

Vergaderjaar 2003–2004

28 990

Voorstel van wet van het lid Van Gent tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek in verband met een regeling van de vrijheid van meningsuiting van werknemers ter bescherming van klokkenluiders

Nr. 4

ADVIES RAAD VAN STATE EN REACTIE VAN DE INDIENER

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Raad van State d.d. 17 september 2003 en de reactie van de indiener d.d. 9 juli 2004, aangeboden aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal. Het advies van de Raad van State is cursief afgedrukt.

Bij brief van de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal van 22 juli 2003, heeft de Tweede Kamer bij de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet van het lid Van Gent tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek in verband met een regeling van de vrijheid van meningsuiting van werknemers ter bescherming van klokkenluiders, met memorie van toelichting.

Het initiatiefvoorstel beoogt privaatrechtelijke bescherming te bieden aan de werknemer die zonder toestemming van zijn werkgever en veelal in strijd met zijn geheimhoudingsplicht een misstand in de onderneming waarin hij werkzaam is bekendmaakt (een zogenaamde «klokkenluider»). Teneinde dit doel te bewerkstelligen wordt een bepaling in het Burgerlijk Wetboek (BW) voorgesteld die een algemene regeling bevat van de vrijheid van meningsuiting voor werknemers en daaraan gekoppeld de plicht tot geheimhouding van vertrouwelijke informatie aangaande de onderneming. Het voorstel geeft de Raad van State aanleiding tot de volgende opmerkingen.

I. Doelstelling en strekking

1. Dit initiatiefvoorstel komt voort uit de opvatting van de indiener dat de bescherming die geboden wordt aan ambtenaren die te goeder trouw melding maken van een vermoeden van een misstand binnen de organisatie waarin zij werkzaam zijn («klokkenluiden»), ook nodig is voor klokkenluidende werknemers in de private sector.

Met het voorgestelde artikel 7:660b BW beoogt de indiener de rechtsbescherming van de klokkenluider in het bedrijfsleven wettelijk te regelen. Voor de opzet van die wettelijke regeling is gekozen voor een vormgeving die in belangrijke mate gebaseerd is op de klokkenluidersregeling in de publieke sector. De Raad is van mening dat die keuze voorbijgaat aan de verschillen die aan beide regelingen voor de publieke respectievelijk de private sector ten grondslag (moeten) liggen. Zo min als de overheid een bedrijf is, is een bedrijf een publieke dienst. De klokkenluidersregeling in de publieke sector is primair in het leven geroepen ter waarborging van de integriteit van het openbaar bestuur¹. In een democratische rechtsstaat worden aan het openbaar bestuur specifieke eisen gesteld. Behalve effectiviteit en efficiency zijn rechtszekerheid

¹ Paragraaf 2 van de nota Integriteit van het openbaar bestuur (Kamerstukken II 1999/2000, 26 806, nr. 1).

