



RAAD VAN STATE

afdeling Wetgeving

advies 72.761/1
van 20 februari 2023

over

een voorontwerp van decreet ‘tot bescherming van
klokkenluiders in het onderwijs in de Vlaamse Gemeenschap’

Op 19 december 2022 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Vlaamse minister van Onderwijs, Sport, Dierenwelzijn en Vlaamse Rand verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een voorontwerp van decreet ‘tot bescherming van klokkenluiders in het onderwijs in de Vlaamse Gemeenschap’.

Het voorontwerp is door de eerste kamer onderzocht op 2 februari 2023. De kamer was samengesteld uit Marnix VAN DAMME, kamervoorzitter, Wouter PAS en Inge VOS, staatsraden, Michel TISON en Johan PUT, assessoren, en Greet VERBERCKMOES, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Tim CORTHAUT, eerste auditeur.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 20 februari 2023.

*

1. Met toepassing van artikel 84, § 3, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, heeft de afdeling Wetgeving zich beperkt tot het onderzoek van de bevoegdheid van de steller van de handeling, van de rechtsgrond¹, alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.

*

STREKKING VAN HET VOORONTWERP

2.1. Het om advies voorgelegde voorontwerp van decreet strekt tot de gedeeltelijke omzetting² van richtlijn (EU) 2019/1937 van het Europees Parlement en de Raad van 23 oktober 2019 ‘inzake de bescherming van personen die inbreuken op het Unierecht melden’ met betrekking tot het onderwijs in de Vlaamse Gemeenschap.

2.2. Hoofdstuk 2 van het voorontwerp bevat een autonome regeling met betrekking tot het niet-hoger onderwijs.

Afdeling 1 bevat de definities (artikel 3).

Afdeling 2 bepaalt het materieel toepassingsgebied, met de relevante inbreuken die onder de klokkenluidersregeling vallen (artikel 4), bepaalde uitzonderingen (artikel 5) en een aantal rechten waaraan deze regeling geen afbreuk doet (artikel 6).

Afdeling 3 regelt de meldkanalen; elke instelling moet een intern meldkanaal hebben (artikel 8) en daarnaast wordt de Vlaamse Ombudsdienst het externe meldkanaal (artikel 9). Personeelsleden moeten in beginsel het interne meldkanaal gebruiken, tenzij de inbreuk intern niet doeltreffend kan worden behandeld of er een risico op represailles bestaat; externen kunnen bij het externe meldkanaal terecht, al kan de onderwijsinstelling het interne kanaal ook openstellen voor derden (artikel 10, § 1); artikel 10, § 2, regelt in welke gevallen men nog bescherming kan krijgen onder de klokkenluidersregeling als de inbreuk openbaar gemaakt werd.

Afdeling 4 bevat gemeenschappelijke bepalingen voor interne en externe meldingen. Artikel 11 regelt het medium van de melding, artikel 12 de opvolging van de melding en artikel 13 organiseert de doorzending indien een ander meldkanaal bevoegd is.

Afdeling 5 creëert een kader voor de verwerking van persoonsgegevens. Artikel 14 verplicht elk meldkanaal tot het bijhouden van een register. Artikel 15 regelt de verwerking en uitwisseling van gegevens door en tussen de meldkanalen. Artikel 16 verbiedt meldkanalen feiten openbaar te maken die het economische, financiële of commerciële belang van een instelling kunnen schaden, tenzij dat noodzakelijk is voor de opvolging van de melding.

Afdeling 6 strekt tot instelling van een informatiewebsite over de klokkenluidersregeling (artikel 17).

¹ Aangezien het gaat om een voorontwerp van decreet, wordt onder “rechtsgrond” de overeenstemming met de hogere rechtsnormen verstaan.

² De omzettingstermijn is verstreken op 17 december 2021.

Afdeling 7 bevat de beschermingsmaatregelen van melders, facilitatoren en derden (artikel 18, § 1), waarbij instellingen en personen die represailles nemen in strijd met de regeling, bestraft kunnen worden met administratieve en/of tuchtrechtelijke sancties (artikelen 18, § 2, en 19). Artikel 18, § 3, voert een vermoeden in van represaille als beschermde personen worden benadeeld. Artikel 18, §§ 4 en 5, regelt de eigen aansprakelijkheid van de melder. Artikel 20 sluit andersluidende contractuele bedingen uit.

2.3. Hoofdstuk 3 van het voorontwerp strekt tot wijziging van de Codex Hoger Onderwijs van 11 oktober 2013 teneinde daarin een specifieke klokkenluidersregeling voor het hoger onderwijs in te voeren.

Er wordt via wijzigingen in deel 4 een extern meldpunt georganiseerd onder de personeelsleden van het college van commissarissen (artikelen 21 tot 24). Er wordt ook een nieuwe titel 3/1 over de bescherming van klokkenluiders ingevoerd in deel 5 van de Codex met een regeling die vrijwel analoog is aan de hoger vermelde regeling voor het niet-hoger onderwijs (artikel 25). Hoofdstuk 1 bevat de definities (artikelen 26 en 27). Hoofdstuk 2 omschrijft het materieel toepassingsgebied (artikelen 28 tot 32). Hoofdstuk 3 stelt het interne meldkanaal in en regelt de toegang tot het externe meldkanaal (artikelen 33 tot 36). Hoofdstuk 4 bevat gemeenschappelijke bepalingen voor de interne en externe meldingen (artikelen 38 tot 40). Hoofdstuk 5 regelt de verwerking van gegevens (artikelen 41 tot 44). Hoofdstuk 6 strekt tot instelling van een informatiewebsite over de klokkenluidersregeling (artikelen 45 en 46). Hoofdstuk 7 bevat de beschermingsmaatregelen (artikelen 48 tot 50).

2.4. Het aan te nemen decreet treedt in werking op de dag na de bekendmaking van het decreet in het *Belgisch Staatsblad*.

