenluidersbescherming een constitutioneel vraagstuk te maken. De procedure van grondwetswijziging biedt bovendien alle ruimte voor doordacht beraad zodat geen overhaaste keuzes gemaakt behoeven te worden voor het ene of andere model van klokkenluidersbescherming.

Klokkenluiders dienen gezien de geschiedenis en de gevolgen die het klokkenluiden heeft op klokkenluiders, een algemene bescherming te krijgen in de vorm van een grondrecht. Burgers moeten er zeker van kunnen zijn dat bij ernstige misstanden die verband houden met grote belangen, zij deze misstanden in veiligheid kunnen melden. Daarbij zal het grondrecht symbool staan voor de Nederlandse maatschappij: een maatschappij waarin ernstige misstanden aangepakt worden en de klokkenluiders niet worden bestraft voor het aankaarten van deze ernstige misstanden.

Ten slotte is er in onze hedendaagse maatschappij behoefte aan het rechtzetten van misstanden binnen organisaties zonder het hanteren van de schandpaal. Het hieronder te presenteren Huis voor Klokkenluiders⁷ zal goed zijn voor de bedrijven/instanties waar het klokkenluiden betrekking op heeft. Het Huis zal voorzichtig en in stilte met de gevoelige informatie omgaan. Op deze manier zullen bedrijven slechts strafrechtelijk en/of bestuursrechtelijk ‘vervolgd’ worden, zonder ‘naming and shaming’ die normaliter een gevolg is van het klokkenluiden. In dat geval blijft het probleem achter gesloten deuren.

5. Nederlands recht

5.1. Ambtenarenrechtelijke situatie

In de nationale wetgeving is verschillende regelgeving te vinden betreffende het klokkenluiden. Zo is in de Ambtenarenwet geregeld dat van een goed ambtenaar mag worden verwacht dat hij zich inspant om binnen de organisatie waar hij werkzaam is misstanden te voorkomen. Indien zich een misstand voordoet, wordt van de ambtenaar die van de misstand op de hoogte is, verwacht dat hij hiervan een melding doet.

Dit is niet expliciet omschreven in de Ambtenarenwet, maar vloeit voort uit het goed ambtenaarschap dat is geregeld in artikel 125ter. Hierin staat:

“Het bevoegd gezag en de ambtenaar zijn verplicht zich als een goed werkgever en een goed ambtenaar te gedragen.”

⁶ ECLI:NL:RBROT:2014:792 Rechtbank Rotterdam, 06-02-2014, 13/7563

⁷ In dit voorstel wordt de naam “Huis van Klokkenluiders” overgenomen uit het wetsvoorstel van Van Raak.

Een vermoeden van een misstand is een op redelijke gronden gebaseerd vermoeden van:

- een schending van wettelijke voorschriften of beleidsregels;
- een gevaar voor de gezondheid, de veiligheid of het milieu;
- een onbehoorlijke wijze van functioneren die een gevaar vormt voor het goed functioneren van de openbare dienst.

Maar wanneer deze redelijke gronden bestaan is niet duidelijk. Dit wordt per situatie bekeken. Het is dus voor de ambtenaar niet duidelijk wanneer deze meldingsplicht precies geldt en of de hij kan rekenen op rechtsbescherming.

Voor de bescherming van de meldende ambtenaar geldt de volgende regel:

De ambtenaar die te goeder trouw de bij hem levende vermoedens van misstanden meldt volgens de procedure, bedoeld in het eerste lid onder f, zal als gevolg van het melden van die vermoedens geen nadelige gevolgen voor zijn rechtspositie ondervinden tijdens en na het volgen van die procedure.

(Artikel 125quinquies lid 3 Ambtenarenwet)

In het Besluit melden vermoeden van misstand bij Rijk en Politie⁸ staat de procedure beschreven die een ambtenaar moet volgen om een melding van een misstand te doen. Hij moet het eerst intern melden en heeft daarna nog de mogelijkheid om het extern bij de Onderzoeksraad Integriteit Overheid te melden. Dit kan in de volgende gevallen:

- Als de melder het niet eens is met het besluit van het bevoegd gezag om af te zien van een onderzoek en verdere behandeling van de melding;
- Als de melder het niet eens is met de uiteindelijke conclusie van het bevoegd gezag ten aanzien van de vermoede misstand;
- Als de melder niet of niet tijdig het naar aanleiding van de melding door het bevoegd gezag ingenomen standpunt te horen krijgt of het bepalen van dit standpunt onredelijk lang wordt uitgesteld;
- Als voldoende aanleiding bestaat tot het afzien van een interne melding (bijvoorbeeld de ambtenaar heeft gegronde redenen om te menen dat een interne melding niet veilig kan worden gedaan) kan een melding schriftelijk worden gedaan bij de (externe) Onderzoeksraad Integriteit Overheid.

