

Genoteerd

Implementatie van de Europese Klokkenluiders-richtlijn in de Nederlandse wet

Wordt de klokkenluider meer bescherming geboden?

In deze uitgave

- Inleiding
- Wet Huis voor Klokkenluiders
- Europese richtlijn inzake bescherming klokkenluiders
- Implementatie van de Richtlijn: wetsvoorstel Wet Bescherming Klokkenluiders
- Medezeggenschap
- Kritiek op het Wetsvoorstel
- Conclusie

1. Inleiding

Recent werd bekend dat de top van de Immigratie- en Naturalisatiedienst (**IND**) heeft nagelaten een klokkenluider die de jarenlange pestcultuur binnen de organisatie had aangekaart, te beschermen tegen benadeling. Niet alleen werd haar naam intern bekend gemaakt nadat zij het disfunctioneren van haar leidinggevende had gemeld, ook kreeg zij te maken met repercussies.¹ Deze zaak staat niet alleen. Zo kregen ook twee werknemers van Vattenfall, die melding maakte van een misstand, te maken met benadeling.²

In Nederland bestaat sinds 1 juli 2016 de Wet Huis voor Klokkenluiders (**Wet HvK**). Op basis van deze wet zijn werkgevers met tenminste 50 werknemers, verplicht een interne regeling te hebben voor het doen van meldingen van vermoedens van misstanden. Melders van dergelijke vermoedens dienen in dat kader bescherming tegen benadeling te ontvangen. Om de bescherming van klokkenluiders te verbeteren en gelet op het feit dat de bescherming van klokkenluiders binnen de EU-lidstaten sterk uiteenloopt,³ is op 23 oktober 2019 de Europese richtlijn inzake de bescherming van personen die inbreuken op het Unierecht melden, geïntroduceerd (de **Richtlijn**). De Richtlijn is op 7 december 2019 in werking getreden en diende op 17 december 2021 in de Nederlandse wetgeving te zijn geïmplementeerd. Hoewel de verplichting tot het hebben van een interne regeling dus pas enkele jaren bestaat op basis van de Wet HvK, noopt de implementatie van de Richtlijn werkgevers tot aanpassing daarvan.

Voor de implementatie van de Richtlijn in de Nederlandse wet is al op 18 december 2020 een conceptwetsvoorstel bij de Raad van State ingediend (het **Wetsvoorstel**). Het Wetsvoorstel dat op 1 juni 2021 bij de Tweede Kamer is ingediend, is op dit moment nog in behandeling bij de Tweede Kamer. Daarna moet het Wetsvoorstel nog naar de Eerste Kamer. De implementatiedatum van 17 december 2021 is derhalve niet gehaald. Het is op dit moment niet duidelijk wanneer het Wetsvoorstel in werking treedt.

In dit artikel wordt eerst ingegaan op de Wet HvK. Vervolgens worden de Richtlijn en het Wetsvoorstel besproken, waarbij tevens de rol van de ondernemingsraad aan de orde komt. Daarna wordt aandacht besteed aan de kritiek die op het Wetsvoorstel is gegeven. Wij sluiten af met een conclusie en een aantal aanbevelingen voor werkgevers.

2. Wet Huis voor Klokkenluiders

Op basis van de Wet HvK zijn werkgevers bij wie in de regel ten minste vijftig personen werkzaam zijn, verplicht een interne meldingsprocedure te hebben voor het melden van vermoedens van misstanden. De Wet HvK biedt bescherming en ondersteuning aan klokkenluiders in het geval zij een melding doen van een vermoeden van een misstand. Onder een vermoeden van misstand wordt verstaan het redelijke vermoeden dat sprake is van een misstand binnen de organisatie waarin de werknemer werkt of heeft gewerkt of bij een organisatie waar de werknemer in het kader van werkzaamheden mee in aanraking is gekomen.⁴ Daarnaast dient het maatschappelijk belang in het geding te zijn bij de schending van een wettelijk voorschrift, een gevaar voor de volksgezondheid, een gevaar voor de veiligheid van personen, een gevaar voor de aantasting van het milieu of een gevaar voor het goed functioneren van de openbare dienst of een onderneming als gevolg van een onbehoorlijke wijze van handelen of nalaten.⁵

De Wet HvK bepaalt aan welke voorwaarden de interne meldprocedure momenteel moet voldoen.⁶ Zo dient te worden beschreven wanneer sprake is van een vermoeden van een misstand, bij welke functionaris het vermoeden van een misstand kan worden gemeld en op welke wijze met de interne melding wordt omgegaan. Daarnaast dient de werknemer op basis van de Wet HvK de mogelijkheid te hebben om vertrouwelijk een adviseur te raadplegen. Dit recht dient ook in de interne meldprocedure opgenomen te zijn. Verder moet in de interne meldprocedure zijn vastgelegd dat de werknemer de mogelijkheid heeft om de werkgever te verzoeken de melding vertrouwelijk te behandelen.

1 M. Rengers, C. Houtekamer: 'Klokkenluider IND kreeg te maken met wraak en getreiter', *NRC*, 28 oktober 2021.

2 M. Rengers, C. Houtekamer: 'Vattenfall treiterde twee werknemers die misstanden aankaarten', *NRC*, 18 februari 2020.

3 Overwegingen 3, 4 en 5 Richtlijn EU 2019/1937.

4 Art. 1 Wet HvK.

5 Art. 1 Wet HvK.

6 Art. 2 Wet HvK.

Ten slotte dient de werknemer geïnformeerd te worden over de omstandigheden waaronder een vermoeden van een misstand extern kan worden gemeld en over de rechtsbescherming. Deze rechtsbescherming vloeit niet voort uit de Wet HvK, maar bestaat met name in het benadelingsverbod dat in specifieke wetgeving is vastgelegd.⁷ Dit benadelingsverbod houdt in dat een werkgever een werknemer niet mag benadelen als gevolg van het doen van een melding van een vermoeden van een misstand. Daarbij geldt wel dat deze melding te goeder trouw en naar behoren moet zijn gedaan, wat inhoudt dat de werknemer zowel procedureel⁸ als materieel⁹ zorgvuldig moet hebben gehandeld.¹⁰ Het benadelingsverbod geldt zowel tijdens als na de behandeling van de melding bij de werkgever of bij de bevoegde autoriteit.