VORMVEREISTEN

3. Het voorontwerp bevat bepalingen die de verwerking van persoonsgegevens regelen.³

Bij de adviesaanvraag is advies nr. 2022/109 gevoegd dat de Vlaamse toezichtcommissie voor de verwerking van persoonsgegevens (VTC) op 30 november 2022 over het voorontwerp heeft uitgebracht.

³ Zie onder meer artikel 15 van het voorontwerp en het ontworpen artikel V.230/14 van de Codex Hoger Onderwijs (artikel 43 van het voorontwerp).

Het staat de Vlaamse overheid vrij een eigen toezichthoudende autoriteit op te richten met de adviesbevoegdheden vervat in artikel 36, lid 4, van de algemene verordening gegevensbescherming (AVG).^{4,5} Artikel 51, lid 3, AVG bepaalt evenwel dat wanneer er in een lidstaat meer dan één toezichthoudende autoriteit is gevestigd, die lidstaat de toezichthoudende autoriteit aanwijst die die autoriteiten in het Europees Comité voor gegevensbescherming moet vertegenwoordigen en de procedure moet vaststellen om ervoor te zorgen dat de andere autoriteiten de regels in verband met het in artikel 63 bedoelde coherentiemechanisme naleven. De VTC voldoet op dit ogenblik niet aan de procedurele vereisten van de AVG, nu die instelling niet als dusdanig werd aangemeld bij de Europese Commissie en er geen procedure werd vastgesteld ter uitvoering van artikel 51, lid 3, AVG.⁶

Zolang daaraan niet is verholpen,⁷ moet de federale Gegevensbeschermingsautoriteit (GBA) overeenkomstig artikel 36, lid 4, van de AVG worden geraadpleegd over alle voorontwerpen van decreet, besluit van de Vlaamse Regering of ministerieel besluit die betrekking hebben op de verwerking van persoonsgegevens.⁸

De conclusie is dan ook dat het advies van de Gegevensbeschermingsautoriteit alsnog moet worden ingewonnen vooraleer het voorontwerp doorgang kan vinden.

Indien de aan de Raad van State voorgelegde tekst ten gevolge van het inwinnen van het voornoemde advies nog wijzigingen zou ondergaan,⁹ moeten de gewijzigde of toegevoegde bepalingen, ter inachtneming van het voorschrift van artikel 3, § 1, eerste lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, alsnog aan de afdeling Wetgeving worden voorgelegd.

BEVOEGDHEID

4.1. Op grond van de bevoegdheid van de Vlaamse Gemeenschap voor onderwijs (artikel 127 van de Grondwet) is de Vlaamse decreetgever bevoegd om voor het personeel van de onderwijsinstellingen in een klokkenluidersregeling te voorzien.

⁴ Verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 ‘betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EG (algemene verordening gegevensbescherming)’.

⁵ GwH 16 februari 2023, nr. 26/2023, B.30.1 tot B.30.10; Zie, voorafgaand aan het voormelde arrest van het Grondwettelijk Hof, adv.RvS 61.267/2/AV van 27 juni 2017 over het voorontwerp dat heeft geleid tot de wet van 3 december 2017, *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 54-2648/001, 106-121.

⁶ GwH 16 februari 2023, nr. 26/2023, B.30.7 tot B.30.9.

⁷ Hierbij is rekening te houden met de bepalingen van de BWHI die betrekking hebben op de samenwerking tussen de federale overheid, de gemeenschappen en de gewesten en, in voorkomend geval, met de uit die bepalingen en uit het evenredigheidsbeginsel voortvloeiende verplichtingen tot het sluiten van samenwerkingsakkoorden (GwH 16 februari 2023, nr. 26/2023, B.30.9).

⁸ GwH 16 februari 2023, nr. 26/2023, B.30.3 en B.30.9.

⁹ Namelijk andere wijzigingen dan diegene waarvan in dit advies melding wordt gemaakt, of wijzigingen die ertoe strekken tegemoet te komen aan hetgeen in dit advies wordt opgemerkt.

De voorwaarde hiervoor is wel dat in essentie de rechtspositie van het personeel van de onderwijsinstellingen wordt geregeld, en niet zozeer de handhaving van de rechtsregels waarvan de inbreuk wordt gemeld. Die handhaving behoort immers tot de bevoegdheid van de overheid tot wier materiële bevoegdheid ook de rechtsregels behoren waarvan de inbreuk wordt gemeld.

De ontworpen regeling is dus in overeenstemming met de bevoegdheidsverdelende regels, indien niet, rechtstreeks of onrechtstreeks de handhaving wordt geregeld van materiële rechtsregels waarvan inbreuken worden gemeld. Een dergelijke regeling kan dan worden toegepast ongeacht of de meldingen van inbreuken betrekking hebben op aangelegenheden die tot de bevoegdheid van de federale overheid, dan wel van de gemeenschappen of de gewesten behoren.¹⁰

4.2. Het om advies voorgelegde voorontwerp voorziet in een regeling voor de bescherming van klokkenluiders die inbreuken melden die worden begaan door een van de in artikel 3, 7°, van het voorontwerp en het ontworpen artikel V.230/1, 7°, van de Codex Hoger Onderwijs vermelde instellingen. Vastgesteld dient te worden dat de toepassing van het aan te nemen decreet niet beperkt is tot de meldingen van inbreuken in gebieden die tot de bevoegdheid van de Vlaamse Gemeenschap behoren. Het ontwerpdecreet is van toepassing op elke inbreuk opgesomd in artikel 4 van het voorontwerp of het ontworpen artikel V.230/2 van de Codex Hoger Onderwijs begaan door een van die instellingen, ongeacht of de meldingen van inbreuken betrekking hebben op aangelegenheden die tot de bevoegdheid van de federale overheid, dan wel van de gemeenschappen of de gewesten behoren.

De in de ontworpen regeling opgesomde gebieden stemmen overeen met hetgeen wordt bepaald in artikel 2, lid 1, a), i) tot x), b) en c) van richtlijn (EU) 2019/1937.