De regeling voorziet niet in anonieme meldingen door ambtenaren. De reden hiervoor zou zijn dat hiermee de transparantie en de integriteit van ambtelijke organisaties niet wordt vergroot.

Anonieme telefonische melding van strafbare feiten en integriteitsschendingen kan door iedereen worden gedaan bij Meld Misdaad Anoniem (Meldpunt M). Het meldpunt zorgt ervoor dat meldingen over strafbare feiten bij de politie en andere opsporingsdiensten terecht komen. Meldingen over integriteitsschendingen worden doorgegeven aan de desbetreffende overheidsinstantie.

Ondanks dat de regeling geen mogelijkheid biedt tot het anoniem melden van een misstand, is er wel rekening gehouden met de wens om de ambtenaar zijn identiteit te beschermen. De vertrouwenspersoon of de commissie waarbij de ambtenaar zijn melding doet, mag zijn identiteit niet bekend maken zonder zijn toestemming.

⁸ Staatsblad 2009, 572

Momenteel zijn er een paar zaken in een voorbereidend stadium van onderzoek bij de Onderzoeksraad Integriteit Overheid.

Het gaat hier om de volgende organisaties:

- Uitvoeringsorganisaties Veiligheid en Justitie
- Uitvoeringsorganisatie Defensie
- Regionaal politiekorps

De Onderzoeksraad heeft 1 onderzoek lopen binnen één van de ministeries. Dit onderzoek is gestart op gezamenlijk verzoek van het bevoegd gezag en de melder.

5.2. Arbeidsrechtelijke situatie

Artikel 611 van boek 7 Burgerlijk Wetboek kent vergelijkbaar met artikel 125ter Ambtenarenwet de volgende bepaling:

De werkgever en de werknemer zijn verplicht zich als een goed werkgever en een goed werknemer te gedragen.

Een benadelingsverbod vergelijkbaar met Artikel 125quinquies lid 3 Ambtenarenwet is het arbeidsrecht onbekend.

In de zaak Quirijns/ Theodoor Gilissen Bankiers toetst de Hoge Raad het gedrag van klokkenluider Quirijns aan het genoemde artikel uit het Burgerlijk Wetboek. De vraag daarbij is of Quirijns zich als een goed werknemer gedragen heeft⁹. Quirijns beroept zich op het compliance-handboek van de bank dat hem verplicht wettelijke regels na te leven en niet mee te werken aan onethisch gedrag. Na zijn ontslagname meldt Quirijns de kwestie bij de aandeelhouders van de bank en bij de toezichthouder Autoriteit Financiële Markten. De Hoge Raad laat in het midden of Quirijns zich als een goed werknemer gedragen heeft nu hij niet als eerste de klant van de bank op de hoogte heeft gebracht.

5.3. Strafrechtelijke situatie

Artikel 162 Wetboek van Strafvordering (Sv) geeft ambtenaren de plicht in bepaalde gevallen aangifte te doen, dit zou men kunnen zien als een vorm van verplicht klokkenluiden.

Het doel van art. 162 Sv is het bewaken van de integriteit van de overheid en het vergroten van het vertrouwen in de overheid. Dit is een mooi voorbeeld van een algemeen belang, zoals bedoeld in het derde lid van ons nieuwe artikel. Het artikel strekt zich tot ernstige misdrijven zoals omschreven in lid 1 en strekt zich niet tot kleine misdrijven waarvoor (interne) disciplinaire maatregelen kunnen worden toegepast. Ook ons artikel heeft een dergelijk doel en richt zich dus niet op kleine interne overtredingen binnen een organisatie, maar op overtredingen van wettelijke voorschriften die het algemeen belang schaden.

