

# 449. Klok en klepel: klokkenluidersregelingen vanuit arbeids- en privacyrechtelijk perspectief

MR. M. BENBRAHIM EN MR. F.C. VAN DER JAGT

In dit artikel worden de belangrijkste arbeidsrechtelijke en privacyrechtelijke aspecten die een rol spelen bij de invoering en uitvoering van een klokkenluidersregeling behandeld. Aandacht wordt besteed aan het wetsvoorstel Huis voor klokkenluiders en de rol van de ondernemingsraad bij klokkenluidersregelingen. Ook worden het privacyrechtelijke kader en de recent aangenomen bestuurlijke boetes wegens schending van de privacywetgeving onder de loep genomen.

## Inleiding

Met enige regelmaat duiken in de media berichten op over klokkenluiders. Zo kwam de bouwfraude-affaire aan het licht door klokkenluider Ad Bos, onthulde Edward Snowden de af luisterpraktijken van de Amerikaanse National Security Agency (NSA) en kreeg de tragische zelfmoord van klokkenluider Gotlieb, die wantoestanden bij de Nederlandse Zorgautoriteit aan het licht bracht, uitgebreide aandacht in de pers. Steeds meer ondernemingen stellen een klokkenluidersregeling vast om werknemers de mogelijkheid te bieden om onder meer financiële wantoestanden, gevallen van seksuele intimidatie of schendingen van milieuwetgeving te melden. Meestal doen ondernemingen dit vrijwillig om publieke commotie over vermeende onregelmatigheden voor te zijn, de vermoedens van misstanden binnenshuis te onderzoeken en waar nodig op te lossen. Bij het opstellen van een klokkenluidersregeling kunnen velerlei aspecten, naar gelang de branche, een rol spelen. Naast algemene regels van het arbeidsrecht, privacyrecht en strafrecht kunnen ook specifieke meld- en onderzoeksregels gelden voor ondernemingen in gereguleerde sectoren zoals de zorg en het bankwezen. In dit artikel zetten wij in het kort uiteen met welke arbeids- en privacyrechtelijke aspecten een onderneming rekening dient te houden bij de in- en uitvoering van een klokkenluidersregeling.

## Achtergrond

Vanaf 2002 kwamen klokkenluidersregelingen in Nederland in zwang in navolging van de invoering van de Amerikaanse Sarbanes-Oxley Act (SOX). Kort gezegd, verplicht deze Amerikaanse wetgeving ondernemingen met

een beursnotering in de Verenigde Staten en hun (niet-Amerikaanse) dochtermaatschappijen om een klokkenluidersregeling in te stellen waarmee financiële wantoestanden aan de kaak kunnen worden gesteld.<sup>1</sup> Voor beursgenoteerde ondernemingen met een statutaire zetel in Nederland geldt sinds 2003 de Nederlandse Corporate Governance Code, beter bekend als de Code Tabaksblat. Daarin is een verplichting tot het opstellen van een klokkenluidersregeling opgenomen.<sup>2</sup> In verschillende branches vindt een vorm van zelfregulering plaats, waarbij modelklokkenluidersregelingen worden vastgesteld en ter beschikking gesteld aan de ondernemingen in de branche.<sup>3</sup> Ook in de publieke sector gelden diverse regelingen, waaronder een ministeriële regeling voor rijksambtenaren.<sup>4</sup>

## Arbeidsrechtelijke aspecten van klokkenluidersregelingen

Een cultuur waarin werknemers bereid zijn te delen wat ze zien en horen aan vermeende onregelmatigheden en uitwassen, wordt verondersteld bij te dragen aan het zelfreinigend vermogen van ondernemingen. Meldingen

1 Zie paragraaf 301 (4) SOX, te raadplegen via: <https://www.sec.gov/about/laws/soa2002.pdf>.

2 Zie art. II.1.7 van de Code, te raadplegen via: <http://commissiecorporategovernance.nl/corporate-governance-code> en art. 2:391 lid 5 BW.

3 Zie bijvoorbeeld Model Klokkenluidersregeling Brancheorganisaties Zorg, te raadplegen via: <http://www.brancheorganisatieszorg.nl/publicaties/klokkenluidersregeling> en de Regeling procedure inzake het omgaan met een vermoeden van een misstand (Klokkenluidersregeling) van het bedrijfshoreca en catering, te raadplegen via: <http://www.kenniscentrumhoreca.nl/upload/331-klokkenluiders-regeling.pdf>.