In de memorie van toelichting wordt dit materieel toepassingsgebied als volgt verantwoord:

“De bescherming van klokkenluiders moet ten minste gelden voor melders van de in artikel 2 van de klokkenluidersrichtlijn vermelde inbreuken. De bijlage bij de klokkenluidersrichtlijn somt de concrete EU-regelgeving op die onder dit toepassingsgebied valt. Het gaat om inbreuken in de volgende gebieden:

- overheidsopdrachten;
- financiële diensten, producten en markten, voorkoming van witwassen van geld en terrorismefinanciering;
- productveiligheid en productconformiteit;
- veiligheid van het vervoer;
- bescherming van het milieu;
- stralingsbescherming en nucleaire veiligheid;
- veiligheid van levensmiddelen en diervoeders, diergezondheid en dierenwelzijn;
- volksgezondheid;
- consumentenbescherming;
- bescherming van de persoonlijke levenssfeer en persoonsgegevens, en beveiliging van netwerk- en informatiesystemen;

¹⁰ Adv.RvS 71.163/VR/3 van 3 juni 2022 over een voorontwerp dat heeft geleid tot de wet van 28 november 2022 ‘betreffende de bescherming van melders van inbreuken op het Unie- of nationale recht vastgesteld binnen een juridische entiteit in de private sector’ (*Parl.St.* Kamer 2022-23, nr. 2912/1) en adv.RvS 71.880/1/V van 2 september 2022 over een voorontwerp dat heeft geleid tot diezelfde wet van 28 november 2022 (*Parl.St.* Kamer 2022-23, nr. 2912/1).

- fraude, waardoor de financiële belangen van de Unie geschaad worden;
- inbreuken in verband met de interne markt, met inbegrip van Inbreuken op het gebied van mededinging en staatssteun.

Het Vlaamse onderwijs is niet door al deze gebieden gevat. De impact van de klokkenluidersbescherming op het Vlaamse onderwijs zal naar verwachting dan ook eerder beperkt zijn en vermoedelijk vooral betrekking hebben op het hoger Onderwijs.

Door het toepassingsgebied beperkt te houden, spreekt de overheid haar vertrouwen en waardering uit over de andere meldpunten en controleorganen die nu al bestaan. (...).”

4.3. Op grond van de voormelde bevoegdheidsgrondslagen vermag de decreetgever, onder voorbehoud van opmerking 4.4, inderdaad in een regeling te voorzien voor de bescherming van klokkenluiders die inbreuken melden, begaan door de bedoelde instellingen, ongeacht of de meldingen van inbreuken betrekking hebben op aangelegenheden die tot de bevoegdheid van de gemeenschappen of de gewesten, dan wel van de federale overheid behoren. De voorwaarde is wel dat in essentie de bescherming van klokkenluiders bij die instellingen wordt geregeld, en niet zozeer de handhaving van de rechtsregels waarvan de inbreuk wordt gemeld. Die handhaving behoort immers tot de bevoegdheid van de overheid tot wier materiële bevoegdheid ook de rechtsregels behoren waarvan de inbreuk wordt gemeld.

4.4. Uit de ontworpen regeling blijkt dat meldpunten kunnen beslissen om klachten niet in ontvangst te nemen omdat de inbreuk van geringe betekenis zou zijn¹¹, hetgeen een inhoudelijke beoordeling lijkt te impliceren, mogelijk ook in een aangelegenheid waarvoor de Vlaamse Gemeenschap niet bevoegd is. In het licht hiervan gevraagd hoe de opvolging van de meldingen wordt geregeld, antwoordde de gemachtigde:

“Er kan van de meldkanalen niet verwacht worden dat zij inhoudelijk op de hoogte zijn van alle materies waarover een inbreuk gemeld wordt. Het Klokkenluidersdecreet gaat over de bescherming van de melder, niet over de behandeling van de klacht. Vanzelfsprekend kan een meldkanaal bijkomende informatie over een materie inwinnen indien zij dat nodig acht.

In dat geval, zoals in de hele procedure van de behandeling van een melding, moeten de regels van de algemene verordening gegevensbescherming en de geheimhouding van informatie nageleefd worden.”

Hieruit blijkt dat het niet de bedoeling is om de handhaving te regelen van federale rechtsregels waarvan de inbreuk wordt gemeld.

Deze bedoeling dient evenwel duidelijker tot uitdrukking te worden gebracht in artikel 12, § 1, tweede lid, van het voorontwerp en het ontworpen artikel V.230/11, § 1, tweede lid. Aldus moet blijken dat de draagwijdte ervan beperkt is tot de loutere bescherming van de klokkenluiders in kwestie en dat niet, rechtstreeks of onrechtstreeks, de handhaving wordt geregeld van materiële rechtsregels van de federale overheid of de gewesten.¹²

¹¹ Artikel 12, § 1, tweede lid, van het voorontwerp; ontworpen artikel V.230/11, § 1, tweede lid, van de Codex Hoger Onderwijs (artikel 39 van het voorontwerp).

¹² In het andere geval moet met de federale overheid en de gewesten immers een samenwerkingsakkoord worden gesloten waarin naast de bescherming van de melders ook de handhaving van de rechtsregels waarop de inbreuken betrekking hebben, wordt geregeld.

Bovendien moet de ontworpen regeling worden aangevuld met een mechanisme om de melding in die gevallen naar een relevant orgaan van een andere overheid te kunnen doorsturen.

Om de volledige omzetting van richtlijn (EU) 2019/1937 te bewerkstelligen, komt het dan immers aan iedere overheid, met inbegrip van de federale overheid en de gewesten, toe om voor de aangelegenheden die tot haar bevoegdheid behoren, die handhaving te regelen.

Onder dat voorbehoud kan de ontworpen regeling worden aanvaard.