Ambtenaren hebben tot taak er voor te zorgen dat als de overheid optreedt aan die randvoorwaarden wordt voldaan. Het bieden van bescherming aan de klokkenluidende ambtenaar is daarvan een afgeleide. Aan een private organisatie worden andere (rendements)eisen gesteld. Terwijl de ambtenaar uit hoofde van zijn aanstelling wordt geacht het algemeen belang te dienen, heeft in de private sector de werknemer zich verbonden om arbeid te verrichten ten dienste van de onderneming. Voor de werknemer is het ondernemingsbelang richtsnoer voor zijn handelen. In dit wetsvoorstel staat echter niet dat ondernemingsbelang voorop maar het recht, en daarmee wellicht de impliciete plicht, van de klokkenluider om «de gemeenschap te waarschuwen voor een specifieke, acute of dreigende misstand. Met de openbaarmaking dient de klokkenluider aldus het algemeen belang.»¹ Het moet naar het oordeel van de Raad bij de privaatrechtelijke regeling van de bescherming van de klokkenluider, die ruchtbaarheid wenst te geven aan zijn gedachten en gevoelens omtrent de (onderneming van de) werkgever, mede gaan om bescherming van de werkgever en zijn onderneming tegen mogelijk-kerwijs buiten proportionele gevolgen van dergelijke uitingen. Dat de werknemer in redelijkheid meent dat door een dergelijke uiting het algemeen belang wordt gediend legitimeert de uiting niet zonder meer. De werknemer moet ook in die situatie rekening houden met het ondernemingsbelang. Bij deze klokkenluidersregeling gaat het niet zozeer om de potentiële schending door de werknemer van een geheimhoudingsplicht of om het recht tot het naar buiten brengen van gedachten of gevoelens maar om de confrontatie tussen algemeen en particulier belang. Uit lid 3 van het voorgestelde artikel 7:660b BW vloeit echter voort dat hetgeen de werknemer redelijkerwijs in het algemeen belang acht de doorslag geeft. Met het oog evenwel op het belang van de onderneming, waarmee de werknemer zich uit hoofde van zijn arbeidsovereenkomst heeft verbonden, is het risico van een door de werkgever niet gewenste openbaarmaking door de werknemer van gedachten of gevoelens alleen gerechtvaardigd wanneer het gaat om (de dreiging van) een evidente misstand welke een inbreuk vormt op de rechtsorde. Die beperking ontbreekt in het voorstel. Het voorgestelde lid 3 van artikel 7:660b BW biedt naar de opvatting van de Raad onvoldoende waarborgen voor de werkgever en zijn onderneming.

Tevens acht het college de in de leden 1 en 2 van artikel 7:660b BW voorgestelde regeling van de vrijheid van meningsuiting en van de daarmee gepaard gaande geheimhoudingsplicht voor de bescherming van de klokkenluider geen conditio sine qua non voor een klokkenluidersregeling. Het gaat niet om de vrijheid van meningsuiting, het gaat om het waarschuwen voor een evidente misstand in vorengenoemde zin. De gekozen formulering van de vrijheid van meningsuiting annex plicht is ook zodanig algemeen dat zij het kader van de behoefte aan arbeidsrechtelijke bescherming van klokkenluiders te buiten gaat. De flexibele norm die artikel 7:611 BW stelt om zich als goed werkgever en werknemer te gedragen lijkt tot dusver een voldoende flexibel kader te hebben geboden inzake de vrijheid van meningsuiting van de werknemer en zijn plicht tot discretie.

De Raad beveelt aan het wetsvoorstel te beperken tot het verschijnsel klokkenluiden in gevallen waarin sprake is van inbreuken op de rechtsorde.

1. De indiener is overtuigd van de noodzaak bescherming te bieden aan klokkenluidende werknemers in de private sector. Hoewel de Raad ontegenzeggelijk gelijk heeft met de stelling dat de overheid geen bedrijf is en een bedrijf geen publieke dienst, betekent dat nog niet dat klokkenluidersregelingen voor de publieke en voor de private sector daarom moeten verschillen.

Zo heeft het kabinet in het debat over de publieke moraal op 10 maart 2004 uitgesproken ook integriteit in de marktsector belangrijk te vinden. Burgers worden opgeroepen tot het nemen van eigen verantwoordelijkheid. Die eigen verantwoordelijkheid is nodig. Integriteit is geen zaak van de overheid alleen. Zij vereist inzet van alle geledingen in de maatschappij: burgers, maatschappelijke organisaties, bedrijven en de pers.

¹ Memorie van toelichting, algemeen deel, tweede alinea.

De Raad beveelt in zijn advies aan de beschermingsregeling te bezien teneinde onnodige discrepantie tussen de (rechts)positie van de ambtelijke en de civielrechtelijke klokkenluider te voorkomen. Het is juist de wens van de indiener om onnodige discrepantie tussen de (rechts)positie van de ambtelijke en de civielrechtelijke klokkenluider te voorkomen, die de indiener heeft gebracht tot de keuze voor een vormgeving die in belangrijke mate gebaseerd is op de klokkenluidersregeling in de publieke sector.

De Raad merkt op dat het niet om de vrijheid van meningsuiting gaat, maar om het waarschuwen voor een evidente misstand welke een inbreuk vormt op de rechtsorde.

