

Vergaderjaar 2002–2003

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. 3

MEMORIE VAN TOELICHTING

ALGEMEEN

«De regel dat men zijn vuile was niet naar buiten moet brengen lijkt me, als de was werkelijk vuil is, zeker als algemene rechtsregel uiterst ongezond. De regel wordt ongezonder naar gelang de inwendige toestand van een vereniging of andere organisatie voor de buitenwereld meer belang heeft. In dezelfde mate zullen immers de door de vrijheid van meningsuiting gediende belangen zwaarder moeten gaan wegen.» (H. Drion, Het rechterlijk verbod en de vrijheid van meningsuiting, in: Op de grenzen van komend recht. Zwolle, 1969).

Het naar buiten brengen van «vuile was» wordt wel «klokkenluiden» genoemd. Klokkenluiden kan worden omschreven als het door medewerkers van een organisatie bekendmaken aan personen of instanties die mogelijk actie kunnen ondernemen, van illegale of immorele praktijken die onder leiding van de werkgever plaatsvinden. Klokkenluider of *whistleblower* wordt genoemd de werknemer die zonder toestemming van zijn werkgever en veelal in strijd met zijn geheimhoudingsplicht een misstand in de onderneming waarin hij werkzaam is aan de grote klok hangt. De onthulling gebeurt niet per ongeluk of met het oogmerk van eigen belang: de klokkenluider heeft nadrukkelijk de bedoeling de noodklok te luiden om de gemeenschap te waarschuwen voor een specifieke, acute of dreigende misstand. Met de openbaarmaking dient de klokkenluider aldus het algemeen belang.

Normaliter gaat het bij het klokkenluiden om het naar buiten brengen van informatie door personen die geacht kunnen worden de betrokken informatie vertrouwelijk te behandelen. Dat is dan ook de reden waarom het klokkenluiden vaak, met name door de organisatie in kwestie, als deloyaal gedrag wordt gezien. De positie van de klokkenluider is dan ook kwetsbaar; hij is veelal blootgesteld aan het risico van wraakneming of discriminatie op de een of andere wijze door de werkgever. Klokkenluiden kan van groot maatschappelijk belang zijn, bijvoorbeeld wanneer het betrekking heeft op zaken als de veiligheid en gezondheid van personen, het milieu, fraude, corruptie, onrechtmatige financiële benadeling van de overheid of van particuliere derden of onethisch gedrag. Meer in het algemeen kan

klokkenluiden een middel zijn om gebrek aan openheid, integriteit en verantwoording aan de kaak te stellen.

Klokkenluiden is een verschijningsvorm van de vrijheid van meningsuiting. Het recht op vrije meningsuiting heeft drie functies: de waarborging van de democratische rechtsstaat, de ontwikkeling, ontplooiing van de individu zonder staatsinmenging en de waarheidsvinding¹. In relatie tot het arbeidsrecht kan de uitoefening van de vrijheid van meningsuiting problemen met zich meebrengen. Eén van de grootste bezwaren van de huidige positie van werknemers, die een misstand van maatschappelijk belang tegenkomen in hun bedrijf, is de (rechts)onzekerheid die gepaard gaat met het aan de orde stellen daarvan. Daarbij gaat het om onzekerheid over de reactie van de werkgever en van collega's; onzekerheid over de reactie van derden, indien een interne melding niet volstaat; en onzekerheid over de eventuele beoordeling door de rechter, als het zover komt. Dat stelt de werknemer voor een dilemma: moet hij melding maken van de misstand, die indruist tegen zijn eigen waarden en normen, met het risico van negatieve gevolgen voor zichzelf, zijn omgeving, zijn collega's en het bedrijf. Of moet hij vanwege die te verwachten negatieve gevolgen zwijgen met het risico van negatieve gevolgen voor derden of de samenleving en tenminste morele medeplichtigheid aan de misstand.

Overigens is het lang niet altijd een bewuste keuze van de werknemer om «de klok te gaan luiden». In veel gevallen stelt hij volstrekt te goeder trouw onethisch gedrag, fraude of een andere misstand bij de juiste persoon en op de juiste manier aan de orde, in het volste vertrouwen dat hij de organisatie daarmee een dienst bewijst, maar ondervindt daarop vervolgens een negatieve reactie. De afweging die de werknemer moet maken leidt vaak tot risicomijdend gedrag, zwijgen waar spreken uit maatschappelijk oogpunt geboden zou zijn.

In een bijlage staat een overzicht van sinds 1990 bij een groter publiek bekend geworden zaken van Nederlandse klokkenluiders (stand per 22 november 2002).²

1. Geschiedenis van het voorstel van wet

1.1. Parlementaire geschiedenis

Onder stimulans van de toenmalige Minister van Binnenlandse Zaken is in 1992 het thema integriteit van het Openbaar Bestuur nadrukkelijk op de politieke agenda geplaatst (Kamerstukken II, 1993/94, 23 400 VII, nr. 11). Minister Dales zei het in een toespraak op het jaarcongres van de Vereniging van Nederlandse Gemeenten in Apeldoorn zo: «De overheid is wel of niet integer. Een beetje integer kan niet. En met de integriteit van de overheid valt of staat het bestuur; aantasting van de integriteit van de overheid betekent niet minder dan dat de overheid het vertrouwen van de burger verliest. En zonder dat vertrouwen van de burger kan de democratie niet. Dan is het geen democratie meer.» Haar pleidooi is niet alleen voor Binnenlandse Zaken, maar ook voor anderen – zowel binnen de overheid als daarbuiten – aanleiding geweest te werken aan integriteitsbeleid.

In nauwe samenspraak met de Tweede Kamer, is in de jaren daarna op een breed front vorm en inhoud gegeven aan het integriteitsbeleid. Bij de openbare sector is gekeken naar mogelijkheden om de bewustwording van risico's te vergroten: er zijn regelingen rond openbaarheid van nevenfuncties ingesteld; met politieke partijen is de weerbaarheid voor inbreuken op de integriteit op de agenda gezet en zijn regelingen ontwikkeld rond de openbaarheid van inkomsten en uitgaven; universiteiten en ministeries hebben mogelijkheden voor de inzet van bestuurlijk instru-

¹ Zie voor een uitvoeriger beschrijving van deze functies E. Verhulp, «*De vrijheid van meningsuiting van werknemers en ambtenaren*», Den Haag 1996, p. 78 e.v.

² Ter inzage gelegd bij het centraal informatiepunt van de Tweede Kamer.

mentarium onderzocht; kwetsbare plekken bij de overheid zijn door de veiligheidsdiensten in kaart gebracht en onderzocht; bij de politie is een reeks akties opgestart om het integriteitsbeleid te scherpen; de BVD opende een meldpunt integriteitsaantastingen (Stand van zake Integriteit van de Openbare sector, Ministerie van Binnenlandse Zaken, mei 1995).

In 1996 publiceerde de Algemene Rekenkamer een onderzoek naar de uitvoering van het integriteitsbeleid bij het rijk, en concludeerde dat nog slechts enkele ministeries beleid ontwikkeld hadden (TK 1995–1996, 24 655, nr 1–2). De Rekenkamer adviseerde op alle ministeries richtlijnen op te stellen voor het melden en registreren van nevenfuncties, het aannemen van geschenken of diensten, en de handelwijze bij aantasting van integriteit of vermoedens daarvan. Bovenal beval de Rekenkamer aan om op alle ministeries vertrouwenspersonen aan te stellen voor meldingen van aantastingen van de integriteit of vermoedens daarvan, mede in het licht van een beoogde cultuurverandering ten aanzien van integriteit. Vrijwel alle Ministers onderschrijven in hun reactie de aanbevelingen en zeggen toe deze te zullen doen uitvoeren. De Minister van Binnenlandse Zaken stelt in zijn reactie dat rijksbreed geen betrouwbare registraties beschikbaar zijn over de aantasting van integriteit. De Minister voegt verder toe dat in de loop van 1996 een gedragscode zal worden opgesteld (ibid, pag 17–18).

Bij de verlengde plenaire behandeling van het rapport van de Algemene Rekenkamer en de Voortgangsrapportage Integriteit van het Openbaar Bestuur (BIZA-96-721) door de Vaste Kamercommissie van Binnenlandse Zaken op 3 oktober 1996 wordt door VVD, D66 en PvdA een motie ingediend inzake integriteit (motie Kamp c.s. 24 655, nr 3). In deze motie wordt van de ministeries gevraagd de aanbevelingen van de Algemene Rekenkamer met betrekking tot het treffen van institutionele waarborgen ter bescherming van de integriteit op te volgen. De motie bepaalt dat eind 1997 bij alle ministeries richtlijnen moeten zijn vastgesteld en/of maatregelen moeten zijn getroffen met betrekking tot de vijf in het rapport van de Rekenkamer vermelde onderdelen. Minister Dijkstal van Binnenlandse Zaken heeft geen bezwaar tegen de motie, die dan ook met algemene stemmen wordt aangenomen (Handelingen TK 1996–1997 9–479).

Op 7 oktober 1998 geeft Minister Peper van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties de Kamer een overzicht van de uitvoering van de motie op alle departementen (24 655, nr 5). Daarbij onderstreept de Minister de taak van Binnenlandse Zaken om preventief integriteitsbeleid voor het rijk te ontwikkelen en te faciliteren, en kondigt hij aan nadere regels te zullen overwegen in de Ambtenarenwet met betrekking tot financiële belangen en nevenwerkzaamheden van ambtenaren.

Tijdens een Algemeen Overleg over integriteit op 3 februari 1999 met de Vaste Commissie voor Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties zegt Minister Peper een rapportage toe over de stand van zaken met betrekking tot zijn initiatieven ten aanzien van het integriteitsbeleid. Ook toont hij zich bereid het integriteitsdebat actief te gaan stimuleren. Naar aanleiding van het Algemeen Overleg op 3 februari 1999 en mede naar aanleiding van vragen uit de Tweede Kamer met betrekking tot een onderzoek van de ABVAKABO FNV naar loyaliteitsproblemen bij ambtenaren, zegt de Minister toe om «gezien de actuele ontwikkelingen» voor september 1999 en «in breder verband» op het verschijnsel klokkenluiden in te gaan «en te bezien in hoeverre het noodzakelijk is maatregelen te treffen» (24 655 nr. 7 en Handelingen Tweede Kamer 1998/99, 1116, herdruk).

Die actuele ontwikkelingen betreffen de zaak Van Buitenen. Op 3 juni 1999 spreekt de vaste Kamercommissie opnieuw met de minister. Ditmaal over

een onderzoek van ABVAKABO FNV waaruit blijkt dat de cultuur onder ambtenaren er een is van zwijgen in plaats van aanspreken, en over de zaak Van Buitenen, die een fractie in het Europese parlement op de hoogte heeft gesteld van een onwettig rapport wat heeft geleid tot het aftreden van de Europese Commissie. Voor het eerst wordt tijdens dit Algemeen Overleg in de Tweede Kamer verwezen naar het bestaan van een Public Interest Disclosure Act in het Verenigd Koninkrijk, in welke wet criteria zijn opgenomen voor een bescherming van klokkenluiders. Namens de GroenLinksfractie kondigt Halsema een onderzoek naar de mogelijkheid van initiatiefwetgeving voor de bescherming van klokkenluiders aan, in aanvulling op de door het kabinet toegezegde departementale vertrouwenspersonen.