5.1. De ontworpen beschermingsmaatregelen gelden ook voor externen die meldingen van inbreuken hebben gedaan, evenals voor facilitatoren en derden die verbonden zijn met melders, alsook voor getuigen.¹³ Het gaat daarbij dus ook om personen die niet noodzakelijkerwijs een band hebben met een van de in artikel 3, 7°, van het voorontwerp en het ontworpen artikel V.230/1, 7°, van de Codex Hoger Onderwijs (artikel 27 van het voorontwerp) vermelde instellingen.

5.2. In het voormelde advies 71.163/VR/3 van 3 juni 2022 heeft de Raad van State, afdeling Wetgeving, omtrent die facilitatoren en externen het volgende opgemerkt:

“3.5.4. Voorts moet worden vastgesteld dat de ontworpen regeling niet alleen voorziet in de bescherming van werknemers, zelfstandigen, aandeelhouders en personen die behoren tot het bestuurlijk, leidinggevend of toezichthoudend orgaan van een onderneming, met inbegrip van niet bij het dagelijkse bestuur betrokken leden, vrijwilligers en bezoldigde of onbezoldigde stagiairs,¹⁴ waarvan onder voorbehoud van hetgeen hiervoor is opgemerkt zou kunnen worden aangenomen dat de regeling ervan behoort tot het arbeidsrecht, het bedrijfsleven, het handelsrecht of het vennootschapsrecht. Luidens artikel 7, § 4, van het voorontwerp zijn de in hoofdstukken 6 en 7 van dat artikel vervatte beschermingsmaatregelen ter bescherming van melders in voorkomend geval van toepassing op facilitators en derden. In paragraaf 6 van hetzelfde artikel wordt bepaald dat de ontworpen regeling van toepassing is op ‘melders die informatie melden die ze hebben verkregen *buiten een werkgerelateerde context*, indien zij een inbreuk melden op de bepalingen als bedoeld in artikelen 3, §1, 2°, en 5, 1°’ (cursivering toegevoegd).

Opdat de federale overheid zich zou kunnen beroepen op haar bevoegdheid inzake arbeidsrecht, moet er zoals vermeld gewag kunnen worden gemaakt van een arbeidsrelatie. Ofschoon dat niet een regeling uitsluit die betrekking heeft op de wervingsprocedure of andere precontractuele onderhandelingen, of op een beëindigde arbeidsrelatie,¹⁵ lijkt er in hoofde van de facilitator op geen enkele wijze gewag te kunnen worden gemaakt van een arbeidsrelatie.¹⁶ In artikel 8, 10°, van het voorontwerp wordt dat begrip immers gedefinieerd als ‘een natuurlijke persoon die een melder bijstaat in het meldingsproces en wiens bijstand vertrouwelijk moet zijn’. Het loutere gegeven dat een natuurlijke persoon de melder *bijstaat* impliceert echter op geen enkele wijze een arbeidsrelatie, noch met de melder, noch met de juridische entiteit waarmee die melder verbonden is. Vermits in artikel 7, § 6, van het voorontwerp gewag wordt gemaakt van ‘melders die informatie melden die ze hebben

¹³ Artikel 18, § 1, vierde lid, van het voorontwerp; ontworpen artikel V.230/17, § 1, vierde lid, van de Codex Hoger Onderwijs (artikel 48 van het voorontwerp).

¹⁴ Voetnoot 16 van het aangehaalde advies: Artikel 7, § 1, 1° tot 3°, van het voorontwerp.

¹⁵ Voetnoot 17 van het aangehaalde advies: Zie artikel 7, §§ 2 en 3, van het voorontwerp.

¹⁶ Voetnoot 18 van het aangehaalde advies: Wat de in artikel 7, § 4, 2°, van het voorontwerp vermelde derden betreft, lijkt dat probleem zich niet voor te doen aangezien de bescherming die deze bepaling beoogt te bieden enkel ertoe strekt te vermijden dat zij “het slachtoffer kunnen worden van represailles in een *werkgerelateerde context*”.

verkregen *buiten een werkgerelateerde context*’ (cursivering toegevoegd), lijkt er in dat geval ook geen arbeidsrelatie te zijn.

Hetzelfde geldt wat de bevoegdheid van de federale overheid inzake het bedrijfsleven, het handelsrecht en het vennootschapsrecht betreft.”

5.3. Net zoals de federale overheid zich niet op haar bevoegdheid voor het arbeidsrecht kon beroepen om de bescherming te regelen van personen die buiten een werkgerelateerde context vallen, kan de onderwijsdecreetgever geen bescherming bieden voor personen die niet verbonden zijn aan een onderwijsinstelling.

Om de volledige omzetting van richtlijn (EU) 2019/1937 te bewerkstelligen en om de wederzijdse bescherming van voormelde externen, facilitatoren en derden te verzekeren die niet vallen onder de eigen bevoegdheid van de overheid die personele jurisdictie heeft over de melder¹⁷, verdient het dan ook aanbeveling om hiervoor een samenwerkingsakkoord te sluiten. Daarbij kunnen de verschillende overheden afspreken om wederzijds de externen, facilitatoren en derden te beschermen die onder hun personele jurisdictie vallen, ook al is de melding gebeurd bij een meldkanaal van een andere bevoegde overheid.

6. De federale overheid is op basis van haar residuaire bevoegdheden bevoegd voor de algemene regels inzake contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid. Voor artikel 18, §§ 4 en 5, van het voorontwerp en het ontworpen artikel V.230/17, §§ 4 en 5, van de Codex Hoger Onderwijs (artikel 48 van het voorontwerp), zal dan ook moeten worden aangetoond dat aan de voorwaarden voor de uitoefening van de impliciete bevoegdheden voldaan is.

Enkel indien voldaan is aan de voorwaarden voor de toepassing van artikel 10 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ‘tot hervorming der instellingen’ kan de decreetgever bevoegd worden geacht om de in voormelde ontworpen bepalingen opgenomen regels inzake aansprakelijkheid aan te nemen. Het verdient aanbeveling om in dat geval in de memorie van toelichting aan te tonen dat aan deze voorwaarden is voldaan.

