

Grondrechten in het arbeidsrecht

Mr. E. Verhulp



VERENIGING VOOR
ARBEIDSRECHT

Grondrechten in het arbeidsrecht

**De werking van klassieke grondwettelijke grondrecht in het arbeidsrecht
nader beschouwd**

Reeks Vereniging voor Arbeidsrecht
nr. 28

Grondrechten in het arbeidsrecht

mr. E. Verhulp

Uitgeverij Kluwer Deventer 1999

Aanbevolen citeertitel

Grondrechten in het arbeidsrecht, Reeks VvA 28, Deventer 1999.

Secretariaat VvA

Postbus 132, 3440 AC Woerden, tel.: 06 51108682, fax: 0348-418460

Omslagontwerp: Studio Anne Tryti, Noorwegen

Editing: E.J. Heppner-Wentink

ISBN 90 2683 532 9

© 1999 Vereniging voor Arbeidsrecht

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopie, opname, of op enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijk toestemming van de uitgever.

Voorzover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16b Auteurswet 1912j° het Besluit van 20 juni 1974, Stb. 351, zoals gewijzigd bij Besluit van 23 augustus 1985, Stb. 471 en artikel 17 Auteurswet 1912, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 882, 1180 AW Amstelveen). Voor het overnemen van een of meer gedeelten van deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet) dient men zich te richten tot: Kluwer B.V, Postbus 23, 7400 GA Deventer.

Inhoudsopgave

Voorwoord	xiii
---------------------	------

Inleiding	1
---------------------	---

DEEL I

De grondrechten

1 Geschiedenis en aard van de grondrechten	
in de democratische rechtsstaat	3
1.1 De definitie en het karakter van klassieke grondrechten	6
1.2 De definitie en het karakter van sociale grondrechten	8
1.3 De rechtswerking van grondrechten in verticale verhoudingen	9
1.4 Beperking van grondrechten in verticale verhoudingen	11

Horizontale werking van grondrechten

2 Wat is horizontale werking?	15
2.1 Wat is de rechtskracht van horizontaal werkende grondrechten?	16
2.2 Horizontale werking van verdragsrechtelijke grondrechten	20
2.3 Directe en indirecte horizontale werking van grondrechten	21
2.4 Beperking van (direct) horizontaal werkende grondrechten	25
2.5 Horizontale werking volgens de rechtspraak: een belangenafweging met een evenredigheidstoets	29

De ontwikkeling van de arbeidsovereenkomst	
3 Inleiding	29
3.1 Het arbeidsrecht vóór 1907	31
3.2 Het belang van het arbeidsrecht voor de positie van de werknemer	33
3.3 De verheffing van de werknemer	34
3.4 De ondergeschiktheid als wezenlijk element van de arbeidsovereenkomst	36
3.5 Grondrechten en het arbeidsovereenkomstenrecht	40
De werking van grondrechten in de arbeidsovereenkomst	
4 Waarom zou de werking van grondrechten in de arbeidsovereenkomst anders zijn?	41
4.1 Horizontale werking van grondrechten in de arbeidsovereenkomst volgens de jurisprudentie	43
4.1.1 Ook al is de beperking overeengekomen, de evenredigheid wordt getoetst	43
4.1.2 De aard van het grondrecht en de oprechtheid van de uitoefening daarvan	45
4.1.3 Het doel van de arbeidsovereenkomst	49
4.1.4 Het doel van de werkgever	50
4.1.5 Conclusie: horizontale werking van grondrechten in de arbeidsrechtelijke jurisprudentie	53
4.2 De opvatting van de wetgever	55
Bezwaren tegen de huidige horizontale werking van grondrechten in het arbeidsovereenkomstenrecht: het advies	
5 Het advies	61

DEEL II

Artikel 1

1.1 Gelijke behandeling	65
1.2 De aard van het grondrecht	66
1.3 Horizontale werking van het grondrecht	67
1.4 Werking van het grondrecht in het arbeidsrecht volgens de regering	68
1.5 Nadere regelgeving	70

1.5.1	De Algemene Wet Gelijke Behandeling (AWGB)	70
1.5.2	Wet gelijke behandeling mannen en vrouwen bij de arbeid (WGB) en artt. 7:646/647 BW	71
1.5.3	Art. 7:648 BW	73
1.5.4	Wet verbod op leeftijdsdiscriminatie bij werving en selectie bij de arbeid	73
1.5.5	Commissie gelijke behandeling (CGB)	74
1.6	Horizontale werking in het arbeidsrecht volgens de literatuur en jurisprudentie	75
1.6.1	Algemene toepassing van het gelijkheidsbeginsel	75
1.6.2	Sexuele geaardheid	76
1.6.3	Ras	77
1.6.4	Nationaliteit	78
1.6.5	Leeftijd	79
1.6.6	Bewijs	80
1.7	Conclusie	80
Artikel 2		
2.1	Het Nederlanderschap	83
2.2	De aard van het grondrecht	83
2.3	Horizontale werking van het grondrecht	85
Artikel 3		
3.1	Allen zij gelijkelijk in openbare dienst benoembaar	84
3.2	De aard van het grondrecht	84
3.3	Horizontale werking van het grondrecht	85
Artikel 4		
4.1	Actief en passief kiesrecht voor algemeen vertegenwoordigende organen	86
4.2	De aard van het grondrecht	86
4.3	Horizontale werking van het grondrecht	87
4.4	Nadere wetgeving	87
4.4.1	Art. 7:643 BW	87
4.4.2	Art. 7:670 lid 6 BW	88
4.4.3	Art. J 10 Kieswet	89
4.5	Conclusie	89

Artikel 5

5.1	Recht van petitie	91
5.2	Aard van het grondrecht	91
5.3	Horizontale werking van het grondrecht	92
5.4	Nadere wetgeving	92
5.5	Jurisprudentie en literatuur	92
5.6	Conclusie	93

Artikel 6

6.1	De vrijheid van godsdienst	94
6.2	De aard van het grondrecht	94
6.3	Horizontale werking van het grondrecht	97
6.4	Horizontale werking in het arbeidsrecht volgens de regering	98
6.5	Nadere regelgeving	98
6.5.1	Algemene wet gelijke behandeling	98
6.5.2	Arbeidstijdenwet	99
6.5.3	Art. 7:681 lid 2 sub e BW, kennelijk onredelijke opzegging	100
6.6	Horizontale werking in het arbeidsrecht volgens de literatuur en jurisprudentie	101
6.6.1	Geestelijke ambtsdragers	101
6.6.2	De gekleurde werkgever en veranderende opvattingen	102
6.6.3	De veranderende (geloofs-)opvatting van de werknemer staat de uitoefening van de werkzaamheden in de weg	104
6.6.4	De geloofsbelijdenis	105
6.6.5	De geloofsverkondiging	106
6.6.6	Werktijden, vrije dagen en geloofsbelijdenis	107
6.7	Conclusie	108

Artikel 7

7.1	Vrijheid van meningsuiting	110
7.2	De aard van het grondrecht	111
7.3	Horizontale werking van het grondrecht	112
7.4	Horizontale werking in het arbeidsrecht volgens de regering	115

7.5	De werking van nadere regelgeving	116
7.5.1	Art. 7:660 en 7:678 lid 2 onder i BW . . .	116
7.5.2	Art. 7:678 lid 2 onder e BW	116
7.5.3	Art. 272 en 273 WvSr	117
7.5.4	Art. 20 WOR, art. 4 WEOR	117
7.6	Horizontale werking van het grondrecht volgens literatuur en jurisprudentie	118
7.6.1	Geheimhoudingsplicht van de werknemer en klokkenluiden	118
7.6.2	Belediging en bedreiging	119
7.6.3	Maatschappelijk relevante uitingen die het belang van de werkgever raken	120
7.6.4	Recht op ontvangst van informatie	122
7.7	Conclusie	122

Artikel 8

8.1	Vrijheid van vereniging	124
8.2	De aard van het grondrecht	124
8.3	Horizontale werking van het grondrecht	125
8.4	Horizontale werking in het arbeidsrecht volgens de regering	126
8.5	Nadere regelgeving	
8.5.1	Art. 1 lid 3 Wet CAO (vakverenigingsvrijheid)	126
8.5.2	Art. 7:670 lid 5 BW	127
8.6	Horizontale werking van het grondrecht volgens literatuur en jurisprudentie	128
8.6.1	Vakbondsvrijheid	128
8.6.2	Politieke verenigingen	129
8.7	Conclusie	129

