

Amsterdam, 9 september 2013

Inleiding

In juli 2013 ontving het Markttoezichthoudersberaad (MTB) een verzoek van het ministerie van Binnenlandse zaken om het standpunt van het MTB over de samenloop van onderzoeken met het Huis voor klokkenluiders. De toezichthouders stellen de mogelijkheid om langs deze weg te mogen reageren op het voorstel bijzonder op prijs. Deze notitie zet het standpunt uiteen van de drie markttoezichthouders ACM, AFM en DNB. De groep zal hier worden aangeduid als “de toezichthouders”.

Algemeen

De toezichthouders onderschrijven het grote publieke belang bij het stimuleren van het melden van misstanden bij de relevante instanties. Deze informatie, in het bijzonder over mogelijke wetsovertredingen, bevordert de wetshandhaving. De wetshandhaving door de toezichthouders bevordert de effectiviteit van de regels. Daarmee komt het melden van misstanden bij de toezichthouders significant ten goede aan de doelen die de wetten beogen te dienen.

De toezichthouders ontvangen in de dagelijkse praktijk geregeld relevante informatie van derden, zowel van ondernemingen¹ als van mensen². Hoewel toezichthouders ook proactief te werk gaan bij het zoeken naar mogelijke problemen op de markten waarop zij toezicht houden, hebben de toezichthouders veel van de inbreuken die zij in het verleden hebben kunnen vaststellen te danken aan de ontvangst van informatie die hen door derden werd verstrekt. De toezichthouders staan dan ook positief tegenover het doel van het voorstel, zijnde het stimuleren van het melden van misstanden en het beschermen en ondersteunen van klokkenluiders.

Zoals hieronder zal worden uiteengezet zijn de toezichthouders bezorgd over de implicaties van het huidige wetsvoorstel. Los van de specifieke knelpunten die hieronder worden besproken roept het wetsvoorstel nog veel vragen op. Zo vragen de toezichthouders zich af, welke informatie over enige klokkenluider de toezichthouders zou bereiken, en op welke wijze. Verder lijkt onvoldoende te zijn nagedacht over de situatie waarin een klokkenluider persoonlijk in strijd met de wet heeft gehandeld. De hoedanigheid van klokkenluider kan als zodanig de eventuele persoonlijke aansprakelijkheid van de klokkenluider niet wegnemen. Hoe beoogt men hiermee om te gaan? Wat is in dit verband bijvoorbeeld de rol van een clementieregeling (zoals die al geldt op het gebied van kartels bij ACM, maar ook wordt overwogen op ander gebied bij AFM)? Ten slotte valt hier te noemen dat op grond van de nieuwste bankenrichtlijn een meldpunt zal moeten worden ingesteld, dat bescherming zal moeten bieden aan werknemers van banken en beleggingsondernemingen die daar overtredingen melden (artikel 71 van Richtlijn 2013/36/EU betreffende toegang tot het bedrijf van kredietinstellingen en het prudentieel toezicht op kredietinstellingen en beleggingsondernemingen ('CRD-IV')).

Publiek onderzoek domein toezichthouders

De belangrijkste zorg van de toezichthouders over het voorstel, is gelegen in het feit dat dit voorziet in onderzoekstaken voor het Huis voor klokkenluiders.

De toezichthouders begrijpen dat de indieners van het voorstel de mening zijn toegedaan dat, enerzijds, toezichthouders en inspecties een belangrijke taak hebben om het ontstaan van maatschappelijke misstanden te voorkomen terwijl, anderzijds, het Huis voor klokkenluiders tot taak zou krijgen melders te beschermen en bestaande misstanden te onderzoeken. Volgens de indieners zouden laatstgenoemde taken niet goed passen

¹ Afhankelijk van de individuele toezichthouder kan het gaan om formele besluitaanvragers of informele klagers of bijvoorbeeld clementieverzoekers in het geval van kartels bij de ACM.

² Afhankelijk van de individuele toezichthouder kan het gaan om tipgevers, anonieme informanten, privé-clementieverzoekers.

bij het houden van toezicht. Een dergelijke opvatting miskent dat het onderzoeken van misstanden een belangrijk onderdeel is van de 'core business' van de toezichthouders. Toezichthouders zijn wetshandhavers. Wetshandhaving geschiedt via onderzoekswerk.

Gezien de brede definitie van het begrip misstand in het voorstel, kan een onderzoek van het Huis voor klokkenluiders zowel qua onderwerp als qua voorwerp (bijvoorbeeld: enige onderneming), gemakkelijk overlappen met de toezichtgebieden van de toezichthouders.