4 Regeling procedure inzake het omgaan met een vermoeden van een misstand, *Strct.* 2000, 243, p. 8 e.v.

van misstanden kunnen erger voorkomen, reputatierisico's beperken en zaken als de kwaliteit, veiligheid, integriteit en risicobeheersing ten goede komen. De gedachte is dat het (ook) in het belang van werkgevers is dat werknemers helpen potentieel maatschappelijke en ernstige misstanden te signaleren.<sup>5</sup> Mede daarom besluiten werkgevers om een klokkenluidersregeling in te stellen, hoewel een harde wettelijke verplichting daartoe veelal ontbreekt.

### Goed werkgever- en goed werknemerschap

Van een werkgever wordt redelijkerwijs verwacht dat hij klachten van werknemers over vermoede misstanden serieus neemt, mede om redenen van goed werkgeverschap ex art. 7:611 Burgerlijk Wetboek (BW).<sup>6</sup> Niet elke onregelmatigheid is echter een potentiële misstand en/of rechtvaardigt een (interne of externe) melding door een werknemer. Ongebreideld meldingsgedrag kan tot forse reputatieschade en aansprakelijkheid van de werkgever leiden. In een klokkenluidersregeling kan duidelijk worden vastgelegd wanneer sprake is van een misstand en welke zorgvuldigheidsnormen door de werknemer in acht moeten worden genomen bij het doen van een interne en externe melding. Indien de werknemer deze procedure volgt, kan hij rekenen op bescherming tegen mogelijk nadelige gevolgen van een melding, zoals disciplinaire maatregelen of ontslag.

Hierbij verdient aandacht dat werknemers gehouden zijn tot geheimhouding, discretie en loyaliteit ten opzichte van de werkgever (zie art. 7:611 BW jo. 7:678 lid 2 sub i BW en contractuele geheimhoudingsbedingen). Schending van deze geheimhoudingsverplichting, i.e. een externe melding zonder interne melding vooraf, is slechts gerechtvaardigd voor zover er zwaarwegende maatschappelijke belangen zijn en een interne melding niet het beoogde effect heeft gehad of kan hebben gelet op de betrokkenheid van de hoogste functionarissen binnen de organisatie.<sup>7</sup>

Om ervoor te zorgen dat werknemers alleen een inbreuk maken op deze geheimhoudingsverplichting indien dat echt noodzakelijk is, is het raadzaam om in de klokkenluidersregeling vrij gedetailleerd voor te schrijven in welke gevallen en in hoeverre de melder zijn geheimhoudingsverplichting kan laten varen.<sup>8</sup> Indien een vermoeden van een misstand bijvoorbeeld reeds intern is gemeld en het vermoeden inmiddels onderwerp is van intern onderzoek, dient de werknemer zich te onthouden van verdere interne of externe meldingen of uitlatingen tot de uitkomst van het onderzoek. De vermoede onregelmatigheden zijn immers geadresseerd.

Een klokkenluidersregeling stelt werkgevers kortom in staat te kanaliseren wat wel en niet meldenswaardig is en

welke stappen een werknemer dient te ondernemen bij vermoedens van een misstand.

### Niet volgen van de regeling kan voor werknemer gevolgen hebben

De lagere rechtspraak laat zien dat de kantonrechters de naleving van interne procedurele regels door klokkenluiders meewegen in het kader van een ontbindingsverzoek of vaststelling van een passende beëindigingsvergoeding.<sup>9</sup> Per 1 juli 2015 is het nieuwe ontslagrecht op grond van

### In een klokkenluidersregeling kan duidelijk worden vastgelegd wanneer sprake is van een misstand en welke zorgvuldigheidsnormen door de werknemer in acht moeten worden genomen bij het doen van een interne en externe melding

de Wet werk en zekerheid in werking getreden. Net zoals onder het tot voor kort geldende recht is het aannemelijk dat veronachtzaming van de zorgvuldigheidsnormen uit hoofde van een klokkenluidersregeling meegewogen wordt in het kader van een ontbindingsverzoek op grond van verwijtbaar handelen en/of het bestaan van een verstoorde arbeidsverhouding (zie art. 7:669 lid 3 sub e en g BW). Ook valt te verwachten dat een werknemer zijn recht op een beëindigingsvergoeding, de zogenaamde transitievergoeding, bij opzegging of ontbinding door de werkgever potentieel verspeelt bij grove schendingen van een klokkenluidersregeling. Er kan dan sprake zijn van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer als gevolg waarvan de arbeidsovereenkomst wordt beëindigd. In dergelijke gevallen riskeert de werknemer dat zijn recht op een transitievergoeding komt te vervallen (art. 7:673 lid 8 BW).<sup>10</sup> Andersom valt ook niet uit te sluiten dat een werkgever 'ernstig verwijtbaar handelt' en een zogenaamde 'billijke vergoeding' verschuldigd raakt indien hij een klokkenluider ontslaat die in overeenstemming met de interne procedures een misstand meldt.