ALGEMENE OPMERKINGEN

A. De overeenstemming met richtlijn (EU) 2019/1937

7. Het voorontwerp vormt op sommige punten slechts een onvolledige omzetting van de richtlijn.

Zo moet het voorontwerp voor het niet-hoger onderwijs worden aangevuld met een bepaling die de wetsevaluatie organiseert, ter omzetting van artikel 14 van de richtlijn.¹⁸

¹⁷ Deze externen, facilitatoren en derden zullen dus bescherming moeten verkrijgen via de regeling van een andere overheid.

¹⁸ Voor het hoger onderwijs is dat wel geregeld via het ontworpen artikel IV.104, vierde lid, van de Codex Hoger Onderwijs (artikel 24, 2°, van het voorontwerp).

Uit de omzettingstabel blijkt eveneens dat de stellers van het voorontwerp de door artikel 20, lid 1, c), van de richtlijn vereiste rechtshulp, juridisch advies en andere rechtsbijstand als een federale aangelegenheid beschouwen. Daar kan slechts mee worden ingestemd voor zover het gaat om rechtshulp via de federale justitie. Niets belet de Vlaamse overheid echter om zelf juridisch advies en rechtsbijstand te verstrekken aan personeelsleden die onder haar bevoegdheid vallen, hetgeen immers een aspect uitmaakt van de voordelen die het aan die personeelsleden kan – en in dit geval, gelet op de richtlijn, moet – toekennen.

8. Luidens artikel 5 van het voorontwerp is de ontworpen regeling onder meer niet van toepassing op het melden van informatie waarvan de bekendmaking niet is toegestaan om reden van de bescherming van het medisch beroepsgeheim en de bescherming van het beroepsgeheim (artikel 5, 3° en 4°). Nog los van de vaststelling dat ‘medisch beroepsgeheim’ reeds valt onder de term ‘beroepsgeheim’, rijst de vraag naar de overeenstemming met artikel 3, lid 3, b), van richtlijn (EU) 2019/1937 dat in een uitzondering voorziet wat betreft “de bescherming van het beroepsgeheim van advocaten en van het medisch beroepsgeheim”.

9.1. Gevraagd om te verduidelijken welke bepaling van de richtlijn wordt omgezet bij artikel 16 en het ontworpen artikel V.230/15 van de Codex (artikel 44) – en waarom de ontworpen regeling beperkt is tot instellingen en geen betrekking heeft op natuurlijke personen, antwoordde de gemachtigde:

“Bij de artikelen 16 en V.230/15 van het decreet wordt artikel 16, vierde lid, van de klokkenluidersrichtlijn omgezet. Als er in deze artikelen sprake is van ‘meldkanalen’ slaat dit zowel op het meldkanaal als instelling als op de personen die deel uitmaken van het meldkanaal. Ook in andere artikelen zoals artikel 15, § 6 en V.230/14, § 6 wordt in een dergelijke algemene zin het begrip ‘meldkanalen’ gebruikt.”

9.2. Artikel 16 van de richtlijn luidt echter als volgt:

“Geheimhoudingsplicht

1. De lidstaten zorgen ervoor dat de identiteit van de melder niet zonder zijn uitdrukkelijke toestemming bekend wordt gemaakt aan anderen dan de gemachtigde personeelsleden die bevoegd zijn voor de ontvangst of de opvolging van meldingen. Dit geldt tevens voor alle andere informatie aan de hand waarvan direct of indirect de identiteit van de melder kan worden achterhaald.

2. In afwijking van lid 1 mag de identiteit van de melder en enige andere informatie bedoeld in lid 1 uitsluitend worden bekendgemaakt indien het gaat om een noodzakelijke en evenredige verplichting krachtens het Unie- of het nationale recht in het kader van onderzoek door nationale autoriteiten of gerechtelijke procedures, mede ter waarborging van de rechten van verdediging van de betrokkene.

3. Voor bekendmakingen op grond van de in lid 2 bedoelde afwijking gelden passende waarborgen volgens de toepasselijke Unie- en nationale voorschriften. Meer bepaald worden melders, voordat hun identiteit wordt bekendgemaakt, daarvan in kennis gesteld, tenzij die informatie de gerelateerde onderzoeken of gerechtelijke procedures in gevaar zou brengen. De bevoegde autoriteit stuurt de melders een schriftelijke toelichting over de redenen voor de bekendmaking van de vertrouwelijke gegevens toe.

4. De lidstaten zorgen ervoor dat bevoegde autoriteiten die informatie over inbreuken met bedrijfsgeheimen ontvangen, die bedrijfsgeheimen niet gebruiken of

bekendmaken voor andere doeleinden dan hetgeen noodzakelijk is voor een gedegen opvolging.”

9.3. De ontworpen regeling zoals vervat in artikel 16 van het voorontwerp en het ontworpen artikel V.230/15 van de Codex (artikel 44) is dus van een andere orde dan wat artikel 16, lid 4, van de richtlijn beoogt. Zoals de ontworpen bepalingen zijn geformuleerd, gaat het immers niet zozeer om de bescherming van bedrijfsgeheimen, maar om een bescherming van de reputatie van de betrokken instellingen, doordat de meldkanalen geen enkel feit dat het economische, financiële of commerciële belang van de instelling kan schaden, mogen bekendmaken.

Deze discrepantie dient te worden verholpen waarbij de tekst van de ontworpen bepalingen meer in overeenstemming dient te worden gebracht met de tekst van artikel 16, lid 4, van richtlijn (EU) 2019/1937.

B. Het toepassingsgebied van de ontworpen regeling

10.1. Zoals hoger reeds werd opgemerkt, is de ontworpen regeling van toepassing op elke inbreuk die een instelling begaat en die wordt opgesomd in artikel 4 van het voorontwerp of het ontworpen artikel V.230/2 van de Codex Hoger Onderwijs (artikel 29 van het voorontwerp), welke lijst van gebieden overeenstemt met hetgeen wordt bepaald in artikel 2, lid 1, a), i) tot x), b) en c), van richtlijn (EU) 2019/1937.