Het Arnhemse Bureau Beke heeft - in opdracht van het Wetenschappelijk Onderzoek – en het Documentatiecentrum van het ministerie van Justitie (WODC) - onderzoek verricht naar ambtelijke

⁹ HR 26 oktober 2012, JAR 2012/313

misdrijven. Uit het onderzoek komt naar voren dat 80 procent van de ondervraagde ambtenaren niet bekend is met de aangifteplicht. Toch zullen de meeste ambtenaren bij (een vermoeden van) een strafbaar feit daarvan melding maken bij hun leidinggevende. Volgens de procedures doet niet de ambtenaar zelf aangifte, maar de ambtelijke leiding. Kan of wil een ambtenaar niet melden bij zijn leidinggevende, dan kan hij terecht bij een vertrouwenspersoon of zich rechtstreeks wenden tot het openbaar ministerie. Soms, zo blijkt uit het onderzoek, is de bescherming van de melder niet duidelijk geregeld en voelt men zich niet voldoende beschermd. Daarin willen wij met ons wetsvoorstel verandering in brengen door het Huis voor klokkenluiders op te richten, die garant staat voor de bescherming van alle klokkenluiders.

5.4. Bestuursrechtelijke situatie

In de bovengenoemde zaak van Quirijns was sprake van een melding bij de Autoriteit Financiële markten. Wanneer iemand in het bestuursrecht vraagt om beëindiging van een illegale situatie, wordt dat een handhavingsverzoek genoemd. Handhavingsverzoeken vormen volgens de jurisprudentie een zwaarwegende reden om daadwerkelijk tot handhaving over te gaan¹⁰. Slechts in uitzonderlijke situaties mag van handhaving worden afgezien: de zogeheten “beginselplicht tot handhaving”.

Het Wetenschappelijk Onderzoek – en Documentatiecentrum van het ministerie van Justitie (WODC) heeft geen onderzoek gedaan naar het gebruik van het handhavingsverzoeken door klokkenluiders. Data over feitelijke gegevens ontbreken derhalve.

Bestuursrechtelijk is wel een knelpunt te noemen. Een klokkenluider wiens handhavingsverzoek genegeerd dan wel geweigerd wordt, heeft een moeilijke rechtspositie. Slechts belanghebbenden hebben recht van spreken binnen het bestuursrecht. De bestuursrechtspraak vult het begrip belanghebbende zeer nauw in. Het is de vraag of ethische bezwaren tegen regelovertreding iemand tot belanghebbende maken.

5.5 Huis voor klokkenluiders

Hoe het door Van Raak c.s. voorgestelde Huis voor klokkenluiders uiteindelijk zal functioneren is nu nog niet te voorspellen. De belangrijkste bezwaren van wetenschapsbeoefenaars tegen de huidige opzet zijn tweeledig¹¹:

- Het huis fungeert als weer een extra onderzoeksinstituut naast de reeds bestaande onderzoeksinstituten;
- De functie van onderzoeksinstituut staat aan de weg van de functie van klokkenluidersbeschermer.

10 Afdeling Bestuursrechtspraak Raad van State 02-02-1998, AB 1998, 181 Handhaving gemeente Lisse

11 L.Huberts, G. de Graaf en P. Tak, NRC Handelsblad, 21-10-2013, opiniebijdrage

6. Europese rechtspraak

6.1. De zaak Guja

De zaak Guja is een bron van informatie met betrekking tot de gedachtegang over klokkenluiders door het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (verder het Hof)¹². Zo heeft het Hof zes criteria benoemd ter beoordeling of er sprake is van een klokkenluider, en de mate van bescherming deze zou moeten genieten.

Het hof geeft helaas geen definitie van wat zij onder een klokkenluider verstaan. Uit overweging 72¹³ kan worden opgemaakt dat sprake moet zijn van *“het naar buiten brengen van interne (vertrouwelijke) informatie over wangedrag of misstanden in de organisatie, zonder dat daarvoor toestemming of daartoe opdracht aan de betrokken ambtenaar is gegeven”*

Voorwaarde waaronder de klokkenluider aanspraak kan maken op bescherming is onder andere dat het moet gaan om kennis van de gang van zaken bij de dienst of het bedrijf waar de klokkenluider werkzaam is, waarvan hij als enige of als één van een beperkte categorie van personen op de hoogte is, zodat hij bij uitstek in de positie verkeert om zijn werkgever dan wel een groter publiek te informeren.¹⁴

Het is vaste rechtspraak van het Hof dat ambtenaren in beginsel volledig aanspraak kunnen maken op de bescherming die door het EVRM wordt geboden.¹⁵ In dat verband noemde het Hof in bijv. Ahmed e.a. dat *“the guarantees contained in Article 10 of the Convention extend to the applicants irrespective of their status as public servants employed by (...) government authorities”*¹⁶ Daar staat tegenover dat het verdragsstaten is toegestaan *“to impose on civil servants, on account of their status, a duty of discretion”* Het Hof noemt deze ‘duty of discretion’, de plicht voor ambtenaren om zich terughoudend op te stellen in het doen van (externe) uitspraken, vaak in één adem met de ‘duty of loyalty’ en de ‘bond of trust’, die weliswaar voor alle werknemers gelden, maar die voor ambtenaren, vanwege hun positie ten opzichte van politieke gezagsdragers, bijzondere betekenis hebben.