### Wet Huis voor klokkenluiders

Volgens onderzoek van de Tweede Kamer werkt het hiervoor beschreven systeem van zelfregulering in de praktijk veelal niet.<sup>11</sup> Meldingen blijven vaak uit, uit angst

5 A.C. de Wit, *Het goed werkgeverschap als intermediair van normen in het arbeidsrecht*, Deventer 1999, p. 197.

6 G.J.J. Heerma van Voss, *Goed werkgeverschap als bron van vernieuwing van het arbeidsrecht*, Reeks Vereniging voor Arbeidsrecht, Deventer 1999, p. 115.

7 HR 26 oktober 2012, «JAR» 2012/313, r.o. 3.5.1 en 3.5.4.

8 Zie onder meer Ktr. Alkmaar 1 juli 2002, ECLI:NL:RBALK:2002:AE4706, r.o. 4.8.

9 Zie onder meer Ktr. Alkmaar 1 juli 2002, ECLI:NL:RBALK:2002:AE4706, r.o. 4.4/4.5; Rb. Amsterdam 21 januari 2010, «JAR» 2010/66, r.o. 4.3/4.4; Rb. Alkmaar 28 februari 2002, ECLI:NL:RBALK:2002:AD9687, r.o. 3.3.5/3.6 en HR 26 oktober 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9244, r.o. 3.5.4.

10 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 3, p. 39-40. In de wetgeschiedenis van de Wet werk en zekerheid is verduidelijkt dat onder ernstig verwijtbaar handelen mede wordt verstaan 'de situatie waarin de werknemer in strijd met de eigen in de praktijk toegepaste en voor de werknemer kenbare gedragsregels van de organisatie van de werkgever' een vertrouwensbreuk veroorzaakt.

11 *Kamerstukken II* 2011/12, 33 258, nr. 3, p. 3.

voor de gevolgen die daaruit kunnen voortvloeien. Daarom ontstond steeds meer behoefte om klokkenluiders arbeidsrechtelijk beter te beschermen. Hiertoe dienden in 2012 verschillende Kamerleden het wetsvoorstel Huis voor klokkenluiders in.<sup>12</sup> Inmiddels kent het wetsvoorstel een roerige parlementaire geschiedenis. Dit voorstel is al door de Tweede Kamer aangenomen, maar de behandeling ervan

## De scheiding van de afdeling die adviseert en voorlichting geeft enerzijds en de afdeling die het onderzoek verricht anderzijds, vormt een van de belangrijkste wijzigingen ten opzichte van het oorspronkelijke wetsvoorstel

in de Eerste Kamer is opgeschort. Dit komt doordat de initiatiefnemers, na kritiek van de Raad van State, op 9 april 2015 een novelle bij de Tweede Kamer hebben ingediend waarmee de wet gewijzigd zal worden.<sup>13</sup> Op 12 juni 2015 is de Nota naar aanleiding van het verslag verschenen waarin de initiatiefnemers van het voorstel diverse vragen van de Vaste Commissie voor Binnenlandse Zaken hebben beantwoord, waarna de Tweede Kamer de novelle op 2 juli 2015 heeft aangenomen.<sup>14</sup>

De voorgestelde wetgeving is erop gericht meldingen van misstanden in de private sector te stimuleren. Dit zou onder meer moeten worden bereikt door melders die te goeder trouw de klok intern tevergeefs luiden, meer arbeidsrechtelijke rechtsbescherming in het vooruitzicht te stellen. Daartoe kan het nieuw op te richten Huis voor klokkenluiders ('Huis') de (potentiële) melders voorlichten en adviseren. Naast de afdeling Advies, kent het Huis een separate afdeling Onderzoek. De scheiding van de afdeling die adviseert en voorlichting geeft enerzijds en de afdeling die het onderzoek verricht anderzijds, vormt een van de belangrijkste wijzigingen ten opzichte van het oorspronkelijke wetsvoorstel.

De afdeling Onderzoek kan de vermoede misstand op verzoek van de melder of op eigen initiatief onderzoeken. Voor dit onderzoek kan gebruik worden gemaakt van specifieke bevoegdheden, zoals het horen van getuigen en betrokkenen en het inzien van documenten.<sup>15</sup> Het Huis kan aldus de medewerking van werkgevers verlangen ten behoeve van het onderzoek. Delen van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) zijn van toepassing verklaard op het verkeer tussen de melder en het Huis enerzijds en de werkgever en het Huis anderzijds. Werkgevers die niet mee wensen te werken aan bijvoorbeeld verzoeken om informatie of bescheiden, kunnen zich daartegen dus bestuursrechtelijk verweren.

