

BELONING & BELASTING



Vakblad gespecialiseerd in loonheffingen

Dit artikel wordt u aangeboden door Beloning & Belasting

Beloning & Belasting is hét vakblad voor professionals die op de hoogte willen zijn en blijven van de ontwikkelingen met betrekking tot loonbelasting en sociale verzekeringen. Beloning & Belasting biedt praktijkgerichte informatie over wetgeving, beleid en jurisprudentie. Dat is aangevuld met commentaren van deskundigen en lezersvragen. In Beloning & Belasting staat onmisbare informatie voor onder andere belastingadviseurs, accountants, boekhouders en HR-managers.

Dit kunt u verwachten van Beloning & Belasting:

- 12x per jaar het digitale vakblad
- maandelijkse nieuwsbrief per e-mail
- informatie die u direct in de dagelijkse praktijk kunt gebruiken
- toegang tot online database
- laatste vier vakbladen offline beschikbaar op tablet.

Kijk voor meer informatie of een (proef)abonnement op <https://www.futd.nl/vakblad/beloning-belasting/abonneren/>

© 2023 Rendement Uitgeverij. Alle rechten voorbehouden.

Niets uit deze uitgave mag, noch geheel, noch gedeeltelijk, worden overgenomen en/of vermenigvuldigd zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever. Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden auteur(s), redacteur(en) en uitgever geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor de gevolgen hiervan.

Marcel de Vries¹

Wet bescherming klokkenluiders: een stap in de goede richting?

2023-0056

De werksituatie bij de tv-programma's *The Voice*, *Studio Sport*, *De Wereld Draait Door*, het conflict binnen de politieke partij Volt. Het zijn voorbeelden van werkomgevingen waarbij grote vraagtekens geplaatst kunnen worden bij de manier waarop mensen met elkaar omgaan. Het heeft geleid tot veel publiciteit over grensoverschrijdend gedrag, machtsverhoudingen, onveilige werksituaties en integriteit. Steeds vaker komen bedrijven en organisaties onder druk te staan vanwege integriteitsschendingen en schadelijke omgangsvormen op het werk. Voor het voeren van een gedegen integriteitsbeleid is een adequaat beschermingsniveau voor de melder van een misstand van belang. Hiertoe is in Nederland de eerste stap gezet met onder meer de Wet Huis voor klokkenluiders.² Op Europees niveau werd een bijdrage geleverd met de inwerkingtreding van de Klokkenluidersrichtlijn.³ Op 18 februari 2023 is de Wet bescherming klokkenluiders (Wbk)⁴ aangenomen, als implementatie van voormelde richtlijn. Hieronder wordt ingegaan op de belangrijkste kaders van de Wbk en de vraag of de wet een stap in de goede richting is.

De Wbk geeft een wettelijk kader voor procedures omtrent het melden van een misstand, alsmede voor bescherming van degene die de melding heeft gedaan. Hiermee wordt uitvoering gegeven aan hetgeen specifiek in de klokkenluidersrichtlijn was bepaald, namelijk dat personen specifieke rechtsbescherming nodig hebben als zij de informatie die zij melden, via hun werkgerelateerde activiteiten hebben verkregen en als gevolg daarvan in hun werkomgeving het risico lopen op represailles. Aan de beschermingsgedachte ligt ten grondslag dat die personen economisch kwetsbaar zijn ten opzichte van de persoon van wie zij de facto afhankelijk zijn voor hun werk.⁵ Deze personen waarover de richtlijn spreekt zijn de melders van een misstand.

Melder

Een melder in de Wbk is een natuurlijk persoon die in de context van werkgerelateerde activiteiten een vermoeden van een misstand meldt of openbaar maakt.⁶ Het is van belang om te benadrukken dat het hierbij niet alleen gaat om werknemers, maar dat bijvoorbeeld ook melder kunnen zijn: stagiairs, zzp'ers, leveranciers, sollicitanten, uitzendkrachten, bestuurders of leden van een toezichthoudend orgaan zoals de Raad van Commissarissen.⁷ Ook aandeelhouders kunnen een melding van een vermoeden van een misstand doen. De melder van een misstand moet wel te goeder trouw zijn⁸, hetgeen losstaat van het motief van de melder.

