

Memorandum

TO Ministerie van Binnenlandse en Koninkrijksrelaties, **via:** www.internetconsultatie.nl DATE 10 september 2020

COPY TO FILE REF

FROM Clifford Chance LLP/ Sara Schermerhorn en Sanne Blankestijn DIRECT DIAL +31 207119332

Reactie op consultatie Wet bescherming klokkenluiders

1. Inleiding

Clifford Chance LLP opereert als advocatenkantoor in een groot aantal jurisdicties en heeft een internationale 'client base'. In de afgelopen jaren zijn wij voor een aantal multinationals vanuit Nederland betrokken geweest bij het opzetten en implementeren van een internationale klokkenluidersregeling, te gebruiken in de verschillende landen waar zij actief zijn. De Wet Huis voor klokkenluiders heeft daarbij sinds 2016 vanuit Nederland een kader gegeven ten aanzien van een aantal minimumeisen aan een zogenaamde 'interne regeling'. Vaak kon dit kader leidend zijn vanwege ontbrekende of vergelijkbare wetgeving in de andere betrokken jurisdicties. Opvallend was ook dat het 'sentiment' ten aanzien van het zijn van klokkenluider per jurisdictie kon verschillen: van held (in de VS) tot verrader (in Duitsland). Ook zijn de redenen voor het doen van een melding per jurisdictie verschillend: van een morele plicht (continentaal Europa) tot gedreven door een zeer hoge beloning (de VS).

Richtlijn (EU) 2019/1937 van het Europees Parlement en de Raad van 23 oktober 2019 (de "**Richtlijn**") zorgt voor een welkome harmonisatie ten aanzien van de bescherming van klokkenluiders binnen de lidstaten van de Europese Unie. Het vroegtijdig opsporen van inbreuken op het Unierecht, waarbij het net als bij vermoedens van een misstand zoals bedoeld in de Wet Huis voor klokkenluiders gaat om inbreuken met een maatschappelijke impact, is in het belang van de (grotere) gemeenschap. Een beter beschermingsniveau van de melder en een met meer waarborgen omklede procedure, zullen, hopelijk, de meldingsbereidheid vergroten.

2. Reactie

Het voorontwerp Wet bescherming klokkenluiders (het "**Voorontwerp**") beoogt zowel de Richtlijn te implementeren als een aantal aanpassingen in de bestaande wetgeving door te voeren naar aanleiding van de evaluatie van de Wet Huis voor klokkenluiders.¹

Bij het Voorontwerp hebben wij de volgende opmerkingen, met name bedoeld om de beoogde maatregelen in de praktijk zo effectief mogelijk te laten zijn.

Interne meldprocedures – voor bedrijven waar in de regel tenminste 50 personen werkzaam zijn, is het vaststellen van een (interne) procedure voor het melden van een misstand reeds verplicht op basis van de bestaande wetgeving. Daar komt nu de verplichting bij om een intern meldkanaal in te richten voor meldingen over inbreuken op het Unierecht.² Idealiter, om extra belasting voor de organisatie te voorkomen en ten behoeve van een grotere transparantie voor de melder, worden de verplichtingen uit hoofde van de Richtlijn en de (aan te passen) verplichtingen uit hoofde van de bestaande wetgeving in één procedure gecombineerd. De Memorie van Toelichting bij het Voorontwerp (de "**MvT**") gaat in op de keuzemogelijkheid voor werkgevers om één dan wel twee meldkanalen in te richten, afhankelijk van het aantal meldingen dat zij verwachten van vermoedens van een misstand of een inbreuk op het Unierecht. Wij zetten vraagtekens bij de praktische uitvoerbaarheid van deze suggestie, hetgeen wij hieronder nader toelichten.

Op basis van de huidige wetgeving is het mogelijk om de reikwijdte van de interne regeling uit te breiden door 'werknemers' de mogelijkheid te geven om, naast vermoedens van een misstand, over vermoede onregelmatigheden te rapporteren. Dit is een optie die niet voorzien is in de Wet Huis voor klokkenluiders maar die in de na het van kracht worden van deze wet op de website van het Huis gepubliceerde modelregeling van het Adviespunt Klokkenluiders wordt genoemd, met als achterliggende gedachte dat het in het belang van zowel werkgevers als werknemers is als werknemers hier ook melding van doen zodat de werkgever in staat wordt gesteld het betreffende probleem op te lossen. Daarbij wordt dan een werknemer die intern melding doet van een vermoede onregelmatigheid ook beschermd tegen nadelige gevolgen voor zijn arbeidspositie.