In de nota «Integriteit van het openbaar bestuur» van 21 september 1999 (Deel 3 in de reeks «Vertrouwen in verantwoordelijkheid») wordt uitvoerig op het verschijnsel klokkenluiden ingegaan. Dit wordt aangeduid als het verschijnsel dat ambtenaren aan buitenstaanders informatie verschaffen over feiten en omstandigheden waarvan zij uitsluitend uit hoofde van hun ambtenaarschap kennis dragen, met als doel om disfunctioneren of misstanden aan de orde te stellen. De nota van Minister Peper noemt het een groot goed als ambtenaren – naar eer en geweten – de verantwoordelijkheid nemen om misstanden aan de orde te stellen. Voor het definiëren van die misstanden zegt het kabinet zich te baseren op de in het Verenigd Koninkrijk vigerende Public Interest Disclosure Act 1998.

In het licht van dit voorontwerp van wet zijn de volgende constatering in de nota «Integriteit van het openbaar bestuur» van belang. Voor het omgaan met informatie verkregen in de uitoefening van de functie gelden verschillende normen en beginselen waartussen spanning kan bestaan. Aan de ene kant het «goed ambtenaarschap» en het beginsel van de ministeriële verantwoordelijkheid. Aan de andere kant het burgerschap van ambtenaren en daarmee de grondwettelijk gegarandeerde vrijheid van meningsuiting en de inperking daarvan in de Ambtenarenwet. Treedt een ambtenaar naar buiten met informatie die in het kader van de functie is verkregen, dan is het van belang dat de ambtenaar behalve ambtenaar ook burger is met alle daaraan verbonden grondwettelijk gegarandeerde rechten. Het feit dat de ambtenaar in dienst is getreden van de overheid, betekent immers geenszins dat hij daarmee ook deze grondrechten heeft prijsgegeven, aldus de Nota. Zo geldt het recht op vrijheid van meningsuiting voor hem evenzeer. Dit neemt niet weg dat de ambtenaar bij de uitoefening van grondrechten bepaalde grenzen in acht dient te nemen. Deze zijn expliciet neergelegd in artikel 125a en volgende van de Ambtenarenwet. De uitoefening van het recht van vrijheid van meningsuiting mag er niet toe leiden dat «de goede vervulling van zijn functie of de goede functionering van de openbare dienst, voor zover deze in verband staat met zijn functievervulling, niet in redelijkheid zou zijn verzekerd» (artikel 125a, eerste lid). Bovendien geldt volgens de Minister dat de ambtenaar verplicht is tot geheimhouding van «hetgeen hem in verband met zijn functie ter kennis is gekomen, voor zover die verplichting uit de aard van de zaak volgt» (artikel 125a, derde lid).

Voor ambtenaren die naar buiten treden en zich daarbij beroepen op het recht van vrijheid van meningsuiting zal beslissend zijn of de norm neergelegd in artikel 125a, eerste lid, van de Ambtenarenwet of de geheimhoudingsplicht is geschonden. De vraag of de ambtenaar de interne lijn doorlopen heeft, zal daarbij meewegen. In zeer bijzondere gevallen zal de rechter wellicht de ambtenaar het niet eerst doorlopen van de interne lijn niet aanrekenen, bijvoorbeeld bij een zwaarwegend en spoedeisend maatschappelijk belang. Klokkenluiden kan ontstaan als niet op de geëigende wijze met signalen over mogelijke misstanden wordt

omgegaan. Belangrijke vraag is wat nu precies de geëigende weg in deze is. Nodig zijn gedragsregels met behulp waarvan signalen over misstanden kenbaar kunnen worden gemaakt, serieus worden genomen, onderzocht worden en, indien de signalen juist zijn, in een oplossing wordt voorzien, en de signalerende ambtenaar daarvan uiteindelijk geen nadelen ondervindt.

Vervolgens wordt in de nota de te volgen gedragslijn geschetst. Het hoofdstuk over klokkenluiden wordt afgesloten met een passage over de rechtsbescherming van ambtenaren die misstanden aan de orde stellen. Zij kunnen behalve met disciplinaire straffen ook getroffen worden met ordemaatregelen, zoals overplaatsing of schorsing, of andere minder grijpbare, nadelige invloeden, zoals verslechtering van werk-omstandigheden of verminderde promotiekansen. Daarom is volgens de Minister een extra beschermende bepaling nodig, vergelijkbaar met die voor ondernemingsraadsleden opgenomen in de Wet op de Ondernemingsraden.

Over de nota «Integriteit van het openbaar bestuur» wordt op 24 november 1999 gesproken met de Vaste Commissie voor Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties (Kamerstukken II 1999/00, 26 806, nr. 3). Bij dat overleg wordt door de Minister toegezegd om in de Ambtenarenwet in meer algemene zin een bepaling op te nemen die andere overheden verplicht eveneens een procedure, meer specifiek toegesneden op de eigen situatie, te treffen met betrekking tot het omgaan met vermoedens van misstanden en de rechtsbescherming van de ambtenaar die van die procedure gebruik heeft gemaakt. Aan die toezegging wordt gevolg gegeven in het wetsvoorstel tot Wijziging van de Ambtenarenwet in verband met integriteit (Tweede Kamer, vergaderjaar 2000–2001, 27 602, nrs. 1–2). In de Memorie van Toelichting (27 602, nr. 3) wordt, voor zover hier van belang, opgemerkt dat de ambtenaar, met inachtneming van de in artikel 125a van de Ambtenarenwet neergelegde grenzen, het recht heeft op vrijheid van meningsuiting, maar ook dat in zijn algemeenheid vooraf niet eenduidig is aan te geven wat wel en wat niet naar buiten mag worden gebracht. Dat is afhankelijk van de concrete situatie, zoals bijvoorbeeld de positie van de ambtenaar, de aard van de uiting, de betrachte zorgvuldigheid, enzovoort. Gaat het om een melding van een misstand, dan zal bij het achteraf beoordelen van de toelaatbaarheid van de uiting, de vraag of er een heldere procedure is en of daar ook gebruik van is gemaakt, een rol spelen.

Tijdens de begrotingsbehandeling voor 2001 van het ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties wordt opnieuw uitvoerig gesproken over het onderwerp integriteit. Daarbij wordt van de kant van de GroenLinksfractie aandacht gevraagd voor de positie van klokkenluiders in het bedrijfsleven. Woordvoerder Halsema wijst op een onderzoek van de FNV, waaruit blijkt dat van de 119 als klokkenluiders aan te merken werknemers bij overheid en het bedrijfsleven zich 37% bedreigd en onder druk gezet voelt, 35% in de ziektewet belandt, 8% geschorst wordt en dat uiteindelijk 40% ontslag krijgt. Verder wijst zij erop dat het meldpunt integriteit van de BVD in 1999 alleen al 35 serieuze meldingen heeft ontvangen. Halsema dringt opnieuw bij de Minister aan op een wettelijke bescherming van klokkenluiders bij de overheid en in het bedrijfsleven, en houdt de mogelijkheid van een initiatiefwet achter de hand. Tijdens het debat wijst Minister De Vries op de wetswijziging met betrekking tot de Ambtenarenwet, die op dat moment voor advies bij de Raad van State ligt en daarna aan de Kamer zal worden doorgezonden. Daarnaast zegt hij toe zijn collega van Sociale Zaken en Werkgelegenheid te zullen vragen naar de stand van zake dienaangaande en de kamer daarvan in een brief op de hoogte te stellen. Vooruitlopend op de wijziging van de Ambtenarenwet is eind 2000 reeds een procedureregeling voor het omgaan met vermoedens

van misstanden vastgesteld voor ministeries, opdat daarmee ervaring kan worden opgedaan (Staatscourant 14 december 2000, nr. 243).

Naar aanleiding van de Meldlijn Klokkenluiders van de FNV wordt in de Stichting van de Arbeid gesproken over de wenselijkheid van bescherming van klokkenluiders in het bedrijfsleven. Dit overleg van werkgevers en werknemers eindigt eind 2000 zonder resultaat. Minister De Vries heeft zijn collega Vermeend van Sociale Zaken en Werkgelegenheid intussen verzocht de Kamer te informeren inzake de bescherming van klokkenluiders in het bedrijfsleven (Brief van 8 nov 2000, kenmerk AD2000/U94198). Minister Vermeend besluit vervolgens tot een extern onderzoek naar de klokkenluidersproblematiek in het bedrijfsleven: «Ik laat een onderzoek verrichten naar de achtergrond van klachten van klokkenluiders en over benadeling en ontslag. Het is de bedoeling dat de resultaten van dit onderzoek aan de Stichting van de Arbeid worden voorgelegd met het verzoek na te gaan of de partijen in de Stichting aanleiding zien om naar analogie van de ontwikkelingen in de overheidssectoren, gedragsregels voor klokkenluiders vast te leggen in de vorm van een leidraad voor ondernemingen» (Handelingen II, Begroting ministerie SZW 2001, 27 400 XV, 7 december 2000, pag. 33–2777).

Op 20 november 2001 verschijnt de nota naar aanleiding van het verslag ten aanzien van het Wetsvoorstel wijziging Ambtenarenwet in verband met integriteit (Tweede Kamer, vergaderjaar 2000–2001, 27 602, nrs. 4 en 5). Naar aanleiding van opmerkingen van de leden van de GroenLinks-fractie over het ontbreken van een wettelijke regeling voor klokkenluidende werknemers in het bedrijfsleven wordt daarin opgemerkt: «Nog dit najaar wordt door de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid een onderzoek afgerond naar de positie van klokkenluiders in het bedrijfsleven. Dit onderzoek is geïnitieerd naar aanleiding van vragen over de onheuse en soms onrechtvaardige bejegening van klokkenluiders in het bedrijfsleven. De resultaten van dit onderzoek zullen worden gerapporteerd aan de Stichting van de Arbeid waarna de regering een standpunt zal innemen ten aanzien van mogelijke aanbevelingen.»

Intussen noopt een nieuwe affaire tot een snelle reactie van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid. Het betreft de mogelijke bouwfraude bij de aanleg van de Schiphol-tunnel, waar de overheid voor miljoenen teveel betaald zou hebben door kunstmatige prijsopdrijving en geheim vooroverleg van de aannemers bij de aanbesteding. Tijdens het interpellatiedebat van 14 november 2001 inzake bouwfraude en vermoedelijke corruptie dienen de woordvoerders Van Gijssel en Leers een motie in met het verzoek aan de regering om een beleidslijn te ontwikkelen met betrekking tot bescherming van klokkenluiders in de private sector en deze aan de Kamer voor te leggen (28 093, nr 2). De motie wordt aangenomen met de steun van alle fracties met uitzondering van de VVD (Handelingen TK 24–1735).