Daarbij lijkt de Raad er aan voorbij te gaan dat klokkenluiden een vorm van meningsuiting is. Ook in de private relatie van werkgever en werknemer is de vrijheid van meningsuiting uitgangspunt. Het aangaan van een arbeidsovereenkomst ontnemt de werknemer niet zijn grondwettelijke rechten, maar hij heeft zich wel te houden aan de grenzen die de arbeidsverhouding stelt (zie bijvoorbeeld het arrest van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens over artikel 10 EVRM in de zaak Fuentes Bobo tegen Spanje (arrest van 29 februari 2000, nr. 39 293/98, NJ 2001, nr. 73; Mediaforum 2000–9, Jurisprudentie nr. 52). In het initiatiefvoorstel zijn die grenzen geformuleerd in de leden 1 en 2 van het voorgestelde artikel 7:660b.

Het voorgestelde derde lid beschermt slechts de werknemer die *in redelijkheid kan menen* dat het algemeen belang de openbaarmaking van gedachten of gevoelens als bedoeld in lid 1 of de bekendmaking van bijzonderheden als bedoeld in lid 2 *noodzakelijk* maakt. Dit impliceert een belangenafweging en een evenredigheidstoets. De formulering van dit lid verwijst naar de door de werknemer in acht te nemen eisen van materiële en formele zorgvuldigheid, genoemd in de paragrafen 3.1 en 3.2 van het algemeen deel van de Memorie van Toelichting.

Dezelfde eisen van materiële en formele zorgvuldigheid zijn terug te vinden in de Verklaring inzake het omgaan met vermoedens van misstanden in ondernemingen (inclusief voorbeeldprocedure) van de Stichting van de Arbeid, 20 juni 2003. Dat de werknemer in redelijkheid moet kunnen menen dat het publiek maken noodzakelijk is, impliceert dat hij een op redelijke gronden gebaseerd vermoeden moet hebben dat sprake is van feiten die het publiek maken daarvan noodzakelijk maken. Dit samenstel van eisen brengt naar de stellige overtuiging van de indiener met zich mee dat de werknemer niet lichtvaardig zijn onderneming zal schaden met een beroep op het algemeen belang (*public interest*).

Klokkenluiden dient volgens de regering te worden beoordeeld aan de hand van een belangenafweging op grond van het goed werkgever- en werknemerschap, waarbij de uitingsvrijheid «uitgangspunt» is (Tweede Kamer, vergaderjaar 1996–1997, Aanhangsel van de Handelingen, nr. 1429). Van dat laatste valt in de rechtspraak echter weinig te merken. De indiener vraagt zich dan ook af waarop de Raad zijn oordeel baseert, dat de flexibele norm die artikel 7:611 BW stelt om zich als goed werkgever en werknemer te gedragen tot dusver een voldoende flexibel kader lijkt te hebben geboden inzake de vrijheid van meningsuiting van de werknemer en zijn plicht tot discretie.

Een beperking van het wetsvoorstel tot inbreuken op de rechtsorde, zoals de Raad voorstelt, zou naar het oordeel van de indiener ten koste gaan van rechtszekerheid, rechtsgelijkheid en democratische legitimiteit. Het is immers niet altijd goed aan te geven wanneer nu wel en wanneer niet sprake is van een inbreuk op de rechtsorde. En het is niet goed te motiveren waarom legitieme uitingen die niet een inbreuk op de rechtsorde betreffen niet dezelfde arbeidsrechtelijke bescherming zouden moeten krijgen als uitingen die daar wel over gaan.

¹ Stichting van de Arbeid: Verklaring inzake het omgaan met vermoedens van misstanden in ondernemingen (inclusief voorbeeldprocedure), 20 juni 2003.

² Brief van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal van 2 juli 2003 (kenmerk: AV/IR/2003/50073). Als bijlage II aan dit advies toegevoegd.

