

nog steeds onduidelijk welke onderdelen van de uitvoeringsovereenkomst wel en welke niet aan instemming van de ondernemingsraad onderhevig zijn. De wetgever geeft in art. 27 lid 7 WOR (nieuw) en de toelichting daarop slechts een summiere niet-limitatieve opsomming van de onderwerpen uit de uitvoeringsovereenkomst die van invloed zijn op de pensioenovereenkomst. Verdere invulling van de norm “invloed op de pensioenovereenkomst” is aan de ondernemer en de ondernemingsraad overgelaten. Doordat de wetgever niet of nauwelijks handvatten geeft, kan snel discussie tussen de ondernemer en de ondernemingsraad ontstaan over de vraag of instemmingsrecht bestaat.

Het Wetsvoorstel laat eventuele discussie over aan de ondernemer en de ondernemingsraad. Mochten zij er onderling niet uitkomen, dan staat de gang naar de rechter open. De wetgever heeft mijns inziens een kans laten liggen door er bij de nota van wijziging niet alsnog voor te kiezen een limitatieve opsomming te geven van onderdelen uit de uitvoeringsovereenkomst waarvoor instemmingsrecht van de ondernemingsraad geldt.¹³ Het bezwaar van de wetgever tegen een in de wet opgenomen limitatieve opsomming is niet geheel duidelijk, maar ligt er mogelijk in dat een dergelijke opsomming moeilijk te actualiseren is. Dit zou opgelost kunnen worden door de limitatieve opsomming op te nemen in lagere regelgeving, waardoor wijzigingen eenvoudig(er) zijn door te voeren.

Een ander opvallend onderdeel van het Wetsvoorstel is dat de wetgever er – in tegenstelling tot het advies van de SER – voor heeft gekozen de ondernemingsraad geen instemmingsrecht te geven wanneer de ondernemer de bevoegdheid tot wijziging van de pensioenovereenkomst heeft overgedragen aan het pensioenfondsbestuur. Volgens de wetgever draagt de ondernemer de bevoegdheid tot wijziging van de pensioenovereenkomst aan het pensioenfondsbestuur over door het pensioenreglement (dat wil zeggen: het door de pensioenuitvoerder opgestelde document dat de relatie met de deelnemer regelt¹⁴) in de arbeidsovereenkomst te incorporeren.¹⁵ Deze situatie doet zich in de praktijk vaak voor en dat betekent dan ook dat de ondernemingsraad vaak buiten spel zal worden gezet als het op een wijziging van de pensioenovereenkomst aankomt. Het is de vraag of dit opnieuw als een “lacune” in de wet zal worden ervaren.

13 De SER heeft in haar advies uit 2014 een voorzet gedaan voor een dergelijke opsomming: Sociaal-Economische Raad, *Instemmingsrecht OR over arbeidsvoorwaarde pensioen*, advies 2014/05, p. 30-31 (bijlage bij: *Kamerstukken II 2014/15*, 33182, nr. 56).

14 Art. 1 Pw.

15 Het is de vraag of het juridisch gezien mogelijk is dat de ondernemer de bevoegdheid tot wijziging van de pensioenovereenkomst overdraagt aan het pensioenfondsbestuur door het pensioenreglement in de arbeidsovereenkomst te incorporeren. De wetgever erkent dat deze constructie niet onomstreden is: *Kamerstukken II 2015/16*, 34378, nr. 6, p. 7 (nota naar aanleiding van het verslag).

5. Conclusie

Het Wetsvoorstel breidt de bevoegdheden van de ondernemingsraad ten aanzien van de arbeidsvoorwaarde pensioen uit en neemt thans bestaande onduidelijkheden weg. Het Wetsvoorstel creëert echter (mogelijk) ook nieuwe “lacunes” en onduidelijkheden. Met name het instemmingsrecht van de ondernemingsraad ten aanzien van bepaalde onderdelen van de uitvoeringsovereenkomst kan in potentie tot onwerkbaar situaties en spanning tussen de ondernemer en de ondernemingsraad leiden. Het is op het moment van het schrijven van deze bijdrage niet bekend wanneer de wetswijzigingen in werking zullen treden. Medio 2016 was aanvankelijk de bedoeling, maar dat zal waarschijnlijk niet worden gehaald. Eind mei zal de behandeling in de Tweede Kamer plaatsvinden.