Op 26 november 2001 laat de Minister de Tweede Kamer bij brief (AV/RV/2001/81006) weten dat de klokkenluider in de private sector bij zijn werkgever gehoor kan vinden voor de door hem gesignaleerde misstand. «Het kan echter ook voorkomen, dat een werkgever de actie van zijn werknemer niet waardeert en deze als gevolg hiervan benadeelt in zijn positie als werknemer, of zelfs ontslaat. Indien in het algemeen werknemers door hun werkgever worden bedreigd met benadeling in hun positie als werknemer, of met onrechtvaardig ontslag, worden zij hierbij beschermd door het reguliere arbeidsovereenkomstenrecht, zoals dit is neergelegd in Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek. Dit geldt ook voor klokkenluiders. Dit betekent, dat een klokkenluider bij benadeling zich erop kan beroepen dat de werkgever zich jegens hem niet als «een goed werkgever» gedraagt. En,

in geval van dreigend ontslag geldt voor hem de ontslagbescherming die in het algemeen geldt voor werknemers die worden bedreigd met sociaal onrechtvaardig ontslag. Uit signalen van met name de vakbeweging (in casu de FNV) is gebleken, dat er in de praktijk – ondanks deze wettelijke bescherming – toch klachten zouden zijn van klokkenluiders, die als gevolg van hun actie worden benadeeld dan wel ontslagen. Ten einde duidelijkheid te krijgen over de achtergrond van die klachten is dit jaar, zoals ik uw Kamer reeds eerder heb meegedeeld (Handelingen II, Begroting ministerie SZW 2001, 27 400 XV, 7 december 2000, pag. 33–2777), in opdracht van mijn ministerie door het onderzoeksbureau IVA Tilburg hiernaar onderzoek gedaan. Dit onderzoek wordt momenteel afgerond. (...) Voorts zal het onderzoeksrapport aan de Stichting van de Arbeid worden voorgelegd met het verzoek om – naar analogie van de ontwikkelingen in de overheidssectoren – gedragsregels voor klokkenluiders vast te stellen, bijvoorbeeld in de vorm van een leidraad voor klokkenluiders in ondernemingen. Ik ga er vooralsnog vanuit, dat partijen in de Stichting van de Arbeid de behoefte aan bedoelde gedragsregels zullen onderkennen en hierin zullen willen voorzien. Aan de hand van de reactie van de Stichting van de Arbeid zal nader worden beoordeeld, of de geldende algemene wettelijke bescherming van werknemers tegen benadeling en sociaal onrechtvaardig ontslag, samen met bedoelde gedragsregels, in een voldoende bescherming van klokkenluiders in de private sector voorzien dan wel of nadere maatregelen nodig en wenselijk zijn. Ik zal uw Kamer hierover te zijner tijd nader informeren.»

Op 14 februari 2002 zendt de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid het rapport «*De weg van de klokkenluider; keuzes en dilemma's*» van het IVA Tilburg ter kennisneming aan de Tweede Kamer. Het onderzoek wijst uit dat bijna vier procent van de werknemers in de marktsector de afgelopen vijf jaar een ernstige misstand heeft waargenomen. Iets meer dan de helft van hen luidt daadwerkelijk de klok. Voor een meerderheid zijn de gevolgen van de melding negatief: één op de zes klokkenluiders neemt ontslag, één op de tien zit ziek thuis en vijf procent belandt in een ontslagprocedure. Bij anderen is sprake van degradatie, gebrek aan promotiemogelijkheden of een berisping. In kleinere bedrijven wordt door klokkenluiders beduidend vaker zelf ontslag genomen. De geconstateerde misstanden betreffen vooral wetsovertredingen, gesjoemel met geld en misbruik van macht en informatie. Werknemers rapporteren misstanden, zo wijst het onderzoek uit, omdat wat ze aantreffen indruist tegen de eigen waarden en normen. De belangrijkste reden om niets te melden is de angst voor negatieve gevolgen voor henzelf. Het onderzoek wijst verder uit dat tachtig procent van de klokkenluiders de misstand eerst intern meldt bij de direct leidinggevende of de directie. Ongeveer de helft treedt naar buiten (naar vakbond of arboarts) als de melding intern niet heeft geleid tot acties om de misstand te onderzoeken of op te lossen. Tot slot constateert het onderzoek dat er nog weinig jurisprudentie over klokkenluiders bestaat. Daar waar het op ontslag uitdraait, kijkt de rechter bij de beoordeling van de ontslagaanvraag minder naar argumenten of bewijsmateriaal over de misstand, maar beoordeelt hij vooral of er sprake is van een verstoorde arbeidsrelatie.

Ten aanzien van de omgang met klokkenluiden in het bedrijfsleven toont het onderzoek aan dat in de helft van de bedrijven het management niet positief staat tegenover kritiek van personeel en dat slechts in één van de tien bedrijven het uiten van kritiek gestimuleerd wordt. Juist in bedrijven waar kritiek op prijs wordt gesteld of wordt gestimuleerd, worden misstanden vaker gemeld, vaker alleen intern gemeld, vaker opgelost en leidt de melding vaker tot geen gevolgen voor werkgevers en werknemers. «(...) Tweederde van de bedrijven vindt dat er uniforme gedragscodes voor klokkenluiders moeten komen. (...) Beiden [zowel werkgevers

als werknemers] vinden het belangrijk dat er gedragscodes komen waarin in ieder geval de procedure, zorgvuldigheidvereisten en de rechtsbescherming voor de klokkenluider zijn vastgelegd. Een belangrijk verschil tussen werkgevers en werknemers is dat bedrijven tegen een directe externe melding zijn, terwijl werknemers juist behoefte hebben aan een onafhankelijke instantie.» (IVA: *De weg van de klokkenluider: keuzen en dilemma's*, p. 68–69).

Op 26 maart 2002 wordt het wetsvoorstel Wijziging van de Ambtenarenwet in verband met integriteit (27 602) door de Tweede Kamer met algemene stemmen aanvaard. Ook de motie Scheltema- De Nie, die de mogelijkheid voor ambtenaren scheidt zich direct te wenden tot een onafhankelijke externe commissie, in casus de Commissie Integriteit Rijksoverheid, wordt bij die stemming aangenomen. Verder is als gevolg van een amendement van mevrouw Duijkers, het Artikel 125a Ambtenarenwet uitgebreid met een nieuw lid 4, luidende: «De ambtenaar die te goede trouw de bij hem levende vermoedens van misstanden uit volgens de procedure, bedoeld in artikel 125, eerste lid, onder m, zal als gevolg van het uiten van die vermoedens geen nadelige gevolgen voor zijn rechtspositie ondervinden tijdens en na het volgen van die procedure.» Tijdens de behandeling van het wetsvoorstel zegt Minister De Vries in de Tweede Kamer: «De staatssecretaris van Sociale Zaken houdt zich bezig met de particuliere sector. () Hij zegde toe, de Tweede Kamer over de reactie van de Stichting van de Arbeid te zullen informeren. (...) Ik neem aan dat de Kamer daarover binnenkort iets hoort van de Minister van Sociale Zaken (...) Dit onderwerp is in het bedrijfsleven natuurlijk net zo belangrijk is als bij de overheid. Door zaken als de bouwfraude wordt duidelijk dat er in het bedrijfsleven op dit gebied ook problemen spelen» (Handelingen TK 21 maart 2002, 59–4049). De wetswijziging van de Ambtenarenwet in verband met integriteit (wet van 23 januari 2003, Staatsblad 2003, 60) is op 1 mei 2003 in werking getreden. De vaste Kamercommissie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid heeft Minister Vermeend intussen verzocht om een voorlopig standpunt van de regering ten aanzien van het rapport van IVA-Tilburg. Op 17 april 2002 antwoordt de Minister (SoZa 02–308) dat er geen voorlopig standpunt van de regering komt, aangezien hij eerst de reactie van Stichting van de Arbeid op het onderzoek af wil wachten. Het onderzoek is inmiddels aan de stichting aangeboden met het verzoek om gedragsregels voor werkgevers en klokkenluiders vast te stellen (kenmerk AV/IR/2002/1751). De Minister denkt daarbij aan een gedragscode waarin procedures, zorgvuldigheidseisen en de rechtsbescherming van de klokkenluider aan de orde komen. De Minister verwacht dat bedoelde gedragsregels in de loop van de tweede helft van 2002 in de Stichting van de Arbeid kunnen worden vastgesteld, zo laat hij in antwoord op schriftelijke vragen van Bussemaker weten (15 maart 2002).

1.2. Maatschappelijke geschiedenis

Maatschappelijke aandacht voor het fenomeen klokkenluiden in ons land dateert van de jaren tachtig van de vorige eeuw. In 1987 definieert Mark Bovens klokkenluiders als «ambtenaren en werknemers die zonder opdracht of toestemming van hun superieuren informatie onthullen of in de openbaarheid treden met de bedoeling om de aandacht te vestigen op een misstand waarvan zij kennis hebben gekregen door hun werk binnen de organisatie» (Bescherming van Klokkeluiders, in *Beleid en Maatschappij*, 1987/5). Bovens gebruikt de term klokkenluider in dit artikel als een vertaling van de Engelse term *whistleblower*: «Met de term klokkenluiden – in de Verenigde Staten spreekt men zoals gezegd van *whistleblowing* – hoop ik de verschillende elementen van deze vorm van bureaucratische ongehoorzaamheid zo goed mogelijk te vangen. (...) Dit [klokkenluiden] gebeurt echter niet per ongeluk of uitsluitend ten behoeve van het

eigenbelang, het zijn geen versprekingen of ordinaire lekken; men heeft nadrukkelijk de bedoeling om de noodklok te luiden, om de gemeenschap te waarschuwen voor specifieke, acute of dreigende misstanden.» In de Verenigde Staten, naar aanleiding van het Watergate-schandaal, is de wetgever de klokkenluider dan ook al veel eerder te hulp geschoten. Nederland loopt, in elk geval voor wat betreft de wettelijke bescherming, dan ook meer dan vijftig jaar achter op de VS. De Civil Service Reform Act (1978) in de Verenigde Staten werd hét symbool van de strijd tegen fraude, corruptie en verspilling van de overheid en droeg ertoe bij dat de legitimiteit van klokkenluiden sterk is toegenomen.

In Nederland wordt de term klokkenluider begin jaren negentig vooral gezien in het licht van de te nemen maatregelen binnen de overheid tegen normvervaging, corruptie en fraude in het openbaar bestuur. In zijn studie *Bestuurlijke corruptie en fraude in Nederland* (1992) toont Leo Huberts aan dat per jaar zo'n 350 gevallen van vermeende of werkelijke omkoperij of fraude voorkomen binnen het gehele Nederlandse openbare bestuur. Het antwoord van politiek en bestuur werd in reactie op dit onderzoek en diverse naar buiten gekomen voorvallen gezocht in het «zelfreinigend vermogen van de overheid», in preventieve maatregelen en integriteitsonderzoeken, maar nadrukkelijk ook in de introductie van klaken meldlijnen, zowel bij alle ministeries als bij de BVD. De openlijke waarschuwing van Minister Dales maakt daarbij veel reacties los: bij Binnenlandse Zaken komen in enkele weken tientallen – veelal anonieme – brieven binnen met meldingen door burgers en ambtenaren over mogelijk corrupte collega's of politici (Limburgs Dagblad, 19 maart 1993).

De maatschappelijke aandacht verschuift in de loop van het vorige decennium van fraude- en corruptiepraktijken naar de rechtspositie van diegene die daarvan publiekelijk melding maakt: de klokkenluider. Zo wordt ten aanzien van de niet wettelijk beschermde klokkenluidende werknemer het dilemma onderkend, dat de zwijgende werknemer zichzelf niet meer recht in de ogen kan kijken, terwijl de klokkenluider een schoon geweten heeft maar zijn carrière wel kan vergeten. (Zwijgen is het verstandigste; in *Intermediair* van 20 augustus 1993). Ook in zijn proefschrift vraagt Mark Bovens nadrukkelijk de aandacht voor het fenomeen van de klokkenluider en diens zwakke rechtspositie. Onder meer naar aanleiding van de affaire bij de Slavenburg Bank stelt Bovens de individuele aansprakelijkheid voor het instandhouden van misstanden aan de orde, en wordt aandacht gevraagd voor de actieve verantwoordelijkheid van de werknemer voor het maatschappelijke bedrijfsbelang. Hoewel de klokkenluider in het bedrijfsleven niet het zwaartepunt vormt van zijn studie, gaat de notie van *institutioneel burgerschap* volgens Bovens in de vorm van loyaliteit aan de publieke zaak evenzeer op in het bedrijfsleven (M.A.P. Bovens: *Verantwoordelijkheid en organisatie; beschouwingen over aansprakelijkheid, institutioneel burgerschap en ambtelijke ongehoorzaamheid*; 1990. Zie ook: Een lintje voor de «verraders» in *Trouw* van 11 mei 1990).