Vermoeden van misstand

Na te hebben behandeld *wie* er melding mag doen, is van belang om te weten *wat* er gemeld mag worden in het kader van de Wbk. Hiervoor geldt dat er een vermoeden van een misstand moet zijn.⁹ Dit is het geval indien sprake is van:

- A. een schending of een gevaar voor schending van het Unierecht. Het gaat hier om een handeling of een nalatigheid die onrechtmatig is of het doel van het Unierecht ondermijnt en schadelijk is voor het algemeen belang. Hieronder vallen behoorlijk veel onderwerpen, zoals bescherming van het milieu, de volksgezondheid, consumentenbescherming en gegevensbescherming (privacy);¹⁰
- B. een handeling of nalatigheid waarbij het maatschappelijk belang in het geding is. Dit is het geval bij:
 - i. (gevaar voor) schending van een wettelijk voorschrift of van interne regels die een concrete verplichting inhouden en die op grond van een wettelijk voorschrift door een werkgever zijn vastgesteld. Hierbij kan worden gedacht aan veiligheidsvoorschriften, maar bijvoorbeeld ook aan gedragscodes die voortvloeien uit het instructierecht van de werkgever of een regeling die na instemming met de ondernemingsraad is ingevoerd;
 - ii. een meer algemeen gevaar (niet zijnde een dreigend gevaar), voor onder andere de volksgezondheid, de veiligheid van personen, of het milieu.

Volgens de Wbk is het maatschappelijk belang in ieder geval in het geding indien de handeling of nalatigheid niet alleen persoonlijke belangen raakt, maar er ook sprake is van oftewel een patroon of structureel karakter dan wel de handeling of nalatigheid ernstig of omvangrijk is. Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan het in strijd met de wet structureel laten overwerken van personeel (zonder vergoeding). Hoewel het begrijpelijk is dat er criteria in de Wbk zijn opgenomen, zoals het melden van een misstand met een maatschappelijk belang, blijft het voor een potentiële melder lastig te overzien of zijn melding aan de eisen voldoet, en in het verlengde of er aanspraak gemaakt kan worden op de – nader te bespreken – klokkenluidersbescherming. Vooral indien bedacht wordt dat de meest voorkomende misstandvermoedens waar het Huis voor de Klokkenluiders zich over heeft gebogen, ging over sociale onveiligheid op de werkvloer.¹¹ Hierbij gaat het vooral om angstcultuur en grensoverschrijdend gedrag. In dergelijke werksituaties is doorgaans niet eenvoudig te bepalen of het een meer individuele kwestie betreft of dat deze reeds opschuift naar een maatschappelijk belang, omdat er bijvoorbeeld op grote schaal sprake is van schending van wettelijke normen.

Meldprocedure

Voor private werkgevers met 250 of meer werknemers geldt dat zij direct aan de Wbk dienen te voldoen met ingang van de inwerkingtreding van deze wet (17 februari 2023). Alle private organisaties in Nederland met 50 tot 249 werknemers dienen eveneens te voldoen aan de Wbk, maar hebben hiervoor nog tot 17 december 2023. Onderdeel van deze verplichtingen betreft het hebben van een interne meldprocedure. Organisaties die actief zijn op het gebied van financiële diensten, vervoer of milieu zijn ongeacht het aantal werknemers verplicht om een dergelijke meldprocedure te hebben. In de meldprocedure wordt ingeregeld hoe wordt omgegaan met het ontvangen en behandelen van meldingen van vermoedens van misstanden. Hierbij is van belang dat de persoon of afdeling die de meldingen ontvangt en behandelt voldoende gekwalificeerd moet zijn om deze positie te vervullen, waarbij een en ander zodanig dient te worden ingeregeld, dat de vertrouwelijkheid van de melding en de melder worden gewaarborgd. In de interne meldprocedure dient onder meer te worden vastgelegd¹²:

- de manier waarop de interne melding wordt behandeld;
- de wijze waarop een werknemer in ieder geval kan melden, bijvoorbeeld schriftelijk, mondeling via de telefoon of een ander spraakberichtsysteem. Dit kan ook op verzoek van de werknemer binnen een redelijke termijn door een gesprek op locatie;

- bij welke aangewezen onafhankelijke functionaris de melding van een misstand kan worden gedaan en wie er wanneer opvolging geeft aan de melding. Hierbij moet rekening worden gehouden met een termijn van zeven dagen na ontvangst van een melding voor het versturen van een ontvangstbevestiging en een termijn van maximaal drie maanden na ontvangst van een melding om de werknemer te informeren over de beoordeling en de opvolging van de melding;
- wanneer er sprake is van een vermoeden van een misstand;
- dat de werknemer de mogelijkheid heeft om een adviseur in vertrouwen te raadplegen over een vermoeden van een misstand.