Artikel 9

9.1	Het recht op vergadering en betoging	131
9.2	De aard van het grondrecht	131
9.3	Horizontale werking van het grondrecht	132
9.4	Horizontale werking in het arbeidsrecht volgens literatuur en jurisprudentie	132
9.5	Conclusie	133

Artikel 10	
10.1	Recht op privacy 134
10.2	De aard van het grondrecht 135
10.3	Horizontale werking van het grondrecht 136
10.4	Horizontale werking in het arbeidsrecht volgens de regering 138
10.5	Nadere regelgeving 138
10.5.1	Art. 7:678 BW 138
10.5.2	Wet AVV 139
10.5.3	Wet bescherming persoonsgegevens 139
10.5.4	Wet op de ondernemingsraden 140
10.5.5	Wet aanpassing arbeidsduur, art. 7:644 BW: ouderschapsverlof 141
10.6	Horizontale werking in het arbeidsrecht volgens de literatuur en jurisprudentie 142
10.6.1	Relationele privacy van de werknemer 142
10.6.1.1	Affectieve relaties (ook met collega's) en sexuele gedragingen van de werknemer 142
10.6.1.2	Wangedrag van de werknemer in zijn privéleven 147
10.6.1.3	Uiterlijk en kleding van de werknemer 148
10.6.1.4	De inrichting van het privéleven van de werknemer en de verhouding tot de belangen van de werkgever: overwerk etc. 149
10.6.2	Ruimtelijke/fysieke privacy en controle van de werknemer 151
10.6.2.1	Tijdens werktijd: (wan-)gedrag binnen eigen werk-'ruimte' 151
10.6.2.2	De inrichting van de eigen werk-ruimte 153
10.6.2.3	Controle op werkprestatie van de werknemer 153
10.6.2.4	Controle op de werknemer 154
10.6.2.5	Testen van werknemers 157
10.6.3	De informatiele privacy van de werknemer 158

10.6.3.1	Het verstrekken van informatie door de werknemer	158
10.6.3.2	Het recht op informatie van de werknemer	158
10.6.3.3	Registratie en verstrekking van de persoonsgegevens van de werknemer	159
10.7	Conclusie	160

Artikel 11

11.1	Recht op onaantastbaarheid van het lichaam	162
11.2	De aard van het grondrecht	162
11.3	Horizontale werking van het grondrecht	163
11.4	Horizontale werking in het arbeidsrecht volgens de regering	164
11.5	Nadere regelgeving	164
11.5.1	Art. 7:629 en 7:629a BW	164
11.5.2	Wet op de medische keuringen	166
11.5.3	Art. 3 lid 2 ARBO-wet	166
11.6	Horizontale werking in het arbeidsrecht volgens de literatuur en jurisprudentie	167
11.7	Conclusie	169

Artikel 13

13.1	Briefgeheim, telefoon- en telegraafgeheim	170
13.2	De aard van het	170
13.3	Horizontale werking van het grondrecht	171
13.4	Horizontale werking in het arbeidsrecht volgens de regering	172
13.5	Conclusie	173

Artikel 17

17.1	Ius de non evocando	174
17.2	De aard van het grondrecht	174
17.3	Horizontale werking van het grondrecht	175
17.4	Nadere regelgeving: Art. 2 lid 5 Wet AVV	175
17.5	Horizontale werking in het arbeidsrecht volgens de literatuur en jurisprudentie	175
17.6	Conclusie	176

Artikel 19	
19.1 Vrije keuze van arbeid	177
19.2 De aard van het grondrecht	177
19.3 Horizontale werking volgens de regering	178
19.4 Horizontale werking in het arbeidsrecht volgens de literatuur en jurisprudentie	180
19.4.1 Het concurrentiebeding	180
19.4.2 Andere arbeidsrechtelijke beperkingen . . .	183
19.5 Conclusie	184
Artikel 23	
23.1 Vrijheid van onderwijs	185
23.2 De aard van het grondrecht	185
23.3 Horizontale werking van het grondrecht	187
23.4 Nadere regelgeving: Art. 2 lid 1 onder b BBA . . .	187
23.5 Horizontale werking in het arbeidsrecht volgens literatuur en jurisprudentie	188
23.6 Conclusie	190
Slotbeschouwing	191
Lijst van verkort aangehaalde literatuur	193
Trefwoordenregister	203

Voorwoord

Boven mijn bureau hangt een reproductie van een portret geschilderd door Van Heemskerk in ongeveer 1545. Links achter de geportretteerde hangt een met een leeuwenkop bekroonde cartouche met onder meer het opschrift 'Res tibi nulla manet' (niets blijft voor u standvastig). Inmiddels kan ik het wel weghalen. Bij het schrijven van dit pre-advies heb ik alle over de horizontale werking van grondrechten voorkomende opvattingen wel enige tijd als de juiste beschouwd, maar uiteindelijk ben ik weer teruggekeerd tot het reeds in mijn proefschrift ingenomen standpunt: als grondrechten serieus genomen moeten worden - en dat moeten ze, want waarom zijn ze anders in als grondrecht in de Grondwet opgenomen - dan moet dat ook in horizontale verhoudingen tot uiting komen door ze directe werking te verlenen. Indien de werking anders vorm wordt gegeven, wordt naar mijn mening onvoldoende recht gedaan aan het fundamentele karakter van grondrechten. Dat ook deze opvatting leidt tot problemen, en niet alleen van staatsrechtelijke aard, is duidelijk, en al die problemen worden in het pre-advies niet opgelost. Maar ik hoop dat in het advies voldoende aanleiding wordt gevonden om de werking van klassieke grondrechten in het arbeidsrecht opnieuw tegen het licht te houden.

Om met het pre-advies niet alleen de wetenschappelijke discussie te dienen maar om er ook een praktisch tintje aan te geven, met de gedachte dat de praktijk vaak krachtiger (sturingselement) is dan de wetenschap, heb ik in het tweede deel van het pre-advies gepoogd een overzicht gegeven van de huidige werking van klassieke grondwettelijke grondrechten in het arbeidsrecht. Ik hoop dat de op de praktijk georiënteerde jurist daarin een aanknopingspunt kan vinden in het geval hem een zaak wordt voorgelegd waarin een concreet klassiek grondrecht in het geding is. Ik wijs er op dat Deel II een nummering kent die samenloopt met de nummering van de besproken grondrechten. Waar

een aantal grondrechten arbeidsrechtelijk van geen enkel belang (kunnen) zijn en dus geheel buiten beschouwing is gelaten, loopt die nummering van (art.) 1 tot 11 via 13 naar 17 en van 19 naar 23. De tekst is afgesloten op 1 juli 1999.

Rest mij Judith van der Hulst en Harry Staal te bedanken voor hun commentaar op Deel I, en Hetty van der Meij voor het cameraready maken van het manuscript.

Evert Verhulp

Inleiding

Grondrechten beogen de mens de ruimte te bieden zich in de grootst mogelijke vrijheid te ontwikkelen. Niet alleen als individu, maar ook als lid van de gemeenschap. In die zin is de onbeperkte uitoefening van grondrechten niet alleen van essentieel belang voor de mens, maar ook voor de samenleving. Deze grondrechten worden vanwege dat essentiële belang dan ook geacht de basisbeginselen van ons rechtsstelsel te zijn en normen en waarden vast te leggen die universele gelding hebben.

Het arbeidsrecht heeft mede tot doel de werkende mens te verheffen tot volwaardig burger en hem in staat te stellen de door de klassieke grondrechten gegarandeerde vrijheden optimaal uit te oefenen. De doelstelling van de grondrechten en van het arbeidsrecht lopen zodoende parallel. Toch hebben de klassieke grondrechten bij de totstandkoming van het arbeidsrecht geen rol van betekenis gespeeld. Sterker nog: de (werkende) mens die zich mede door de beschermende werking van het arbeidsrecht heeft kunnen verheffen tot volwaardig burger moet vervolgens ontdekken dat zijn werkgever hem in de uitoefening van zijn grondrechten kan beperken. Waar het arbeidsrecht aan de ene kant de verheffing stimuleert, wordt die verheffing tegelijkertijd door de het arbeidsrecht gefrustreerd. Deze tegenstelling leidt tot een aantal vragen.

Gelden klassieke grondrechten dan niet in de arbeidsovereenkomst? En als ze wel gelden, hoe krijgt die gelding (werking) dan vorm? Is die vorm wel wenselijk?

Dit onderzoek kent een tweedeling. In het eerste deel worden de theoretische grondslagen die met bovengestelde vragen samenhangen besproken. De aard en functie van grondrechten passeren de revue, vervolgens zal worden gezien op welke wijze grondrechten in horizontale verhoudingen een rol kunnen spelen. Daarna zal de rol van grondrechten bij de ontwikkeling van het arbeidsrecht worden gezien en daarna volgt een beschouwing over de wijze waarop volgens de regering en de jurisprudentie de grondrechten in het arbeidsovereen-

komstenrecht toepassing krijgen. Dit alles om tenslotte te komen tot een beantwoording van de hierboven gestelde vragen.