Het onderzoek mondt uit in een openbaar onderzoeksrap-

port met een analyse van de misstand, de vaststelling van de (vermoedelijke) oorzaken van de misstand en de omvang van de gevolgen. Indien daartoe aanleiding bestaat, worden aanbevelingen aan de werkgever gedaan ter oplossing van de vermoede misstand. Het Huis zal de werkgever eerst het conceptrapport toesturen en in de gelegenheid stellen schriftelijk commentaar te leveren binnen vier weken. Het ligt niet voor de hand dat werkgevers de aanbevelingen ongemotiveerd naast zich neer kunnen leggen; de aanbevelingen maken deel uit van een openbaar rapport van het Huis en van werkgevers wordt verwacht dat ze reageren op de aanbevelingen.<sup>16</sup> Het Huis zal jaarlijks aan de Tweede Kamer rapporteren over wat werkgevers met de aanbevelingen hebben gedaan.

Het Huis zal ingericht worden als zelfstandig bestuursorgaan (ZBO). Beoogd wordt de onafhankelijkheid te waarborgen door op een aantal punten af te wijken van de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen. Aldus zullen de functionarissen van het Huis niet door de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties worden benoemd, geschorst of ontslagen zoals (in de regel) geldt voor ZBO's maar door de Tweede Kamer. Bovendien mag het Huis de minister geen informatie verstrekken over inhoudelijke aangelegenheden, zoals lopende verzoeken tot advies en/of onderzoek. Het Huis legt namelijk jaarlijks verantwoording af aan de Tweede Kamer over zijn werkzaamheden.<sup>17</sup>

Verder voorziet het wetsvoorstel in de verplichting voor ondernemingen vanaf vijftig werknemers om een klokkenluidersregeling vast te stellen die een procedure voorschrijft voor een interne melding. Voor deze grens is aansluiting gezocht bij art. 2 Wet op de ondernemingsraden (WOR) dat oprichting van een ondernemingsraad verplicht stelt indien een onderneming vijftig werknemers telt. Via de novelle is geregeld dat de ondernemingsraad een expliciet instemmingsrecht zal toekomen voor besluiten tot vaststelling, wijziging of intrekking van een regeling omtrent de omgang met klokkenluiders (nieuw art. 27 lid 1 onderdeel m WOR). Ook is gespecificeerd aan welke voorwaarden een klokkenluidersregeling in ieder geval dient te voldoen. Daarbij heeft de wetgever zich laten inspireren door de 'Verklaring inzake het omgaan met vermoedens van misstanden in ondernemingen' van de Stichting van de Arbeid (STAR).<sup>18</sup> Zo moet duidelijk omschreven worden welke meldingen via de regeling kunnen worden gedaan, hoe deze behandeld worden en dat het de werknemer vrijstaat om hierbij juridisch advies in te winnen.

De rechtsbescherming is gelegen in een verbod tot benadeling van een klokkenluider die te goeder trouw een melding doet van een vermoede misstand bij de werkgever. De rechtsbescherming geldt echter ook wanneer een werknemer de interne melding overslaat omdat een dergelijke melding in redelijkheid niet van hem kon worden gevergd of strijdig is met het maatschappelijk belang. Te denken valt aan een melding bij het Huis, toezichthouder, inspectie of

12 *Kamerstukken II* 2011/12, 33 258, nr. 2 (Voorstel van Wet).

13 *Kamerstukken II* 2014/15, 34 105, nr. 6 (Voorstel van Wet).

14 *Kamerstukken II* 2014/15, 34 105, nr. 9 en *Kamerstukken I* 2014/2015, 34 105 A.

15 *Kamerstukken II* 2012/13, 33 258, nr. 7 (Voorstel van Wet), p. 4.

16 *Kamerstukken II* 2011/12, 33 258, nr. 3, p. 4 en 13.

17 *Kamerstukken II* 2012/13, 33 258, nr. 7, p. 2.

18 *Kamerstukken II* 2014/15, 34 105, nr. 7 (Memorie van Toelichting), p. 8.

de politie.<sup>19</sup> In dat kader worden diverse opzegverboden geïntroduceerd: zo mag een arbeidsovereenkomst niet worden opgezegd als een werknemer 'te goeder trouw en naar behoren' een melding heeft gedaan bij de werkgever, het Huis of een bevoegde instantie. Ook tijdens het ontvankelijkheidsonderzoek van maximaal zes maanden en het eventueel aansluitende feitenonderzoek naar de vermeende misstand van maximaal een jaar en gedurende een jaar na het oordeel en de aanbevelingen van het Huis over de melding, mag de arbeidsovereenkomst met de klokkenluider niet worden opgezegd. Indien een werkgever ondanks de nieuw te introduceren opzegverboden een arbeidsovereenkomst opzegt of ontbinding nastreeft, zal op verzoek van de werknemer de kantonrechter de opzegging kunnen vernietigen of ontbinding van de arbeidsovereenkomst kunnen weigeren. Tevens kunnen klokkenluiders die op non-actief worden gesteld wegens een verstoorde arbeidsverhouding ten gevolge van de melding jegens de werkgever aanspraak maken op loondoorbetaling en in aanmerking komen voor financiële compensatie. Deze rechtsbescherming is beperkt tot werknemers, maar zelfstandigen en andere ingeleende krachten, zoals gedetacheerden en uitzendkrachten, kunnen ook bij het Huis terecht.<sup>20</sup>