Met de Wet HvK is ook het Huis voor Klokkenluiders ingesteld. Het Huis voor Klokkenluiders is een zelfstandig bestuursorgaan¹¹ dat klokkenluiders adviseert bij het doen van een melding en hen informeert over hun rechtsbescherming. Daarnaast doet het Huis voor Klokkenluiders onderzoek naar misstanden voor zover andere instanties daartoe niet bevoegd zijn. Ook is het Huis voor Klokkenluiders bevoegd een onderzoek in te stellen naar de wijze waarop een werkgever zich jegens de klokkenluider heeft gedragen naar aanleiding van een melding. Ten slotte kent het Huis voor Klokkenluiders een afdeling preventie. In beginsel dient een klokkenluider wel eerst intern melding te doen van het vermoeden van een misstand, voordat tot externe melding (zoals bij het Huis voor Klokkenluiders) mag worden overgegaan.

3. Europese richtlijn inzake bescherming klokkenluiders

Aanleiding voor de Richtlijn is dat personen die voor een privaatrechtelijke of publiekrechtelijke organisatie werken in het kader van hun werkzaamheden voor die organisatie als eerste op de hoogte zijn van gedragingen of activiteiten

van die organisatie die inbreuk maken op het Unierecht. Deze inbreuken kunnen het algemeen belang schaden of bedreigen, doordat zij significante risico's voor het maatschappelijk welzijn kunnen vormen. Klokkenluiders hebben dus een sleutelrol in het onthullen en voorkomen van dergelijke inbreuken en in het beschermen van het maatschappelijk welzijn.¹² De vrees voor benadeling weerhoudt klokkenluiders vaak van het melden van inbreuken. Met de Richtlijn wordt beoogd te voorzien in een betere handhaving door middel van vertrouwelijke en beveiligde meldkanalen om zodoende een effectievere bescherming van klokkenluiders tegen benadeling te bieden.¹³ Omdat de bescherming van klokkenluiders in de lidstaten sterk uiteenloopt, hetgeen niet wenselijk is omdat een misstand ook grensoverschrijdende aspecten kan hebben, dienen er binnen de Europese Unie gemeenschappelijke minimumnormen te gelden, waarmee klokkenluiders doeltreffend worden beschermd.¹⁴

4. Implementatie van de Richtlijn: wetsvoorstel Wet Bescherming Klokkenluiders

De Richtlijn diende op 17 december 2021 geïmplementeerd te zijn in de Nederlandse wetgeving. Het Wetsvoorstel is op dit moment echter nog in behandeling bij de Tweede Kamer en deze datum is dus niet gehaald. Publieke werkgevers (waaronder de rijksoverheid, gemeenten, provincies, waterschappen en publiekrechtelijke zelfstandige bestuursorganen) moeten echter wel al sinds 17 december 2021 aan de nieuwe eisen van de Richtlijn voldoen. Voor private werkgevers geldt dat zij pas verplicht zijn aan de nieuwe eisen te voldoen als het Wetsvoorstel in werking is getreden. In dit kader is het van belang op te merken dat werkgevers met 250 of meer werknemers aan het Wetsvoorstel dienen te voldoen met ingang van de inwerkingtreding en op dat moment dus de interne regeling aangepast dienen te hebben.

7 Art. 7:658c Burgerlijk Wetboek, art 47 lid 3 Politiewet 2012 en art. 12quater lid 2 jo. 12o lid 5 Wet ambtenaren defensie.

8 Hier kan worden gedacht aan intern dan wel extern melden van een vermoeden van een misstand in lijn met de (wettelijke) eisen.

9 Hiervan is bijvoorbeeld sprake indien de werknemer een op redelijke gronden gebaseerd vermoeden heeft dat de desbetreffende feiten juist zijn of dat met de (interne) bekendmaking een maatschappelijk belang in het geding is, dan wel kan zijn.

10 *Kamerstukken II* 2014/15, 34105, 7.

11 Het Huis voor Klokkenluiders dient alleen over de financiële bedrijfsvoering verantwoording af te leggen aan de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties (**BZK**). De minister van BZK kan niet het beleid van het Huis voor Klokkenluiders bepalen.

12 Overweging 1 Richtlijn EU 2019/1937.

13 Overweging 3 Richtlijn EU 2019/1937.

14 Overwegingen 4 en 5 Richtlijn EU 2019/1937.

Kleine werkgevers (met 50-249 werknemers) hebben langer de tijd. In het Wetsvoorstel is opgenomen dat deze werkgevers uiterlijk op 17 december 2023 dienen te voldoen aan de nieuwe wetgeving.

Nu de Wet HvK al zaken voor klokkenluiders regelt, ligt het volgens de regering voor de hand om de implementatie van de Richtlijn te regelen in de huidige Wet HvK.¹⁵ De Wet HvK zal daardoor aanzienlijk meer omvatten dan voorschriften voor de interne meldprocedure en de instelling van het Huis voor Klokkenluiders. Daarom is voorgesteld de naam van de Wet HvK te wijzigen in de Wet Bescherming Klokkenluiders. De implementatie van de Richtlijn zal een aantal wijzigingen met zich meebrengen, die hieronder worden besproken.