In het voorontwerp wordt in algemene bewoordingen gewag gemaakt van inbreuken die betrekking hebben op de in de punten 1°, a) tot j), vermelde gebieden. Daardoor vallen niet alleen meldingen die betrekking hebben op inbreuken op wets- of reglementaire bepalingen genomen ter uitvoering van Europese verordeningen of ter omzetting van de in de bijlage bij richtlijn (EU) 2019/1937 vermelde richtlijnen onder het toepassingsgebied van de ontworpen regeling, maar tevens meldingen die betrekking hebben op inbreuken op andere bepalingen in die gebieden, die niet strekken tot uitvoering van verordeningen of tot omzetting van de voormelde richtlijnen, zodat op die wijze het toepassingsgebied van de ontworpen regeling ruimer is dan de omzetting van richtlijn (EU) 2019/1937 vereist.

Nagegaan dient te worden of dit in overeenstemming is met de bedoeling van de stellers van het voorontwerp.

10.2. De gemachtigde heeft voorts bevestigd dat geen gebruik wordt gemaakt van de mogelijkheid om met toepassing van artikel 2, lid 2, van richtlijn (EU) 2019/1937 het materiële toepassingsgebied uit te breiden. Daarbij moet worden opgemerkt dat de federale overheid wel van die mogelijkheid gebruik heeft gemaakt voor de private sector, wat betreft fiscale en sociale fraude.¹⁹ Dat heeft echter tot gevolg dat afhankelijk van de aard van de gemelde inbreuk melders al dan niet beschermd zullen worden.

¹⁹ Artikel 2, 1°, k) en l), van de wet van 28 november 2022.

10.3. In advies 71.880/1/V van 2 september 2022 merkte de Raad van State, afdeling Wetgeving, inzake het toepassingsgebied van de betrokken klokkenluidersregeling het volgende op:

“5.3. Bij het bepalen van het toepassingsgebied van de ontworpen regeling vermag de wetgever er rekening mee te houden dat in bepaalde rechtsgebieden de melding van inbreuken door klokkenluiders een belangrijk instrument is om de handhaving van rechtsregels te verzekeren, hetzij omdat die gebieden, meer dan andere, fraudegevoelig zijn, hetzij omdat het in die gebieden moeilijker is dan in andere om inbreuken vast te kunnen stellen wanneer geen beroep kan worden gedaan op klokkenluiders die van de ontworpen regeling genieten.

Bovendien mag de wetgever ook een afweging maken tussen, enerzijds, de baten die uit de ontworpen regeling voortvloeien in termen van een verbeterde handhaving van regelgeving en, anderzijds, de lasten die de ontworpen regeling met zich brengt, zowel voor de juridische entiteiten in de private sector, die verplicht worden om interne meldingskanalen op te zetten, als voor de door de Koning aan te wijzen bevoegde autoriteiten, die onafhankelijke en autonome externe meldingskanalen moeten opzetten. Bij het maken van die afweging kan overigens rekening worden gehouden met hetgeen hiervoor werd opgemerkt over het (verhoogde) belang van de melding door klokkenluiders in bepaalde rechtsgebieden: in gebieden die bijzonder fraudegevoelig zijn, of waarin de vaststelling van inbreuken zonder een beroep te kunnen doen op klokkenluiders moeilijker is, zullen de baten hoger zijn, en dus makkelijker opwegen tegen de lasten die uit de ontworpen regeling voortvloeien, dan in andere rechtsgebieden.

5.4. Het voorgaande neemt niet weg dat moet worden nagegaan of het verschil in behandeling dat uit de ontworpen regeling voortvloeit, evenredig is met het door de wetgever nagestreefde doel. Bij die evenredigheidstoets moet er rekening mee worden gehouden dat de bescherming die aan klokkenluiders wordt gegeven, er niet alleen toe strekt de handhaving te versterken van de rechtsregels waarvan inbreuken worden gemeld. Zoals in de memorie van toelichting wordt erkend, wordt met die bescherming ook in hoofde van de klokkenluider een grondrecht gewaarborgd, namelijk het recht op vrije meningsuiting:

‘Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens heeft het verschijnsel klokkenluiden behandeld vanuit het perspectief van het recht op vrijheid van meningsuiting, dat is vastgelegd in artikel 10 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens (hierna ‘EVRM’). Het recht op vrijheid van meningsuiting, dat zowel de inhoud van de informatie, ideeën en meningen als de wijze waarop deze worden verspreid beschermt, omvat in feite het recht om misstanden te melden.’

5.5. Het recht op vrije meningsuiting impliceert niet dat in alle rechtsgebieden in een beschermingsmechanisme moet worden voorzien zoals datgene dat uit de ontworpen regeling voortvloeit. Evenwel moet erop worden toegezien dat in de gebieden waarin de ontworpen regeling niet van toepassing is, en klokkenluiders derhalve niet de bescherming genieten die uit die regeling voortvloeit, zij voldoende beschermd zijn opdat zou zijn voldaan aan de vereisten die uit de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens voortvloeien. Indien dat niet het geval zou zijn, zou het verschil in behandeling dat uit het beperkte toepassingsgebied van de ontworpen regeling voortvloeit, niet evenredig zijn met het door de wetgever nagestreefde doel en derhalve niet bestaanbaar zijn met het grondwettelijk beginsel van gelijkheid en niet discriminatie.

Zo vloeit, bijvoorbeeld, uit het arrest *Heinisch* van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens voort dat het ontslag om dringende redenen van een werknemer die een strafklacht heeft ingediend tegen zijn werkgever in bepaalde omstandigheden een

schending inhoudt van artikel 10 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens.²⁰ Uit de in de memorie van toelichting aangehaalde rechtspraak van, onder meer, het arbeidshof van Luik en van het arbeidshof van Brussel blijkt evenwel dat een ontslag van een werknemer omdat die bepaalde onregelmatigheden heeft aangeklaagd, als onrechtmatig kan worden beschouwd,²¹ waarbij die rechtscollages rekening houden met de voormelde rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens.²² Gelet hierop kan worden aangenomen dat buiten de in artikel 2, 1°, van het voorontwerp vermelde gebieden een werknemer in de private sector die onregelmatigheden zou melden, voldoende beschermd is tegen een ontslag om dringende redenen, zodat zijn recht op vrije meningsuiting wat dat punt betreft voldoende is gewaarborgd.