2. *Uitgaande van de wens van de indiener te komen tot rechtsbescherming van de klokkenluider in de private sector beveelt de Raad aan om alvorens daartoe over te gaan, eerst de resultaten af te wachten van de onlangs door de Stichting van de Arbeid¹ aanbevolen zelfregulering en van de door de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid op dat punt aangekondigde evaluatie.² Tevens is het van belang vooraf acht te slaan op de ervaringen met de*

klokkenluidersregeling in de publieke sector. In elk geval dient één en ander in de toelichting op het wetsvoorstel te worden betrokken.

In de laatste alinea van de brief van 2 juli 2003 van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid spreekt deze de verwachting uit dat sociale partners op ondernemings- en bedrijfstakniveau de mogelijkheid van zelfregulering, die de Verklaring van de Stichting van de Arbeid biedt, zullen benutten en regelingen voor het klokkenluiden tot stand zullen brengen. Hij verwijst daarbij naar het maatschappelijk belang van goede procedures voor het omgaan met vermoedens van misstanden in ondernemingen. De Raad onderschrijft deze oproep, maar acht het wenselijk dat dergelijke regelingen voorzien in een integrale benadering van zowel de materiële als de formele (procedurele) zorgvuldigheidsvereisten.¹ Vervolgens kan op termijn worden gezien of er daadwerkelijk behoefte is aan een wettelijke verplichting die ondernemingen van een bepaalde omvang verplicht te voorzien in een integraal integriteitsreglement.²

2. In hoofdstuk 2 van het algemeen deel van de Memorie van Toelichting worden diverse redenen genoemd waarom het naar het oordeel van de indiener van belang is dat klokkenluiders in het bedrijfsleven – naar analogie van de ontwikkelingen in de overheidssectoren – niet alleen via gedragsregels van de Stichting van de Arbeid maar ook wettelijk worden beschermd. De indiener betoogt in de Memorie van Toelichting dat niet alleen voor ambtenaren, maar ook voor werknemers, die de klok luiden, uit oogpunt van duidelijkheid en rechtszekerheid én als aanzet tot een cultuuromslag, een wettelijke regeling de beste waarborgen biedt. Hoewel een Algemene wet klokkenluiden, gebaseerd op de PIDA, wellicht een alternatief zou zijn, brengt enerzijds het feit dat het klokkenluiden voor ambtenaren al wettelijk geregeld is en anderzijds de in formeel-juridisch opzicht verschillende rechtspositie van werknemers en de diverse groepen ambtenaren en grensgevallen, mee dat thans een keuze voor aparte regelingen, waarvan de belangrijkste in titel 7.10 BW en de Ambtenarenwet, meer voor de hand ligt.

II. Overige opmerkingen

3. Vergelijking met de regeling in de publieke sector

De Raad merkt op dat tussen de voorgestelde privaatrechtelijke regeling en de reeds bestaande regeling voor de publieke sector opmerkelijke verschillen bestaan. In sommige opzichten is deze privaatrechtelijke regeling ruimer, in andere beperkter dan de regeling voor de publieke sector. Ook niet zonder meer lenen criteria van de publiekrechtelijke regeling zich er voor in het BW te worden overgenomen.

Met betrekking tot deze elementen van verschil merkt de Raad het volgende op.

- a. *In het voorgestelde artikel 7:660b lid 1 BW wordt in navolging van de in artikel 125a, eerste lid, van de Ambtenarenwet gebruikte omschrijving («de goede functionering van de openbare dienst») gesproken van «het goede functioneren van de onderneming van de werkgever». De Raad beveelt aan om in plaats van het «functioneren» van de onderneming als toetsingsnorm uit te gaan van het «het belang van de onderneming». Het «functioneren» van de onderneming is te beperkt daar het slechts een (intern) organisatorisch criterium biedt. Door «het belang van de onderneming» als criterium te hanteren kan bij toepassing van de evenredigheidstoets op de door de klokkenluider gedane openbaarmaking ook met externe en zakelijke belangen van de onderneming rekening worden gehouden.*
- b. *Het initiatiefvoorstel hanteert voor de melding aan derden het criterium dat «het algemeen belang» openbaarmaking noodzakelijk maakt. Aangezien dit afwegingscriterium in de context van de arbeidsrechtelijke bepalingen van het BW thans niet voorkomt en dientengevolge geen duidelijke afbakening kent adviseert de Raad dit criterium niet op te nemen. Het college is er niet van overtuigd dat dit criterium in dit verband bruikbaar is. Opvallend is dat ook de klokkenluidersregeling voor de publieke sector dit criterium niet kent.*
- c. *De in artikel 7:660b lid 2 BW voorgestelde bescherming van de klokkenluider leidt naar de mening van het college tot vastlegging van een (te) restrictief geformuleerde geheimhoudingsplicht voor de werknemer. De*