Naar onze mening is dit waar het in de kern om draait: misstanden, onregelmatigheden, inbreuken op het Unierecht moeten (intern, en in sommige gevallen extern) gemeld kunnen worden om vroegtijdig ingrijpen te faciliteren en zo erger te voorkomen. Daarbij dient de

¹ Zie: Rapport 'Evaluatie Wet Huis voor Klokkenluiders' d.d. 30 juni 2020, beschikbaar via: <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2020/06/30/rapport-evaluatie-wet-huis-voor-klokkenluiders>.

² Artikel 2a Voorontwerp.

melder beschermd te worden tegen eventuele repercussies en gevrijwaard te worden van procedures met betrekking tot laster, schending van auteursrecht, overtreding van een geheimhoudingsbeding, of openbaarmaking van een bedrijfsgeheim en/of financiële schade. Zolang dat niet het geval is, zal de meldingsbereidheid beperkt zijn. Tegen deze achtergrond, en op basis van de (aanvullende) eisen die op basis van het Voorontwerp aan de respectievelijke meldregelingen gesteld worden, betonen wij ons voorstander van het combineren van beide procedures in één interne regeling³ en het werken met één meldkanaal.

Perspectief van de melder – In de praktijk moet vervolgens de procedure om te kunnen melden vanuit het perspectief van de melder zo eenvoudig mogelijk zijn. Als de melder om te beginnen advies moet inwinnen om duidelijkheid te krijgen over het te gebruiken meldkanaal is dat naar onze mening al een drempel die afbreuk doet aan voornoemd principe. Daarbij kunnen we ons voorstellen dat op basis van de initiële melding niet in alle gevallen duidelijk is onder welke categorie de vermoedens geschaard kunnen worden (is het een vermoeden van een misstand of -wellicht ook- van een inbreuk op het Unierecht?). Het benodigde 'filter' zou door de bedrijven/ werkgevers moeten worden toegepast, die op basis van de melding en eventuele op te vragen nadere details, indien nodig, de melding zouden kunnen kwalificeren. De melder kan daarop geïnformeerd worden over de toepasselijke procedure/vervolgstappen (afhankelijk van de kwalificatie van de melding), waarbij de mogelijkheid van en voorwaarden voor een externe melding kunnen worden toegelicht. In de meldregeling zelf dient, in aanvulling op de procedure voor een interne melding, de mogelijkheid uiteengezet te zijn van: 1) een rechtstreekse melding van een vermoeden van een inbreuk (op het Unierecht) bij bevoegde autoriteiten, of 2) de omstandigheden waaronder een vermoeden van een misstand buiten de organisatie gemeld kan worden.

Perspectief van de werkgever – De op grond van de verplichtingen uit hoofde van de Wet Huis voor klokkenluiders in het leven geroepen interne meldregelingen zullen moeten worden aangepast aan de nieuwe wetgeving. De MvT stelt dat er met het oog op de overzichtelijkheid voor gekozen is om de verschillende verplichtingen (voorzieningen voor klokkenluiders en beschermingsmaatregelen) zoveel mogelijk in één wet onder te brengen. Voor werkgevers lijkt er met het oog op de uitvoerbaarheid veel voor te zeggen om de bestaande meldregeling aan te passen aan de verplichtingen uit het Voorontwerp én om meldingen via één kanaal te laten lopen.

³ Daarbij zal de uitwerking in de interne regeling van de mogelijkheid om meldingen buiten de organisatie te doen uiteraard afhankelijk zijn van de kwalificatie van de melding. In de ontvangstbevestiging kan aan de melder benoemd worden welke artikelen van de interne meldregeling in dit kader van belang zijn.