In 1996 wijzen de gezamenlijke vakcentrales er bij de advisering van de Sociaal-Economische Raad over werknemers en bedrijfsmilieuzorg (II) op dat de werknemer als relatief afhankelijke partij een zeker risico neemt als hij een misstand aan de orde stelt of informatie daarover naar buiten brengt, terwijl de werkgever dat wil stilzwijgen. Hij zal dan ook, als hij vermoedt dat aan openheid rechtspositionele gevolgen verbonden zullen zijn, de neiging hebben – zelfs intern – zijn mond dicht te houden. Maatschappelijk verantwoord handelen heeft soms een te hoge prijs. «Een werknemer zwijgt waar spreken uit maatschappelijk oogpunt geboden zou zijn, of voert een werkopdracht uit waar werkweigering voor de samenleving wenselijker ware geweest» (Advies van de Sociaal-Economische

Illustratief voor de toegenomen maatschappelijke belangstelling voor het fenomeen van de klokkenluider is ook de «Meldlijn klokkenluiders» die de FNV in april 2000 heeft opengesteld om ervaringen van (potentiële) klokkenluiders op te tekenen. Tijdens de drie dagen dat de meldlijn open staat blijkt in 119 gevallen sprake te zijn van een (potentiële) klokkenluider. De analyse van de meldlijn ten aanzien van de risico's voor werknemers die misstanden aan de orde stellen («Eindrapportage Meldlijn Klokkenluiders», mei 2000) wordt bevestigd in het onderzoek van IVA Tilburg. Ook het vermoeden dat de misstanden in het bedrijfsleven relatief vaak liggen op het terrein van de overtreding van wetten en het misbruiken van geld wordt in het onderzoek van IVA Tilburg onderschreven. Daarbij blijkt dat er bij bedrijven – in vergelijking met de overheid – meer sprake is van overtreding van regelgeving zoals van veiligheids- en milieuvoorschriften, en dat er meer geldkwesties spelen zoals het onjuist gebruik van overheids-geld, fraude of steekpenningen. Volgens de FNV- *Eindrapportage* komen «informatiekwesties» het meest voor: het verdraaien of onjuist weergeven van informatie, het achterhouden of vernietigen van informatie, het verschaffen van onjuiste informatie, valsheid in geschrifte. Dit alles door-gaans met het oog op geldelijk gewin. Om werknemers te informeren over die risico's heeft de FNV in 2001 een brochure opgesteld met valkuilen en tips voor (potentiële) klokkenluiders («*Vrijheid van menings-uiting van werknemers; met tips voor klokkenluiders*», augustus 2001).

Inmiddels lijkt er internationaal communis opinio over te bestaan dat aan de klokkenluider die op een zorgvuldige wijze te werk gaat, bescherming behoort toe te komen. Zo komt de Europese Commissie op 30 november 2000 met een regeling voor ambtenaren die melding willen maken van misstanden. Volgens het voorstel kunnen klokkenluidende ambtenaren niet alleen terecht bij hun meerderen, maar ook bij het Europees Parlement of de Europese ombudsman. Naar aanleiding van de zaak van Buitenen is er vanuit het Europees Parlement sterk aangedrongen op een goede klokkenluidersregeling. De voorstellen sluiten nauw aan bij de Engelse Public Interest Disclosure Act. Hoewel de Europese Commissie aanvankelijk niet wil toestaan dat klokkenluidende ambtenaren naar een externe instantie zouden kunnen stappen, is dit in het uiteindelijke voorstel wel het geval. Het Europees Parlement moet zich nog over de voorstellen uitspreken. (*Voorstel voor een Verordening van de Raad tot wijziging van het statuut van de ambtenaren van de Europese Gemeenschappen en van de regeling welke van toepassing is op de andere personeelsleden van deze Gemeenschappen*, COM/2002/0213 def.) Daarnaast blijkt de veranderde houding ook uit de recentelijk herziene versie van de OESO Richtlijnen voor Multinationale Ondernemingen die in artikel 9 van hoofdstuk II bepalen dat ondernemingen zich behoren «te onthouden van discriminerende of disciplinaire maatregelen tegen werknemers die het management of, indien van toepassing, de bevoegde autoriteiten te goeder trouw op de hoogte stellen van praktijken die in strijd zijn met de wet, de Richtlijnen of het ondernemingsbeleid.» De toelichting op dit artikel stelt dat «maatregelen ter bescherming van bonafide klokkenluiders eveneens worden aanbevolen, waaronder de bescherming van werknemers die, bij afwezigheid van effectieve maatregelen of met het risico van ontslag, onwettige praktijken aankaarten bij de bevoegde autoriteiten» (OESO Richtlijnen voor Multinationale Ondernemingen, artikel 9 van hoofdstuk II).

2. Belang van een wettelijke regeling

Niet alleen voor de ambtenaar (zie de nota «Integriteit van het openbaar bestuur»), maar ook voor de werknemer in het bedrijfsleven geldt dat voor het omgaan met informatie verkregen in de uitoefening van de functie verschillende normen en beginselen gelden waartussen spanning kan bestaan. Aan de ene kant het «goed werknemerschap» (artikel 7:611 BW), de geheimhoudingsplicht (artikel 7:678 lid 2 onder i BW, artikel 20 Wet op de Ondernemingsraden, artikelen 272 en 273 Wetboek van Strafrecht) en het directierecht (artikel 7:660 BW). Aan de andere kant het «goed werkgeverschap» (artikel 7:611 BW) en het burgerschap van werknemers en daarmee de vrijheid van meningsuiting (artikel 10 Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens, artikel 7 Grondwet, artikelen 3:12 en 3:14 BW).

Terwijl echter klokkenluidende ambtenaren zich ten opzichte van hun werkgever direct kunnen beroepen op de in artikel 7 Grondwet gegarandeerde vrijheid van meningsuiting, waarbij de inperking van die vrijheid, voortvloeiende uit de dienstbetrekking, expliciet genormeerd is in artikel 125a Ambtenarenwet, geldt voor klokkenluidende werknemers noch het één, noch het ander. Zij kunnen zich niet direct beroepen op de in artikel 7 Grondwet gegarandeerde vrijheid van meningsuiting en in het Burgerlijk Wetboek ontbreekt een bepaling, vergelijkbaar met artikel 125a Ambtenarenwet.

De wetgever heeft dus enerzijds wel in het Burgerlijk Wetboek vastgelegd – en het daarmee van algemeen belang geacht – dat een goed werknemer geheimhouding betracht met betrekking tot bijzonderheden aangaande het bedrijf van de werkgever (die hij behoort geheim te houden), terwijl de wetgever anderzijds in het Burgerlijk Wetboek geen criteria heeft gegeven om te beoordelen in welke gevallen het doen van publieke uitingen, waaronder het bekendmaken van dergelijke bijzonderheden aan derden, toelaatbaar is. Daardoor ondervindt de klokkenluidende werknemer in de private sector minder bescherming dan zijn klokkenluidende collega in de publieke sector (E. Verhulp, «*Vrijheid van meningsuiting van werknemers en ambtenaren*», Den Haag 1996 – zie over de betekenis van artikel 7:678 lid 2 onder i, voorheen 7A:1639p lid 2 sub 9°, BW met name pag. 147–152; M. A. C. de Wit, «*Het goed werkgeverschap als intermediair van normen in het arbeidsrecht*», Deventer 1999; G. J. J. Heerma van Voss, «*Vrijheid van meningsuiting versus geheimhoudingsplicht werknemers*», in: NJCM 16–3, 1991³.)

Treedt een *ambtenaar* naar buiten met informatie die in het kader van de functie is verkregen, dan is het van belang dat de ambtenaar behalve ambtenaar ook burger is met alle daaraan verbonden grondwettelijk gegarandeerde rechten (zie de nota «Integriteit van het openbaar bestuur»). Treedt een *werknemer* naar buiten met informatie die in het kader van de functie is verkregen (en die hij behoorde geheim te houden), dan schendt hij zijn geheimhoudingsplicht en kan hij op staande voet ontslagen worden, terwijl toch voor de werknemer, evenzeer als voor de ambtenaar, geldt dat hij behalve werknemer ook burger is. Indieners van dit wetsontwerp menen dat de samenleving zuinig behoort te zijn op werknemers die zich realiseren dat ze ook in werktijd burger blijven. Het gaat naar het oordeel van de indieners van dit wetsontwerp niet aan dat werknemers vanwege ethisch hoogstaand gedrag – zoals het openbaren van corruptie of het waarschuwen voor rampen – zouden worden gestraft.

³ Laatstgenoemde merkt op: «In Nederland is er een in het algemeen goede ontslagbescherming (...) maar wordt juist voor een werknemer die het algemeen belang wil dienen een uitzondering gemaakt omdat hij daarbij bedrijfsgeheimen onthult.»

Klokkenluidersbescherming is ook het noodzakelijk complement van de individuele verantwoordelijkheid die ten grondslag ligt aan grote delen van het rechtssysteem in westerse landen. Indien men van werknemers verlangt dat zij zich als verantwoordelijke burgers gedragen (vgl. het

begrip *institutioneel burgerschap* van Bovens) en niet klakkeloos gehoorzamen aan opdrachten van hogerhand, dient men hen ook de gelegenheid te geven zich zo te gedragen. Werknemers missen echter de directe bescherming, die ambtenaren wel hebben, van artikel 7 Grondwet juncto (een bepaling als) artikel 125a Ambtenarenwet. Voor de werknemer is er momenteel geen enkele bepaling die duidelijk aangeeft in hoeverre het recht op vrijheid van meningsuiting ook voor hem geldt en welke grenzen hij daarbij in acht dient te nemen. Bovendien zijn er, anders dan voor ambtenaren (wederom in artikel 125a Ambtenarenwet), bij wet geen grenzen gesteld aan de geheimhoudingsplicht van werknemers.

Werknemers in de private sector kunnen als gevolg van het klokkenluiden met dezelfde soort sancties, ordemaatregelen en minder grijpbare, nadelige invloeden getroffen worden als ambtenaren. De beschermende bepaling die het kabinet en de Tweede Kamer nodig achtten voor klokkenluidende ambtenaren, is volgens de indieners van dit wetsontwerp evenzeer nodig voor klokkenluidende werknemers in de private sector.

Van het bestaande artikel 125a Ambtenarenwet en meer nog van het wetsvoorstel Wijziging van de Ambtenarenwet in verband met integriteit gaat een duidelijk declaratoir effect uit: soms moet het algemeen belang bij openbaarmaking van zaken die de dienst aangaan zwaarder wegen dan het (vermeend) belang van de dienst bij geheimhouding. In een dergelijk geval wordt de openbaarmaking vanwege het publiek belang, dat daarmee gediend is, gewaardeerd en verdient de boodschapper daarom bescherming. Een dergelijk expliciet signaal van de (veranderde) maatschappelijke opvattingen hierover kan alleen met het vereiste gezag van de wetgever uitgaan. Tot dusver ontbreekt een dergelijk expliciet signaal voor werknemers in de private sector die op een misstand stuiten.

De Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid heeft de Tweede Kamer bij schrijven van 26 november 2001 (kenmerk AV/RV/2001/81006) meegedeeld dat hij het onderzoeksrapport van IVA Tilburg aan de Stichting van de Arbeid zou voorleggen met het verzoek om – naar analogie van de ontwikkelingen in de overheidssectoren – gedragsregels voor klokkenluiders vast te stellen. Aan de hand van de reactie van de Stichting zou hij nader beoordelen of de geldende algemene wettelijke bescherming van werknemers tegen benadeling en sociaal onrechtvaardig ontslag, samen met bedoelde gedragsregels, in een voldoende bescherming van klokkenluiders in de private sector voorzien dan wel of nadere maatregelen nodig en wenselijk zijn. Bedoeld rapport en het verzoek van de Minister liggen sinds half februari 2002 bij de Stichting. Van de Minister is sindsdien geen nadere reactie of standpuntbepaling verschenen. De Stichting heeft uiteindelijk in juni 2003 bedoelde gedragsregels vastgesteld.⁴

Bescherming aan klokkenluidende ambtenaren wordt op twee manieren vormgegeven. Enerzijds is er de reeds geldende wettelijke regeling van de vrijheid van meningsuiting van ambtenaren (artikel 125a Ambtenarenwet). Anderzijds zijn er gedragsregels (zie de nota «Integriteit van het openbaar bestuur» en de Regeling procedure inzake het omgaan met een vermoeden van een misstand, gepubliceerd in de Staatscourant van 14 december 2000, nr. 243). Die gedragsregels hebben een wettelijke basis gekregen in artikel 125 lid 1 onder m en lid 3 Ambtenarenwet. Inhoudelijk zijn de gedragsregels gebaseerd op de Public Interest Disclosure Act (PIDA) 1998, de klokkenluiderswet van het Verenigd Koninkrijk, die ook model heeft gestaan voor vergelijkbare initiatieven in landen als Ierland en Zuid-Afrika en bij de Europese Commissie (intern gericht). De Public Interest Disclosure Act 1998 geldt zowel voor de publieke als voor de private sector. De Stichting van de Arbeid heeft naar het oordeel van de

⁴ Stichting van de Arbeid: *Verklaring inzake het omgaan met vermoedens van misstanden in ondernemingen*. Den Haag, 24 juni 2003 (nog niet gepubliceerd).

indieners, zoals verwacht mocht worden, gedragsregels vastgesteld «naar analogie van de ontwikkelingen in de overheidssectoren» en zij baseert die eveneens op de criteria van materiële en formele (procedurele) zorgvuldigheid die besloten liggen in de Public Interest Disclosure Act 1998. De Stichting is echter niet bij machte om de analogie van de ontwikkelingen in de overheidssectoren volledig door te trekken: de analoge *wetgeving* kan immers alleen door de wetgever tot stand worden gebracht.

Voor ambtenaren geldt dat wie handelt volgens de gedragsregels geacht wordt zich als een goed ambtenaar te gedragen. Wie van die regels afwijkt, gedraagt zich echter niet per definitie *niet* als een goed ambtenaar. In zijn algemeen is vooraf niet eenduidig aan te geven wat wel en wat niet naar buiten mag worden gebracht. Dat is afhankelijk van de concrete situatie, zoals bijvoorbeeld de positie van de ambtenaar, de aard van de uiting, de betrachte zorgvuldigheid, enzovoort. Gaat het om een melding van een misstand, dan zal bij het achteraf beoordelen van de toelaatbaarheid van de uiting, de vraag of er een heldere procedure is en of daar ook gebruik van is gemaakt, een rol spelen (Memorie van Toelichting, Tweede Kamer, vergaderjaar 2000–2001, 27 602, nr. 3). Die toetsing achteraf geschiedt op basis van artikel 125a Ambtenarenwet.

Wat de Stichting van de Arbeid maximaal vermag te bereiken is dat ook voor werknemers in de private sector zal gelden dat wie handelt volgens de gedragsregels geacht wordt zich als een goed werknemer te gedragen. Maar in een concreet geval kunnen ook werknemers goede redenen hebben om van die gedragsregels af te wijken. Ook is het mogelijk dat die gedragsregels er niet zijn of dat zij niet helder zijn. In dat geval is er geen met artikel 125a Ambtenarenwet corresponderend artikel in het Burgerlijk Wetboek op grond waarvan de rechter achteraf kan toetsen of de werknemer zich in het concrete geval wellicht toch gedragen heeft zoals van een goed werknemer verwacht mag worden en in redelijkheid kon menen dat het algemeen belang de onthulling noodzakelijk maakte. De indieners beogen met dit wetsvoorstel in deze leemte te voorzien.

Er zijn naar het oordeel van de indieners van dit wetsvoorstel diverse redenen waarom het 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:

- Terwijl de feitelijke positie van klokkenluiders in de private sector in wezen niet verschilt van die in de publieke sector, is de juridische positie van de klokkenluiders in de private sector zwakker, hetgeen in belangrijke mate voortvloeit uit het feit dat een met artikel 125a Ambtenarenwet corresponderende bepaling in het Burgerlijk Wetboek ontbreekt. Voor dit verschil bestaat wel een historische en formeel-juridische (het rechtstreeks beroep dat ambtenaren op het grondrecht van vrije meningsuiting kunnen doen en de daaruit voortvloeiende noodzaak om die vrijheid bij wet in formele zin te begrenzen), maar geen inhoudelijke rechtvaardigingsgrond.
- Een werknemer in de private sector loopt het risico vanwege het naar buiten brengen van informatie op staande voet ontslagen te worden (artikel 7:678 lid 2 onder i BW). Als de werkgever bovendien een geheimhoudingsplicht heeft bedongen, kan de werknemer bij overtreding daarvan zelfs strafrechtelijk worden vervolgd (artikel 273 Wetboek van Strafrecht). Daarbovenop kan de werknemer ook nog een zwijgplicht worden opgelegd op basis van het directierecht van de werkgever (artikel 7:660 BW). Daartegenover zijn de aanspraken die de

werknemer in zijn hoedanigheid van werknemer kan maken op de vrijheid van meningsuiting en (daarmee) op bescherming vanwege het dienen van zwaarwegender belangen dan het belang van geheimhouding van zijn werkgever onduidelijk en (daarmee) zwak. Alleen de wetgever kan deze onbalans recht trekken.

- In samenhang hiermee: het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) eist dat een beperking op de vrijheid van meningsuiting (artikel 10 EVRM) dient te zijn voorzien: «the relevant national law must be formulated with sufficient precision to enable the persons concerned – if need be with appropriate legal advice – to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences that a given action may entail» (EHRM 27 maart 1996, NJ 1996, 545 (Goodwin)). Op het punt van de toelaatbaarheid om derden bij het wegnemen van misstanden in te schakelen bestaat geen duidelijkheid. Indien een werknemer een door hem geconstateerde misstand aan de grote klok hangt is de vraag of dat toelaatbaar zal worden geacht zeer ongewis. Een regeling van deze «ongeregeldheid» beantwoord beter aan de garanties die artikel 10 EVRM beoogt te bieden.
- De gesignaleerde onduidelijkheid is ook onwenselijk omdat daarmee een mogelijke bron van uit maatschappelijk oogpunt hoogst wenselijke informatie onvoldoende wordt benut en er onvoldoende steun wordt geboden aan werknemers die hun maatschappelijke verantwoordelijkheid durven nemen. Waar dat voor de ambtelijke organisatie geldt, geldt dat evenzeer voor private organisaties. Dat besef dringt ook internationaal steeds meer door, hetgeen heeft geleid tot de Civil Law Convention on Corruption van de Raad van Europa van 4 december 1999. Artikel 9 (protection of employees) bepaalt: «Each Party shall provide in its internal law for appropriate protection against any unjustified sanction for employees who have reasonable grounds to suspect corruption and who report in good faith their suspicion to responsible persons or authorities.» Nederland heeft de Criminal Law Convention on Corruption op 11 april 2002 geratificeerd; per 1 aug. 2002 is het verdrag in werking getreden⁵. Over de ratificatie van het civiele corruptieverdrag is door Nederland nog geen beslissing genomen.
- Een wettelijke bescherming van klokkenluiders verschaft door het declaratoir effect dat daarvan uitgaat enerzijds steun aan werknemers die hun maatschappelijke verantwoordelijkheid durven nemen (vgl. *institutioneel burgerschap* (Bovens); de slogan «*de maatschappij, dat ben jij*» of de meer recente leus «*fatsoen moet je doen*») en draagt, naar verwacht mag worden, anderzijds – door een vergrote kans dat misstanden aan het licht komen – bij aan de bevordering van een open cultuur in organisaties, het tot stand komen van gedragsregels in die organisaties en grotere reserves bij de leiding van organisaties om misstanden te initiëren of toe te staan.
- Gedragsregels, zoals de Stichting van de Arbeid die heeft geformuleerd, kunnen nooit *vooraf* voorzien in alle denkbare situaties waarin misstanden gemeld worden. Evenmin kan de Stichting afdwingen dat voor alle organisaties gedragsregels gaan gelden, noch dat die gedragsregels alle in kwalitatief opzicht de toets der kritiek kunnen doorstaan. Omdat het bij de klokkenluidersproblematiek in laatste instantie gaat om een verschil van inzicht tussen de werknemer, die aanpak van de misstand nodig acht in het algemeen belang, en de (hoogste leiding van de) organisatie zelf, die de misstand ontkent of geheim wil houden, zal er altijd een taak voor de rechter blijven om in concrete gevallen *achteraf* te toetsen. Daarbij menen indieners van dit

⁵ Website Raad van Europa:
http://www.coe.int/T/E/Communication_and_Research/Press/Conventions_-_Latest_signatures_and_ratifications/20020411_Netherlands.asp#TopOfPage

voortontwerp van wet dat er voor klokkenluiderszaken in de private sector een even grote behoefte is aan een duidelijk toetsingskader als voor klokkenluiderszaken in de publieke sector, waar artikel 125a Ambtenarenwet als zodanig functioneert.

- Gedragsregels, zoals de Stichting van de Arbeid die heeft geformuleerd, raken naar het oordeel van de indieners van dit wetsvoorstel, hoe je het wendt of keert, ook de vrijheid van meningsuiting van werknemers. Beperkingen van (de werking van) grondrechten behoren echter te worden geregeld bij wet in formele zin. In dit verband is ook de discussie relevant, die met de Eerste Kamer is gevoerd over de taak van de wetgever in het arbeidsrecht. Eén van de conclusies van die discussie is dat het de taak van de wetgever is om grondrechten te waarborgen, bij voorkeur door dwingend recht (EK 2000–2001, 222/229, 2001–2002, 9a, b en c). Tegelijkertijd geldt dat sommige grondrechten in de arbeidsverhouding systematisch in de wet worden behandeld, zoals het geval is bij de gelijke behandeling, andere ten dele aan de hand van bepaalde facetten (bescherming persoonlijke levenssfeer) en weer andere nauwelijks (bijvoorbeeld de vrijheid van meningsuiting) (Tweede Kamer, vergaderjaar 1996–1997, 25 426, nr. 1).
- Klokkenluiders in de private sector hebben niet minder dan die in de publieke sector behoefte aan een specifieke beschermende bepaling, vergelijkbaar met die voor ondernemingsraadsleden opgenomen in de Wet op de ondernemingsraden.
- Wetgeving als die van artikel 125a Ambtenarenwet en gedragsregels gebaseerd op de Public Interest Disclosure Act 1998 bijten elkaar niet, maar vullen elkaar aan. Als zodanig worden de verschillende elementen die bijdragen aan de bescherming van ambtenaren die de klok luiden ook gepresenteerd in de nota «Integriteit van het openbaar bestuur». Ditzelfde geldt voor de gedragsregels van de Stichting van de Arbeid enerzijds en een regeling in het Burgerlijk Wetboek naar analogie van artikel 125a Ambtenarenwet anderzijds; zij zijn complementair.