¹ Die vereisten zijn opgenomen in paragraaf 3.2 van de memorie van toelichting. In de regelingen voor de publieke sector zijn materiële en formele zorgvuldigheidsvereisten veelal verspreid over verschillende regelingen opgenomen.

² Op dit punt zou kunnen worden aangesloten bij de ontwikkelingen die in gang zijn gezet door de op 1 juli 2003 verschenen concept-aanbevelingen van de Commissie corporate governance (de commissie-Tabaksblatt); De Nederlandse corporate governance code, Beginselen van goede corporate governance en best practice bepalingen.

formulering van deze plicht is (ten dele) ontleend aan artikel 7:678, lid 2, onder i, BW. De uit die laatste bepaling overgenomen woorden «bijzonderheden aangaande de onderneming» leiden ertoe dat de geheimhoudingsplicht voor werknemers in zoverre beperkter is dan die in artikel 125a, tweede lid, van de Ambtenarenwet, waar een dergelijke beperking niet is opgenomen.

De Raad beveelt aan met het vorenstaande rekening te houden bij de opstelling van een eventuele klokkenluidersregeling voor de private sector.

3. a. De Raad stelt voor om de in het voorgestelde artikel 7:660b lid 1 gebruikte zinsnede «het goede functioneren van de onderneming van de werkgever» (in navolging van de in artikel 125a eerste lid Ambtenarenwet gebruikte omschrijving: «de goede functionering van de openbare dienst») te vervangen door de omschrijving «het belang van de onderneming van de werkgever». De Raad acht dit wenselijk omdat het functioneren van de onderneming naar zijn mening slechts een organisatorisch criterium biedt en de werknemer ook met de externe en zakelijke belangen van de onderneming rekening moet houden.

Uit de toelichting op het eerste lid kan worden opgemaakt dat de indiener een dergelijke beperkte lezing niet heeft beoogd. Zij acht de door de Raad voorgestelde terminologie, waar het gaat om een regeling van de beperking van de uitingsvrijheid van de werknemer, te onbepaald. In plaats daarvan stelt zij ter verduidelijking voor om direct achter de zinsnede «het goede functioneren van de onderneming van de werkgever» toe te voegen de zinsnede: «of het realiseren van het streven van de werkgever». Die toevoeging, welke is opgenomen in het aangepaste voorstel van wet en de aangepaste Memorie van Toelichting, ziet expliciet toe op de bedoelde externe en zakelijke aspecten.

In de toelichting op het derde lid van het voorgestelde artikel 7:660b wordt opgemerkt dat ambtenaren per definitie geacht worden het algemeen belang te dienen, terwijl werknemers naar burgerlijk recht eerder geconfronteerd worden met een spanningsveld tussen het dienen van het algemeen belang en de vereiste discretie en loyaliteit ten opzichte van de werkgever, die primair een eigen belang dient. Van de overheid mag altijd verwacht worden dat zij het algemeen belang vooropstelt. Van een werkgever naar burgerlijk recht kan niet in gelijke mate worden verlangd het algemeen belang voorop te stellen.