Werknemers dienen schriftelijk of elektronisch te worden geïnformeerd over de interne meldprocedure, alsook over de rechtsbescherming van een werknemer bij het melden van een vermoeden van een misstand. Op een nader te bepalen moment gaat ook gelden dat in de interne meldprocedure dient te worden opgenomen via welke aangewezen onafhankelijke functionaris een melder anoniem melding kan doen.¹³ De werkgever dient de meldingen te registreren in een speciaal daarvoor ingericht register.¹⁴ Hierbij dient er onderscheid te worden gemaakt tussen meldingen van schending waarbij het maatschappelijk belang in het geding is, en meldingen waarbij sprake zou zijn van schending van het Unierecht. De gegevens over een melding mogen niet langer worden opgeslagen dan nodig is, om aan privacyregelgeving te voldoen. Voor bedrijven die in Nederland onderdeel uitmaken van een groep van vennootschappen (concern), geldt dat iedere afzonderlijke dochtermaatschappij die ten minste 50 werknemers heeft een eigen intern meldkanaal dient te hebben. Binnen de Wbk lijkt er vooralsnog geen ruimte voor het binnen concernverband centraal inrichten van een intern meldkanaal.

Externe melding

Van belang is dat er op basis van de Wbk ook extern een melding van een misstandvermoeden kan worden gedaan bij een bevoegde autoriteit, zoals bijvoorbeeld de Autoriteit Persoonsgegevens (AP), als de melding het verwerken van persoonsgegevens betreft. Er is geen verplichting om eerst intern te melden. In de Wbk is een aantal autoriteiten expliciet benoemd, die een zogeheten extern meldkanaal moeten inrichten. Dit betreft, naast de reeds genoemde AP:

- de Autoriteit Consument en Markt;
- de Autoriteit Financiële markten;
- de Nederlandsche Bank N.V.;
- het Huis voor Klokkenluiders;

- de Inspectie Gezondheidszorg en Jeugd;
- de Nederlandse Zorgautoriteit;
- de Autoriteit Nucleaire Veiligheid en Stralingsbescherming.

Het uitgangspunt blijft dat meldingen eerst intern plaatsvinden. Echter, niet elke organisatie heeft een bedrijfscultuur waarin eenieder zich vrij voelt om intern een melding te doen, zodat het mijns inziens goed is dat er geen verplichting meer geldt om eerst intern het misstandvermoeden te melden.

Instemming OR/PVT

Organisaties die in het kader van de Wbk overgaan tot het instellen of wijzigen (of intrekken) van een klokkenluidersregeling, dienen er rekening mee te houden dat de ondernemingsraad (OR) ter zake een instemmingsrecht heeft. Na invoering van de Wbk komt dit recht ook toe aan de personeelsvertegenwoordiging (PVT).¹⁵ Wanneer een werkgever geen OR of PVT heeft ingesteld en daartoe ook niet verplicht is, kan hij volstaan met de toestemming van meer dan de helft van het personeel. Indien de meldprocedure is opgenomen in een collectieve arbeidsovereenkomst (CAO), is voor wijziging de betrokkenheid en instemming van de CAO-partijen vereist.

Bescherming klokkenluiders

Eén van de kernelementen van de Wbk is dat de klokkenluider wordt beschermd als hij een melding (intern of extern bij een bevoegde autoriteit) doet in de zin van de wet. Daarom is in de Wbk bepaald dat een melder *tijdens en na* de behandeling van een melding niet mag worden benadeeld.¹⁶ Het gaat hierbij om benadeling in de meest brede zin, waarbij bijvoorbeeld kan worden gedacht aan demotie, overplaatsing, loonverlaging of het niet krijgen van een promotie. Dit zogeheten benadelingsverbod is ook van toepassing op andere personen die betrokken zijn bij de melding, zoals degene die de melder bijstaat, de betrokken derde, de organisatie die de melder bijstaat, het meldpunt en de onderzoekers. Het benadelingsverbod geldt ook wanneer de melder ervoor heeft gekozen om het misstandvermoeden te openbaren (bijvoorbeeld via de pers) op het moment dat de melder daar gegronde redenen voor heeft. In dat geval gelden wel enkele aanvullende eisen¹⁷:

- de melder moet redelijke gronden hebben dat het vermoeden van een misstand juist is. De melder hoeft geen positief bewijs aan te dragen om voor bescherming in aanmerking te komen;

- de melder moet voorafgaand aan de openbaarmaking intern of extern (of direct extern) het vermoeden van een misstand hebben gemeld;
- er zijn naar aanleiding van de melding niet tijdig passende maatregelen genomen.