6.1.1. De proportionaliteitstoets

Bij de proportionaliteitstoets spelen een aantal punten een belangrijke rol, namelijk

- de functie van de ambtenaar;
- de inhoud van de uitspraken en de gekozen bewoordingen;
- het gekozen medium;
- en de mate van absoluteheid van de opgelegde beperkingen.

1. De functie van de ambtenaar

Uit de verschillende uitspraken van het Hof kan geconcludeerd worden dat de rol die de functie van de ambtenaar speelt bij de vraag naar de toelaatbaarheid van de opgelegde beperkingen, te maken

12 NJ 2008/305 - Met noot - Alkema, E.A. - Europees Hof voor de Rechten van de Mens - 12-02-2008 - 14 277/04 en ECHR 2008/67 EHRM, met noot Geurink

13 Rechtsoverweging (r.o.) 72 van de uitspraak Guja/Moldavië;

¹⁴ Noot Alkema, punt 2;

¹⁵ Er zijn twee uitzonderingen, zie punt 4 van noot E. Geurink;

¹⁶ Vrij vertaald: de garanties in artikel 10 van het EVRM rijken tot de klokkenluider, ongeacht hun status als ambtenaar in dienst van een overheid.

kan hebben met het soort werk enerzijds en het niveau van de functie anderzijds: hoe hoger de functie, hoe minder de betrokkene zich kan veroorloven.

2. De inhoud van de uitlatingen en de gekozen bewoordingen

Uit de verschillende uitspraken van het Hof blijkt dat voor het Hof van belang is wat de inhoud van de uiting is en op welke wijze deze gebracht wordt; ingeval van ongefundeerde kritiek of beledigingen zijn de genomen maatregelen eerder proportioneel tot het daarmee te dienen doel (bijvoorbeeld ontslag).

3. Het gekozen medium

Uitingen die in het openbaar worden gedaan, kunnen een klager zwaarder worden aangerekend dan uitingen in beslotenheid gedaan.

4. De mate van absoluteheid van de opgelegde beperkingen

Uit de arresten Vogt en Ahmed e.a.¹⁷ blijkt dat inbreuken de proportionaliteitstoets minder snel doorstaan, naarmate de opgelegde beperkingen een zwaardere inbreuk op de uitingsvrijheid inhouden.

6.1.2. Weging van het Hof

Het Hof hanteert zes wegingsfactoren om te bepalen over er sprake is van een beschermingswaardige klokkenluider.¹⁸

1. De wijze waarop de informatie is onthuld

Het Hof zal dit punt erg zwaar wegen. Ambtenaren hebben door hun functie veelal toegang tot informatie die de uitvoerende macht vanwege (legitieme) redenen vertrouwelijk wil houden. Het voorgaande brengt met zich dat ambtenaren een doorgaans sterke “*duty of loyalty and discretion*”¹⁹ in acht dienen te nemen. Daarmee bedoelt het Hof dat ambtenaren wangedrag en misstanden in eerste instantie intern dienen te melden. Intern wil zeggen bij een meerdere of een andere competente persoon of instantie. Alleen als interne melding duidelijk geen optie is, kan de informatie, als laatste middel, in de openbaarheid worden gebracht.

2. Het algemeen belang dat met onthulling is gediend

Het Hof heeft in de Guja zaak niet uitgelegd wat een ernstige zaak of misstand is. Het Hof verwijst in dit geval terug naar vaste jurisprudentie dat de ruimte voor toegestane beperkingen slechts beperkt is als uitlatingen zien op ‘*matters of public concern*’. Het belang van het publiek op kennisneming van bepaalde informatie kan soms zo groot zijn, dat dit voorrang heeft boven zelfs wettelijke geheimhoudingsplichten.