### Privacyrechtelijke aspecten van klokkenluidersregelingen

Via een klokkenluidersregeling wordt privacygevoelige informatie verwerkt, waarbij het de vraag is of de wijze waarop dit in de praktijk gebeurt, juridisch is toegestaan. Het melden van wantoestanden gaat gepaard met de verwerking van persoonsgegevens: de melder zal immers willen melden wie zich in zijn ogen niet aan de regels houdt. De verwerking van persoonsgegevens is onderworpen aan de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp), die de implementatie vormt van de Europese Privacyrichtlijn.<sup>21</sup> Het College bescherming persoonsgegevens (Cbp) houdt toezicht op de naleving van de Wbp. In Europees verband maakt het College onderdeel uit van de Artikel 29 Werkgroep, het onafhankelijke advies- en overlegorgaan van Europese privacytoezichthouders. De Artikel 29 Werkgroep adviseert de Europese Commissie. Het niet naleven van de Wbp kan leiden tot het opleggen van een last onder dwangsom door het Cbp en aanzienlijke reputatieschade. Daarnaast worden per 1 januari 2016 bestuurlijke boetes ingevoerd met een maximum van € 810.000 of 10% van de omzet van een onderneming voor overtredingen van de privacywetgeving. Een wetsvoorstel hiertoe is op 26 mei 2015 aangenomen door de Eerste Kamer.<sup>22</sup>

19 *Kamerstukken II* 2014/15, 34 105, nr. 7 (Memorie van Toelichting), p. 22.

20 *Kamerstukken II* 2012/13, 33 258, nr. 5, p. 3; Nota van toelichting, *Stb.* 2011, 427, p. 8.

21 Richtlijn 95/46/EG van het Europees Parlement en de Raad van 24 oktober 1995 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens, *PbEG* 1995, L281/31.

22 Wet van 4 juni 2015 tot wijziging van de Wet bescherming persoons-

### Privacyrechtelijke grondslag

Op grond van de Wbp mogen persoonsgegevens alleen worden verwerkt indien hiervoor een grondslag in de Wbp kan worden gevonden.<sup>23</sup> Deze grondslagen zijn limitatief opgesomd in art. 8 Wbp. Voor een klokkenluidersregeling komen twee grondslagen in aanmerking. Op grond van art. 8 sub c Wbp mogen persoonsgegevens worden verwerkt indien dit noodzakelijk is om aan een nationale wettelijke verplichting te voldoen. Het feit dat buitenlandse wetgeving, zoals SOX, hiertoe verplicht, is niet afdoende. In Nederland geldt voor beursgenoteerde ondernemingen een nationale wettelijke verplichting omdat zij in hun jaarverslag moeten aangeven op welke wijze zij de Code Tabaksblat naleven (zie art. 2:391 lid 5 BW). In de toekomst wordt ook via het hiervoor besproken wetsvoorstel inzake het Huis voor klokkenluiders, voor grotere ondernemingen, een wettelijke verplichting tot het instellen van een klokkenluidersregeling geïntroduceerd.

Momenteel zal het, voor bedrijven die geen beroep kunnen doen op een wettelijke verplichting, veelal mogelijk zijn om een beroep te doen op art. 8 sub f Wbp. Op grond van dit artikel mogen persoonsgegevens worden verwerkt indien dit noodzakelijk is ter behartiging van het gerechtvaardigde belang van een onderneming, bijvoorbeeld het voorkomen van fraude. Dit belang moet dan wel zwaarder wegen dan de inbreuk op de privacy van degene over wie gegevens worden verwerkt.