In het tweede deel wordt onderzocht of de in het eerste deel gegeven antwoorden gelden voor ieder grondwettelijk grondrecht. Dat is van belang omdat de werking van grondwetsartikelen kan verschillen, evenals de achterliggende normstelling. Aan de hand daarvan kan worden bezien of de gevonden algemene beantwoording van de vragen in het eerste deel voor ieder grondrecht juist is.

Verdragsrechtelijke grondrechtsbepalingen zijn grotendeels buiten beschouwing gelaten. De toepassing van deze grondrechten in het arbeidsovereenkomstenrecht is minder problematisch dan die van de grondwettelijke grondrechten omdat de verdragsgrondrechten zijn voorzien van een ruime beperkingsgrondslag. Daarbij lijkt de Nederlandse rechtspraktijk tot op heden minder gericht te zijn op de klassieke verdragsgrondrechten dan op de klassieke grondrechten in de Grondwet. Hoewel naar mijn mening (goede) toepassing van ook de klassieke verdragsgrondrechten in het arbeidsrecht zeer zinvol is, heb ik ze daarom -mede gezien de omvang van het op deze wijze beperkte onderwerp- niet zelfstandig in het advies betrokken.

De grondrechten

1 Geschiedenis en aard van de grondrechten in de democratische rechtsstaat

De ontwikkeling van het denken over aan de mens toekomende onvervreembare rechten vindt haar oorsprong in het natuurrecht.¹ Dit 'natuurrecht' kent vele verschijningsvormen, maar kenmerk ervan is het uitgangspunt van een aantal onvervreemdbaar aan de mens toekomende rechten. Over de wijze waarop deze rechten zijn ontstaan verschillen de opvattingen aanzienlijk. Sommigen menen dat de rechten door God in al het geschapene zijn vastgelegd,² anderen dat ze zijn ontstaan door de natuurlijke rede waarmee ieder mens is behept,³ of voortvloeien uit de natuurlijke toestand.⁴ John Locke was de eerste die er op wees dat deze natuurlijke vrijheidsrechten voorstatelijk zijn en dat de inrichting van de staat op grond van een maatschappelijk verdrag er op gericht is de uitoefening van die rechten veilig te stellen. De natuurlijke vrijheden zijn volgens Locke gericht op het verwerven van bezit. Onder bezit dient begrepen te worden, naast de materiële bezittingen, de aan de mens toekomende rechten en zijn leven. Het is aan de staat om de vrijheden te respecteren en te handhaven, dus ook om het particuliere bezit te beschermen.⁵ De op het particuliere bezit gestoelde vrijheidsrechten zijn dus ook primair tegen de overheid gericht. Rousseau⁶ hanteert dezelfde uitgangspunten als Locke, maar in zijn opvatting speelt de vrijheid een belangrijker rol. De in de

1 Zie over deze ontwikkelingen Meuwissen 1984.

2 Zie bijv. Thomas van Aquino, in Vermeulen 1989, p. 26 e.v.

3 Zie bijv. Th. Hobbes, in Van der Pot/Donner 1983, p. 17 e.v.

4 Zie bijv. John Locke, in Van der Pot/Donner 1983, p. 21.

5 Zie hierover Gielen 1987, p. 170.

6 J.J. Rousseau, *Het maatschappelijk contract of beginselen van het politiek recht*, Utrecht 1977.

natuurtoestand heersende 'handelingsvrijheid' leidt er bij onbeperkte uitoefening toe dat mensen steeds meer afhankelijk van elkaar worden waardoor de natuurlijke 'handelingsvrijheid' geheel verloren zou gaan. Om dat gevaar het keren wordt een sociaal contract gesloten waarbij iedereen al zijn bezittingen en rechten overdraagt aan de gemeenschap. Door deze overdracht wordt hij niet onderworpen aan het gezag, maar stelt hij zichzelf het gezag. Hij wordt niet onderworpen aan wetten, maar stelt zichzelf de wet. Het sluiten van het 'contract social' is dus een vorm van zelfbepaling. De vrijheid komt tot uitdrukking in de voor iedereen geldende wet, welke wet het produkt is van ieders vrijheid. Iedereen wordt geacht met die wet te hebben ingestemd, zij is uitdrukking van de 'volonté general'. De wet is door iedereen gewild en zij geldt dus voor iedereen gelijkelijk, waardoor ieders vrijheid is gerealiseerd. Volgens deze opvatting bestaat aan expliciet geformuleerde grondrechten minder behoefte omdat in en door het politieke besluitvormingsproces de vrijheid juist wordt gerealiseerd. Ieder mens heeft er dus aanspraak op dat hij als volwaardig staatsburger kan functioneren. Dat ieder mens dat recht voor zich heeft, en dus in die zin gelijk dient te zijn aan zijn medeburgers, ligt dan voor de hand.

De grondwetten die aan het einde van de 18e en begin van de 19e eeuw tot stand zijn gekomen bevatten hoofdzakelijk regelingen om de hierboven aangeduide aanspraken (op handhaving van bezit en op participatie in het besluitvormingsproces) te garanderen.

'Het vastleggen van de gelijkheid voor de wet en -als keerzijde daarvan- het privilegeverbod in de constituties van de 18e en 19e eeuw is een teken van de opkomst van de burgerij als drijvende kracht achter de staat. Deze principes zijn de uitdrukking van het verlangen van de burger om bij het ontplooiën van zijn economische activiteiten niet meer belemmerd en gehinderd te worden door allerlei uit het feodale stelsel voortvloeiende beperkingen, zoals het gildensstelsel, de verplichting tot het verrichten van onbetaalde arbeid ten behoeve van de adel, en de onvervreemdbaarheid van eigendommen, met name onroerend goed. Ze formuleren de grieven van de burger tegen historisch gegroeide, erfelijke privileges, die afgeschaft moeten worden omdat ze strijden met

een ieders natuurlijke vrijheid en gelijkheid. Met andere woorden, de klassiek-liberale gelijkheids-gedachte is eerst en vooral uitdrukking van de opkomst van de markt, van het kapitalisme, van de vrije concurrentie'.⁷

De klassiek-liberale beschouwing van de grondrechten die ten grondslag lag aan de *Déclaration de droits de l'homme et du citoyen* van 1789 is zowel door de liberaal Thorbecke⁸ mild, als door Karl Marx in scherpe bewoordingen, bekritiseerd. In zijn boek 'Zur Judenfrage', verschenen in 1843, levert de laatste zijn kritiek. Naar zijn opvatting komen de mensenrechten slechts toe aan de mens die lid is van de 'bürgerliche Gesellschaft', aan het geïsoleerde en afgezonderde individu, dat niet in relatie tot andere mensen staat. Het mensenrecht van de particuliere eigendom noemt hij 'das Recht des Eigennutzes', waarmee het egoïsme van iedere burger in stand kan blijven.⁹ In de latere communistische visie heet het dat de liberale grondrechten een middel zijn om voor iedere burger een hoekje in de samenleving af te sonderen, waar hij zijn kleinburgerlijk geluk kan zitten afwachten.¹⁰ Wat men verder vindt van deze kritiek: in ieder geval is de kritiek van Marx van belang om in te zien dat ook grondrechten betrekkelijk zijn tot de periode waarin zij tot stand zijn gekomen.