3. Het waarheidsgehalte van de onthulde informatie

De informatie die een klokkenluider heeft verzameld moet juist zijn. Onjuiste informatie kan een instantie of persoon groot nadeel toebrengen. Dit punt kan men dus samen zien met punt 5, het motief van de klokkenluider. Het Hof zegt dat de informatie ‘*accurate and reliable*’²⁰, met andere

¹⁷ *Vogt v. Germany*, judgment of 26 September 1995, Series A no. 323, § 53; *Ahmed and Others v. the United Kingdom*, judgment of 2 September 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-VI, § 56;

¹⁸ Zaak Heinisch/Duitsland ECLI:NL:XX:2011:BT6201, Uitspraak, Europees Hof voor de Rechten van de Mens (Vijfde kamer), 21-07-2011, NJ 2012/282

¹⁹ Zaak Guja/Moldavië r.o. 71

²⁰ Zaak Guja/Moldavië r.o. 75

woorden accuraat en betrouwbaar, moet zijn. Verder heeft het Hof gezegd dat de beweringen op redelijke gronden ('reasonable grounds') moeten zijn gedaan, waardoor staten door bepalingen in verdragen verplicht zijn om maatregelen te nemen ter bescherming van werknemers die op basis van redelijke vermoedens en te goeder trouw melding maken van corruptie.

4. De schade die de werkgever door de onthulling lijdt

Bij dit punt moet er een antwoord worden gevonden welk belang voorrang moet krijgen. De schade die de werkgever/instantie lijdt ten gevolgen van de openbaarmaking of het openbaar belang dat wordt gediend met de openbaarmaking. In dat verband kan volgens het Hof relevant zijn wat het onderwerp van de openbaarmaking is en wat de aard van de betrokken autoriteit is.

5. Het motief van de klokkenluider

De klokkenluider verdient geen bescherming als hij de werkgever/autoriteit in een kwaad daglicht wil stellen. Er moet worden vastgesteld of de ambtenaar te goeder trouw was. Hij moest in de veronderstelling zijn dat de informatie die hij openbaar maakte juist was, dat hij daarmee het openbaar belang diende en dat hem geen andere, minder belastende, manier ter handen was om de informatie naar buiten te brengen (bijvoorbeeld een interne procedure).

6. De zwaarte van de opgelegde sanctie

De straf die een werknemer/ambtenaar als gevolg van zijn onthullingen kan krijgen kan buiten proportie zijn. Naast het feit dat een werknemer dus onnodig zwaar kan worden gestraft, kan het nog een negatief gevolg teweeg brengen. Volgens het Hof kan het een 'serious chilling effect'²¹ hebben op ambtenaren en werknemers, zowel binnen als buiten het bedrijf/instantie. Het gevolg kan dus zijn dat misstanden niet meer bespreekbaar zijn uit angst voor de gevolgen.

6.2. Ontwikkelingen na het Guja-arrest

De zes criteria van het Guja-arrest worden later door het Hof toegepast in het Heinisch-arrest.²² Het gaat in dat geval niet om een traditionele overheidsorganisatie maar om organisatie voor verpleeghulp aan ouderen waarvan de meerderheid van de aandelen wordt gehouden door de deelstaat Berlijn.

Binnen de Raad van Europa wordt aangedrongen op nationale wetgeving ter bescherming van klokkenluiden. In juli 2013 nam het Comité van Ministers van de Raad een "Recommendation on protecting whistleblowers"²³ aan. Daarin worden een aantal uitgangspunten genoemd waaraan nationale wetgeving zou kunnen voldoen.

7. Schets van de organieke wet

7.1. Vestigingseis

In het eerste lid van het voorgestelde artikel komt de vrijheid van meningsuiting aan een ieder toe. In het derde lid wordt klokkenluidersbescherming geboden aan personen die in Nederland gevestigd

²¹ Zaak Guja/Moldavië r.o. 95

²² ECLI:NL:XX:2011:BT6201, Uitspraak, Europees Hof voor de Rechten van de Mens (Vijfde kamer), 21-07-2011, NJ 2012/282

²³ [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdcj/Whistleblowers/CDCJ\(2013\)Misc7E.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdcj/Whistleblowers/CDCJ(2013)Misc7E.pdf)

zijn; bovendien moet de melding een in Nederland gevestigde organisatie betreffen. Daar is bewust voor gekozen. Het is niet de bedoeling om van ons land een toevluchtsoord te maken voor alle klokkenluiders die in eigen land geen of onvoldoende bescherming genieten.