4.1 Materieel toepassingsgebied

De Richtlijn bepaalt wie wanneer en onder welke voorwaarden bescherming onder de Richtlijn geniet. Zo dient een inbreuk binnen het materiële toepassingsgebied te vallen om onder de bescherming van de Richtlijn te vallen. Nu het Wetsvoorstel de Richtlijn implementeert, zal dus met het Wetsvoorstel het materiële toepassingsgebied van de Wet HvK worden uitgebreid. Naast melders van vermoedens van misstanden (het huidige materiële toepassingsgebied), zullen melders van inbreuken op het Unierecht ook bescherming genieten. Het Wetsvoorstel bepaalt – in lijn met de Richtlijn – dat onder inbreuk op het Unierecht wordt verstaan:

- i. inbreuken op regels op de volgende gebieden:
 - (i) overheidsopdrachten;
 - (ii) financiële diensten, producten en markten; voorkoming van witwassen van geld en terrorismefinanciering;
 - (iii) productveiligheid en productconformiteit;
 - (iv) veiligheid van het vervoer in de spoorwegsector, over de weg, in de zeevaart en in de binnenvaart;
 - (v) bescherming van het milieu, uiteenlopend van afvalbeheer tot chemische stoffen;
 - (vi) stralingsbescherming en nucleaire veiligheid;
 - (vii) veiligheid van levensmiddelen en diervoeders, diergezondheid en dierenwelzijn;

- (viii) volksgezondheid, met inbegrip van patiëntenrechten en tabakscontroles;
- (ix) consumentenbescherming;
- (x) bescherming van de persoonlijke levenssfeer en persoonsgegevens, en beveiliging van netwerk- en informatiesystemen,
- ii. inbreuken waardoor de financiële belangen van de EU worden geschaad; en
- iii. inbreuken in verband met de interne markt (vrij verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal) waaronder ook inbreuken op de mededingings- en staatssteunregels van de EU, en inbreuken op nationale regels inzake vennootschapsbelasting vallen.

Verder bepaalt het Wetsvoorstel – wederom in lijn met de Richtlijn – dat sprake is van een inbreuk in geval van onrechtmatig handelen of nalaten op de hiervoor genoemde gebieden. Ook kan sprake zijn van een inbreuk in geval van een handelen of nalaten dat het doel of de toepassing van de regels op deze gebieden ondermijnt. Daarnaast geldt dat de melding kan zien op informatie over een inbreuk die heeft plaatsgevonden of zeer waarschijnlijk gaat plaatsvinden.¹⁶

In het Wetsvoorstel is ook de definitie van het begrip misstand aangepast, zodat ook een gevaar voor een schending van een wettelijk voorschrift waarbij het maatschappelijk belang in het geding is daaronder valt. Hierdoor worden ook meldingen over toekomstige schendingen van een wettelijk voorschrift beschermd, zoals dat ook geldt voor meldingen over toekomstige inbreuken op Unierecht.¹⁷ Ten aanzien van de andere categorieën van misstanden, namelijk een gevaar voor de volksgezondheid, een gevaar voor de veiligheid van personen, een gevaar voor de aantasting van het milieu of een gevaar voor het goed functioneren van de openbare dienst of een onderneming als gevolg van een onbehoorlijke wijze van handelen of nalaten, merkt de regering op dat in de bewoording ‘een gevaar voor’ al besloten ligt dat het gaat om een rechtsnorm die zeer waarschijnlijk zal worden geschonden. De regering achtte verdere aanpassing van de definitie misstand dus niet noodzakelijk.¹⁸

¹⁵ Kamerstukken II 2020/21, 35 851, 3.

¹⁶ Kamerstukken II 2020/21, 35 851, 2.

¹⁷ Kamerstukken II 2020/21, 35 851, 7.

¹⁸ Kamerstukken II 2020/21, 35 851, 6.

Van belang is op te merken dat de regering in het Wetsvoorstel een inbreuk op het Unierecht niet onder de definitie van een vermoeden van een misstand heeft geschaard, maar in plaats daarvan twee aparte definities hanteert, namelijk een definitie voor een inbreuk op het Unierecht en een definitie voor een vermoeden van misstand. Ten aanzien van het vermoeden van een misstand blijft namelijk gelden dat een beoordeling dient plaats te vinden of het maatschappelijk belang in het geding is. Dit geldt niet ten aanzien van een inbreuk op het Unierecht.¹⁹

In Richtlijn wordt benadrukt dat de Richtlijn een aanvulling vormt op specifieke EU-wetgeving die reeds regels inzake klokkenluiders omvat (met name inzake financiële diensten, witwassen van geld, terrorismefinanciering, veiligheid van het vervoer en milieubescherming) en dus niet in de plaats daarvan treedt.²⁰

4.2 Persoonlijk toepassingsgebied

Naast het materiële toepassingsgebied, wordt in verband met de implementatie van de Richtlijn ook de kring van beschermde personen uitgebreid (het persoonlijk toepassingsgebied) in het Wetsvoorstel. Ten eerste bepaalt het Wetsvoorstel dat natuurlijke personen die in de context van werkgerelateerde activiteiten een inbreuk op het Unierecht melden, bescherming genieten. Onder werkgerelateerde context wordt verstaan: 'de toekomstige, huidige of vroegere werkgerelateerde activiteiten in de publieke of private sector waardoor, ongeacht de aard van die werkzaamheden, personen informatie kunnen verkrijgen over inbreuken op het Unierecht of misstanden en waarbij die personen te maken kunnen krijgen met benadeling indien zij dergelijke informatie zouden melden.'²¹