De Grondwet gaat er van uit dat de relatie tussen burgers onderling wordt bepaald door gelijkheid en vrijheid. In die relatie is dus geen ongewilde vrijheidsbeperking te vrezen, zodat grondrechten wat betreft opzet en formulering zich primair richten tot de staat. Indien onbelemmerde concurrentie door de staat mogelijk wordt gemaakt, dan is de basispositie van de burger gelijk aan die van iedere andere burger. De maatschappelijke positie die de burger bereikt is dan het produkt van eigen verdienste en lot.¹¹

7 Geciteerd uit Burkens 1990, p. 10-11.

8 Zie paragraaf 3.1.

9 Zie Gielens 1987, p. 175 en Meuwissen 1984, p. 33

10 Zie Gielens 1987, p. 176.

11 Burkens e.a. 1990, p. 12.

1.1 De definitie en het karakter van klassieke grondrechten

Veel hedendaagse grondwetten bevatten, naast regels van staatsinrichting, een opsomming van de zogenoemde klassieke grondrechten. Gezien hun belang zijn zij de eerste bepalingen in een grondwet. 'Aldus komt tot uitdrukking dat het om grondbeginselen gaat die in een moderne staat in acht genomen dienen te worden'.¹² Maar in de Nederlandse Grondwet zijn niet al deze grondbeginselen in het eerste hoofdstuk opgenomen. Zo is in art. 99 GW een bepaling terzake gewetensbezwaren tegen militaire dienst opgenomen, in art. 112 GW de waarborgen voor een onafhankelijke rechterlijke macht en in art. 114 GW het verbod op de doodstraf. Daarnaast is een belangrijk aantal grondrechten opgenomen in internationale verdragen en in gewone wetten (bijv. art. 1:6 van de Wet op het Hoger onderwijs en Wetenschappelijk onderzoek dat de academische vrijheid regelt), terwijl een aantal als grondrecht ervaren rechten in het geheel niet is opgenomen.¹³

Grondrechten kunnen zowel materieel als formeel worden gedefinieerd. De materiële definitie komt neer op een beschrijving van de grondrechten, de formele op de weergave van de vindplaatsen. De meest gehanteerde definitie van grondrechten is materieel en heeft betrekking op het doel van de grondrechten: 'rechten die fundamenteel zijn voor de persoonlijke vrijheid van de mens'.¹⁴ Bij de grondwetsherziening heeft de regering de grondrechten als volgt gedefinieerd:

'Grondrechten hebben tot doel bij te dragen aan de ontplooiing van elk individu naar eigen geaardheid door hem in een aantal facetten van zijn persoonlijk leven te beschermen, zoals zijn intimiteit, zijn uitingsmogelijkheden, zijn deelname aan het openbaar leven'.¹⁵

12 De Grondwet 1992, p. 9.

13 Bijv. het recht op eigendom of het recht op bewegingsvrijheid. Over dat laatste J.G. Brouwer en A.E. Schilder, 'Beperking bewegingsvrijheid ter handhaving van de openbare orde', *NJCM-Bulletin* 1999, p. 427.

14 Zie Burkens 1989, p. 50.

15 *Kamerstukken II* 1975-1976, 13 872, nr. 3, p. 10.

Volgens deze definitie zijn grondrechten de weergave van rechtsbeginselen. Formeel kunnen grondrechten worden gedefinieerd als de rechten die zijn vastgelegd in (vooral hoofdstuk 1) van de Grondwet en in mensenrechtenverdragen.¹⁶ Tegen beide soorten definities zijn de nodige bezwaren ingebracht. De gegeven materiële omschrijving doet geen recht aan het feit dat ook rechtspersonen zich op grondrechten kunnen beroepen.¹⁷ Daarbij komt dat de vrijheidsrechten juist heel anders gebruikt kunnen worden dan ter ontplooiing van het individu.¹⁸ De formele definitie houdt er geen rekening mee dat grondrechten niet alleen in de Grondwet en verdragen zijn vastgelegd, maar soms ook in gewone wetten en soms zelfs geheel niet. Daarbij komt dat (de behoefte aan) codificatie van grondrechten mede afhankelijk is van het tijdsgewricht. Ter illustratie van dit laatste kan worden gewezen op de discussie die thans wordt gevoerd over de aanpassing van de artt. 7, 10 en 13 GW in het licht van moderne technologieën.¹⁹ Zodoende blijkt het onmogelijk de klassieke grondrechten sluitend te definiëren.

Grondrechten kunnen ook naar hun functie worden gekarakteriseerd. Bij een poging daartoe blijkt dat grondrechten verschillende, naast elkaar staande functies hebben. Waar grondrechten in ieder geval tot doel hebben de mens in staat te stellen zonder inmenging van de overheid zich naar eigen inzicht te ontplooiën en te ontwikkelen, hebben grondrechten daarnaast zonder meer ook tot doel de democratische rechtsorde te beschermen. Bij grondrechten als de vrijheid van

16 De Grondwet 1992, p. 11 e.v.

17 Volgens de regering zijn dragers van grondrechten: natuurlijke personen, rechtspersonen, groepen en organisaties zonder rechtspersoonlijkheid, *Kamerstukken II* 1975-1976, 13 872, nr. 3 p. 11. Zie hierover ook M. Bovens, 'Hebben rechtspersonen morele plichten en fundamentele rechten?', *Ars Aequi* 1998, p. 651 e.v., die naast van burgers afgeleide werking van grondrechten ook een zelfstandig recht aan rechtspersonen toekent. Ontkennend ten aanzien van een direct beroep op privacy-bescherming R.A.R.S. Finally, 'Privacy van rechtspersonen', *NJCM-Bulletin* 1998, p. 554 e.v. Publiekrechtelijke rechtspersonen zijn geen dragers van grondrechten, Rb. Maastricht 5 september 1996, *NJ-kort* 1997, afl. 11, nr. 41. Hierover C.A.J.M. Kortmann, 'Grondrechten voor de overheid?', *Ars Aequi* 1997 p. 746.

18 Grondrechten 1982, p. 4.

19 *Kamerstukken I* 1998-1999, 25 443, nr. 40a. Zie hierover N.A.N.M. van Eijk, '(G)een recht op vertrouwelijke communicatie: fax en email vogelvrij', *NJB* 1998, p. 1809 en Deel II, 13.

meningsuiting en van vergadering en betoging blijkt dat duidelijk.²⁰

Tot de klassieke grondrechten behoren ook de (fundamentele mensen-)rechten die voortvloeien uit het EG-Verdrag, de EG-Verordeningen en Richtlijnen en het ESH. Voor zover het EG-recht in horizontale verhoudingen verplichtingen of rechten schept, kunnen deze slechts worden uitgeoefend binnen de grenzen die het gemeenschapsrecht stelt.²¹

1.2 De definitie en het karakter van sociale grondrechten

Grondrechten lijken zich, naast de functie van afweerrecht, steeds meer te ontwikkelen tot rechten op overheidsingrijpen ter vervulling van de voor de vrijheid noodzakelijke voorwaarden. In deze sfeer passen de zogenaamde sociale grondrechten, die regels treffen met betrekking tot hetgeen 'als plicht van de overheid ten aanzien van de ontplooiing van de mens wordt ervaren'.²² Waar klassieke grondrechten dus de bedoeling hebben de overheid op afstand te houden, hebben sociale grondrechten tot doel de overheid tot actief handelen te bewegen.²³

Maar daarmee houden sociale grondrechten nog geen subjectieve aanspraak in, te effectueren via de rechter. De sociale rechten scheppen geen afdwingbaar recht. Sociale grondrechten erkennen slechts behartigingswaardige belangen. Dat ligt iets anders voor de meer geconcretiseerde sociale grondrechten die bijvoorbeeld zijn opgenomen in art. 18 lid 1 GW (regeling van rechtsbijstand), art. 20 lid 3 GW (recht op bijstand van overheidswege) en art. 23 lid 3 GW (recht op openbaar onderwijs). Heringa²⁴ noemt daarbij ook als sociaal grondrecht art. 19 lid 3 GW (recht op vrije arbeidskeuze). Ik zou dit laatste grondrecht eerder als klassiek bestempelen omdat het als afweerrecht is geformuleerd. Art. 19 lid 3 GW bepaalt immers dat

20 Zie Verhulp 1996, p. 81 e.v..

21 Verhey 1992, p. 47.

22 *Kamerstukken II* 1975-1976, 13 872, nr. 3, p. 254.

23 Zie voor de definitie van sociale grondrechten Heringa 1989, p. 73 e.v.

24 Heringa 1989, p. 74-75.

het recht op vrije arbeidskeuze wordt erkend.²⁵ Maar art. 19 lid 3 GW is als afweerrecht geheel ingebed in een sociaal grondrecht. Overigens is de onderscheiding tussen klassieke en sociale grondrechten niet altijd even duidelijk: overheidsingrijpen is soms ook nodig voor de handhaving en verwerkelijking van klassieke grondrechten. Dat de grens tussen een sociaal en een klassiek grondrecht niet altijd even duidelijk is blijkt uit art. 10 lid 2 GW, waarin aan de wetgever de opdracht is verstrekt regels te stellen ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer in verband met het vastleggen en verstrekken van persoonsgegevens.²⁶

De vraag of een grondrecht als sociaal grondrecht moet worden aangemerkt is van belang voor de vraag of een grondrecht werking kan hebben tussen burgers onderling. Sociale grondrechten kunnen in beginsel in die verhouding niet doorwerken omdat zowel de bedoeling als de aard van de regels zich daarvoor in het geheel niet leent.²⁷

1.3 De rechtswerking van grondrechten in verticale verhoudingen

De verhouding tussen overheid en burger wordt wel de verticale verhouding genoemd. In deze verhoudingen werken de grondrechten direct door. De regering heeft zich op het standpunt gesteld dat grondrechten concrete subjectieve rechten zijn die voor directe toepassing vatbaar zijn.²⁸ Een dergelijk standpunt is niet zonder bezwaar, nu grondrechten niet vergelijkbaar zijn met subjectieve rechten als bedoeld in het privaatrecht. Deze laatste zijn buiten de mens gelegen en hebben betrekking op economisch waardeerbare rechten. Grondrechten zijn moeizaam economisch waardeerbaar en kennen geen direct actierecht. Schending van een grondrecht door de overheid kan slechts indirect aan de rechter ter beoordeling worden voorgelegd. Daarbij komt dat de rechtswerking van grondrechten niet eenduidig is nu sommige van de klassieke grondrechten ook werken als opdracht

²⁵ Zie Deel II, 19.