b. De Raad adviseert het criterium «algemeen belang» niet op te nemen omdat het in de context van de arbeidsrechtelijke bepalingen van het BW niet voorkomt en dientengevolge geen duidelijke afbakening kent. De Raad stelt echter geen ander criterium voor. Uitsluitend de werknemer naar burgerlijk recht kan geconfronteerd worden met een afweging van het private belang van zijn werkgever tegenover de *public interest*, het algemeen belang. De indiener achten de term «hoger belang» niet bruikbaar dan de term «algemeen belang». De term «algemeen belang» komt elders wel voor in relatie tot het door een werknemer opzettelijk bekend maken van bijzonderheden aangaande een onderneming waarvan hem, de werknemer, geheimhouding is opgelegd: in artikel 273 Wetboek van Strafrecht. Ingevolge lid 2 van dat artikel is niet strafbaar hij die te goeder trouw heeft kunnen aannemen dat *het algemeen belang* de bekendmaking vereiste. De indiener handhaaft het criterium «algemeen belang» en zal daarbij in de gewijzigde Memorie van Toelichting verwijzen naar ditzelfde criterium in het tweede lid van artikel 273 Wetboek van Strafrecht.

c. De in artikel 7:660b lid 2 BW voorgestelde bescherming van de klokkenluider leidt naar het oordeel van de Raad tot vaststelling van een (te) restrictief geformuleerde geheimhoudingsplicht voor de werknemer. Zoals de Raad terecht opmerkt wordt in het voorstel aangesloten bij de formulering van het geldende artikel 7:678 lid 2 onder i BW. Onder «bijzonderheden» valt vrijwel alle bedrijfsinformatie en het maakt doorgaans niet uit of deze bijzonderheden algemeen of slechts beperkt worden bekendgemaakt. Vrijwel elke externe melding komt in beginsel in strijd met de uit de regel van artikel 7:678 lid 2 onder i BW af te leiden algemene geheimhoudingsplicht (zie bijvoorbeeld Kantongerecht Apeldoorn 28 april 1993, JAR 1993, 184). Door de voorgestelde beperking van de geheimhoudingsplicht tot «bijzonderheden waarvan de

werknemer het vertrouwelijke karakter begrijpt of redelijkerwijs moet begrijpen» (vergelijkbaar met de geheimhoudingsplicht voor ambtenaren, «voor zover die uit de aard der zaak volgt») wordt het bezwaar tegen de huidige, vrijwel absolute werking van bedoelde algemene geheimhoudingsplicht weggenomen.

4. Beperking tot de melding van misstanden

De klokkenluidersregeling in de Ambtenarenwet is alleen van toepassing indien het gaat om een (interne) melding van een «misstand». Het initiatiefvoorstel kent een andere invalshoek en hecht er daarom minder aan om vast te stellen of hetgeen de klokkenluider publiek wil maken, mag worden aangeduid als «misstand». Het initiatiefvoorstel is er volgens de memorie van toelichting¹ vooral op gericht duidelijk te maken wanneer een werknemer die iets publiek maakt arbeidsrechtelijke bescherming verdient. Een regeling die zich niet beperkt tot misstanden welke een inbreuk vormen op de rechtsorde zal naar verwachting in de praktijk veelvuldig leiden tot afbakingsproblemen. De memorie van toelichting² wijst er daarom terecht op dat tot de formele zorgvuldigheidsnormen gerekend moet worden dat de klokkenluidersprocedure voorziet in een duidelijke definitie van wat onder een misstand moet worden verstaan.

De Raad heeft derhalve bedenkingen tegen het achterwege laten van die term en adviseert een eventuele klokkenluidersregeling in het BW – evenals in de ambtenarenregeling – te beperken tot «misstanden».