Voorgaande overwegingen zijn voor indieners voldoende aanleiding tot indiening van onderhavig wetsvoorstel, dat in het volgende hoofdstuk nader wordt toegelicht.

3. Opzet van het voorstel van wet

3.1. Inleiding

Indieners van het wetsvoorstel hebben gekozen voor een algemene regeling van de vrijheid van meningsuiting van werknemers naar burgerlijk recht. Daarbij is aangesloten bij artikel 125a Ambtenarenwet, dat dezelfde functie heeft als de voorgestelde regeling waar het gaat om de bescherming van ambtelijke klokkenluiders. Uitgangspunt van dit voortontwerp is dat ook voor de werknemer in de private sector geldt, dat het feit dat hij in dienst is getreden, geenszins betekent dat hij daarmee het recht op vrije meningsuiting heeft prijsgegeven. Dit uitgangspunt is onder meer gegrond op 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). Dit betekent uiteraard niet dat de uitoefening van de vrijheid van meningsuiting niet is onderworpen aan grenzen die voortvloeien uit de arbeidsrelatie. Het wetsvoorstel regelt dan ook in hoeverre de arbeidsrelatie de vrijheid van meningsuiting van de werknemer beperkt. Daarom krijgt het een plaats in afdeling 7 van titel 10 van Boek 7

van het Burgerlijk Wetboek, betreffende «Enkele bijzondere verplichtingen van de werknemer»⁶. In het wetsvoorstel krijgt het een plaats direct vóór artikel 7:661, dat handelt over schade die de werknemer aan de werkgever toebrengt. Behalve de vrijheid van meningsuiting wordt in het voorontwerp ook de geheimhoudingsplicht van de werknemer onderworpen aan grenzen die voortvloeien uit de arbeidsrelatie.

De oorsprong van de tekst van het voorstel van wet is gelegen in de regels die eerder zijn geformuleerd in de studie van Verhulp naar de vrijheid van meningsuiting van werknemers en ambtenaren (E. Verhulp, «*Vrijheid van meningsuiting van werknemers en ambtenaren*», Den Haag 1996).

3.2. Zorgvuldigheidseisen

Uitgangspunt van dit wetsvoorstel is dat de in materieel en formeel opzicht zorgvuldig handelende klokkenluider (invulling van het goed werknemerschap voor klokkenluiders) bescherming verdient. De vraag of een werknemer in de concrete omstandigheden van het geval met bepaalde informatie naar buiten mocht gaan, toetst de rechter aan de criteria van de nieuwe bepaling in samenhang met de vraag of de werknemer als een goed werknemer gehandeld heeft (zie ook D. J. Buijs, «*De klokkenluider en de rechter*», in *Sociaal Recht*, 2000–6). Daarbij speelt een rol of er een heldere procedure is voor het melden van misstanden en of daar ook gebruik van is gemaakt.

Alvorens in te gaan op de tekst van het wetsvoorstel is het zinnig stil te staan bij de materiële en formele zorgvuldigheidseisen, die een klokkenluider in acht dient te nemen. Over de vraag welke dit zijn lijkt zich een communis opinio te hebben gevormd, vooral onder invloed van de *Public Interest Disclosure Act 1998* (zie in dat verband onder meer E. Verhulp, «*Vrijheid van meningsuiting van werknemers en ambtenaren*», Den Haag 1996; M. A. C. de Wit, «*Het goed werkgeverschap als intermediair van normen in het arbeidsrecht*», Deventer 1999; E. Verhulp, «*Bij de geboorte van de eerste (ambtelijke) «klokkenluidersregeling»*», *Sociaal Maandblad Arbeid*, april 2001; A. F. Verdam, «*Bescherming van klokkenluiders: welke regels en procedures (dienen te) gelden*», *ArbeidsRecht* 2001/1; R.S. van Coevorden, «*De klokkenluider, het geheimhoudingsbeding en artikel 7:661 BW*»; *FNV-model voor bescherming van klokkenluiders*⁷).

Op deze vereisten wordt in het volgende nader ingegaan.

A. Materiële zorgvuldigheid

Van *materiële* (inhoudelijke) zorgvuldigheid is sprake indien

1. *de werknemer een op redelijke gronden gebaseerd vermoeden heeft dat sprake is van een serieuze misstand.*

Toelichting: Daarbij kan gedacht worden aan een (dreigend) strafbaar feit; (dreigende) schending van niet-strafrechtelijke regelgeving of regels; (dreigende) dwaling van justitie; gevaar voor de volksgezondheid, de veiligheid of het milieu; (dreiging van) bewust onjuist informeren van publieke organen; (dreiging van) grootscheepse verspilling van overheidsgeld; (dreiging van) bewust achterhouden, vernietigen of manipuleren van informatie over het voorgaande (vgl. PIDA 1998).

2. *met de openbaarmaking een maatschappelijk belang in het geding is.*
3. *het belang van de openbaarmaking in maatschappelijk opzicht prevaleert boven het belang van de werkgever bij geheimhouding.*

⁶ Dat dit de juiste plaats is voor de regeling, is ook de opvatting van Verhulp (E. Verhulp, «*Een arbeidsrechtelijke regeling van de vrijheid van meningsuiting van de werknemer*», in: *Meer respect voor grondrechten van werknemers*, Utrecht 2000).

⁷ <http://home.fnv.nl/02werkgeld/arbo/wetgeving/meningsuit/fnvmodel.htm>.

B. Formele zorgvuldigheid

Van *formele* (procedurele) zorgvuldigheid is sprake indien:

1. *de werknemer de betreffende feiten eerst intern aan de orde stelt, tenzij dat in redelijkheid niet van hem kan worden gevergd, zinloos is of strijdig met het maatschappelijk belang.*

Toelichting: De organisatie moet de mogelijkheid hebben om zelf orde op zaken te stellen. Daartoe dient de organisatie één of meer functionarissen binnen de organisatie aan te wijzen als degene(n) bij wie de melding dient plaats te vinden. Meldt de werknemer aan zo een daartoe aangewezen functionaris, dan heeft hij in dit opzicht zorgvuldig gehandeld. Bijgevolg kan hij niet van onzorgvuldig handelen beticht worden als hij niet daarnaast ook nog aan bijvoorbeeld de ondernemingsraad heeft gemeld. Eerst intern melden is niet vereist:

- bij acuut gevaar, indien tenminste sprake is van een zwaarwegend en spoedeisend maatschappelijk belang;
- indien sprake is van een duidelijke dreiging van represailles;
- indien sprake is van een duidelijke dreiging van verduistering of vernietiging van bewijsmateriaal;
- indien een eerdere interne melding van in wezen dezelfde misstand op niets is uitgelopen;
- indien sprake is van een wettelijke plicht of bevoegdheid tot direct extern melden.

2. *de werknemer, indien interne melding niet is geboden of niet tot correctieve actie leidt, de feiten op een passende en evenredige wijze bekendmaakt.*

Toelichting: Een melding van een aperte misstand aan de politie of aan instanties belast met toezicht dan wel handhaving ten aanzien van een bepaald aandachtsveld of een bepaalde sector is eerder aan de orde dan melding aan de media. Maar naarmate een misstand ernstiger is, de risico's voor bepaalde bevolkingsgroepen groter zijn en/of de misstand ondanks herhaalde meldingen nog voortduurt, is het inlichten van de media eerder gerechtvaardigd. Daarnaast moet degene bij wie de melding wordt gedaan geschikt zijn om die melding in ontvangst te nemen, dat wil zeggen dat diegene in staat moet worden geacht om de misstand op te (doen) (helpen) heffen. Er moet bij een externe melding derhalve sprake zijn van evenredigheid van misstand en melding, en van de keuze van een adequaat middel.

Voor een beoordeling van de vraag of er sprake is van een heldere procedure voor het melden van misstanden, is van belang of de betreffende procedure voorziet in een duidelijke definitie van wat onder een misstand moet worden verstaan. Dat wil zeggen: inclusief de aanwijzing van functionaris(sen) in de organisatie als degene(n) aan wie de melding dient plaats te vinden; de wijze waarop vervolgens met de melding wordt omgegaan; de terugkoppeling naar degene die de melding heeft gedaan; de vertrouwelijke behandeling, indien daarom door de klokkenluider is verzocht; de mogelijkheid voor de klokkenluider om een raadsman in vertrouwen te nemen; het bestaan van helderheid omtrent de situaties waarin en de wijze waarop de klokkenluider extern mag melden; en de rechtsbescherming van de zorgvuldig handelende klokkenluider.

Zoals gememoreerd heeft de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid de Stichting van de Arbeid verzocht een dergelijke gedragscode op te stellen. De Stichting is aan deze wens tegemoet gekomen door het opstellen van haar Verklaring inzake het omgaan met vermoedens van misstanden in ondernemingen (zie noot 4).

Artikel I, onderdeel A

Eerste lid

Lid 1 van het nieuwe artikel 660b BW is gebaseerd op artikel 125a lid 1 Ambtenarenwet en maakt duidelijk in hoeverre de arbeidsrelatie beperkingen stelt aan de vrijheid van meningsuiting van de werknemer. Daarbij is de vrijheid van meningsuiting uitgangspunt en de beperking daarvan uitzondering.

Met de woorden «het openbaren van gedachten of gevoelens» wordt – zoals dat ook in artikel 125a lid 1 Ambtenarenwet het geval is – aangesloten bij de terminologie van artikel 7 van de Grondwet. Ook het doen van mondelinge of schriftelijke mededelingen – inclusief het «luiden van de klok» – valt hieronder.

In de tekst van het voorontwerp van wet worden de termen «klokkenluider» en «misstand» evenmin gebezigd als in artikel 125a Ambtenarenwet⁸. Dat zou naar het oordeel van de indieners niet functioneel zijn en afbreuk doen aan het complementaire karakter van de wettelijke regeling (zie paragraaf 2 van het algemeen deel van de Memorie van Toelichting). Centraal staat hierbij immers niet de vraag of een werknemer die iets publiek maakt «klokkenluider» genoemd mag worden en evenmin of dat «iets» aangeduid mag worden als «misstand». Waar het in deze regeling – voor zover het de klokkenluidersproblematiek betreft – om gaat is wanneer een werknemer die iets publiek maakt arbeidsrechtelijke bescherming verdient. Die werknemer, die op dat publiek maken door zijn werkgever wordt aangesproken, zal daarbij – met een beroep op de vrijheid van meningsuiting – aanvoeren dat met dat publiek maken een belang gemoeid is dat zwaarder moet wegen dan het belang van de werkgever bij stilzwijgen of geheimhouding. Veelal zal daarbij sprake zijn van schending van een geheimhoudingsplicht, soms ook niet en in andere gevallen zal dat niet op voorhand duidelijk zijn. Veelal ook zal de werknemer menen dat het daarbij gaat om een misstand, soms niet en in andere gevallen zal niet op voorhand duidelijk zijn of datgene wat de werknemer publiek gemaakt heeft een misstand is. Waar het op aankomt is echter of met het publiek maken inderdaad een maatschappelijk belang in het geding is en het belang van dat publiek maken in maatschappelijk opzicht inderdaad moet prevaleren boven het belang van de werkgever. Doorgaans zal daarvan alleen sprake zijn als de geopenbaarde kritiek of feiten zodanig zijn dat gesproken kan worden van een «misstand». In die zin is de term «misstand» niet meer dan een aanduiding van de aard en de ernst van de bedoelde feiten. Dat neemt overigens niet weg dat het van belang is dat een onderneming in gedragsregels ter bescherming van werknemers met een vermoeden van een «misstand» *vooraf* zoveel mogelijk duidelijkheid verschaft bij welke «misstanden» de werknemer een beroep op die gedragsregels kan doen (zie paragraaf 3.2 van het algemeen deel). Wordt aan de rechter voorgelegd of in een concreet geval de werknemer een «misstand» al dan niet terecht naar buiten heeft gebracht, dan zijn die gedragsregels en de daarbij gehanteerde definitie van «misstand» voor de rechter wel relevant, maar niet doorslaggevend. Doorslaggevend is bij die toetsing *achteraf* of de werknemer in het concrete geval wel of niet beschermd wordt door de in dit voorontwerp voorgestelde regeling van artikel 660b (zie paragraaf 3.1 van het algemeen deel).