²⁶ Dat die grens niet duidelijk is heeft de regering ook ingezien, *Kamerstukken II* 1975-1976, 13 872, nr. 3, p. 10.

²⁷ Zie hierover Heringa 1989, p. 73 e.v.

²⁸ *Kamerstukken II* 1975-1976, 13 872, nr. 3, p. 10.

aan de wetgever (art. 10 leden 1 en 2 GW).²⁹ Grondrechten kunnen tevens worden gezien als objectieve elementen van staatsordening. Zonder de gewaarborgde vrijheden is een goed functionerende democratie niet goed denkbaar. Zo gezien heeft de overheid er weer belang bij de grondrechten te handhaven en te respecteren. Klassieke grondrechten scheppen evenwel nooit zelfstandig een rechtsverhouding. Ze zijn geformuleerd als afweerrechten tegen inbreuken op aan de mens toekomende rechten, en in die zin werken de grondrechten in verticale verhoudingen.

De regering heeft duidelijk gemaakt dat grondrechten door de overheid in elke relatie die zij met de burger aangaat dienen te worden gerespecteerd. Deze constatering is van belang omdat daarmee duidelijk is dat ook indien de overheid privaatrechtelijke bevoegdheden uitoefent, zij daarbij direct gebonden is aan de grondrechten. Dat betekent dat het de overheid in beginsel niet toekomt door middel van een overeenkomst de uitoefening van een grondrecht te beperken.³⁰ Indien een privaatrechtelijke rechtspersoon een publieke taak verricht, geldt deze directe (verticale) werking ook. Zou daarover anders geoordeeld worden, dan zou dat er toe kunnen leiden dat de overheid door uitbesteding van publiekrechtelijke taken aan de verticale werking van grondrechten kan ontsnappen. Indien een dergelijke privaatrechtelijke organisatie geen publiekrechtelijke handelingen verricht, is het de vraag of bij haar handelingen de grondrechten direct werken. Dat kan slechts het geval zijn als aan twee voorwaarden is voldaan. De eerste is dat de overheid overwegende invloed uitoefent op het beheer van de privaatrechtelijke organisatie. De tweede is dat de privaatrechtelijke handeling strekt tot uitvoering van (publiekrechtelijk) gestelde beleidsdoelen. Een prachtig voorbeeld van een dergelijke directe verticale werking van grondrechten is het vonnis in kort geding waarin het Congresgebouw N.V., waarvan het bestuur grotendeels is samengesteld uit overheidsorganen, op grond van de vrijheid van

29 De Grondwet 1992, p. 13.

30 Een uitzondering kan zich voordoen indien de overheid geen publiekrechtelijke mogelijkheid heeft om tot beperking over te gaan, terwijl een beperking gerechtvaardigd is. Bijv. een journalist mag een besloten vergadering van ambtenaren bijwonen nadat met hem geheimhouding over het besprokene is overeengekomen. Zie voor deze casus Pres. Rb. Amsterdam 17 januari 1991, AB 1991, 222. Zie ook Vermeulen 1995, p. 26.

vergadering, werd veroordeeld tot verhuur van een zaal.³¹ Is aan één van deze twee voorwaarden niet voldaan, dan is er geen sprake van directe werking van grondrechten. Er is bij deze beoordeling sprake van een glijdende schaal van de echte overheid, via het maatschappelijke middenveld, naar burgers.³² Tevens blijkt uit dit vonnis duidelijk dat grondrechten soms (ondanks het 'afweerkarakter') kunnen leiden tot een actieve verplichting van de overheid.

1.4 Beperking van grondrechten in verticale verhoudingen

Zoals hiervoor uiteengezet hebben grondrechten primair tot doel het overheidsingrijpen in bepaalde aan de mens toekomende vrijheden te beperken.³³ Uit de formulering van de grondrechten in de Grondwet blijkt dat ook wel: beperkingen van grondrechten zijn immers slechts mogelijk door, dan wel bij of krachtens, de wet. De grondwetgever heeft gekozen voor een stringent systeem van beperking van grondrechten. Duidelijk is dat ook de uitoefening van grondrechten niet onbeperkt kan zijn. De regering heeft algemene beperkingen van de uitoefening van grondrechten, die voortvloeien uit wettelijke bepalingen van algemene aard, afgewezen. Aanvaarding daarvan zou de grondrechten te zeer uithollen. De uitoefening van een grondrecht kan dus alleen beperkt worden als de grondwetsbepaling daarvoor zelf uitdrukkelijk de mogelijkheid biedt. Bij iedere grondwetsbepaling is, teneinde de beperking mogelijk te maken, tevens bepaald door wie de uitoefening daarvan beperkt kan worden. Die beperkingsmogelijkheid heet het competentievoorschrift.

Indien in het competentievoorschrift gebruik is gemaakt van de woorden 'regels' 'regeling' of van een vorm van het werkwoord 'regelen', of van de woorden 'bij of krachtens de wet', dan is een

31 Pres. Rb. 's Gravenhage 9 juni 1987, *KG* 1987, 268. Zie ook, voor een vergelijkbare casus: HR 26 april 1996, *NJ* 1996, 728 (*Rasti Rostelli*).

32 Verhey 1992, p. 101.

33 Dit standpunt is niet onbetwist, zie bijv. J. Boesjes, 'De horizontale werking van grondrechten', *NJB* 1973, pag. 905-917, die betoogt dat grondrechten een bescherming beogen tegen machtsmisbruik in algemene zin. Instemmend: Biesheuvel 1981, p. 218.

lagere wetgever bevoegd de uitoefening van een grondrecht te beperken. In alle andere gevallen (bijvoorbeeld bij de clausule: 'behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet') kan slechts de formele wetgever beperkingen aan het grondrecht stellen, en is delegatie dus niet toegestaan. De formele wet dient steeds aan te geven tot hoever de grondrechtsbeperking kan strekken. De bedoeling is dat de formele wetgever de belangen weegt en slechts indien een beperking toelaatbaar geacht wordt, de mogelijkheid daartoe in een zo specifiek mogelijke wettelijke regeling vastlegt. De grondwetgever heeft deze bedoeling bij de grondwetsherziening in 1983 zelf al weer op tal van punten afgezwakt. Zo werd een beperking van een grondrecht door 'redelijke uitleg' mogelijk geacht.³⁴ Die redelijke uitleg leidt ertoe dat indien er voldoende gebruiksmogelijkheden van een grondrecht resteren ondanks een beperking, dat dan het grondrecht door die beperking niet wordt geacht te zijn geraakt. Een voorbeeld: Een gemeentelijke verordening die bepaalt dat het maken van geluid van meer dan een bepaald aantal decibel, 's morgens voor 11.00 uur verboden is, impliceert dat de kerkklokken zondagochtend niet meer mogen worden geluid. De redelijke uitleg van de vrijheid van godsdienst (art. 9 GW) betekent dat klokkenluiden daartoe niet behoort en de gemeentelijke verordening dus geen beperking van dat grondrecht inhoudt. De gemeentelijke verordening behoeft dan niet te voldoen aan het stringente beperkingssystematiek.³⁵ Maar ook op andere manieren heeft uitholling plaatsgevonden. De vrijheid van onderwijs (art. 23 lid 2 GW) is rechtstreeks aan de voorgaande Grondwet ontleend en niet aangepast op de nieuwe beperkingssystematiek.³⁶ Bij de parlementaire behandeling van art. 19 lid 3 GW over de vrije arbeidskeuze, introduceerde de regering alsnog iets dat veel lijkt op een mogelijkheid tot algemene beperking van grondrechten.³⁷

Daarmee is het stringente beperkingssysteem van grondrechten in verticale verhoudingen aanzienlijk afgezwakt. Deze afzwakking is jammer omdat daarmee het specifieke karakter van grondrechten

34 *Kamerstukken II* 1975-1976, 13 872, nr. 3, p. 21-22.