4. De Raad merkt op dat de klokkenluidersregeling in de Ambtenarenwet alleen van toepassing is op het melden van misstanden, terwijl het initiatiefvoorstel een andere invalshoek kent en er daarom minder aan hecht om vast te stellen of hetgeen de klokkenluider publiek wil maken, mag worden aangeduid als misstand. De indiener merkt daarover het volgende op: Zowel in de nota «Integriteit van het openbaar bestuur», onder het hoofdstuk «Klokkenluiden», als in de «Regeling procedure inzake het omgaan met een vermoeden van een misstand» wordt gewezen op de (cruciale) functie van de regeling van de vrijheid van meningsuiting en de geheimhoudingsplicht van ambtenaren in het wettelijk kader waarop klokkenluiders zich kunnen beroepen. Treedt een ambtenaar met informatie die in het kader van zijn functie is verkregen naar buiten zonder de in de voor hem geldende klokkenluidersregeling beschreven procedure te volgen, dan is het van belang dat de ambtenaar eveneens burger is met alle daaraan verbonden grondwettelijk gegarandeerde rechten. Zo geldt het recht van vrijheid van meningsuiting voor hem evenzeer. Wel moet hij daarbij de grenzen, die expliciet in artikel 125a Ambtenarenwet zijn neergelegd, in acht nemen. Voor een ambtenaar die de klok luidt en zich daarbij beroept op artikel 125a Ambtenarenwet, zal de vraag of hij de voor hem in de geldende klokkenluidersregeling beschreven procedure heeft gevolgd meewegen, maar beslissend is het antwoord op die vraag niet. Uitgaande van het begrip klokkenluidersregeling in ruime zin – d.w.z. inclusief de functie die artikel 125a Ambtenarenwet, leden 1 en 3, daarin heeft – , menen de indieners dat niet gesteld kan worden dat de klokkenluidersregeling in de Ambtenarenwet alleen van toepassing is op het melden van misstanden. De indiener heeft geen reden om aan te nemen dat de afbakingsproblemen in de private sector op grond van het wetsvoorstel groter zullen zijn dan die in de publieke sector op grond van de Ambtenarenwet.

5. Beschermingsniveau klokkenluider

De arbeidsrechtelijke bescherming waar de klokkenluider aanspraak op kan maken is neergelegd in het voorgestelde lid 4 van artikel 7:660b BW in samenhang met het voorgestelde lid 9 van artikel 7:670 BW. Deze regeling wijkt af van de bescherming die de klokkenluidende ambtenaar is toegekend. Allereerst bepaalt artikel 7:670 lid 4 BW dat de werknemer niet zal worden benadeeld «in zijn positie in de onderneming» terwijl artikel 125a van de Ambtenarenwet in het vierde lid de bescherming alleen toekent aan de ambtenaar «die te goeder trouw» en volgens de procedure bedoeld in artikel 125, eerste lid, onder m, van de Ambtenarenwet de bij hem levende «vermoedens van misstanden» uit. Bovendien beperkt deze bepaling de bescherming tot de «rechtspositie» van de ambtenaar en niet, zoals voor de werknemers naar burgerlijk recht wordt voorgesteld, tot «zijn positie» in het algemeen. De gesignaleerde afwijkingen behoeven een rechtvaardiging welke vooralsnog in

¹ Kamerstukken II 2002/03, 28 990, nr. 3, blz. 18.

² Kamerstukken II 2002/03, 28 990, nr. 3, blz. 17.

de toelichting ontbreekt. De beschouwing in voetnoot 9 van de memorie van toelichting omtrent karakteristieken van de bescherming die de klokkenluider tegen intolerante collegae behoeft, volstaat daartoe niet.

De Raad beveelt aan de beschermingsregeling nader te bezien teneinde onnodige discrepantie tussen de (rechts)positie van de ambtelijke en de civielrechtelijke klokkenluider te voorkomen.

*De Vice-President van de Raad van State,
H. D. Tjeenk Willink*

5. De Raad merkt in de sfeer van het beschermingsniveau in de eerste plaats het volgende verschil op tussen de ambtenaar en de werknemer: De ambtenaar die zich volgens de regels publiekelijk uit wordt slechts tegen benadeling wegens die uiting beschermd indien hij vermoedens van misstanden uit volgens de voorgeschreven procedure. De werknemer die zich volgens de regels publiekelijk uit wordt ook tegen benadeling wegens die uiting beschermd indien die uiting niet vermoedens van misstanden volgens een voorgeschreven procedure betreft. Deze opmerkingen behoeven evenwel nuancering: ook de ambtenaar die zich niet volgens de regels van de voorgeschreven procedure uit wordt wettelijk beschermd tegen benadeling, zij het niet op grond van de specifieke wettelijke bepaling van artikel 125a lid 4.