Het Wetsvoorstel biedt dus bescherming aan klokkenluiders in een werkgerelateerde context, conform de Richtlijn.²² In dit kader bepaalt de Richtlijn dat de term 'werkgerelateerde context' verschillende werksituaties omvat. Daaronder vallen niet alleen werknemers, ambtenaren, zzp'ers, stagiairs en uitzendkrachten, maar ook (personen die werken onder verantwoordelijkheid van) leveranciers, aannemers en onderaannemers en

personen die behoren tot leidinggevende organen en aandeelhouders. Daarnaast valt ook het melden van informatie die is verkregen in een reeds beëindigde werkrelatie of in de precontractuele fase, waarbij een (potentiële) werkrelatie nog niet is aangevangen (zoals in geval van sollicitanten), onder de scope van de Richtlijn en derhalve het Wetsvoorstel. Het moet dus gaan om informatie waarover de melder beschikking heeft gekregen in het kader van zijn werkzaamheden. Daarnaast dient er een relatie te bestaan tussen de melder en de juridische entiteit aan wie de melding wordt toegeschreven, bijvoorbeeld omdat de melder voor zijn werk en inkomen afhankelijk is van de juridische entiteit waarover de melding wordt gedaan. Daarbij is niet van belang of sprake is van bezoldiging. Ook onbezoldigde vrijwilligers of stagiairs kunnen worden benadeeld en kunnen een beroep doen op de bescherming naar aanleiding van een melding van een inbreuk op het Unierecht.²³

Daarnaast krijgt onder het Wetsvoorstel ook degene die de melder bijstaat (zoals een vertrouwenspersoon) en een betrokken derde bescherming en ondersteuning.²⁴ Onder betrokken derde wordt ten eerste verstaan een derde die verbonden is met een melder, zoals een collega of een familielid, en die kan worden benadeeld door de werkgever van de melder of een persoon of organisatie waarmee de melder anderszins in een werkgerelateerde context verbonden is, bijvoorbeeld een klant of dienstenontvanger van melder. Daarnaast wordt onder betrokken derde verstaan de rechtspersoon, die eigendom van de melder is, waarvoor de melder werkt of waarmee de melder anderszins werkgerelateerd verbonden is.²⁵

Verder geldt dat - om in aanmerking te komen voor bescherming op grond van het Wetsvoorstel - de melder redelijke gronden moet hebben om aan te nemen dat de gemelde informatie over de inbreuk juist was op het moment dat de melding werd gedaan en dus sprake is van inbreuk op het Unierecht zoals hiervoor onder paragraaf 4.1 beschreven. Deze eis geldt op grond van het Wetsvoorstel ook ten aanzien van het doen van een melding van een vermoeden van een misstand. De melder hoeft in dit kader dus geen bewijs aan te dragen.

19 *Kamerstukken II 2020/21*, 35 851, 6.

20 *Overweging 20 Richtlijn EU 2019/1937*.

21 *Kamerstukken II 2020/21*, 35 851, 7.

22 *Art. 4 en 5 Richtlijn EU 2019/1937*.

23 *Overwegingen 39 en 40 EUR 2019/1937*.

24 *Conform art. 4 Richtlijn EU 2019/1937*.

25 *Kamerstukken II 2020/21*, 35 851, 7.

Anoniem melden is op basis van het Wetsvoorstel niet mogelijk. Hoewel op grond van de Richtlijn de mogelijkheid is geboden om rechtsbescherming te bieden aan anonieme melders, heeft de regering ervoor gekozen daar geen gebruik van te maken. De reden hiervoor is dat hoor- en wederhoor in een onderzoek naar aanleiding van een anonieme melding niet mogelijk is. Dit zou bescherming tegen benadeling van een anonieme melder lastig maken.²⁶ De vraag is echter of deze redenering wel stand kan houden. Op basis van de Richtlijn en het Wetsvoorstel dient de identiteit van een melder namelijk geheim te blijven. Op het moment dat deze identiteit alsnog bekend wordt, voorziet de Richtlijn in de mogelijkheid de melder te beschermen. Waarom zou dit dan niet mogelijk zijn ten aanzien van een anonieme melder? Dit is naar onze mening een gemiste kans om een inbreuk te voorkomen dan wel de schade daarvan in te perken.²⁷

4.3 Eisen aan interne meldprocedure

Juridische entiteiten in zowel de private als publieke sector bij wie in de regel 50 of meer werknemers²⁸ werkzaam zijn,²⁹ zullen nadat het Wetsvoorstel wet is geworden de interne meldprocedure ook open moeten stellen voor meldingen die zien op inbreuken op het Unierecht.

Op grond van het Wetsvoorstel worden de volgende nieuwe eisen gesteld aan de interne meldprocedure:

- (a) de melder dient binnen zeven dagen een ontvangstbevestiging van zijn melding te krijgen;
- (b) de melder moet binnen een redelijke termijn van maximaal drie maanden na de ontvangstbevestiging informatie ontvangen over de beoordeling en de opvolging van de melding (voor zover dit aan de orde is);
- (c) de melding dient te worden geregistreerd;
- (d) de identiteit van de melder dient geheim te blijven, tenzij de melder toestemming geeft voor bekendmaking;

- (e) er dient te worden vastgelegd bij welke daartoe aangewezen onafhankelijke functionaris of functionarissen het vermoeden van een misstand of informatie over een inbreuk kan worden gemeld, en welke functionarissen zorgvuldige opvolging kunnen geven aan die melding; en
- (f) de melding moet zowel schriftelijk als mondeling via de telefoon of andere spraakberichtsysteem of middels een gesprek op locatie kunnen worden gedaan.³⁰

De (overige) huidige eisen die worden gesteld aan de interne meldingsprocedure³¹ blijven van kracht en zullen ook gaan gelden ten aanzien van meldingen over inbreuken op het Unierecht.