Onderzoeksactiviteiten van het Huis voor klokkenluiders ten aanzien van gemelde misstanden binnen bedoeld bereik, leveren een onmiddellijk gevaar op van het doorkruisen, in procedureel en inhoudelijk opzicht, van enig lopend of nog op te starten onderzoek van de toezichthouders. De potentiële schade van dit aspect van het voorstel is dan ook zeer groot.

Dat gevaar doet zich voor zowel ten aanzien van lopende onderzoeken als ten aanzien van nog op te starten onderzoeken. Ten aanzien van het laatste is van belang dat het succes van een onderzoek geregeld vergt dat een toezichthouder een onder toezicht gestelde onderneming verrast, bijvoorbeeld door middel van een onaangekondigde inspectie, om aldus bewijs te kunnen veilig stellen.

Bovendien beschikken de toezichthouders over bijzondere expertise, zowel ten aanzien van de onderzoeksmethodieken (onderzoeksbevoegdheden en -methoden) als ten aanzien van de verschillende sectoren die de toezichthouders bestrijken. Het Huis voor klokkenluiders ontbeert dergelijke kennis, vaardigheden en mogelijkheden.

Het werk van de toezichthouders is ook met allerlei rechtswaarborgen omkleed. Zo is er voorzien in een complex geheel van rechtsbescherming, zowel ten aanzien van bijvoorbeeld mensen die informatie aan een toezichthouder verstrekken, als ten aanzien van ondernemingen die voorwerp zijn van onderzoek door een toezichthouder. Dergelijke rechtswaarborgen lijken ten aanzien van het beoogde onderzoekswerk van het Huis voor klokkenluiders in het voorstel niet of nauwelijks voorzien.

De AFM en DNB wijzen in dit verband op de geheimhoudingsplicht van de AFM en DNB die dient ter bescherming van onder toezicht staande ondernemingen, en op de mogelijkheid van bezwaar en beroep tegen een aanwijzing van de AFM of DNB. De ACM wijst in dit verband op de verschillende regimes die aan de orde kunnen zijn ten aanzien van mensen die informatie aan de ACM willen verstrekken.³

Gelet op het voorgaande belichaamt het beleggen van onderzoekstaken bij het Huis voor klokkenluiders een groot risico voor de wettelijke taken van de toezichthouders, en derhalve voor de met die taken beoogde publieke belangen.

Het onderzoeken van feiten en omstandigheden die een inbreuk zouden kunnen vormen op de regels ten aanzien waarvan de toezichthouders een wettelijke taak hebben, moet dan ook exclusief zijn voorbehouden

³ Een voorbeeld van verschillende regimes die van toepassing kunnen zijn op den klokkenluider bij de ACM: (1) gewone tipgever (geen garanties op vertrouwelijkheid, geen actieve rol in de procedure); (2) anonieme informant (vertrouwelijkheidsregime via beleidsregel voor (anonieme) informanten ACM, geen actieve rol in de procedure); (3) als formele besluit-aanvrager (geen garanties op vertrouwelijkheid, wel een actieve rol in de procedure); (4) als verdachte feitelijk leidinggever of opdrachtgever aan de gedraging - die in het geval van een kartel al dan geen clementieverzoek indient (geen garanties op vertrouwelijkheid, actieve rol in de procedure via rechten van de verdediging).

aan de toezichthouders en past naar de mening van de toezichthouders niet bij de taak van een Huis voor klokkenluiders.

Interne meldplicht en onderzoeksbelangen

Het wetsvoorstel wordt gemotiveerd met een verwijzing naar de Evaluatie klokkenluidersregelingen publieke sector uit 2008 (MvT). Dit rapport ziet alleen op ambtelijke klokkenluiders en niet op de situatie waarin een werknemer uit het bedrijfsleven een misstand aan de kaak wil stellen.

De toezichthouders willen een bijzondere zorg uiten die samenhangt met het feit dat de toezichthouders in overwegende mate belast zijn met het toezicht op regels die gericht zijn tot *ondernemingen*. De bijzondere zorg bestaat ten aanzien van de systematiek van het voorstel waarbij een toezichthouder pas benaderd zou worden over de misstand, na contacten van de klokkenluider en/of het Huis voor klokkenluiders met de betreffende onderneming waar de klokkenluiders werkzaam is of was.

Het wetsvoorstel beoogt bescherming en facilitering te bieden aan een werknemer die een misstand binnen zijn werkgever wil melden, zijnde een onderneming of een publiekrechtelijke organisatie.

De gedachte hierbij lijkt de zijn dat het zou gaan om een misstand waarvan de werkgever zich nog niet of onvoldoende bewust is. Het wetsvoorstel beperkt zich echter niet tot deze situaties en heeft ook betrekking op situaties waarbij de werkgever (of leidinggevende functionarissen binnen de werkgever) reeds op de hoogte is van het misstand en dit bewust laat voortbestaan, of zelfs waarbij het opzet gericht is op het misstand.