Zowel het Cbp<sup>24</sup> als de Artikel 29 Werkgroep heeft een opinie over de privacyrechtelijke aspecten van klokkenluidersregelingen gepubliceerd.<sup>25</sup> Het Cbp heeft in zijn advies aangegeven dat het enkele feit dat een onderneming moet

### Vanaf 1 januari 2016 kan het niet naleven van de privacywetgeving leiden tot bestuurlijke boetes van maximaal € 810.000 of 10% van de jaaromzet van de onderneming

voldoen aan een buitenlandse wettelijke verplichting er niet automatisch toe leidt dat hiermee het gerechtvaardigd

gegevens en enige andere wetten in verband met de invoering van een meldplicht bij de doorbreking van maatregelen voor de beveiliging van persoonsgegevens alsmede uitbreiding van de bevoegdheid van het College bescherming persoonsgegevens om bij overtreding van het bepaalde bij of krachtens de Wet bescherming persoonsgegevens een bestuurlijke boete op te leggen (meldplicht datalekken en uitbreiding bestuurlijke boetebevoegdheid Cbp), *Stb.* 2015, 230 en *Stb.* 2015, 281.

23 De behandeling van de algemene zorgvuldigheids- en beveiligingseisen (zie art. 6 t/m 14 Wbp) die aan de verwerking van persoonsgegevens worden gesteld, laten wij gelet op de omvang van dit artikel buiten beschouwing.

24 College bescherming persoonsgegevens, Advies vergunningaanvraag ex art. 77 lid 2 Wbp, 16 januari 2006, z2004-1233.

25 Artikel 29 Werkgroep, Advies 1/2006 over de toepassing van de EU-gegevensbeschermingsregels op interne klokkenluidersregelingen in de sfeer van boekhouding, interne boekhoudcontrole, auditing en bestrijding van omkoping en van bancaire en financiële criminaliteit, 1 februari 2006, WP 117.

belang gegeven is.<sup>26</sup> Een klokkenluidersregeling is bedoeld voor substantiële misstanden waarbij gekeken moet worden naar de ernst en de aard van de misstand. Degene die meldt moet kunnen aantonen dat hij een redelijk vermoeden heeft dat er iets mis is of dreigt te gaan. Meldingen mogen niet worden gebaseerd op onderbuikgevoelens. De kliklijn moet volgens het Cbp een laatste redmiddel zijn: andere

## Een klokkenluidersregeling die door een Amerikaanse moedermaatschappij wordt aangeleverd, kan niet een-op-een binnen een Nederlandse onderneming worden geïmplementeerd

(lichtere) misstanden moeten via de gewone kanalen worden afgehandeld. Ofwel: men moet eerst klagen bij de eigen baas, als dat niet kan bij de baas van de baas, de ondernemingsraad, vertrouwenspersonen of externe auditors. Pas in laatste instantie komt een melding via een klokkenluidersregeling in beeld.

Een ander aandachtspunt is dat via een klokkenluidersregeling vaak bijzonder gevoelige persoonsgegevens, met name potentieel strafrechtelijke gegevens, worden verwerkt. Het verwerken van dergelijke gegevens is op grond van art. 16 Wbp in beginsel verboden. Wel biedt de Wbp diverse uitzonderingsmogelijkheden op het verbod. Bij klokkenluidersregelingen zal een onderneming veelal een beroep kunnen doen op de uitzondering van art. 22 lid 2 onder b Wbp die het mogelijk maakt voor een onderneming om strafrechtelijke gegevens te verwerken ter bescherming van zijn belangen als het vermoeden bestaat dat strafbare feiten jegens hem of jegens haar personeel worden gepleegd.

### Wel of niet anoniem melden?

SOX verplicht bedrijven om het mogelijk te maken dat klokkenluidersmeldingen anoniem kunnen worden gedaan. Ook in andere aan SOX gerelateerde Amerikaanse wetgeving, zoals de Dodd Frank Act, wordt uitgegaan van de mogelijkheid van anonieme meldingen. Naar Europees en Nederlands privacyrecht zijn de mogelijkheden voor anonieme meldingen echter zeer beperkt.<sup>27</sup> Anonimiteit kan namelijk het zwartmaken van personen in de hand werken. Iemand die een valse melding doet, kan dan immers daarvoor niet worden afgestraft. Niet-anoniem melden heeft ook het voordeel dat een melding beter afgehandeld

kan worden, omdat aan de melder vragen gesteld kunnen worden. Volgens het Cbp en de Artikel 29 Werkgroep mag anoniem melden niet de standaard zijn.<sup>28</sup> Het is alleen toegestaan bij hoge uitzondering en mag door een onderneming niet nadrukkelijk onder de aandacht worden gebracht. De onderneming moet er zorg voor dragen dat de identiteit van de melder in elke fase van het onderzoek vertrouwelijk blijft. Alleen in geval van een valse melding kan de identiteit openbaar worden gemaakt aan degene die schade heeft ondervonden als gevolg van de valse melding. Ook de wetgeving aangaande het Huis voor klokkenluiders gaat uit van een vertrouwelijke behandeling van de melding indien de werknemer daarom verzoekt.

Een en ander leidt er vaak toe dat een klokkenluidersregeling die door een Amerikaanse moedermaatschappij wordt aangeleverd, niet een-op-een binnen een Nederlandse onderneming kan worden geïmplementeerd.