⁸ Een uitzondering vormt het bij amendement aan het Wetsvoorstel wijziging Ambtenarenwet in verband met integriteit toegevoegde lid 4 van artikel 125a Ambtenarenwet. Daarin wordt de term «misstand» wel gebruikt. Dat hangt samen met de verwijzing in dat lid naar artikel 125, eerste lid onder m van het Wetsvoorstel wijziging Ambtenarenwet in verband met integriteit, waarin die term gebezigd wordt.

Het antwoord op de vraag wat een werknemer nu wel en niet mag zeggen of aan bijzonderheden mag prijsgeven kan niet altijd bij voorbaat gegeven worden. Ook een wettelijke norm blijft noodzakelijkerwijs ruimte houden

voor een belangenafweging. Dat laat onverlet dat het scheppen van een zo duidelijk mogelijke norm wel wenselijk is. Onduidelijke normstellingen leiden tot rechtsonzekerheid voor de werknemer. Die onzekerheid vergroot in de maatschappelijke werkelijkheid de rechtens toch al ruime marge voor de beleidsvrijheid van de werkgever. Tot dusver ervaren werknemers de bescherming die zij aan globale normen in het arbeidsovereenkomstenrecht kunnen ontlenen niet als afdoende. En dat geldt niet alleen voor het klokkenluiden, maar voor alle soorten uitingen van werknemers. Immers: vaagheid en onvoldoende precisie van de regel heeft tot gevolg dat wie een benadeling wenst te vermijden aan zelfcensuur zal doen. De huidige normering van de vrijheid van meningsuiting van de werknemer is dus onvoldoende duidelijk. De regels, die in het voorgestelde artikel op grond van artikel 10 EVRM zijn geformuleerd, worden in de rechtspraak niet toegepast. Het opnemen hiervan in de wet is daarom alleen al aangewezen.

Voor de hand ligt het om daarbij aan te sluiten bij het ambtenarenrecht waar in artikel 125a Ambtenarenwet een norm gegeven is aan de hand waarvan de toelaatbaarheid van uitingen van ambtenaren in relatie tot de overheid als werkgever kan worden beoordeeld. Een rechtvaardiging van een verschillende rechtspositie voor ambtenaren en werknemers naar burgerlijk recht is nauwelijks meer aanwezig (o.m. G. A. I. Schuijt, *«Werkers aan het woord»*, Deventer 1987; P. F. van der Heijden, *«Grondrechten in de onderneming»*, Deventer 1988; I. P. Asscher-Vonk, *«Grondrechten en arbeidsovereenkomst»*, in: De arbeidsovereenkomst in het NBW, Deventer 1991; E. A. Alkema, *«De reikwijdte van fundamentele rechten, de nationale en internationale dimensies»*, Preadvies NJV 1995; H. H. de Vries, *«Grondrechten in de werksituatie»*, in: C. J. Loonstra (red.): *Arbeidsrecht en mensbeeld*, Deventer 1996). De rechtspraak wijst uit dat de norm van artikel 125a Ambtenarenwet niet contra-productief heeft gewerkt: de aan ambtenaren toekomende uitingsvrijheid is nu niet minder groot dan die was in de tijd van vóór de norm. Sterker nog, door de normering van artikel 125a Ambtenarenwet⁹ is de vrijheid van meningsuiting van ambtenaren beter beschermd dan die van werknemers naar burgerlijk recht (E. Verhulp, *«Vrijheid van meningsuiting van werknemers en ambtenaren»*, Den Haag 1996).

Lid 1 is van groot belang voor de uitingsvrijheid van werknemers, ook voor klokkenluiders. Dit lid vermindert de vaagheid over wat de werknemer wel en niet mag zeggen of naar buiten mag brengen en vermindert daarmee ook de marge voor de beleidsvrijheid van de werkgever ten aanzien van klokkenluiders. Daardoor worden ook (potentiële) klokkenluiders in het bedrijfsleven minder geremd om voor de samenleving essentiële informatie naar buiten te brengen. Het is dus niet zo dat klokkenluiders hun bescherming vooral of in voldoende mate zouden kunnen ontlenen aan een uitzondering op hun geheimhoudingsplicht; zij ontlenen die in de eerste plaats aan een duidelijke regeling van de vrijheid van meningsuiting. Door de duidelijke norm van lid 1 wordt de werking van de leden 2 en 3 ingekaderd.

De goede vervulling van de arbeid van de werknemer of het goede functioneren van de onderneming van de werkgever, voor zover dit in verband staat met de vervulling van de arbeid van de werknemer, is niet verzekerd indien en voor zover de openbaarmaking een duidelijk en direct gevaar schept voor de aantasting van substantiële belangen van de werkgever (vergelijk J. A. Peters, *«Het primaat van de vrijheid van meningsuiting, Vergelijkende aspecten Nederland-Amerika»*, Nijmegen 1981). Alleen in dat geval mag de meningsuiting beperkt worden, indien althans geen ander middel ten dienste staat om die substantiële belangen te beperken. Onder «direct» dient te worden verstaan «redelijkerwijs te verwachten»,

⁹ In samenhang met uit de parlementaire stukken af te leiden karakteristieken: de bepaling heeft alleen betrekking op meningsuitingen die een verstoring teweeg brengen van dat deel van de openbare dienst waar de ambtenaar functioneel bij betrokken is; de openbare dienst in een democratische samenleving moet zekere spanningen en complicaties ten gevolge van de uitoefening van grondrechten door ambtenaren kunnen verdragen; de verstoring ten gevolge van de gedragingen van de ambtenaar moet daarom van een zekere ernst en duur zijn, wil er sprake zijn van een overtreding van de norm; bepaalde gedragingen van de ambtenaar moeten de primaire oorzaak zijn van de verstoring. Intolerantie, onwelwillendheid of vijandigheid bij collega's, andere betrokkenen of het publiek mag niet de primaire oorzaak zijn van de verstoring; de ambtenaar moet bij zijn betwiste gedragingen in redelijkheid hebben kunnen overzien dat deze versturende gevolgen zouden kunnen hebben; de bepaling geeft geen eigen beslissingsruimte aan het bevoegd gezag. De rechter kan volledig toetsen of «in redelijkheid» de goede vervulling van de functie of de goede functionering van de openbare dienst niet meer zou zijn verzekerd. Deze karakteristieken in samenhang bezien hebben grote overeenkomst met de «clear and present danger test», die inhoudt dat pas dan de vrijheid van meningsuiting mag worden beperkt indien die een duidelijke en direct gevaar betekent voor het (goed) functioneren van het werkverband (E. Verhulp, *«Vrijheid van meningsuiting van werknemers en ambtenaren»*, Den Haag 1996, pag. 207–208).

waarbij het verwachtingspatroon geobjectiveerd dient te worden. Buiten twijfel is daarmee dat uitingen van een werknemer die geen relatie met zijn arbeid hebben, niet door de werkgever mogen worden beperkt. Voor zover uitingen wel die relatie hebben, moet een werknemer de ruimte hebben een van zijn werkgever afwijkende opvatting te verkondigen, ook publiekelijk. Pas wanneer een duidelijk en direct gevaar bestaat voor de aantasting van substantiële belangen van de werkgever, kan deze tot beperking van een uiting van een werknemer overgaan. Enerzijds kan geen enkele onderneming het zich veroorloven mensen in dienst te hebben die al dan niet opzettelijk een goed functioneren van de onderneming onmogelijk maken. Anderzijds behoort de vrijheid van meningsuiting van werknemers aan niet meer beperkingen onderhevig te zijn dan voor dat goed functioneren noodzakelijk is. In de Memorie van Toelichting op de wijziging van de Ambtenarenwet 1929 ter zake van de uitoefening van grondrechten (Tweede Kamer, vergaderjaar 1985–1986, 19 495 nr. 3, blz 4) wordt opgemerkt dat dit inhoudelijk weinig bestrijding zal ontmoeten, maar dat het de moeilijkheid is dit in een positief-rechtelijke norm om te zetten. Men kan menen dat de woorden «niet in redelijkheid zou zijn verzekerd» te zwak zijn en teveel mogelijkheden tot beperking van de vrijheid van meningsuiting openlaten. Zo bepleit Schuijt¹⁰ de volgende formulering voor artikel 125a Ambtenarenwet: «de ambtenaar moet zich onthouden, indien zijn uitlatingen en gedragingen een duidelijk en direct gevaar opleveren voor het goede functioneren.» Verhulp meent dat de noodzaak tot deze aanpassing minder wordt door de toelichting op deze norm. Een variant op de formulering van Schuijt bepleit hij wel voor de door hem voorgestane arbeidsrechtelijke regeling van de vrijheid van meningsuiting.¹¹ De indieners van dit voorontwerp laten echter, gegeven de aanvaarde toelichting op de normering, de wenselijkheid van congruentie in de formulering van het eerste lid van artikel 125a Ambtenarenwet en dat van het voorgestelde artikel 660b BW zwaarder wegen.

Voor de beoordeling van de vraag of de openbaarmaking een duidelijk en direct gevaar schept voor het goede functioneren van de onderneming van de werkgever, voor zover dit in verband staat met de vervulling van de arbeid van de werknemer, zijn – naast de aard van de uiting – ook de aard van de onderneming en het doel dat de werkgever nastreeft relevant. Deze bepalen mede de toelaatbaarheid van de uitingen. Door een relatie te leggen tussen het functioneren van de onderneming en de vervulling van de arbeid van de werknemer, wordt voorkomen dat een werkgever, die onmiddellijk en overwegend politieke, confessionele, charitatieve, opvoedkundige, wetenschappelijke of kunstzinnige doelen nastreeft of zich bezighoudt met berichtgeving of meningsuiting, een te grote conformiteit van zijn werknemers eist. Ook een dergelijke werkgever dient de uitingen steeds in relatie tot de bijdrage van de werknemer aan het doel dat hij nastreeft te bezien. Een schoonmaker bijvoorbeeld kan het zich beter veroorloven de opvattingen van zijn werkgever publiekelijk te betwisten dan de persvoorlichter.

Invulling van de begrippen «goede vervulling» en «goede functioneren» zal plaats moeten vinden aan de hand van de omstandigheden van het geval. Met het woord «goed» is niet bedoeld uit te sluiten dat het functioneren tijdelijk minder of niet goed is. Het moet gaan om een gevaar van structurele aard.