In het Wetsvoorstel wordt ook de mogelijkheid geïntroduceerd dat de interne meldprocedure door een werkgever wordt opengesteld voor personen die geen werknemer zijn, maar anderszins werkgerelateerde activiteiten verrichten of hebben verricht. Hier kan worden gedacht aan zelfstandigen, aandeelhouders, bestuurders, personen die intern toezicht houden op de organisatie, aannemers, onderaannemers, leveranciers en hun werknemers, en tot slot om ex-werknemers.³² In dat geval dient de informatie over de interne meldprocedure, de mogelijkheid extern te melden en informatie over de rechtsbescherming aan deze personen ter beschikking te worden gesteld.

Hoewel aanvankelijk in het Wetsvoorstel de mogelijkheid werd geboden om twee losse meldkanalen in te richten voor (i) meldingen van vermoedens van misstanden en (ii) meldingen van inbreuken op het Unierecht, heeft de regering uiteindelijk voor de instelling van één intern meldkanaal gekozen die dus aan bovengenoemde eisen moet voldoen.

²⁶ Kamerstukken II 2020/21, 35 851, 3.

²⁷ Zie ook J.J.M. Reijnen Husagić, 'De Klokkeluidersrichtlijn: meer bescherming voor klokkeluiders?' *TAC* 2021/3, p. 138.

²⁸ Omdat het bepalend is dat het gaat om werkzaamheden gaat die in een ondergeschiktheidsrelatie worden uitgevoerd en waarvoor een vergoeding wordt ontvangen, worden onder werknemer daarom naast degenen die in de onderneming werkzaam zijn op grond van een arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht of publiekrechtelijke aanstelling en uitzendkrachten, tevens stagiairs en vrijwilligers, voor zover zij een vergoeding voor hun werkzaamheden ontvangen, verstaan.

²⁹ Voor sommige publieke werkgevers geldt dat zij ook bij minder dan 50 werkzame personen een interne meldprocedure moeten vaststellen als gevolg van de implementatie van de Richtlijn. In dit geval gaat het om organisaties die werkzaam zijn op het gebied van financiële diensten, producten en markten, het voorkomen van witwassen van geld en terrorismefinanciering, burgerluchtvaart, maritieme arbeid en havenstaatcontrole, en op het gebied van offshore olie- en gasactiviteiten.

³⁰ Kamerstukken II 2020/21, 35 851, 2 en Kamerstukken II 2020/21, 35 851, 7.

³¹ Art. 2 Wet HvK. Zie ook paragraaf 2.

³² Kamerstukken II 2020/21, 35 851, 7.

Dit, nadat vanuit verschillende hoeken de kritiek was geleverd dat door invoering van twee meldkanalen het doen van een melding onnodig complex en ontoegankelijk zou worden.

Op grond van het Wetsvoorstel hoeft een melder niet eerst intern te melden voordat hij extern de melding kan maken. Dit is wel het geval op grond van de huidige Wet HvK. Als een melding intern wordt gedaan, kunnen vermeende inbreuken en misstanden tijdig worden ontzenuwd en terechte meldingen direct worden aangepakt bij de bron. Dat draagt in belangrijke mate bij aan het zelfreinigende vermogen van een organisatie, aldus de wetgever.³³ Eerst intern melden geniet nog wel de voorkeur en zal dus zoveel mogelijk worden gestimuleerd.

Tot slot is er in het Wetsvoorstel een handhavings-instrument bij het ontbreken van een internet meld-procedure geïntroduceerd. Zo kan iedere belanghebbende werknemer de kantonrechter verzoeken een termijn te bepalen waarbinnen de werkgever een interne meldprocedure moet vaststellen die voldoet aan de wettelijke eisen. Ook als de meldprocedure niet volledig voldoet aan de eisen kan de kantonrechter om een termijn voor herstel worden gevraagd.³⁴

4.4 Externe meldkanalen

De Richtlijn verplicht de lidstaten om bevoegde autoriteiten aan te wijzen die meldingen kunnen ontvangen, onderzoek kunnen doen en maatregelen kunnen nemen naar aanleiding van de melding.³⁵ Om voor aanwijzing als bevoegde autoriteit in aanmerking te komen, dienen de autoriteiten taken of bevoegdheden te hebben op de onder de Richtlijn vallende gebieden. Dit betekent dat in Nederland de volgende autoriteiten als bevoegde autoriteiten zijn aangewezen: de Autoriteit Financiële Markten en De Nederlandsche Bank voor de financiële sector en de Autoriteit Consument en Markt voor meldingen in het kader van consumentenbescherming. In het Wetsvoorstel zijn verder de Autoriteit Persoonsgegevens, de Inspectie gezondheidszorg en jeugd, de Nederlandse Zorgautoriteiten en de Autoriteit Nucleaire Veiligheid en Stralingsbescherming als bevoegde autoriteit aangewezen.

Het Huis voor Klokkenluiders is bevoegd onderzoek te doen naar aanleiding van een melding van een vermoeden van een misstand of een inbreuk op het Unierecht als geen andere instantie daartoe bevoegd is.

4.5 Beschermingsmaatregelen

Zoals eerder aangegeven, bestaat de rechtsbescherming van werknemers die een melding maken van een vermoeden van een misstand met name in het benadelingsverbod dat in specifieke wetgeving is vastgelegd (en dus niet uit de Wet HvK voortvloeit).³⁶ Dit benadelingsverbod houdt in dat een werkgever een werknemer niet mag benadelen als gevolg van het doen van een melding van een vermoeden van een misstand.