Indien er sprake is van een dreigend of reëel gevaar door het algemeen belang, een noodsituatie of een risico op onherstelbare schade, mag een melder rechtstreeks overgaan tot openbaarmaking en dient hij te kunnen terugvallen op klokkenluidersbescherming.

Een belangrijke verbetering van de positie van de klokkenluider op grond van de Wbk ziet op het bewijsvermoeden. Voor de melder is het in beginsel voldoende om aan te tonen dat hij een melding of openbaarmaking heeft gedaan en benadeeld is. Het causaal verband tussen de melding of openbaarmaking en de benadeling wordt aangenomen totdat de werkgever het vermoeden van causaal verband weet te ontzenuwen. De bewijslast voor het aantonen van het ontbreken van causaal verband ligt bij de werkgever.¹⁸ Het uiteindelijke bewijsrisico blijft voor de melder, in die zin dat de bewijslast alsnog, door het gewicht dat mogelijk moet worden toegekend aan het door de werkgever geleverde tegenbewijs, bij de melder komt te liggen. In dat geval is het aan de melder om alsnog het causaal verband aan te tonen. Een ander belangrijk aspect in de bescherming van de klokkenluider is gelegen in het aanpakken van zogeheten zwijgbedingen, oftewel bepalingen die het recht om vermoedens van misstanden te melden of te openbaren, beperken of ontnemen. Dergelijke zwijgbedingen zijn niet geldig (nietig).¹⁹ Overigens geldt dit niet indien het zwijgbeding is overeengekomen ter uitvoering van een daartoe strekkend wettelijk voorschrift, en evenmin voor bedingen die voor inwerkingtreding van de Wbk zijn overeengekomen.²⁰ Ten slotte wordt de bescherming van de klokkenluider verbeterd door de melder van een misstandvermoeden te vrijwaren van aansprakelijkheid. Op basis van de Wbk geldt dat een melder, of de betrokken derde of degene die een melder bijstaat, niet aansprakelijk kan worden gesteld voor een inbreuk op beperking van het openbaren van informatie (schending geheimhoudingsplicht), mits:

- er redelijke gronden zijn die zodanig zijn dat melding of openbaarmaking noodzakelijk is voor de onthulling van een misstand; en
- melding of openbaarmaking overeenkomstig de voorwaarden van de Wbk is gedaan.

Ook hier geldt een verschuiving van de bewijslast. Degene die de procedure instelt tegen de melder moet bewijzen dat de gewraakte handelingen niet noodzakelijk waren om de inbreuk te onthullen. Overigens kan de melder wel aansprakelijk zijn indien het verwerven van of toegang verschaffen tot informatie strafbaar is gesteld.

Rol voor Huis voor Klokkenuiders

Het Huis voor Klokkenuiders, meer specifiek de afdeling Advies, heeft tot taak de melder te adviseren over de te nemen stappen inzake het vermoeden van een misstand en zo nodig te verwijzen naar bijvoorbeeld (toezichthoudende) instanties. In de verschillende fasen van de melding kan het Huis voor Klokkenuiders adviseren over en ondersteunen bij de te bewandelen weg, het op verzoek zicht houden op het proces, het adviseren op het gebied van mediation, hoe de kwestie kan worden aangemeld bij een bevoegde instantie en adviseren over de nazorg. Deze voorziening staat nu open voor alle melders zoals bedoeld in het kader van de Wbk. Ondersteuning wordt niet alleen gegeven in het kader van de melding van een vermoeden van een misstand, maar ook in het kader van een melding over een inbreuk op het Unierecht die heeft plaatsgevonden of die naar alle waarschijnlijkheid zal plaatsvinden. Voorts adviseert het Huis voor Klokkenuiders bij het doen van een melding en informeert het klokkenuiders over hun rechtsbescherming. Daarnaast doet het Huis voor Klokkenuiders onderzoek naar misstanden voor zover andere instanties daar niet toe bevoegd zijn en voert het zogeheten bejegeningsonderzoeken uit naar aanleiding van een melding van een vermoeden van een misstand.

Handhaving en sancties

Op basis van de Wbk krijgt het Huis voor Klokkenuiders een ruimer bevoegdheidskader, ook wat betreft handhaving. Aan een organisatie die geen klokkenuidersregeling heeft ingevoerd, terwijl zij daartoe wel verplicht is, kan door het Huis voor Klokkenuiders een bestuurlijke boete worden opgelegd of een last onder dwangsom. De bepalingen over de sanctiemogelijkheden voor het Huis voor Klokkenuiders moeten echter nog van kracht worden, waarbij voor nu nog onduidelijk is wanneer dit zal plaatsvinden.²¹ Van belang is voorts dat iedere belanghebbende werknemer zich tot de kantonrechter kan wenden om te verlangen dat er alsnog een interne meldprocedure wordt vastgesteld door de werkgever.