35 Zie voor meer voorbeelden van de afzwakking van het stringente beperkingssysteem Vermeulen 1995, p. 8-9 en Verhulp 1996, p. 25.

36 Zie de noot van HH bij CRvB 16 november 1989, AB 1991, 24 en Deel II, 23.

37 *Kamerstukken II* 1985-1986, 19 376, nrs. 1-2. Zie Grapperhaus 1995, p. 89 e.v en Deel II, 19.

geweld wordt aangedaan. Dat specifieke karakter is dat grondrechten niet in een gewone belangenafweging behoren te worden betrokken, maar daar als het ware boven behoren te staan. De (bij uitzondering toegestane) afwijking van de grondwettelijke beperkingssystematiek mocht volgens de wetgever niet belanden in een sfeer van 'freies Ermessen', 'waarin de eerbiediging van een grondwettelijk grondrecht op de voet van gelijkwaardigheid tegenover andere belangen wordt afgewogen'.³⁸ Door de afzwakking van de beperkingssystematiek is daarvan toch sprake.

38 *Kamerstukken II 1975-1976*, 13 872, nr. 3 p. 22.

Horizontale werking van grondrechten

2 Wat is horizontale werking?

In de verticale verhouding, dus tussen de overheid en burgers, werken grondrechten direct. In de verhouding tussen burgers onderling - welke wordt aangeduid met de term horizontale verhouding - hebben grondrechten niet zonder meer werking. Algemeen werd aangenomen dat de grondrechten slechts bedoelden te werken in verticale relaties. Vooral na de Tweede Wereldoorlog is de gedachte dat grondrechten ook tussen burgers onderling werking verdienen, opgekomen.¹ Voor deze verandering van opvatting wordt gewezen op vijf factoren, te weten: de sociaal-economische ontwikkelingen, het ontstaan van machtsconcentraties, de ontwikkeling van de techniek, het vervagen van rechtsgebieden en de toenemende aandacht voor de rechten van de mens.² Naar mijn mening ligt de nadruk op het besef dat grondrechten tevens de legitimatie zijn voor de democratie, welk besef uiteraard na (de bezetting door) nazi-Duitsland sterker werd gevoeld dan daarvoor. Deze ontwikkeling heeft er toe geleid dat de overheid het beschermen van de grondrechten zich als taak aantrekt.³ Hoe groter de ruimte die burgers feitelijk hebben om te participeren binnen het democratisch besluitvormingsproces, hoe groter ook het draagvlak voor de democratisch ingerichte samenleving. Het behouden van een op die wijze ingerichte samenleving is volgens sommige grondwetten

1 Zie voor deze ontwikkelingen Biesheuvel 1981.

2 De Grondwet 1992, p. 20-21.

3 "Een overheid kan het niet over haar kant laten gaan als door de verhoudingen in het maatschappelijk leven door de feitelijkheden van het gedrag van mensen ten opzichte van elkaar inbreuk wordt gemaakt op fundamentele rechten en vrijheden", volgens de Minister van Justitie in 1991. Geciteerd uit De Lange 1994, pag. 37.

doel op zich geworden.⁴ Dit toegenomen besef heeft tot de gedachte geleid dat ook een beperking van de uitoefening van grondrechten door burgers onderling niet in overeenstemming is te brengen met het fundamentele karakter van die rechten. Als een recht als zo fundamenteel ervaren wordt dat de overheid dat niet of slechts onder stringente voorwaarden mag beperken, mag een medeburger dat recht zeker niet beperken.

De behoefte aan bescherming van grondrechten zal zich met name doen voelen in ongelijke verhoudingen, hetgeen door de term 'horizontale werking' enigszins wordt gemaskeerd. Vandaar dat voor deze term ook wel de termen 'derdenwerking' of 'privaatrechtelijke werking' worden gebruikt. Zoals boven reeds uiteengezet is er geen sprake van horizontale werking indien een overheidsorgaan betrokken is. De overheid dient in haar relaties met burgers altijd de grondrechten direct in acht te nemen.

2.1 Wat is de rechtskracht van horizontaal werkende grondrechten?

Volgens de regering is er sprake van horizontale werking van grondrechten indien een grondrecht in een horizontale verhouding 'rechtens relevant' is.⁵ Deze definitie is niet onbetwist. Sommigen menen dat er slechts sprake kan zijn van horizontale werking als een grondrecht daadwerkelijk rechtswerking heeft, hetgeen tot minder mogelijkheden voor de horizontale werking leidt.⁶ Bij de Grondwetsher-

4 In ieder geval in Duitsland, waar het eerste artikel van het Grundgesetz luidt: "Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlicher Gewalt. Das Deutsche Volk bekennt sich darum zu unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft, des Friedens und der Gerechtigkeit in der Welt". Men hoeft maar aan een land als Algerije te denken om de actualiteit van de vraag naar de inrichting van het staatskundig besluitvormingsproces in te zien.

5 *Kamerstukken II* 1975-1976, 13 872/13 873, nr. 55b, p. 17.

6 Zo meent Kortmann 1997, p. 352-354, dat er slechts sprake is van horizontale werking van grondrechten zich dwingend aan de rechter opleggen. Ook afwijkend Burkens 1989, p. 177. Zie hierover ook Verhey 1992, p. 136 e.v.

ziening in 1983 heeft de regering op grond van de door haar voorgestane definitie vijf mogelijke vormen van horizontale werking onderscheiden:

(1) 'De minst ver gaande wijze is wellicht de opdracht aan de wetgever of de overheid om een nader geformuleerd belang of beginsel ook in particuliere verhoudingen te verwezenlijken: dat is het geval met de instructienormen die men bij een aantal sociale grondrechten aantreft. (2) Iets verder gaat de grondrechtsnorm, die zich niet alleen tot de wetgever richt, maar zich ook aan de rechter presenteert als een belangrijke waarde waarvan de rechter de invloed ondergaat bij de interpretatie van privaatrechtelijke regels of begrippen. (3) Vervolgens kan het grondrecht zelfstandig een rechtsbelang uitdrukken, dat de rechter bij de afweging van belangen mede in aanmerking moet nemen. (4) Nog weer verder gaat een grondrecht, dat de uitdrukking is van een rechtsbeginsel waarvan de rechter slechts op zwaarwegende gronden mag afwijken. (5) Tenslotte kan het grondrecht beogen zich dwingend aan de rechter op te leggen en slechts die afwijkingen toe te staan, welke tot een grondwettelijke beperkingsclausule herleidbaar zijn.'⁷

Volgens de regering kan de mate van horizontale werking per grondwetsartikel verschillen, maar voorbeelden van horizontale werking heeft ze nauwelijks gegeven.

In wetgeving kan het grondrecht nader worden uitgewerkt. De vraag is hoe deze wetgeving zich verhoudt tot het grondrecht dat het beoogt uit te werken. In beginsel zal moeten gelden dat waar de rechter wetten niet mag toetsen aan de Grondwet en waar de wettelijke regeling past binnen het competentievoorschrift, de wetgeving werking heeft voor het grondrecht dat het beoogt uit te werken. Daarnaast blijft er ruimte voor aanvullende werking van het grondrecht: voor zover de wettelijke regeling leemtes kent of nadere invulling behoeft zal het grondrecht zijn (directe) horizontale werking kunnen behouden.

7 *Kamerstukken II 1975-1976*, 13 872, nr. 3, p. 15-16 (eigen nummering). Deze opsomming is gelijk aan die van J. Boesjes, 'De horizontale werking van grondrechten', *NJB* 1973, pag. 911. Daarom wordt wel gesproken over 'de schaal van Boesjes'.

2.2 Horizontale werking van verdragsrechtelijke grondrechten

Tot de definitie van grondrechten behoren ook de in verdragen opgenomen bepalingen die trachten bij te dragen aan de ontplooiing van het individu naar eigen gaardheid door hem in een aantal facetten van zijn persoonlijk leven te beschermen. Dergelijke bepalingen komen voor in onder meer het Europees Sociaal Handvest (ESH), het Internationaal Verdrag inzake Burgerlijke rechten en Politieke Rechten (IVBPR), het EG-Verdrag en het Europees Verdrag inzake de Rechten van de Mens (EVRM). Voor wat betreft de horizontale werking van deze grondrechten moet een onderscheid worden gemaakt tussen het nationale recht en het internationale recht.