Mr. Manon Warmerdam

Effectieve klokkenluidersbescherming (OESO Rapport)

Ondernemingsrecht 2016/64

1. Inleiding

In maart 2016 heeft de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (OESO) een rapport gepubliceerd getiteld ‘Committing to Effective Whistleblower Protection’ waarin de bescherming van klokkenluiders in de bij de OESO aangesloten landen wordt geanalyseerd. In het rapport worden verder hervormingsmogelijkheden geïdentificeerd en ook bevat het suggesties voor verdere actie. In het rapport lees ik dat effectieve klokkenluidersbescherming “is essential for safeguarding the public interest, for promoting a culture of accountability and integrity in both public and private institutions, and for encouraging the reporting of misconduct, fraud and corruption wherever it occurs” en “While many countries are increasingly developing legal frameworks to protect whistleblowers, more can be done to mainstream integrity and promote open organisational cultures.” Nu in Nederland naar verwachting met ingang van 1 juli 2016 specifieke wetgeving op dit terrein in werking treedt, is dit voldoende reden om in deze bijdrage aandacht aan dit rapport te besteden.

2. Wet Huis voor klokkenluiders

In Nederland is op 1 maart 2016 de Wet voor het Huis voor klokkenluiders (33258) en de Novelle (34105), die enkele wijzigingen aanbrengt op de Wet Huis voor klokkenluiders,

aangenomen door de Eerste Kamer.¹ Op grond van de Wet Huis voor klokkenluiders en de Novelle (hierna: de wet) wordt het voor alle werkgevers die in de regel minstens vijftig werknemers in dienst hebben verplicht om een klokkenluidersregeling te implementeren.

Met een klokkenluidersregeling wordt bedoeld dat de werkgever een procedure vaststelt voor de wijze waarop binnen de organisatie wordt omgegaan met het melden van een vermoeden van een misstand. De wettelijke regeling bevat daartoe enkele vereisten. Zo moet duidelijk zijn wanneer sprake is van een vermoeden van een misstand, op welke wijze met interne meldingen wordt omgegaan en bij wie intern kan worden gemeld. Daarnaast dient de werknemer de mogelijkheid te hebben om een adviseur in vertrouwen te raadplegen en geldt er een verplichting voor de werkgever om de melding vertrouwelijk te behandelen, indien de werknemer daarom verzoekt. Ten slotte moet de werkgever de werknemer informeren over de rechtsbescherming die de werknemer geniet indien een vermoeden van een misstand wordt gemeld en wanneer een vermoeden van een misstand extern kan worden gemeld bij het Huis voor klokkenluiders.

Ook komt er een Huis voor klokkenluiders met twee afdelingen, namelijk advies en onderzoek. Het Huis wordt vormgegeven als bijzonder zelfstandig bestuursorgaan. Bij de afdeling onderzoek kunnen werknemers en ambtenaren een vermoeden van een misstand melden als sprake is van een redelijke grond voor het vermoeden en er een maatschappelijk belang in het geding is. Wel geldt dat in de regel een klokkenluider eerst intern meldt. Kan dat in redelijkheid niet worden verlangd of is de interne procedure gevolgd maar heeft de organisatie de melding niet naar behoren behandeld, dan kan de klokkenluider een beroep doen op de afdeling onderzoek. De afdeling onderzoek gaat dan over tot onderzoek en het opstellen en openbaar maken van een onderzoeksrapport met daarin een analyse van de misstand, de (vermoedelijke) oorzaken en de omvang van de gevolgen. Dit rapport kan aanbevelingen voor de werkgever bevatten. Voorts bevat de wet enkele regels over bescherming van de klokkenluider. Aldus is vastgelegd dat de werkgever de klokkenluider niet mag benadelen als gevolg van de melding, bijvoorbeeld door het nemen van een disciplinaire maatregel of het onthouden van promotiekansen.