De stellers van het voorontwerp zullen zich er echter moeten van vergewissen of er geen gevallen zijn buiten de in artikel 2, 1°, van het ontwerp vermelde gebieden waar het ontbreken van enige bescherming van klokkenluiders kan resulteren in de schending van hun recht op vrije meningsuiting omdat niet zou zijn voldaan aan de vereisten die uit de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens voortvloeien. In dat geval zou het toepassingsgebied van de ontworpen regeling, eventueel met de nodige aanpassingen, moeten worden uitgebreid tot die gevallen.”²³

De hiervoor aangehaalde opmerkingen uit het advies 71.880/1/V gelden ook voor het voorliggende voorontwerp.²⁴

C. Bescherming van anonieme melders

11.1. De artikelen 18, § 1, derde lid, van het voorontwerp en het ontworpen artikel V.230/17, § 1, derde lid, van de Codex Hoger Onderwijs (artikel 48 van het voorontwerp) bepalen dat indien de anonieme melder na een tijd alsnog geïdentificeerd wordt, deze wordt beschouwd alsof de identiteit initieel gekend was²⁵ en dat de melder bijgevolg met terugwerkende kracht de bescherming geniet zoals opgenomen in dit decreet.

Aldus wordt beoogd tevens bescherming te bieden aan melders die aanvankelijk anoniem waren, zodat ze ook beschermd zullen worden voor represailles die hebben plaatsgevonden vóór ze als melder werden geïdentificeerd.

²⁰ Voetnoot 16 van het aangehaalde advies: EHRM 21 juli 2011, *Heinisch t. Duitsland*, § 93. Vereist is dat de informatie die openbaar wordt gemaakt van algemeen belang is en dat door de melder wordt nagegaan dat ze accuraat en betrouwbaar is, dat voor zover als mogelijk in eerste instantie gebruik wordt gemaakt van interne procedures om de feiten aan te klagen, dat de melder te goeder trouw handelt en dat rekening wordt gehouden met het nadeel dat de werkgever ondervindt.

²¹ Voetnoot 17 van het aangehaalde advies: Arbeidshof Luik 26 november 2012, Soc.Kron. 2013, 209-212; Arbeidshof Brussel 25 april 2018, JTT 2019, 11-15.

²² Voetnoot 18 van het aangehaalde advies: Arbeidshof Brussel 3 december 2012, JTT 2013, 159-161.

²³ Adv.RvS 71.880/1/V van 2 september 2022 over een voorontwerp dat geleid heeft tot de wet van 28 november 2022, opmerkingen 5.3 tot 5.5 (*Parl.St.* Kamer 2022-23, nr. 2912/1).

²⁴ Zie aangaande het recht op vrije meningsuiting van klokkenluiders ook EHRM (grote kamer) 14 februari 2023, *Halet c. Luxembourg*.

²⁵ Dit in het licht van de in artikel 18, § 1, tweede lid, 3°, van het voorontwerp en het ontworpen artikel V.230/17, § 1, tweede lid, 3°, van de Codex Hoger Onderwijs gestelde voorwaarde aangaande de identiteit van de melder.

11.2. Gevraagd om de draagwijdte van die bepalingen te verduidelijken, en aan te geven waarom niet kan worden volstaan met de regeling vervat in artikel 18, § 3, van het voorontwerp en het ontworpen artikel V.230/17, § 3, van de Codex Hoger Onderwijs, die een weerlegbaar vermoeden invoert van represailles, waarop elke melder kan terugvallen, antwoordde de gemachtigde:

“De door de Raad van State vermelde artikelen 18, §3 en V.230/17, §3 van het decreet bieden een sterke bescherming tegen represailles die tegen een klokkenluider, facilitator of derde genomen worden. De decreetgever wil echter een sterk signaal geven dat ook als men anoniem een inbreuk meldt en nadien de identiteit alsnog bekend raakt, men alsnog van de bescherming als klokkenluider kan genieten.”

11.3. Artikel 6, lid 3, van richtlijn (EU) 2019/1937 luidt als volgt:

“3. Personen die anoniem informatie over inbreuken hebben gemeld of openbaar gemaakt maar later zijn geïdentificeerd en het slachtoffer worden van represailles, komen niettemin in aanmerking voor de bescherming op grond van hoofdstuk VI, op voorwaarde dat zij aan de in lid 1 gestelde voorwaarden voldoen.”

De vermelding van de zinsnede “met terugwerkende kracht” is overbodig en schept dan ookodeloos verwarring. Het verdient aanbeveling om de tekst van de artikelen 18, § 1, derde lid, van het voorontwerp en het ontworpen artikel V.230/17, § 1, derde lid, van de Codex Hoger Onderwijs nauwer te laten aansluiten bij de hiervoor aangehaalde tekst van artikel 6, lid 3, van richtlijn (EU) 2019/1937, waarbij enerzijds uitdrukkelijk wordt verwezen naar het vereiste van het voldaan zijn aan de in het tweede lid, 1° en 2°, vermelde voorwaarden en anderzijds de zinsnede “met terugwerkende kracht” wordt geschrapt.

BIJZONDERE OPMERKINGEN

Artikel 2

12. Aangezien het voorontwerp strekt tot de gedeeltelijke omzetting van richtlijn (EU) 2019/1937 dient dit in artikel 2 van het voorontwerp te worden gepreciseerd.

Artikel 3

13. Zoals bevestigd door de gemachtigde, wordt met de opsomming van de personeelsleden in de definitie van het begrip “personeelslid” in artikel 3, 12°, van het voorontwerp beoogd om exhaustief alle personeelsleden die *ratione personae* onder het aan te nemen decreet vallen te vatten.