Met betrekking tot het nationale recht is horizontale werking zeker niet uitgesloten. De regering heeft bij het goedkeuringswetsvoorstel van onder andere het IVBPR als haar opvatting gegeven dat de in dit verdrag opgenomen grondrechten op dezelfde wijze als de nationale grondrechten horizontaal kunnen werken.⁸ Het ligt voor de hand dat de horizontale werking van ieder verbindende verdragsbepalingen (de zogenaamde zelfwerkende bepalingen) in algemene zin het sterkst zal zijn, op grond van art. 93 en 94 GW.⁹ Van een aantal verdragsrechtelijke grondrechten, ook al moeten sommige daarvan als sociaal grondrecht worden aangemerkt, heeft de Hoge Raad de directe werking aangenomen. Arbeidsrechtelijk het meest bekend is wel het NS-arrest,¹⁰ waarin de Hoge Raad directe werking van art. 6 lid 4 ESH¹¹ aannam, maar ook van art. 26 IVBPR is de directe werking erkend.¹² Ook

8 *Kamerstukken II* 1975-76, 13 932, nr. 3, p. 14-15.

9 *De Grondwet* 1992, p. 26

10 HR 30 mei 1986, *NJ* 1986, 688.

11 Dat goed beschouwd een opdracht aan de wetgever bevat om door wetgeving het stakingsrecht te eerbiedigen. Mede gezien de doelstelling van art. 6 lid 4 ESH (bescherming van economische positie) is het daarom een sociaal grondrecht, hetgeen ook voor de werking ervan in de nationale rechtsorde van belang is, die werking is minder dan die van een klassiek verdragsgrondrecht als art. 8 EVRM. Zie hierover HR 24 mei 1991, *NJ* 1991, 706 en m.n. de conclusie van AG. Koopmans, onder 6.

12 HR 7 mei 1993, *NJCM-Bulletin* 1993, p. 694 e.v.

ILO-Verdragen kunnen op deze grond rechtstreeks werken.¹³ Maar daarmee is tevens de naar de maatstaven van de Nederlandse Grondwet zeer ruime beperkingsgrondslag van die verdragen van toepassing. Desalniettemin leidt toepassing van verdragsrechtelijke grondrechten tot een genormeerde belangenafweging, hetgeen toe te juichen is. Vaak wordt echter de beperkingsgrondslag ruim toegepast, waarbij met name weinig acht wordt geslagen op -de veelal door de woorden: 'nodig in een democratische samenleving'- voorgeschreven evenredigheidstoets.¹⁴

Soms zijn verdragsbepalingen zo geformuleerd dat ze verplichtingen inhouden voor de staat om een bepaalde voorziening te realiseren. Heeft die voorziening betrekking op de verhouding tussen burgers onderling, dan heeft die verdragsbepaling een werking van kracht 1 op de schaal van Boesjes. Soms ook wordt de nationale overheid als verdragspartij door het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) de verplichting opgelegd om grondrechten uit het EVRM ook in de verhouding tussen burgers onderling te doen respecteren.¹⁵ Een aantal bepalingen uit het EG-Verdrag of Verordeningen werkt zonder meer horizontaal, terwijl de rechter richtlijnconform dient te interpreteren.¹⁶ Maar de horizontale werking blijft beperkt tot het kader of raamwerk van het gemeenschapsrecht, en lijkt daarbij nog beperkt te worden tot collectieve regelingen als die van sportbonden. Leenders¹⁷ concludeert dan ook dat de horizontale werking van grondrechten in het kader van het EG-recht beperkt zal blijven.

Internationaal-rechtelijk gezien werken verdragsrechtelijke grondrechten slechts zelden, en dan nog indirect, horizontaal.¹⁸ Internationale procedures staan over het algemeen niet open voor klachten over het

13 CRvB 10 juli 1996, RSV 1997/9. Hierover Boonstra 1996 en P. F. van der Heijden, *Handhaving van ILO-minimumnormen*, Preadvies voor de vereniging voor Internationaal Recht 1999, hoofdstuk 3.4. (concept-versie).

14 Verhey 1992, p. 295.

15 Zie hiervoor bijv. EHRM 13 augustus 1981, *Publ. A*, vol. 44 (Young, James en Webster).

16 Leenders 1998, p. 154 e.v., wijst van betreft de direct werkende Verdragsbepalingen op artt. 30 e.v., art. 6, artt. 48 en 59, artt. 85-90, en art. 119 EG-Verdrag. Vooral art. 48 (thans art. 39 EU-)EG-Verdrag is door het Bosman-arrest bekend geworden (HvJ EG 15 december 1995, zaak C-415/93, *Jur* 1995, I-4921). Zie over deze horizontale werking ook Burkens & Kummeling 1993, p. 23 e.v.

17 Leenders 1998, p. 157 e.v.

18 Alkema 1995, p. 115.

gedrag van andere burgers, ook niet als die klacht een grondrechtenschending betreft. Er kan dan slechts over worden geklaagd dat de betrokken overheid heeft verzuimd wetgeving tot stand te brengen ter voorkoming van schending van een verdragsrechtelijk grondrecht, of de nationale rechter een verdragsbepaling verkeerd heeft toegepast, in welk geval in feite een beroep wordt gedaan op de verticale werking van een verdragsrechtelijk grondrecht.¹⁹

2.3 Directe en indirecte horizontale werking van grondrechten

Horizontale werking kan direct of indirect zijn.²⁰ Van directe horizontale werking is sprake indien een grondrechtsregel zonder meer, inclusief beperkingsclausule, in een rechtsverhouding tussen burgers wordt toegepast. Daarvan is sprake bij kracht 5 op de schaal van Boesjes. Het gaat dan om de toepassing van een grondrechtsbepaling als rechtsregel.²¹ De regering heeft kenbaar gemaakt dat naar haar mening in beginsel de grondrechten niet (als subjectief recht) direct toepasbaar zijn in horizontale verhoudingen.²² De andere gradaties zijn allen vormen van indirecte horizontale werking van grondrechten. Daarbij gaat het er om dat de bepalingen van de Grondwet, of de daaraan ten grondslag liggende beginselen, in privaatrechtelijke begrippen worden getransformeerd en vervolgens in de (rechterlijke) belangenafweging betrokken. Bij indirecte werking wordt dus niet een bepaling uit de Grondwet toegepast, maar de getransformeerde versie daarvan. Het verschil tussen directe en indirecte werking gaat dan om een verschil tussen grondrechten als rechtsregel of grondrechten als rechtsbeginsel. Indirecte werking impliceert daarom dat de toegepaste norm een inhoudelijke wijziging ondergaat. Wordt bij directe werking de grondwetsbepaling toegepast, bij indirecte werking wordt het

19 De Grondwet 1992, p. 26.

20 Zie voor dit onderscheid Maris 1969, p. 23 e.v.

21 Zie voor het onderscheid tussen grondrecht als rechtsregel of als rechtsbeginsel Burkens 1989, p. 55-57.

22 *Kamerstukken II* 1975-1976, 13 872, nr. 3, p. 10.

achterliggende (rechts-)beginsel toegepast, dat een andere inhoud heeft.²³ Een direct horizontaal werkend grondrecht heeft dus eenzelfde inhoud (norm) als een verticaal werkend grondrecht, zij het dat de beperking daarvan anders plaatsvindt, zoals hierna zal blijken.²⁴

Art. 3:12 BW bepaalt dat bij de vaststelling van wat redelijkheid en billijk eisen, rekening moet worden gehouden met de algemeen erkende rechtsbeginselen, met de in Nederland levende rechtsovertuigingen en met de maatschappelijke en persoonlijke belangen die bij het gegeven geval zijn betrokken. Art. 3:14 BW bepaalt dat een bevoegdheid niet mag worden uitgeoefend in strijd met de geschreven of ongeschreven regels van publiekrecht. Aldus heeft de toepassing van grondrechten, die immers behoren tot de geschreven regels van publiekrecht, in horizontale verhoudingen een wettelijke grondslag gekregen. Grapperhaus suggereert dat door art. 3:12 BW een indirecte werking van grondrechten is voorgeschreven.²⁵ Ik deel zijn opvatting voor zover hij meent dat daarmee de indirecte horizontale werking van grondrechten een wettelijke basis is verleend. Naar mijn mening impliceert art. 3:14 BW de mogelijkheid van de directe horizontale werking van grondrechten, zodat deze bepalingen van het BW geen keuze voor uitsluitend directe of indirecte werking van grondrechten voorschrijven.