3. OESO rapport 'Committing to Effective Whistleblower Protection'

Bescherming van klokkenluiders is vooral iets van de laatste jaren. Uit het rapport blijkt dat de laatste vijf jaar de bij de OESO aangesloten landen meer wetgeving ter bescherming van klokkenluiders hebben ingevoerd dan in de kwart eeuw daarvoor. Van de respondenten die aan het onderzoek hebben meegewerkt, heeft 84% specifieke wetgeving om klokkenluiders in de publieke sector te beschermen. Veelal is deze wetgeving overigens een reactie op misstanden. Nogal

eens is sprake van ad hoc wettelijke bepalingen, waardoor het risico bestaat dat het beschermingsniveau (te) laag is. Opvallend is dat er niet altijd een regeling is voor bescherming van klokkenluiders in zowel de publieke als private sector. Ook hebben de meeste overheden nog weinig gedaan om aandacht te vragen voor het melden van misstanden en bescherming van klokkenluiders. Daarnaast blijkt uit de 2015 OESO Survey on Business Integrity and Corporate Governance dat een derde van de ondernemingen geen schriftelijk vastgelegde procedure ter bescherming van klokkenluiders had, dan wel niet wist of die er was. Verder wordt benadrukt dat:

"Upon identifying wrongdoing, employees in the public or private sector may be uncertain of what to do with the information, where or to whom to turn, or whether they are protected by whistleblower protection mechanisms. The many steps along the disclosure process can be daunting and vague. However, an effective and open organisational culture that promotes transparency and dialogue can help address these concerns and may make the difference between an employee speaking out or staying silent."

Voor effectieve bescherming van klokkenluiders is vereist dat sprake is van duidelijke en effectieve communicatie over de rechten en verplichtingen. Campagnes om bewustmaking te bevorderen worden in de publieke sector echter slechts in iets meer dan 50% van de gevallen uitgevoerd. Ook bleek dat 27 van de 41 partijen bij de OESO anti-corruptie conventie niet over (effectieve) wetgeving beschikken om klokkenluiders in de private sector te beschermen die internationale omkoping melden.

Verder worden enkele aanbevelingen gedaan. Zo wordt aanbevolen om te stimuleren dat er beschermde rapportage mechanismen zijn en aandacht voor het voorkomen van vergelding door hieraan aandacht te geven in het kader van de interne controle en ethische en compliance systemen van bedrijven. Dit is in overeenstemming met de standaarden van de OESO 2010 Good Practice Guidance, the OESO Guidelines for Multinational Enterprises and the G20/OESO Principles of Corporate Governance. Daarnaast wordt gewezen op het belang van het stimuleren van bewustzijn over rapportagekanalen en procedures om openbaarmaking te faciliteren door trainingen, publicaties en informatiesessies. Dit is van belang omdat uit onderzoek blijkt dat nogal eens een reden om niet te melden is dat de betrokkene meent dat de melding toch tot niets leidt. Voorts zouden landen moeten worden gestimuleerd om mechanismes te ontwikkelen om data, benchmarks en indicatoren te identificeren met betrekking tot bescherming van klokkenluiders. Dit ook om de effectiviteit te evalueren en de uitvoering in de praktijk te monitoren. Ten slotte wordt opgemerkt dat het onwaarschijnlijk is dat regels om vergelding tegen klokkenluiders tegen te gaan, zonder verdere waarborgen, tot een stijging van meldingen van misstanden zal leiden.

¹ Zie hierover ook uitgebreid het preadvies 2015 van de Vereniging 'Handelsrecht'.

4. Conclusie

Gelet op het OESO rapport 'Committing to Effective Whistleblower Protection' lijkt de inhoud van de Nederlandse Wet voor het Huis voor klokkenluiders acceptabel. In het kader van de uitvoering bevat het rapport enkele belangrijke aandachtspunten voor de praktijk.

Duidelijk is dat het voor een effectieve bescherming van klokkenluiders van belang is dat sprake is van duidelijke en effectieve communicatie over de rechten en verplichtingen van klokkenluiders. Ook dient er aandacht te zijn voor bescherming van klokkenluiders in de interne controle-, ethische- en compliancesystemen van bedrijven. In dit kader stip ik aan dat het consultatiedocument met voorstellen voor herziening van de Nederlandse Corporate Governance Code in best practice 2.5.3 bepaalt dat het bestuur verantwoordelijk is voor de inbedding van de cultuur in de onderneming. In verband hiermee is bepaald dat het bestuur een regeling opstelt voor het melden van (vermoedens van) misstanden binnen de vennootschap en deze regeling op de website opneemt.

Afsluitend, bescherming van klokkenluiders is belangrijk. Uit het OESO rapport blijkt dat naast goede wetgeving de vertaalslag in de praktijk van groot belang is.

Harold Koster