In artikel 3, 12°, a), van het voorontwerp wordt echter verwezen naar een punt e), dat verder niet terugkomt. Hierover ondervraagd, bevestigde de gemachtigde dat het om een vergissing gaat, en dat de woorden “en dat geen personeelslid als vermeld in punt e) is” dus kunnen worden weggelaten.

In de ontworpen definitie kan evenwel niet zonder meer worden verwezen naar alle personen die onder de arbeidsovereenkomstenwet vallen. Er dient melding te worden gemaakt van een ander verband met een instelling opdat de ontworpen regeling als een regeling inzake onderwijs zou kunnen worden beschouwd die behoort tot de bevoegdheid van de Vlaamse decreetgever.

De definitie van het begrip “personeelslid” dient dan ook aan een nieuw onderzoek te worden onderworpen.

Artikelen 18 en 48

14. Naar luid van artikel 18, § 1, tweede lid, van het voorontwerp en het ontworpen artikel V.230/17, § 1, tweede lid, van de Codex Hoger Onderwijs (artikel 48 van het voorontwerp) is het verbod om bepaalde maatregelen te nemen als vergelding voor een melding of een openbaarmaking “alleen van toepassing ten aanzien van melders in al de volgende gevallen”.

De laatstvermelde woorden doen uitschijnen dat de in de punten 1° en 2° van die bepaling vermelde vereisten niet cumulatief zijn, en met name dat niet vereist zou zijn dat de melders gegronde redenen hadden om te geloven dat de gemelde informatie op het moment van de melding juist was. Uit artikel 6, lid 1, van richtlijn (EU) 2019/1937 vloeit evenwel voort dat, opdat een melder in aanmerking zou komen voor de bescherming van klokkenluiders waarin die richtlijn voorziet, aan beide voorwaarden moet voldaan zijn.

Bijgevolg dienen artikel 18, § 1, tweede lid, van het voorontwerp en het ontworpen artikel V.230/17, § 1, tweede lid, van de Codex Hoger Onderwijs als volgt te luiden:

“Het verbod, vermeld in het eerste lid, is van toepassing ten aanzien van melders indien:

(...)”.

Artikelen 19 en 49

15.1. Naar luid van artikel 19 van het voorontwerp en het ontworpen artikel V.230/18 van de Codex Hoger Onderwijs (artikel 49 van het voorontwerp) worden de volgende personen bestraft met een administratieve of tuchtrechtelijke sanctie:

- 1° personen die een melding belemmeren of proberen te belemmeren;
- 2° personen die de geheimhouding van de identiteit van melders schenden;
- 3° personen die bewust onjuiste informatie hebben gemeld of openbaar gemaakt.

Deze bepaling beoogt omzetting te verlenen aan artikel 23 van richtlijn (EU) 2019/1937.

15.2. Uit de ontworpen bepalingen blijkt op voldoende wijze welke gedragingen tot dergelijke sancties aanleiding kunnen geven, evenals wat de aard van de te nemen sancties zijn.

Er wordt echter niet bepaald tot welke precieze administratieve en tuchtrechtelijke sancties het (proberen te) belemmeren van een melding, de schending van de geheimhouding van de identiteit van een melder of de melding van bewust onjuiste informatie aanleiding kan geven, hetzij via een autonome regeling, hetzij ingevolge het toepasselijk verklaren van andere bepalingen.

Evenmin wordt dienaangaande in een delegatie aan de Vlaamse Regering voorzien. Ofschoon die sancties een straf kunnen uitmaken in de zin van de artikelen 6 en 7 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens, betekent dit niet dat het om straffen gaat in de zin van de artikelen 12 en 14 van de Grondwet.²⁶ Bijgevolg kan worden aanvaard dat de decreetgever het in belangrijke mate aan de Vlaamse Regering overlaat om de precieze administratieve en tuchtrechtelijke sancties te bepalen waartoe een overtreding van het verbod op vergeldingsmaatregelen, het (proberen te) belemmeren van een melding, de schending van de geheimhouding van de identiteit van een melder of de melding van bewust onjuiste informatie aanleiding kan geven.

Wel geeft de Raad van State wat dat betreft ter overweging om, teneinde de appreciatiemarge te beperken waarover de Vlaamse Regering beschikt, op inhoudelijke wijze te omschrijven welke administratieve en tuchtrechtelijke sancties in de ontworpen bepalingen worden bedoeld, bijvoorbeeld door, voor zover de decreetgever administratieve geldboeten voor ogen heeft, in een minimum- en een maximumbedrag te voorzien. Ten slotte zal bij het vaststellen van die administratieve en tuchtrechtelijke sancties door de Vlaamse Regering erop moeten worden toegezien dat die sancties voldoende precies worden omschreven ten einde te voldoen aan de vereiste van de voorzienbaarheid van de straf, vervat in artikel 7.1 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens.²⁷

Artikel 51

16. Gelet op de laattijdige omzetting, kan met de inwerkingtreding van de regeling niet worden getalmd. Niettemin moeten de stellers van het voorontwerp er zich van vergewissen dat het aan te nemen decreet, dat van de instellingen toch een zekere praktische organisatie vergt, ook werkelijk kan worden toegepast vanaf de voorgenomen datum van inwerkingtreding, namelijk op de eerste dag na bekendmaking in het *Belgisch Staatsblad*.

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

Greet VERBERCKMOES

Marnix VAN DAMME

²⁶ GwH 23 april 2015, nr. 44/2015, B.17.2; GwH 11 juni 2015, nr. 86/2015, B.13; GwH 22 oktober 2015, nr. 147/2015, B.5; GwH 8 mei 2019, nr. 60/2019, B.4 en 5; GwH 1 juli 2021, nr. 98/2021, B.4.3.

²⁷ Zie dienaangaande GwH 18 februari 2016, nr. 25/2016, B.18.1 en B.18.2.