In de Richtlijn zijn nieuwe beschermingsmaatregelen opgenomen. Zo wordt ten eerste het verbod op benadeling met omkering van de bewijslast geïntroduceerd. Dit verbod omvat elke vorm van benadeling tegen de kring van beschermden, waaronder dreigingen met benadeling en pogingen daartoe. Het betreft maatregelen en handelingen die in de arbeidsrelationele sfeer nadelig of schadelijk zijn voor de kring van beschermden, zoals schorsing of ontslag. Ook kan het minder vergaande maatregelen betreffen, zoals degradatie, overdracht van taken of loonsverlaging. Verder vallen dwang, intimidatie, pesterijen en uitsluiting onder benadeling. Daarnaast is rekening gehouden met andere werkrelaties dan de werknemer-werkgeverrelatie. Zo vallen onder benadeling ook maatregelen als het intrekken van een licentie of vergunning, opname op een zwarte lijst, vroegtijdige beëindiging of opzegging van een contract voor levering van goederen of diensten of reputatieschade.

De melder geniet ook bescherming tegen benadeling in het geval dat hij de melding openbaar meldt, bijvoorbeeld in de media (indien aan de gestelde voorwaarden is voldaan).

Daarnaast introduceert de Richtlijn een vrijwaring voor de melder tegen gerechtelijke procedures wegens onder meer laster, schending van auteursrechten, schending van de geheimhoudingsplicht en aansprakelijkheid op andere gronden.³⁷

³³ Kamerstukken II 2020/21, 35 851, 3.

³⁴ Kamerstukken II 2020/21, 35 851, 7.

³⁵ Art. 11 Richtlijn EU 2019/1937.

³⁶ Art. 7:658c Burgerlijk Wetboek, art 47 lid 3 Politiewet 2012 en art. 12quater lid 2 jo. 12o lid 5 Wet ambtenaren defensie.

³⁷ Art. 27 lid 7 Richtlijn EU 2019/1937.

De Richtlijn biedt met de omkering van de bewijslast meer bescherming dan het huidige benadelingsverbod. De melder kan volstaan met het aantonen dat hij een melding heeft gedaan en dat hij is benadeeld. Het is vervolgens aan de partij die de benadelende maatregel heeft genomen om aan te tonen dat er geen relatie bestaat tussen de melding en de benadeling.

Strikte implementatie van de Richtlijn zou ertoe leiden dat het hogere beschermingsniveau uitsluitend zou gelden ten aanzien van melders van meldingen over inbreuken op het Unierecht. Daarom is in het Wetsvoorstel opgenomen dat het beschermingsniveau dat de Richtlijn biedt voor zowel meldingen van inbreuken op het Unierecht als voor meldingen van vermoedens van een misstand geldt. Ook wordt het benadelingsverbod dat vooralsnog is opgenomen in het Burgerlijk Wetboek vervangen door het benadelingsverbod dat in de Wet bescherming klokkenluiders wordt opgenomen.

Ook de vrijwaring van gerechtelijke procedures wordt opgenomen zodat er niet twee rechtsbeschermings-systemen naast elkaar bestaan, waarbij de kring van beschermden groter en het beschermingsniveau hoger is voor melders van inbreuken op het Unierecht dan voor melders van vermoedens van misstanden.³⁸

Verder werd het introduceren van een verbod op zwijgbepalingen in contracten tijdens de consultatiefase geopperd. De regering achtte een algeheel verbod op zwijgbepalingen aanvankelijk te onbepaalbaar, omdat het verbod op elke werkgerelateerde situatie en alle soorten meldingen zou moeten zien.³⁹ De regering heeft echter besloten in het Wetsvoorstel op te nemen dat een zwijgbeding in het kader van een misstand of inbreuk op het Unierecht nietig is.⁴⁰ Onder een zwijgbeding wordt verstaan 'elk beding dat het recht beperkt of ontnemt om met inachtneming van het bepaalde in het Wetsvoorstel een vermoeden van een misstand of informatie over een inbreuk op het Unierecht te melden of openbaar te maken'. Doordat de nietigheid van een zwijgbeding expliciet in de wet is geregeld, staat het rechtsgevolg van

nietigheid op voorhand vast en hoeft een klokkenluider niet het oordeel van de burgerlijke rechter in te roepen.⁴¹

5. Medezeggenschap

Op basis van de Wet op de ondernemingsraden heeft de ondernemingsraad een instemmingsrecht ten aanzien van de vaststelling of wijziging van een klokkenluidersprocedure in de zin van de Wet HvK.⁴² Door middel van het Wetsvoorstel wordt dit instemmingsrecht uitgebreid ten aanzien van interne meldprocedures die zien op inbreuken in de zin van de Richtlijn.⁴³ Met het Wetsvoorstel worden namelijk, zoals hiervoor besproken, (i) het materiële toepassingsgebied, (ii) het persoonlijke toepassingsgebied, en (iii) de gestelde eisen aan de interne meldprocedure gewijzigd en (iv) een aantal nieuwe beschermingsmaatregelen geïntroduceerd. Een werkgever in de private of publieke sector (waar 50 of meer werknemers werkzaam zijn) zullen dus de interne regeling moeten aanpassen. Dit betekent dus dat werkgevers die een ondernemingsraad hebben ingesteld⁴⁴ voor het invoeren van of wijzigen van de interne meldprocedure de ondernemingsraad (tijdig) om instemming moeten vragen. De voorgestelde wijzigingen zullen dus schriftelijk in een voorgenomen besluit aan de ondernemingsraad moeten worden voorgelegd. Vervolgens dient de ondernemingsraad een redelijke termijn te krijgen om het besluit te beoordelen en dient het besluit ten minste één keer met de ondernemingsraad te worden besproken in een overlegvergadering. Zodra de ondernemingsraad een beslissing heeft genomen, dient zo spoedig mogelijk schriftelijk aan de ondernemingsraad te worden medegedeeld welk besluit er is genomen en met ingang van welke datum het besluit zal worden uitgevoerd.