### Andere aandachtspunten: bewaartermijn, doorgifte en melding

Op grond van art. 10 Wbp mogen persoonsgegevens niet langer worden bewaard dan noodzakelijk is voor het doel waarvoor de gegevens verkregen zijn. Dit betekent dat indien sprake is van een ongegronde melding, een onderneming onmiddellijk moet stoppen met de gegevensverwerking en de gegevens die al verzameld zijn, moet wissen. De persoonsgegevens die samenhangen met het onderzoek, moeten volgens het Cbp twee maanden na afronding van het onderzoek worden verwijderd, tenzij er disciplinaire maatregelen worden getroffen.<sup>29</sup> Dit kan dan gaan om maatregelen tegen de persoon over wie wordt gemeld, maar ook om maatregelen tegen een persoon die een valselijke melding heeft gedaan. De privacyrechtelijke beperking wringt soms met de arbeidsrechtelijke praktijk waarin veelal de wens bestaat om ook wanneer geen disciplinaire maatregelen worden getroffen, bijvoorbeeld omdat men het bewijs niet rond krijgt, onderzoeksverslagen bij het personeelsdossier van de melder of degene over wie gemeld wordt, te bewaren. Een tussenoplossing is dan om niet simpelweg een kopie van het onderzoeksverslag op te nemen in het dossier, maar een overzicht te maken met de belangrijkste gegevens waarvan aangetoond kan worden dat het voor de onderneming nog steeds van belang is om deze te bewaren.

In concernverhoudingen geldt dat informatie over meldingen die op grond van klokkenluidersregelingen worden gedaan, vaak wordt gedeeld met de moedermaatschappij. Gelet op de privacy van de betrokkenen, is dit alleen toegestaan indien het gaat om substantiële misstanden die ook van invloed zullen zijn voor de moedermaatschappij. Daarbij geldt dat op grond van de Wbp strenge regels gelden voor het doorgeven van persoonsgegevens naar landen buiten de Europese Economische Ruimte ('EER'). Dit komt door het veelal lagere niveau van

<sup>26</sup> *Supra* noot 24, p. 4.

<sup>27</sup> Ook de SER en de Stichting van de Arbeid (STAR) hanteren vertrouwelijk melden in plaats van anoniem melden als uitgangspunt, zie onder meer: STAR, Verklaring inzake het omgaan met vermoedens van misstanden in ondernemingen, 3 maart 2010 (geactualiseerde versie van de oorspronkelijke versie van 24 juni 2003), te raadplegen via: [http://www.stvda.nl/~media/Files/Stvda/Convenanten\\_Verklaringen/2010\\_2019/2010/20100309.ashx](http://www.stvda.nl/~media/Files/Stvda/Convenanten_Verklaringen/2010_2019/2010/20100309.ashx) en Advies SER aan Minister van SZW d.d. 22 december 2004, te raadplegen via: [http://www.ser.nl/~media/db\\_adviezen/2000\\_2009/2004/b23348%20pdf.ashx](http://www.ser.nl/~media/db_adviezen/2000_2009/2004/b23348%20pdf.ashx).

<sup>28</sup> *Supra* noot 24, p. 4 en 5, en *Supra* noot 25, p. 11 en 12.

<sup>29</sup> *Supra* noot 24, p. 6.

privacybescherming in deze landen. Om gegevens buiten de EER te mogen doorgeven, moet een onderneming extra maatregelen nemen, zoals het sluiten van bepaalde standaardcontracten. Het feit dat de doorgifte plaatsvindt naar een andere vennootschap binnen het concern, doet daar niet aan af. De doorgifteregels gelden ook als er gebruik wordt gemaakt van een telefonische kliklijn die wordt aangeboden door een (externe) partij die buiten de EER gevestigd is of die de gegevens buiten de EER verwerkt, bijvoorbeeld via gegevensopslag in een niet-Europese cloud.

Tot slot merken wij op dat de verwerking van persoonsgegevens via een klokkenluidersregeling moet worden aangemeld bij het Cbp. Het aanmelden kan via het invullen van het meldingsformulier dat op de website van het Cbp te vinden is.<sup>30</sup>

### Informerende van werknemers en disciplinaire maatregelen

Op grond van art. 33 Wbp moet een bedrijf zijn werknemers informeren over de verwerking van persoonsgegevens die via de klokkenluidersregeling plaatsvindt. Aan werknemers moet duidelijk worden gemaakt hoe het systeem werkt, welke personen toegang hebben tot de gegevens en hoe de vertrouwelijkheid van de identiteit van een melder wordt gewaarborgd. Ook moet het voor werknemers duidelijk zijn dat intentionele valse meldingen disciplinaire maatregelen tot gevolg kunnen hebben. Vanuit privacyrechtelijk perspectief betekent dit eveneens dat degene die beschuldigd wordt van wangedrag, direct moet worden geïnformeerd over het feit dat zijn persoonsgegevens worden verwerkt. Het inlichten van deze persoon kan alleen achterwege blijven indien dit het onderzoek naar de wantoestanden zou ondermijnen.<sup>31</sup>