Tweede lid

Lid 2 begrenst de algemene geheimhoudingsplicht van de werknemer, zoals artikel 125a lid 3 Ambtenarenwet dat doet voor ambtenaren. Daarmee wordt tevens de mogelijkheid van beëindiging van de arbeids-

¹⁰ G. A. I. Schuijt, «*Werkers van het woord*», Deventer 1987.

¹¹ E. Verhulp, «*Vrijheid van meningsuiting van werknemers en ambtenaren*», Den Haag 1996, pag. 208–209 en 125.

overeenkomst wegens het bekendmaken door de werknemer van «bijzonderheden aangaande de huishouding of het bedrijf van de werkgever die hij behoorde geheim te houden» (artikel 7:678 lid 2 onder i BW) beperkt. Lid 2 laat elders in de wet geregelde specifieke geheimhoudingsplichten onverlet. Het gaat daarbij om geheimhoudingsplichten die voortvloeien uit een bepaalde hoedanigheid (zie bijvoorbeeld artikel 20 Wet op de ondernemingsraden) of een bepaald ambt of beroep (zie bijvoorbeeld artikel 272 Wetboek van Strafrecht en artikel 26 Arbeidsomstandighedenwet). Die geheimhoudingsplichten kleuren als het ware lid 2 in: werknemers in een bijzondere hoedanigheid met een bijzondere geheimhoudingsplicht moeten redelijkerwijs het bijzondere vertrouwelijke karakter daarvan begrijpen. Lid 3 is dan van overeenkomstige toepassing.

Als gevolg van lid 2 strekt de geheimhoudingsplicht zich in beginsel slechts uit over bijzonderheden die de werknemer in dienst van de werkgever te weten is gekomen. Door de 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 werking van de geheimhoudingsplicht weggenomen: die houdt in dat het door de werknemer bekendmaken van bijzonderheden, bij de geheimhouding waarvan de werkgever geen of, in verhouding tot de belangen van de werknemer, onvoldoende belang heeft, toch kan leiden tot wanprestatie wegens het schenden van de overeengekomen of opgelegde geheimhoudingsplicht.

Lid 2 laat niet toe dat de werkgever aan zijn werknemers een algemene geheimhoudingsplicht oplegt. Hij kan niet geheimhouding afdwingen van al hetgeen hij geheim wenst te houden.

De leden 1 en 2 dienen in onderling verband te worden beschouwd. Het betrekken van de vrijheid van meningsuiting als toetsingscriterium bij de beoordeling van de toelaatbaarheid van het bekendmaken van bijzonderheden door een werknemer, heeft, zoals gezegd, gevolgen voor de invulling van het «behoren geheim te houden». Als gevolg daarvan geldt als uitgangspunt dat de werknemer vrij is zich te uiten over onderwerpen naar zijn keuze, ook indien die bijzonderheden betreffen van de werkgever. De discretie en loyaliteit van de werknemer ten opzichte van de werkgever worden uit het middelpunt gehaald en vervangen door een basis, die beter in overeenstemming lijkt met de huidige meer zakelijke, minder ondergeschikte positie van de werknemer. Gelet op de weging van belangen zal een gering belang van de werkgever bij geheimhouding snel het onderspit moeten delven tegen de vrijheid van meningsuiting van de werknemer. Het prijsgeven van functie-inhoud of beloning kan in die afweging niet zonder meer worden beschouwd als schending van de geheimhoudingsplicht, tenzij de werkgever aannemelijk weet te maken dat hij een belang heeft bij geheimhouding, dat zwaarder dient te wegen. Een dergelijke afweging geldt evenzeer als de geheimhoudingsplicht contractueel is overeengekomen. Bedoelde belangenafweging vindt thans niet plaats.

Derde lid

Lid 3 maakt een uitzondering op de regels van het eerste en tweede lid met het oog op het algemeen belang bij het openbaren door een werknemer van zijn gedachten of gevoelens of bij het bekendmaken door een werknemer van bij hem levende vermoedens van misstanden. Een dergelijke uitzondering ontbreekt in de corresponderende leden (1 en 3) van artikel 125a Ambtenarenwet. Voor ambtenaren die in het algemeen belang naar buiten treden en zich daarbij beroepen op het recht van vrijheid van

meningsuiting zal beslissend zijn of de norm neergelegd in artikel 125a, eerste lid, van de Ambtenarenwet of de geheimhoudingsplicht is geschonden (nota «Integriteit van het openbaar bestuur»). Voor werknemers die in het algemeen belang naar buiten treden en zich daarbij beroepen op het recht van vrijheid van meningsuiting, zal de bescherming van de norm neergelegd in lid 1 of de beperking van de geheimhoudingsplicht neergelegd in lid 2 niet altijd voldoende bescherming bieden. Daarbij speelt een rol 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 worden verwacht 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. De werknemer die zonder toestemming van zijn werkgever een misstand in de onderneming waarin hij werkzaam is aan de grote klok hangt, doet dat veelal in strijd met zijn geheimhoudingsplicht. Hij kan echter het publiek ook waarschuwen zonder dat daarmee bedrijfsgeheimen worden geschonden. In beide gevallen kan de werknemer zich beroepen op de bepaling van dit lid.

Door de aan de arbeidsrelatie inherente beperking van de vrijheid van meningsuiting en de geheimhoudingsplicht tegenover het algemeen belang te stellen worden werknemers in bescherming genomen die in het algemeen belang extern melding doen van opvattingen of bijzonderheden om (bijvoorbeeld) rampen te voorkomen of misstanden te doen eindigen. De woorden «noodzakelijk maakt» impliceren in de eerste plaats een belangenafweging. Uitgaande van de vrijheid van meningsuiting van de werknemer, is beperking van uitingen, die in het algemeen belang worden gedaan, slechts mogelijk als de werkgever aannemelijk weet te maken dat zijn belangen, geschonden door de uiting, als zwaarwegender moeten worden aangemerkt dan het belang dat een democratische samenleving heeft bij de wetenschap van de onthulde feiten en de uitoefening door haar burgers van de vrijheid van meningsuiting. Deze belangenafweging vindt thans niet plaats, hetgeen te vaak tot risicomidgend gedrag bij werknemers leidt, namelijk zwijgen waar spreken uit maatschappelijk oogpunt geboden zou zijn of lekken dan wel anoniem melden, met alle bezwaren van dien.

De woorden «noodzakelijk maakt» impliceren voorts dat de werknemer niet kan volstaan met interne kritiek of een interne melding.

Tot slot impliceren deze woorden een evenredigheidstoets. De mate van openbaarmaking moet in verhouding staan tot de ernst van de geopenbaarde feiten of kritiek en de wijze van openbaarmaking moet geschikt zijn om het algemeen belang te dienen. 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 lid beschermt de werknemer die «in redelijkheid» de verschillende afwegingen die hierin besloten liggen heeft kunnen maken (zie in dit verband de overwegingen van het Kantongerecht Terneuzen, 12 april 2000, Praktijkids 2000, nr. 5526 en M. G. Rood, «*Over grondrechten in dienstbetrekking en hun grenzen*», in: P. B. Cliteur en A. P. M. J. Vonken (red.), Doorwerking van mensenrechten, Groningen 1993). Aldus verwijst de formulering van dit lid 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 deze Memorie van Toelichting.

De indieners zijn van oordeel dat aangenomen mag en moet worden dat de werknemer, die genoemde materiële en formele zorgvuldigheidseisen in acht neemt, te goeder trouw handelt. Daarom wordt in het voorontwerp 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 derhalve 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.

Vierde lid

De tekst van lid 4 is ontleend aan de bescherming waarop leden van de ondernemingsraad zich kunnen beroepen (artikel 21 Wet op de ondernemingsraden). Een dergelijke bepaling is noodzakelijk als sluitstuk van de bescherming die met name aan klokkenluiders geboden zal moeten worden. Zie voor de ontslagbescherming artikel I, onderdelen B, C en D van dit voorstel van wet.

Een met lid 4 overeenkomende bepaling is door een amendement van de Tweede Kamer opgenomen in artikel 125a Ambtenarenwet. Lid 4 van artikel 125a Ambtenarenwet is toegevoegd met de wet Wijziging van de Ambtenarenwet in verband met integriteit, zij het dat die bepaling uitdrukkelijk is gekoppeld aan de procedure, bedoeld in artikel 125, eerste lid, onder m van de aldus gewijzigde Ambtenarenwet.

De bepaling van lid 4 beschermt de klokkenluider slechts tegen ontslag of andere vormen van benadeling wegens het enkele feit dat hij de betreffende waarschuwing of misstand naar buiten heeft gebracht (terwijl hij in redelijkheid kon menen dat het algemeen belang de openbaarmaking of bekendmaking noodzakelijk maakte). De bepaling beschermt hem niet tegen benadeling om andere redenen, bijvoorbeeld omdat hij zich door een hem toe te rekenen onnodige verstoring van de orde in de onderneming niet heeft gedragen zoals een goed werknemer betaamt.

Wanneer de werknemer in rechte aantoonbaar dat hij van de zijde van zijn werkgever nadeel heeft ondervonden na het openbaren of bekendmaken van een misstand, rust de bewijslast op de werkgever dat het ondervonden nadeel daarmee niets te maken heeft. De werkgever moet in voorkomende gevallen aannemelijk maken dat de verstoring van de arbeidsrelatie met de werknemer geheel los staat van diens uiting (zie ook F. B. J. Grapperhaus, «*De klokkenluider en zijn broodnodige bescherming*», in: *Ondernemingsrecht 2000–9*). De onderneming moet zekere spanningen en complicaties als gevolg van het naar buiten brengen van een misstand kunnen verdragen. De werkgever dient de werknemer ook te beschermen tegen vijandige reacties van collega's.¹²

Vijfde lid

Lid 5 sluit uitdrukkelijk bedingen uit, die een grotere inbreuk op de vrijheid van meningsuiting maken dan voortvloeit uit het eerste lid of die de werknemer een verdergaande verplichting tot geheimhouding opleggen dan voortvloeit uit het tweede lid, zoals de veel voorkomende zogenaamde *gagging clauses*. Lid 5 benadrukt bovendien dat ook voor de werknemer de vrijheid van meningsuiting uitgangspunt is. Lid 5 sluit overigens

¹² Vergelijk de karakteristieken voor ambtenaren in noot 9.

uitdrukkelijk alle bedingen uit, waarin ten nadele van de werknemer van dit artikel wordt afgeweken. Dergelijke bedingen zijn nietig.

Artikel I, onderdeel B

De ontslagbescherming van leden van de ondernemingsraad is geregeld in artikel 670 lid 4 BW. Het voorgestelde artikel 670 lid 9 verleent de werknemer die gedachten of gevoelens heeft geopenbaard of bijzonderheden aangaande de onderneming heeft bekendgemaakt en die in redelijkheid kon menen dat het algemeen belang die openbaarmaking of bekendmaking noodzakelijk maakte overeenkomstige bescherming.

Artikel I, onderdeel C

Door deze toevoeging aan artikel 670b lid 2 is het verbod tot opzegging dat voortvloeit uit de voorgestelde toevoeging van een nieuw lid 9 aan artikel 670 niet van toepassing indien de werknemer schriftelijk met de opzegging instemt of indien de opzegging geschiedt wegens de beëindiging van de werkzaamheden van de onderneming of het onderdeel van de onderneming, waarin de werknemer uitsluitend of in hoofdzaak werkzaam is.

Artikel I, onderdeel D

De werkgever die het verbod tot opzegging niet in acht neemt, is als gevolg van dit onderdeel daardoor niet schadelijktig.

Van Gent