Verder bepaalt het Wetsvoorstel dat - voor zover een werkgever geen verplichting heeft tot het instellen van een ondernemingsraad - hij bij de vaststelling van de interne meldprocedure de instemming van meer dan de helft van de werknemers behoeft. Dit zou het geval kunnen zijn bij werkgevers met minder dan vijftig werknemers met een arbeidsovereenkomst, maar waar bijvoorbeeld permanent

38 *Kamerstukken II 2020/21*, 35 851, 3.

39 *Kamerstukken II 2020/21*, 35 851, 3.

40 *Kamerstukken II 2020/21*, 35 851, 7.

41 *Kamerstukken II 2020/21*, 35 851, 6.

42 Art. 27 lid 1 sub m Wet op de ondernemingsraden.

43 *Kamerstukken II 2020/21*, 35 851, 2 en *Kamerstukken II 2020/21*, 35 851, 3.

44 Op grond van de Wet op de ondernemingsraden geldt voor een onderneming waarin in de regel ten minste 50 personen werkzaam zijn de verplichting om een ondernemingsraad in te stellen.

meerdere stagiairs werken. De instemming is niet vereist ingeval de interne meldprocedure is geregeld in een collectieve arbeidsoverkomst.⁴⁵

6. Kritiek op het Wetsvoorstel

Het Huis van Klokkenluiders en de Wet HvK hebben de laatste jaren veel kritiek gekregen. Zo zou de definitie ‘vermoeden van een misstand’ te beperkt zijn geformuleerd, nu door de misstand het maatschappelijk belang moet worden geraakt. Hierdoor heeft het Huis van Klokkenluiders slechts in uitzonderlijke gevallen een onderzoeksbevoegdheid.⁴⁶

Verder leidt de beperkte definitie van een vermoeden van een misstand ertoe dat weinig werknemers een beroep kunnen doen op het benadelingsverbod. Aan hen komt immers pas bescherming toe indien zij melding maken van een vermoeden van een misstand. Daarbij geldt ook dat de medewerkers van het Huis voor Klokkenluiders wettelijk verplicht zijn aangifte te doen als zij melding van een strafbaar feit ontvangen. In dat geval kan een strafrechtelijk onderzoek worden gestart, in plaats van of tegelijkertijd met een onderzoek door het Huis voor Klokkenluiders. Als het Huis voor Klokkenluiders vervolgens besluit geen onderzoek in te stellen en bijvoorbeeld het Openbaar Ministerie een onderzoek laat verrichten, ontbeert de werknemer rechtsbescherming. Er wordt gesteld dat dit een te grote drempel oplevert om te melden.⁴⁷

Daarnaast is er ook kritiek op het Huis voor Klokkenluiders. Zo kent het Huis van Klokkenluiders zowel een afdeling advies als een afdeling onderzoek. Dit wordt ongewenst geacht. Het blijkt namelijk lastig objectief onderzoek te doen naar een melding en tegelijkertijd de klokkenluider met raad en daad bij te staan.⁴⁸

Het Wetsvoorstel zou de uitgelezen kans zijn om gebreken in de Wet HvK en gebreken in het functioneren van het Huis voor Klokkenluiders te herstellen. Dit volgt ook uit

de evaluatie van de Wet HvK.⁴⁹ De regering heeft er echter voor gekozen deze adviezen niet mee te nemen, omdat deze nog onvoldoende concreet waren en er meer tijd nodig zou zijn voor nadere studie en overleg over de adviezen.⁵⁰ Ook zou dit volgens de regering een voortvarende implementatie van de Richtlijn in de weg staan.⁵¹ Naar onze mening is deze keuze belastend voor werkgevers die verplicht zijn een interne meldprocedure te hebben, aangezien de regering heeft aangekondigd dat deze evaluatie van de Wet HvK mogelijk alsnog tot een aanpassing van de nieuwe Wet Bescherming Klokkenluiders kan leiden. Dit betekent dus mogelijk dat werkgevers hun regeling opnieuw moeten aanpassen en dat zij dan opnieuw een instemmingstraject bij de ondernemingsraad moeten doorlopen.

Daarnaast wordt – om de bescherming van klokkenluiders te vergroten – geopperd een voorbeeld te nemen aan Amerika. Daar is in 2011 een ‘Whistleblower Program’ geïntroduceerd. Klokkenluiders kunnen in het kader van dat programma een beloning krijgen indien de zaken die zij aanbrengen door de overheid succesvol kunnen worden afgewikkeld. Zo is sinds de introductie van het Amerikaanse klokkenluidersprogramma al ruim \$2,7 miljard aan financiële sancties opgelegd. Daarvan is meer dan \$850 miljoen teruggevloeid naar benadeelde partijen. De 106 klokkenluiders ontvingen bij elkaar \$562 miljoen aan beloning.⁵² De regering heeft ervoor gekozen geen gebruik te maken van de mogelijkheid die de Richtlijn biedt om financiële bijstand te bieden.⁵³ Hierbij dient wel de kanttekening te worden geplaatst dat het bieden van een beloning mogelijk misbruik in de hand kan werken en daardoor in extra lasten voor zowel werkgevers als externe autoriteiten kan resulteren, omdat dit ertoe kan leiden dat er meer onderzoeken moeten worden ingesteld.

45 *Kamerstukken II 2020/21*, 35 851, 7.

46 F.H.A ter Huurne en A.J.C. Theunissen, ‘Wet Huis voor klokkenluiders verbetert de positie van de klokkenluider niet’, *TRA* 2016,104.

47 F.H.A ter Huurne en A.J.C. Theunissen, ‘Wet Huis voor klokkenluiders verbetert de positie van de klokkenluider niet’, *TRA* 2016,104.

48 Adviesvraag Huis voor Klokkenluiders Nationale Ombudsman, 1 oktober 2019.

49 Eindrapport Evaluatie Wet Huis voor klokkenluiders, bijlage bij *Kamerstukken II 2019/20*, 33 258, 48.

50 *Kamerstukken II 2020/21*, 35 851, 3.