Ons land is aangesloten bij het Vluchtelingenverdrag. Het bieden van onderdak aan internationale vluchtelingen vormt voor ons land al een internationale verplichting die de nodige offers vraagt. Het bieden van bescherming aan internationale klokkenluiders onttrekt zich thans echter aan de rechtsmacht van Nederland. Een internationale klokkenluider als Snowden kan niet door de Nederlandse overheid in bescherming worden genomen tegen zijn Amerikaanse werkgever. Dat de grondwettelijke opdracht aan de organieke wet zich toespitst op bescherming van in Nederland gevestigde personen, houdt geen verbod in om bij of krachtens wet aan categorieën buitenlanders bescherming te bieden. Voorstelbaar is dat in Europees verband afspraken gemaakt worden over bescherming van Europese klokkenluiders. Aan Nederlandse wetgeving ter uitvoering van dergelijke afspraken wil de voorgestelde grondwetswijziging niet in de weg staan.

7.2. Huis voor klokkenluiders

De opdracht aan de wetgever is om te komen tot een regeling voor klokkenluidersbescherming. De gedachten gaan daarbij uit naar een instantie, zoals een Huis voor Klokkenluiders.²⁴ Het Huis van Klokkenluiders zal een instantie worden waar de klokkenluiders een probleem aan kunnen kaarten. Vervolgens zal het Huis voor Klokkenluiders dit probleem namens de klokkenluider (maar dan wel geanonimiseerd) intern aankaarten bij de organisatie. Indien de betreffende organisatie te weinig of geen gehoor geeft aan het probleem, dan zal het Huis voor Klokkenluiders gerechtelijke procedures voor de klokkenluider opstarten. Omdat er van het Huis voor Klokkenluiders verwacht wordt dat zij ‘partijdig’ zijn (zij zullen immers procederen tegen de wederpartij), is een inkapseling bij de Ombudsman niet op zijn plaats (in tegenstelling tot het wetsvoorstel van Van Raak). Het is echter wel de bedoeling dat het Huis voor Klokkenluiders objectief om dient te gaan met meldingen van Klokkenluiders, alvorens zij een melding in behandeling zal nemen. Hierbij kan het Huis voor Klokkenluiders mede de wegingsfactoren van het EHRM gebruiken. Een uitwerking van de EHRM-jurisprudentie binnen een Nederlandse wet kan klokkenluiders binnen Nederland duidelijk maken hoeveel kans zij hebben op bescherming binnen Nederland. Het huis beslist binnen Nederland naar aanleiding van deze wetgeving over de beschermingswaardigheid van melders van misstanden.

7.3. Keuzemogelijkheid

In deze memorie genoemde onderzoeken geven aan dat klokkenluiders vaak behoefte hebben aan anonimiteit. Het succes van “Meld misdaad anoniem” wijst in diezelfde richting. Het verplicht melden van misstanden aan degenen die mogelijk de doofpot zouden willen hanteren, doorbreekt die anonimiteit. Daarom dient een organieke wet een keuzemogelijkheid te scheppen.

De keuzen zijn de volgende:

- De klokkenluider meldt zich buiten zijn leidinggevend om bij het Huis. Het Huis beoordeelt de melding terwijl het de anonimiteit van de melder beschermt. Voldoet de melding aan de wettelijke criteria, dan gaat het meldpunt tot actie over;
- De klokkenluider meldt zich tegelijkertijd bij zijn leidinggevend en bij het Huis. Het Huis beoordeelt de melding. Voldoet de melding volgens het Huis aan de wettelijke criteria, dan verleent het Huis de klokkenluider bescherming tegen benadeling door de werkgever en

²⁴ De wetgever is vrij in de keuze een passende benaming te kiezen.

tegen strafrechtelijke vervolging.²⁵ Tegelijk stelt het de organisatie in gebreke om de misstanden te herstellen. Blijft de organisatie in gebreke, dan gaat het meldpunt tot actie over.

7.4. In rechten treden

Het huis zou – al dan niet in samenwerking met de melder – aan de slag kunnen gaan om bewijsmaterialen te verzamelen. In navolging van bovengenoemde critici (noot 11) wordt er in dit voorstel gekozen voor een “partijdig” huis; een huis dat slechts afwegingen maakt over de beschermingswaardigheid van de klokkenluider.