De verschillen tussen beide procedures waar het gaat om het doen van meldingen binnen de organisatie zijn naar onze mening niet zodanig, dat één meldkanaal met bijbehorende procedure-eisen voor de interne melding niet mogelijk zou zijn. Daartoe kunnen de eisen van de artikelen 2 en 2a van het Voorontwerp gecombineerd worden:

- Ontvangstbevestiging binnen 7 dagen na ontvangst van de melding/ redelijke termijn van ten hoogste 3 maanden voor nadere terugkoppeling – deze verplichtingen uit hoofde van de Richtlijn worden in het Voorontwerp niet overgenomen voor meldingen met betrekking tot vermoedens van een misstand. Wel dient in de interne procedure een redelijke termijn te worden vastgelegd waarbinnen de werknemer wordt geïnformeerd over de voortgang van het onderzoek naar aanleiding van zijn melding, alsmede over de getroffen of voorgenoemen maatregelen naar aanleiding van het onderzoek. Wij zien geen reden om niet voor elke melding binnen 7 dagen een ontvangstbevestiging te versturen, en de redelijke termijn voor terugkoppeling ook voor meldingen met betrekking tot vermoedens van een misstand te maximaliseren op 3 maanden. Volgens de redenering in de MvT⁴, inhoudende dat het moeilijk te verdedigen is dat personen die misstanden naar nationaal recht melden minder bescherming zouden genieten dan de personen die een vermoeden van een inbreuk op het Unierecht melden, achten wij het vaststellen van maximumtermijnen ook een vorm van bescherming die voor melders van misstanden naar nationaal recht evenzeer zou moeten gelden als voor meldingen van inbreuken op het Unierecht. In het kader van de termijnen kan ook gedacht worden aan een maximale termijn waarbinnen het onderzoek naar de melding dient te worden afgerond, of op zijn minst een inspanningsverplichting voor de werkgever om het onderzoek voor zover dat binnen de eigen organisatie plaatsvindt zo spoedig mogelijk af te ronden.
- Behandeling van de melding – De Richtlijn schrijft in artikel 9 lid 1 sub c voor dat de procedure voor interne melding de aanwijzing van een onpartijdige persoon of afdelingen omvat die bevoegd is voor de opvolging van de meldingen en die dezelfde persoon of afdeling kan zijn als de persoon of afdeling die de meldingen ontvangt. Dit komt terug in de MvT bij het Voorontwerp waarbij wordt gesteld dat deze persoon vergelijkbaar is met de huidige vertrouwensadviseur genoemd in de Wet Huis voor klokkenluiders.⁵ We gaan ervan uit dat hier bedoeld wordt op de persoon genoemd in artikel 2 lid 1 sub e van de Wet Huis voor klokkenluiders, welk artikellid in het Voorontwerp ongewijzigd is gebleven. Dit maakt het er allemaal niet duidelijker op, nu artikel 2 lid 1 sub c van de Wet Huis voor klokkenluiders

⁴ MvT, blz. 22

⁵ MvT, blz. 7

daarnaast verwijst naar de functionaris of functionarissen (niet noodzakelijkerwijs de vertrouwenspersoon) waar het vermoeden van een misstand kan worden gemeld. De eis van behandeling door een 'onpartijdige persoon of afdeling' komt in het Voorontwerp niet terug. Wij hebben de volgende suggesties:

- In de implementatiewetgeving van de Richtlijn dient artikel 9 lid 1 sub c expliciet te worden overgenomen;
- Omdat het begrip 'vertrouwenspersoon' niet is gedefinieerd in de Wet Huis voor klokkenluiders (of het Voorontwerp)⁶ en de reeds bestaande mogelijkheid om een adviseur in vertrouwen te raadplegen over een vermoeden van een misstand (art. 2 lid 2 sub e Wet Huis voor klokkenluiders) naar onze mening los dient te staan van de 'onpartijdige persoon of afdeling' die de meldingen behandelt en de communicatie met de melder onderhoudt, pleiten wij voor in de wet op te nemen nadere kwaliteitseisen voor de behandelaar van de meldingen. Eea ook indachtig onze suggestie om de verantwoordelijkheid voor de kwalificatie van de melding bij de werkgever te leggen (zie hierboven onder 'perspectief van de werknemer'). In bijvoorbeeld de Arbowet⁷ en de Algemene verordening gegevensbescherming⁸ worden kwaliteitseisen gesteld aan respectievelijk de preventiemedewerker en functionaris voor de gegevensbescherming. Daarbij lijkt ons het volgende van belang: 1) een beschrijving van de kwaliteitseisen, waarbij de toelichting op de kwaliteitseisen die aan het betreffende personeel bij de bevoegde autoriteiten worden gesteld als uitgangspunt kan dienen⁹, 2) de mogelijkheid tot het aantrekken van een externe gekwalificeerde partij die aan de functie-eisen voldoet (vergelijk artikel 13 lid 3 Arbowet en artikel 37 lid 6 Algemene verordening gegevensbescherming), 3) de mogelijkheid om binnen een concern te werken met één 'deskundige' die vanuit elk concernonderdeel makkelijk te contacteren is, vergelijkbaar met de functionaris voor de gegevensbescherming binnen het concern op basis van artikel 37 lid 2 van de Algemene verordening gegevensbescherming, en 4) een opzegverbod/ontslagbescherming voor degene die deze rol intern vervult met het oog op de benodigde onpartijdigheid (vergelijkbaar aan de bescherming van de

⁶ We laten het initiatiefwetsvoorstel 'Wet vertrouwenspersonen' voor deze bijdrage buiten beschouwing.

⁷ Artikel 13 Arbowet

⁸ Artikel 37 Algemene verordening gegevensbescherming

⁹ MvT, blz. 9

functionaris voor de gegevensbescherming op basis van artikel 38 lid 3 Algemene verordening gegevensbescherming).

De MvT licht ten aanzien van de punten 1) en 2) op pagina 38 toe dat het *'inherent [is] dat de functionaris bij wie zo'n inbreuk kan worden gemeld, onafhankelijk is en geen belangenconflicten heeft'*, en *'Ook derden kunnen worden gemachtigd om namens de werkgever meldingen van inbreuken te ontvangen, mits zij passende waarborgen bieden wat betreft de eerbiediging van de onafhankelijkheid, vertrouwelijkheid, gegevensbescherming en geheimhouding'*. Zoals gezegd lijkt het ons van belang artikel 9 lid 1 sub c van de Richtlijn expliciet te maken in de wet. Ten aanzien van punt 3) vermeldt artikel 2a lid 4 van het Voorontwerp dat werkgevers met 50 tot 249 werknemers middelen mogen delen zowel voor het in ontvangst nemen van meldingen, als voor het uitvoeren van onderzoeken. Onze praktijk laat zien dat internationale concerns vaak proberen te komen tot een concern brede regeling (waar nodig met lokale aanpassingen) waarbij meldingen kunnen lopen via één (extern beheerd) meldkanaal. Tegen deze achtergrond zouden wij op dit punt liever aansluiten bij het delen van middelen binnen het concern dan tussen 'kleine' werkgevers onderling.

Betrokkenheid ondernemingsraad – bij de invoering van de Wet huis voor klokkenluiders werd een nieuw onderdeel toegevoegd aan artikel 27 lid 1 van de Wet op de Ondernemingsraden: de ondernemer heeft de voorafgaande instemming van de ondernemingsraad nodig voor elk door de ondernemer voorgenomen besluit tot vaststelling, wijziging of intrekking van 'een procedure voor het omgaan met het melden van een vermoeden van een misstand, als bedoeld in artikel 2, eerste lid van de Wet Huis voor klokkenluiders. Het valt op dat het Voorontwerp niet rept over een met de implementatie van de Richtlijn gepaard gaande wijziging van dit onderdeel van artikel 27 lid 1 Wet op de Ondernemingsraden, al is het maar om de nieuwe naam van de wet (Wet bescherming klokkenluiders) in dit onderdeel over te nemen. Voor zover de bestaande, op basis van de Wet Huis voor klokkenluiders, interne regeling aangepast wordt aan de vereisten van de Richtlijn, zal dit op basis van het huidige artikel 27 lid 1 sub m Wet op de Ondernemingsraden betrokkenheid van de ondernemingsraad vergen. Mocht de werkgever overgaan tot het vaststellen van een aparte procedure voor het omgaan met het melden van informatie over inbreuken op het Unierecht op basis van artikel 2a lid 1 van het voorgesteld Wet bescherming klokkenluiders, dan kwalificeert dit naar verwachting als 'een regeling op het gebied van de behandeling van klachten' als genoemd onder artikel 27 lid 1 sub j van de Wet op de Ondernemingsraden. De vaststelling van deze procedure valt daarmee tevens onder het instemmingsrecht van de ondernemingsraad, al zou een aanpassing van artikel 27 lid 1 sub m van de Wet op de Ondernemingsraden consistentener zijn.