### De rol van de ondernemingsraad

Bij het vaststellen, wijzigen of intrekken van een klokkenluidersregeling, moet de ondernemingsraad worden betrokken. De ondernemingsraad komt namelijk een instemmingsrecht toe. Momenteel kan dit instemmingsrecht worden afgeleid uit art. 27 lid 1 sub k van de WOR dat voorziet in een instemmingsrecht voor regelingen omtrent het verwerken van alsmede de bescherming van de persoonsgegevens van de in de onderneming werkzame personen. Zoals hiervoor geschetst, worden via klokkenluidersregelingen diverse persoonsgegevens verwerkt. Ook omvat het instemmingsrecht aangaande klachtenregelingen ex art. 27 lid 1 sub j WOR onzes inziens mede meldingen van vermoede misstanden in de onderneming.<sup>32</sup> Indien het

wetsvoorstel voor het Huis voor klokkenluiders wordt aangenomen, zal het instemmingsrecht van de ondernemingsraad expliciet worden vastgelegd via de nieuwe sub m van art. 27 lid 1 WOR.

Het is onduidelijk in hoeverre ondernemingsraden het instemmingsrecht in de praktijk ook opeisen. Het ten onrechte passeren van de ondernemingsraad kan met een sissers aflopen, maar dat hoeft niet altijd het geval te zijn. Indien een klokkenluidersregeling wordt vastgesteld of gewijzigd zonder instemming van de ondernemingsraad, dan is het onderliggende besluit namelijk potentieel nietig. De ondernemingsraad dient daarvoor tegenover de ondernemer een beroep te doen op de nietigheid binnen een maand nadat het besluit is genomen of uitgevoerd (art. 27 lid 5 WOR). Ook kan de ondernemingsraad de kantonrechter verzoeken de ondernemer te verplichten zich te onthouden van handelingen die strekken tot uitvoering of toepassing van het nietige besluit (art. 27 lid 6 WOR). De ondernemer kan zich bij weigering van de ondernemingsraad om in te stemmen tot de kantonrechter wenden met het verzoek toestemming te verlenen om het bewuste besluit te nemen (art. 27 lid 4 WOR).

### Afsluiting

Het wetsvoorstel voor het Huis voor klokkenluiders beoogt de rechtsbescherming voor werknemers wettelijk te verankeren. Hierdoor neemt de kans dat werknemers misstanden zullen melden, toe. De vraag is echter of de rechtsbescherming van de werknemers niet te ver is doorgeschooten. Door de ruime opzegverboden die worden geïntroduceerd, bestaat immers de kans dat werknemers een klokkenluidersregeling zullen aanwenden om zo de beëindiging van hun arbeidsovereenkomst om andere redenen tegen te gaan. Mogelijk wordt dit echter ondervangen door de zorgvuldigheidsnormen waaraan werknemers moeten voldoen zodat hun melding als een melding 'te goeder trouw en naar behoren' wordt aangemerkt. Immers, alleen dan komt een werknemer voor deze rechtsbescherming in aanmerking. Vanuit arbeidsrechtelijke hoek kan dit wetsvoorstel in ieder geval op voldoende aandacht rekenen. De aandacht voor de privacyrechtelijke aspecten van klokkenluidersregelingen blijft veelal achter. Gelet op de hoge boetes die op korte termijn voor privacyrechtelijke overtredingen worden geïntroduceerd, raden wij aan om ook deze aspecten in ogenschouw te nemen. Op deze wijze zorgt u ervoor dat u niet alleen de klok heeft horen luiden, maar ook weet waar de klepel hangt.

#### Over de auteur

Mr. Maria Benbrahim is arbeidsrechtadvocaat bij Stibbe te Amsterdam.  
Mr. Friederike van der Jagt is privacyrechtadvocaat bij Stibbe te Amsterdam.

30 Zie: <https://cbpweb.nl/nl/melden/melden-bij-het-cbp>.

31 In dat geval zal een beroep moeten worden gedaan op art. 43 sub e Wbp dat in de mogelijkheid voorziet om de informatieverplichting van art. 33 Wbp buiten toepassing te laten.

32 In gelijke zin F.W.H. Vink en R.H. van het Kaar, *Inzicht in de ondernemingsraad*, Den Haag: Sdu 2015, p. 207.