De strijd tegen de doofpot dient te worden overgelaten aan daartoe speciaal uitgeruste onderzoekers. Zij dienen zo snel mogelijk aan het werk gezet te worden. Voorgesteld wordt daarom het Huis te laten treden in de rechten van de melder; dit zou vergelijkbaar zijn met een verzekeraar die in de rechten treedt van de verzekerde.²⁶ Het Huis zou dan, naar gelang de situatie daarom vraagt, strafrechtelijke aangifte kunnen doen of een bestuursrechtelijk handavingsverzoek bij toezichthouders kunnen indienen. Staat het bestuursrechtelijke belanghebbende-begrip in de weg aan een dergelijke oplossing, dan dient daarvoor een wetgevingstechnische oplossing te worden gevonden.

7.5. Slotopmerking

Het voorstel van Van Raak c.s. is thans aanhangig bij de Eerste Kamer.²⁷ Mocht het voorstel worden aangenomen dan zal ervaring moeten worden opgedaan met de uitvoering van het voorstel. Bij toekomstige wetsevaluaties kunnen de overwegingen van deze memorie worden betrokken.

Artikelsgewijs deel

Artikel II (gewijzigd artikel 7)

Eerste lid

Met het voorgestelde gewijzigde artikel 7 wordt de communicatievrijheid vastgelegd. Het betreft de vrijheid tot openbaring en tot kennisneming over te gaan. Kennisneming kan breed uitgelegd worden. Naast het ontvangen van informatie gaat het ook om het zoeken van informatie. Voor een nadere toelichting hierop wordt verwezen naar paragraaf X van het algemeen deel van de toelichting.

Tweede lid

In het tweede lid wordt de regulering van met name genoemde communicatiemedia aan de orde gesteld. Uit de zinsnede “bij of krachtens” valt af te leiden dat delegatie van regelgeving door de formele wetgever toegestaan is.

In afwijking van het oude artikel 7 is er geen enkele van overheidswege ingestelde filmkeuring meer mogelijk.

²⁵ De aanvankelijke deelname van de klokkenluider aan misstanden mag zich niet tegen hem keren na een melding. Het huis blijft daarom verschoond van de verplichting aangifte te doen van strafbare feiten van de klokkenluider.

²⁶ Dit wordt wel subrogatie genoemd.

²⁷ Kamerstukken I, vergaderjaar 2013–2014, 33 258, nr. A

Derde lid

De voorgestelde klokkenluidersbescherming blijft beperkt tot in Nederland gevestigde klokkenluiders met openbaringen over in Nederland gevestigde organisaties.

De klokkenluidersbescherming is vormgegeven zonder aanduiding van de term “misstand”. Deze term zou om nadere opheldering vragen. De Grondwet kent echter anders dan veel andere formele wetten geen artikel met definiërende bepalingen. Daarom is de term “misstand” niet gebruikt.²⁸ Met de term “schending van wettelijke voorschriften” wordt aangegeven dat niet iedere vorm van ongewenst doen of nalaten tot de grondwettelijke reguleringsopdracht behoort. Wil de wetgever buitenwettelijk ongewenst gedrag onder de klokkenluidersbescherming brengen dan wordt hem dat niet verboden maar wel ontraden.

De zinsnede “algemeen belang” is ontleend aan artikel 14 Grondwet dat handelt over onteigening. Private belangen mogen geen rol spelen bij klokkenluidersbescherming. Een winstoogmerk of gevoelens van rancune bij de melder mogen niet doorslaggevend zijn; evenmin mogen eigen visies van de melder op het bedrijfsbeleid van een onderneming een rol spelen.

Met de zinsnede “algemeen belang” wordt ook tot uitdrukking gebracht dat het melden van een incidentele schendingen van een schending van een voorschriften met een lichte sanctie geen melding in het algemeen belang hoeft te zijn. Er moeten concrete publieke belangen op het spel staan (veiligheid, volksgezondheid, etc.). Het afwegingsproces om vast te stellen of er gevaren zijn voor publieke belangen wordt overgelaten aan het Huis voor Klokkenluiders. Uiteraard zal in een rechtsstaat als de onze het laatste woord zijn aan de onafhankelijke rechter.

Vierde lid

Wat betreft de handelsreclame zijn geen vernieuwingen beoogd ten opzichte van het huidige artikel 7.

Baboeram
Van Gennep
Lindeman
Munneke
Van Zuidam

²⁸ Tegen het gebruik van een helder gedefinieerde term misstand in organieke wetgeving bestaat geen bezwaar.