Het resterende verschil kan als volgt worden verklaard: de Ambtenarenwet verplicht werkgevers in de publieke sector om een klokkenluidersprocedure vast te stellen. Het BW verplicht werkgevers in de private sector daartoe niet. De indiener stelt een dergelijke verplichting ook niet voor. Zij respecteert (vooralsnog) de door de Stichting van de Arbeid met haar Verklaring bevorderde zelfregulering. Mocht uit de evaluatie na drie jaar, die de minister van SZW heeft aangekondigd, blijken dat de werkgevers in de private sector in gebreke blijven met het vaststellen van een klokkenluidersprocedure, dan dient te worden beoordeeld of het BW werkgevers in de private sector een zelfde verplichting moet opleggen als de Ambtenarenwet thans werkgevers in de publieke sector oplegt.

De Raad merkt in de sfeer van het beschermingsniveau in de tweede plaats het volgende verschil op tussen de ambtenaar en de werknemer: Alleen aan de ambtenaar wordt expliciet de eis gesteld dat hij te goeder trouw moet zijn, wil hij voor bescherming in aanmerking komen. De indiener van het wetsvoorstel is van oordeel dat aangenomen mag en moet worden dat de werknemer, die de materiële en formele zorgvuldigheidseisen in acht neemt te goeder trouw handelt. Zie daarover de Memorie van Toelichting. Daarom wordt in het wetsvoorstel niet daarnaast als zelfstandige eis gesteld dat die werknemer zijn goede trouw aannemelijk maakt. Daar komt bij dat de indieners rekening houden met een onwenselijk effect van een dergelijke extra eis, te weten dat het aannemelijk moeten maken van de zuivere motieven, anders dan door een zorgvuldige handelwijze, werknemers ervan kan weerhouden belangrijke onthullingen te doen, bijvoorbeeld over ernstige misdrijven of risico's voor de veiligheid of gezondheid. Hoewel de indieners enerzijds het motief van de klokkenluider niet irrelevant achten, wensen zij anderzijds het publieke belang dat met het klokkenluiden wordt gediend daaraan niet ondergeschikt te maken.

De Raad merkt in de sfeer van het beschermingsniveau tot slot het volgende verschil op tussen de ambtenaar en de werknemer: Artikel 125a lid 4 Ambtenarenwet beperkt de bescherming tot de «rechtspositie» van de ambtenaar, terwijl in artikel 7:660b lid 4 sprake is van het ruimere begrip «positie». Hierover merkt de indiener op dat zij de term «rechtspositie» in artikel 125a lid 4 Ambtenarenwet minder gelukkig acht. In de nota «Integriteit van het openbaar bestuur» wordt in hoofdstuk 2 over «Klokkenluiden» het volgende opgemerkt in paragraaf 2.4 over «Rechtsbescherming»: behalve met expliciete rechtspositionele maatregelen kan de ambtenaar die misstanden aan de orde stelt ook met andere minder ingrijpende, nadelige invloeden worden geconfronteerd, zoals verslechtering van de werkomstandigheden of verminderde promotiekansen. Om ook in de situatie, anders dan wanneer het een disciplinaire maatregel betreft, het belang van de ambtenaar die volgens de regels misstanden aan de orde stelt te beschermen, is het kabinet

voornemens als sluitstuk een algemene bepaling in het Algemeen Rijksambtenarenreglement op te nemen, vergelijkbaar met de beschermende bepaling voor ondernemingsraadsleden opgenomen in de Wet op de Ondernemingsraden. Artikel 21 van laatstgenoemde wet beschermt ondernemingsraadsleden tegen benadeling in hun *positie* in de onderneming. Artikel 4.1 van de «Regeling procedure inzake het omgaan met een vermoeden van een misstand» beschermt de ambtenaar tegen benadeling in zijn *positie*. Artikel 15:2 CAR-UWO beschermt de ambtenaren tegen benadeling in hun *positie* binnen de gemeente. Op grond van het voorgaande concludeert de indiener dat lid 4 van artikel 125a Ambtenarenwet, dat in dat artikel is opgenomen door een amendement van de Tweede Kamer, abusievelijk spreekt van «rechtspositie» waar «positie» als bedoeld in artikel 21 van de Wet op de Ondernemingsraden en in de nota «Integriteit van het openbaar bestuur» is bedoeld.

Van Gent