51 *Kamerstukken II 2020/21*, 35 851, 6.

52 M. Pheijffer, ‘Voor betere aanpak fraude moeten we klokkenluiders gaan belonen’, *FD* 25 januari 2021.

53 De regering is van mening dat hier al voldoende is voorzien nu er advies bij het Huis voor Klokkenluiders kan worden ingewonnen en daarmee dus een stelsel van rechtsbescherming is. *Kamerstukken II 2020/21*, 35 851, 3.

7. Conclusie

De Richtlijn dient de bescherming van klokkenluiders te verbeteren. In verband met de implementatie van de Richtlijn wordt in het Wetsvoorstel het materiële en persoonlijke toepassingsgebied van de Wet HvK gewijzigd en worden extra eisen gesteld aan de interne meldprocedure die werkgevers in de private of publieke sector met 50 of meer werknemers zullen moeten hebben ingericht. Daarnaast zijn er extra beschermingsmaatregelen geïntroduceerd, namelijk het verbod op benadeling met omkering van bewijslast en vrijwaring tegen gerechtelijke procedures.

Het blijft de vraag of hierdoor de bescherming van melders daadwerkelijk groter zal worden. Hoewel de omkering van de bewijslast een stap in de goede richting is, nu de melder het causale verband tussen de melding en de benadeling niet hoeft aan te tonen, blijft het een feit dat benadeling wel heeft plaatsgevonden. Voorts geldt dat de melder in de meeste gevallen een gerechtelijke procedure zal moeten starten om zijn gelijk te halen, maar daarvoor niet (volledig) wordt gecompenseerd.⁵⁴ Het is dus de vraag of door de wetswijziging meer bescherming zal toekomen aan klokkenluiders en meer klokkenluidersmeldingen zullen worden gedaan.

Het is in elk geval raadzaam voor werkgevers in zowel de private als publieke sector met 50 of meer werknemers, om aan de slag gaan met het aanpassen van de interne meldprocedures, zodat deze ook openstaan voor meldingen van inbreuken op het Unierecht en tijdig aan de gestelde eisen voldoen. Daarnaast dienen de in dit artikel besproken procedurele voorschriften in de meldprocedure te worden opgenomen. Voor de wijziging of invoering van het reglement zal ook instemming van de ondernemingsraad moeten worden verkregen.

⁵⁴ Zoals hiervoor vermeld, heeft de regering niet gekozen voor de mogelijkheid van financiële bijstand die de Richtlijn biedt.

Over Loyens & Loeff

Loyens & Loeff N.V. is een onafhankelijk full-service kantoor van advocaten, belastingadviseurs en notarissen, waar de civiele en fiscale dienstverlening geïntegreerd wordt aangeboden. De advocaten en notarissen enerzijds en de belastingadviseurs anderzijds hebben binnen het kantoor een gelijkwaardige positie. Met deze opzet en haar omvang is Loyens & Loeff N.V. uniek in de Benelux en Zwitserland.

De praktijk is vooral gericht op het (internationale) bedrijfsleven en de overheid. Loyens & Loeff N.V. is een kantoor met uitgebreide kennis en ervaring op het gebied van onder meer belastingrecht, ondernemingsrecht, fusies en overnames, beursnoteringen, privatiseringen, bank- en effectenrecht, commercieel onroerend goed, arbeidsrecht, bestuursrecht, technologie, media en procesrecht, EU en mededinging, bouwrecht, energierecht, insolventie, milieurecht, pensioenrecht en ruimtelijke ordening.

loyensloeff.com

Genoteerd

Genoteerd is een periodieke nieuwsbrief voor relaties van Loyens & Loeff N.V. Genoteerd verschijnt sinds oktober 2001.

Auteurs van deze bijdrage zijn:

Liedeke de Jonge (liedeke.de.jonge@loyensloeff.com) en Hermine Voûte (hermine.voute@loyensloeff.com).

Redactie

drs. P.G.M. Adriaansen
 prof. mr. dr. A.C.P. Bobeldijk
 prof. dr. R.P.C. Cornelisse
 mr. P.E.B. Corten
 mr. E.H.J. Hendrix
 mr. H.L. Kaemingk
 mr. G. Koop
 mr. P.E. Lucassen
 prof. mr. W.J. Oostwouder
 mr. K. Wiersma

Uiteraard kunt u zich ook wenden tot uw eigen contactpersoon binnen Loyens & Loeff N.V.

Disclaimer

Hoewel deze publicatie met grote zorgvuldigheid is samengesteld, aanvaarden Loyens & Loeff N.V. en alle andere entiteiten, samenwerkingsverbanden, personen en praktijken die handelen onder de naam 'Loyens & Loeff', geen enkele aansprakelijkheid voor de gevolgen van het gebruik van de informatie uit deze uitgave zonder hun medewerking. De aangeboden informatie is bedoeld ter algemene informatie en kan niet worden beschouwd als advies.

Als toonaangevend kantoor is Loyens & Loeff de logische keuze als juridisch en fiscaal partner wanneer u in of via Nederland, België, Luxemburg of Zwitserland, onze thuismarkten, zaken doet. Met onze vestigingen in de Benelux, Zwitserland en kantoren in de belangrijke financiële centra kunt u wereldwijd rekenen op een persoonlijk advies van een van onze 900 adviseurs. Dankzij onze full-service praktijk, specifieke sectorbenadering en diepgaande kennis van de markt, begrijpen onze adviseurs precies waaraan u behoefte heeft.

Amsterdam, Brussel, Hong Kong, Londen, Luxemburg, New York, Parijs, Rotterdam, Singapore, Tokio, Zürich