Dit leidt tot de volgende voor de toezichthouders belangrijke knelpunten:

- Het wetsvoorstel stelt dat het misstand door de klokkenluider eerst intern gemeld dient te worden bij de werkgever. De interne melding is een voorwaarde voor de klokkenluider om de voordelen die het wetsvoorstel biedt te kunnen genieten. In de situatie waarbij de onderneming (of leidinggevende functionarissen binnen de onderneming) een misstand bewust of opzettelijk laat voortbestaan kan bezwaarlijk van een klokkenluider verwacht worden dat deze de misstand intern meldt. Dit kan bovendien het onderzoek van toezichthouders naar het gedrag van de werkgever schaden omdat een dergelijke interne melding kan leiden tot bewijsvernietiging door de werkgever, voordat de toezichthouder de kans heeft gehad om het bewijs veilig te stellen via de inzet van bevoegdheden.
- Het wetsvoorstel voorziet verder in contact tussen het Huis voor klokkenluiders en de werkgever. Allereerst wordt door het Huis voor klokkenluiders bij de werkgever gemeld dat een misstand is gemeld. Vervolgens voorziet het wetsvoorstel in het zenden van een (concept-) rapportage aan uitsluitend de werkgever. Pas als dat niet afdoende zou zijn kan een misstand gemeld worden aan een toezichthouder. Ook deze systematiek lijkt niet effectief in de situatie waarin een onderneming (of leidinggevende functionarissen binnen de werkgever) een misstand bewust of opzettelijk laat voortbestaan. In dergelijke situaties past onderzoek en eventuele handhaving door een toezichthouder. Bovendien kan ook dit onderdeel van het wetsvoorstel het onderzoek door toezichthouders bemoeilijken of onmogelijk maken doordat een gewaarschuwde werkgever bewijs vernietigt.

Het wetsvoorstel lijkt op het punt van de voorafgaande interne meldingen derhalve onvoldoende rekening te houden met gevallen waarin ondernemingen (vaak ook heimelijk) illegaal gedrag vertonen.

Ten aanzien van klokkenluiders die over misstanden ten aanzien van illegaal ondernemingsgedrag informatie aan de toezichthouders zouden kunnen verstrekken, geldt dat er idealiter zo min mogelijk lagen zouden moeten bestaan tussen klokkenluider en toezichthouder.

Een mogelijkheid om aan deze zorgen tegemoet te komen is dat het wetsvoorstel wordt beperkt tot die situaties waarbij het zinnig en effectief is dat de klokkenluider en het Huis voor klokkenluiders met de werkgever in overleg treden alvorens een toezichthouder te benaderen. Dit kan het geval zijn in situaties waarbij de werkgever zelf (of leidinggevende functionarissen binnen de werkgever) niet bewust betrokken is bij een misstand en waarbij redelijkerwijs verwacht kan worden dat de werkgever de misstand op een goede manier kan en wil beëindigen. Dit lijkt echter niet het geval in situaties waarbij een onderneming een overtreding van een wettelijk voorschrift begaat. In situaties waarbij de onderneming zelf (of leidinggevende functionarissen binnen de onderneming) bewust betrokken lijken te zijn bij een misstand, dan is het van belang dat het Huis voor klokkenluiders een klokkenluider doorverwijst naar de relevante toezichthouder, zodat de laatstgenoemde een onderzoek kan starten, of de melding kan meenemen in een eventueel reeds bestaand onderzoek, alvorens de werkgever op de hoogte wordt gesteld van het bestaan van de klokkenluider of diens (overwogen) melding.

Een andere mogelijkheid is dat het voorstel wordt aangepast op een wijze die klokkenluiders, evenals het Huis voor klokkenluiders, in staat stelt eerst de relevante toezichthouder te informeren, alvorens de onderneming wordt geïnformeerd, in gevallen waar de misstand ondernemingsgedrag betreft binnen de reikwijdte van de wettelijke taken van de toezichthouders.

Afsluiting

Tot slot willen we u wijzen op het feit dat toezichthouders graag deskundigheid delen maar beperkt zijn in het mogen delen van zaaksgebonden informatie. Mocht u nog vragen hebben naar aanleiding van deze notitie, dan vernemen wij die graag van u. Wij lichten deze graag mondeling toe. Hiervoor kunt u contact opnemen met Debbie van Steenpaal (debbie.van.steenpaal@afm.nl, tel. 020-7972128).

Hoogachtend,

Mw. mr. D.F.J.M. van Steenpaal
Secretaris Markttoezichthoudersberaad