Register – de Richtlijn vereist dat meldingen van inbreuken op het Unierecht geregistreerd worden. Voor zover deze meldingen via de interne meldkanalen worden gedaan, ligt deze verplichting bij de werkgever. Hoewel de registratieplicht nu qua inhoud onderworpen is aan de grenzen die de geheimhoudingsplicht stelt o.a. met verwijzing naar het vertrouwelijke karakter van gegevens over de identiteit van de melder, en tot die melder herleidbare informatie, dient de inhoud van deze registratie wat ons betreft bij voorkeur uitgeschreven te worden in de wet, o.a. teneinde te bewerkstelligen dat werkgevers hier niet zelf hun afwegingen behoeven te maken. Dit zou op een vergelijkbare manier kunnen worden vormgegeven als de documentatieplicht die ook geldt bij meldingen van inbreuken van een inbreuk in verband met persoonsgegevens aan de toezichthoudende autoriteit, als bedoeld in artikel 33 lid 5 van de Algemene verordening gegevensbescherming. Uiteraard kan dit ook in een ministeriële regeling, waarvoor artikel 2b lid 3 van het Voorontwerp de grondslag biedt.

Anoniem melden – Nederland neemt de mogelijkheid die de Richtlijn biedt om anonieme meldingen toe te staan niet over. Als het gaat om het boven tafel krijgen van misstanden in de organisatie, met de bedoeling om zo snel als mogelijk in te kunnen grijpen, zou de identiteit van de melder ondergeschikt moeten zijn aan de melding zelf, mits naar eer en geweten gedaan. De angst voor benadeling, in welke vorm dan ook, kan ertoe leiden dat een melding achterwege blijft. Hoewel de Richtlijn nadrukkelijk in de mogelijkheid voorziet om lidstaten te laten bepalen anonieme meldingen wel/niet toe te staan, vinden wij het jammer dat aan de afwegingen die ten grondslag liggen aan deze keuze in de MvT geen aandacht wordt besteed.

Benadelingsverbod in Voorontwerp en door Richtlijn voorgeschreven sancties – nu met het Voorontwerp een grotere groep potentiële melders tegen benadeling wordt beschermd, onderschrijven wij nut en noodzaak van het plaatsen van het benadelingsverbod in het Voorontwerp zelf in plaats van buiten de wet in (bijv.) arbeidsrechtelijke wetgeving. Juist nu het beschermingsbereik van de melder op grond van de Richtlijn en de Nederlandse implementatie daarvan verder gaat dan alleen de 'traditionele' werknemer. Naar onze mening zou dit ook moeten gelden voor de (doeltreffende, evenredige en afschrikwekkende) sancties die de lidstaten dienen te verzorgen om bijvoorbeeld te voorkomen dat een melding wordt belemmerd, of de geheimhoudingsplicht met betrekking tot de identiteit van de melder wordt geschonden, of gericht tegen melders die opzettelijk onjuiste informatie verstrekken. Het lijkt ons van belang dat aan de hand van een verwijzing in de Wet bescherming klokkenluiders duidelijk is dat de bescherming voor de 'klokkenluider' met bedoelde sancties verder gaat dan de geheimhoudingsplicht en het benadelingsverbod. Voorlichting hierover (en over de geheimhoudingsverplichting en vrijwaring van gerechtelijke procedures) dient naar onze mening toegevoegd te worden aan de inhoud van de interne meldregeling. De informatieverplichting van het beoogde artikel 2a lid 5 onder c van het Voorontwerp zou wat ons betreft meer dwingend moeten voorschrijven welke onderdelen van de bescherming van de melder hierbij aan bod dienen te komen.