Conclusie

De Wbk is een verbetering ten opzichte van de Wet Huis voor klokkenuiders, onder meer door de verbeterde bescherming die geboden wordt aan klokkenuiders die een melding doen van misstandvermoeden en het feit dat een melding niet per se eerst intern hoeft te worden gedaan. In dat opzicht is de Wbk inderdaad een stap in de goede richting. De Wbk is echter ook een wet die zich op onderdelen niet eenvoudig laat lezen, onder

andere omdat veel wordt opgehangen aan begrippen zoals "melding", "misstand" en "vermoeden van een misstand". Deze termen lijken niet altijd even eenduidig te zijn gehanteerd. Blijft het hier nu bij voor wat betreft de klokkenuidersregelgeving, nu onlangs de Wbk van kracht is geworden? Nee, vooral ook omdat nog niet alle elementen van de wet in werking zijn getreden. Zoals het anoniem melden bij de werkgever, maar ook de nadere invulling van de sanctietaak en bevoegdheden van het Huis voor Klokkenuiders dient nog te komen.²² Bovendien is reeds een aanvullende wetswijziging naar aanleiding van de evaluatie van de wet aangekondigd, dus er zijn nog wel de nodige ontwikkelingen te verwachten. Zo wordt onder meer gekeken of er een fonds in het leven kan worden geroepen dat onder meer financiële en psychosociale ondersteuning kan bieden aan melders van misstandvermoedens.

Voor veel werkgevers heeft de recente invoering van de Wbk wel gevolgen en zal concrete actie vereist zijn om te voldoen aan de Wbk. Er zal een interne meldprocedure moeten komen in lijn met de spelregels van de Wbk, en daarnaast zal goed moeten worden gekeken hoe deze zich verhoudt tot reeds bestaande regelingen, zoals een gedragscode en andere integriteitbevorderende policies. Dit om overlap en onduidelijkheden zoveel als mogelijk te voorkomen. Hierbij dient ook de rol van de OR of de PVT niet te worden vergeten, niet alleen omdat deze organen een wettelijk instemmingsrecht toekomt, maar ook om draagvlak voor de betreffende regelingen te krijgen in de organisatie. Op deze wijze kunnen stappen worden gezet op de weg naar een veilige werkomgeving en gezonde bedrijfscultuur!

Noten:

1. Mr. M.A. de Vries is advocaat bij Pallas Advocaten in Amsterdam.
2. Stb. 2016, 147.
3. EU-richtlijn 2019/1937 van het Europees Parlement en de Raad van 23 oktober 2019 inzake de bescherming van personen die inbreuken op het Unierecht melden.
4. Stb. 2023, 29.
5. EU-richtlijn 2019/1937, overweging 36.
6. Artikel 1 Wbk onder "melder".
7. EU-richtlijn 2019/1937, overweging 39.
8. Artikel 1 Wbk onder "vermoeden van misstand", waar wordt gesteld dat het vermoeden van een misstand gebaseerd moet zijn op redelijke gronden.
9. Artikel 1 Wbk onder "misstand".
10. Zie voor een uitvoerige uiteenzetting van het materieel toepassingsgebied, en in het bijzonder wanneer sprake is van een inbreuk op het Unierecht, artikel 2.1 van de EU-richtlijn 2019/1937, dat overigens een dynamisch karakter kent (nadere aanvullingen zijn dus mogelijk).
11. Jaarverslag van het Huis voor Klokkenuiders 2023, gepubliceerd op 15 maart 2023, te raadplegen via <https://www.huisvoorklokkenuiders.nl/publicaties/jaarverslagen>.
12. Artikel 2 lid 2 Wbk.
13. Nadere uitwerking zal volgen in een Algemene Maatregel van Bestuur.
14. Artikel 2a en 2b Wbk.
15. Artikel 27 lid 1 sub m en artikel 35C van de WOR.
16. Artikel 17a Wbk.
17. Artikel 17 ea Wbk.
18. Artikel 17f Wbk.
19. Artikel 17h lid 1 Wbk.
20. Artikel 17h lid 2 Wbk.
21. Nadere uitwerking zal volgen in een Algemene Maatregel van Bestuur.
22. Artikel 3a lid 3 onder e en art. 17i Wbk.