2.4 Beperking van (direct) horizontaal werkende grondrechten

Hiervoor is stil gestaan bij de wijze van beperken van grondrechten in verticale verhoudingen. Deze stringente beperkingssystematiek is een belangrijk element van de grondrechten: grondrechten behoren in verticale verhoudingen niet in een rechterlijke belangenafweging te worden betrokken. Voor zover de noodzaak tot een belangenafweging aanwezig is, is die belangenafweging aan de wetgever voorbehouden.

23 Verheij 1992, p. 145 meent dat van indirecte horizontale werking sprake is indien de rechtswerking van een grondrecht verandert. Zie ook de beschouwingen van Vlemminx 1998, p. 194-200.

24 Zie paragraaf 2.5.

25 Grapperhaus 1995, p. 84. Dat heeft de HR ook met zoveel woorden gesteld in HR 8 april 1994, NJ 1994, 704.

Toepassing van dit legaliteitsbeginsel in horizontale verhoudingen is niet goed mogelijk omdat het niet reëel is van de wetgever te verlangen dat die, voor alle mogelijke situaties waarin een civiele partij ten opzichte van de ander een grondrecht kan invoeren, een pasklare wettelijke norm geeft. In horizontale verhoudingen is daarom vrijwel altijd een rechterlijke belangenafweging nodig, waarin ook het (belang voortvloeiend uit het) in het geding zijnde grondrecht wordt betrokken. Het direct toepassen van grondrechten in horizontale verhoudingen is dus problematisch als stringent aan het legaliteitsbeginsel wordt vastgehouden. Directe horizontale toepassing van bepalingen uit de Grondwet (dus inclusief het competentievoorschrift) leidt er toe dat het grondrecht wel in een rechtelijke belangenafweging wordt betrokken.

Nu heeft de regering er op gewezen dat naar haar mening de beperking van een grondrecht volgens de clausule 'behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet' kan plaatsvinden door te verwijzen naar open wettelijke normen, zoals de onrechtmatige daad (art. 6:162 BW).²⁶ Dat leidt tot de conclusie dat een dergelijke algemene beperkingsgrondslag dan zeker voldoet aan de -minder stringente, want delegatie naar een lagere wetgever is mogelijk- beperkingsclausule 'bij of krachtens de wet'.²⁷ Daarmee is een mogelijkheid tot afwijking van de stringente beperkingssystematiek voor de horizontaal werkende grondrechten geschapen. Was bij verticaal werkende grondrechten een algemene beperking, ook al vloeide die uit een wet in formele zin voort, niet toegestaan, bij de beperking van grondrechten in horizontale verhoudingen volstaat kennelijk de verwijzing naar een open norm in het privaatrecht. Voor de beperking van horizontaal werkende grondrechten heeft de regering daarmee in feite de leer van de algemene beperkingen aanvaard. De Hoge Raad heeft een dergelijke beperkingswijze in stand gelaten onder de overweging dat de grens die art. 6 GW aan de vrijheid van godsdienst stelt ('behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet') in horizontale verhoudingen betekent dat ook art. 1401 (thans 6:162) BW 'beperkingen kan stellen aan de wijze waarop van die vrijheid gebruik wordt gemaakt'.²⁸

26 *Kamerstukken II* 1975-76, 13 872, nr. 4, p. 82-83.

27 Burkens 1989, p. 187-188, Verhey 1992, p. 146 e.v., Vermeulen 1992, p. 5-9.

28 HR 5 juni 1987, *NJ* 1988, 702 (*Goeree*). Vergelijkbaar HR 18 juni 1993, *NJ* 1994, 347 (*gedwongen aidstest*): "In elk geval tussen burgers onderling kan een zodanige beperking in beginsel worden gegrond op art. 1401, (...)".

Tegenstanders van (directe) horizontale werking van grondrechten voeren aan dat een rechterlijke belangenafweging leidt tot uitholling van de werking van grondrechten in verticale verhoudingen. De afweerfunctie van grondrechten zou daardoor in gevaar kunnen komen. Naar mijn opvatting is die angst niet geheel ten onrechte, maar moet die niet worden overdreven. Een rechter moet toch in staat worden geacht te onderscheiden in welke verhouding een beroep op het grondrecht wordt gedaan.²⁹ Daarnaast wordt als bezwaar tegen de directe werking van grondrechten in horizontale verhoudingen aangevoerd dat dat kan betekenen dat grondrechten worden ingeroepen om een recht af te dwingen,³⁰ terwijl grondrechten nu juist zijn bedoeld als afweerrecht. Daarbij wordt er op gewezen dat horizontale werking van grondrechten de maatschappelijke vrijheid van de burger ondergraaft, nu de burger de grondrechten van zijn medeburger dient te respecteren.³¹ Deze bezwaren lijken me onterecht omdat de grondrechten ook in horizontale verhoudingen als afweerrechten werken, en niet zonder meer een zelfstandig actierecht verlenen. Daarbij blijft indien grondrechten kunnen worden beperkt door open wettelijke normen, een belangenafweging mogelijk. Door een directe toepassing van grondrechten in horizontale verhoudingen neemt de maatschappelijke vrijheid in totaal niet af. Ook wijzen de tegenstanders van directe werking op het gevaar dat door het toepassen van het gehele grondrecht, inclusief beperkingsclausule, de bescherming van het grondrecht afneemt. De rechter heeft dan de mogelijkheid slechts te controleren of de beperking voldoet aan de daaraan gestelde voorwaarde (is die bij wet voorzien?) en op grond daarvan de beperking toe te staan. Ook dit argument overtuigt me niet omdat indirecte horizontale werking van grondrechten er toe leidt dat het grondrecht niet eens behoeft te worden toegepast, en daarvan in de jurisprudentie ook voorbeelden van zijn.³² Ten slotte wordt aangevoerd, en naar mijn mening terecht, dat een aantal grondrechten onvolledig zijn geformuleerd. Te denken

29 In de situaties waarin de rechter directe horizontale werking heeft aangenomen, vond een zorgvuldige afweging plaats, zie bijv. Gerbranda & Kroes 1993, p. 161 e.v., in dezelfde zin Vlemminx 1998, p. 197.

30 Zie Hof 's Hertogenbosch 13 januari 1984, AB 1984, 417, waarin een vlieginstructor met een beroep op de vrijheid van onderwijs een vliegveld tracht te dwingen hem als instructeur toe te laten.

31 Zie bijv. Alkema 1995, p. 31 en Kortmann 1997, p. 355.

32 Zie bijv. HR 20 april 1990, NJ 1990, 702 (Meijer/De Schelde).

is hierbij aan de vrijheid van meningsuiting, welke krachtens art. 7 GW slechts de vorm heeft van een verbod op preventief toezicht, maar niets zegt over repressief ingrijpen. Toepassing van het achter het grondrecht liggende beginsel levert dan meer op. Directe werking van grondrechten sluit indirecte werking echter niet uit, zodat indien een grondwetsregel geen directe toepassing kan krijgen wegens de onbepaaldheid van de norm, er niets tegen is alsdan het achterliggende rechtsbeginsel toe te passen.

De mogelijkheden om verdragsrechtelijke grondrechten te beperken zijn over het algemeen ruimer dan die van de grondwettelijke grondrechten. Beperking is mogelijk indien die plaats vindt wegens de bescherming van bepaalde belangen, voorzien is bij een voldoende duidelijke en kenbare regel ('law') en nodig is in een democratische samenleving. De belangen op grond waarvan beperking kan plaatsvinden zijn vervat in doelclausuleringen, welke over het algemeen marginaal worden getoetst. Deze belangen vormen een 'legitimate aim' tot beperking van grondrechten. Het begrip 'law' duidt op een voldoende kenbare regel die toegankelijk en voorspelbaar is. Die regel kan ook in vaste jurisprudentie zijn vervat. Dat de beperking alleen maar nodig mag zijn in een democratische samenleving, betekent dat er sprake moet zijn van een 'pressing social need', hetgeen een belangenafweging tussen het grondrecht en het te beschermen belang noodzakelijk maakt. Bij deze belangenafweging geldt dat een schending van een te beschermen belang op zich onvoldoende is om een beperking te rechtvaardigen: die beperking moet ook in concreto nodig zijn in een democratische samenleving.³³

Directe horizontale werking van verdragsgrondrechten kent door deze beperkingssystematiek minder bezwaren, omdat de beperkingsclausules niet zijn gebaseerd op het legaliteitsbeginsel -dat inhoudt dat de beperking van een grondrecht dient te berusten op een wettelijke grondslag- maar op de 'rule of law'. De verdragsrechtelijke grondrechten bevatten meer inhoudelijke toetsingselementen, waardoor deze zich beter lenen voor een op het concrete geval toegesneden

33 Zie over de beperkingssystematiek uitvoerig Velaers 1991. De HR past deze beperkingssystematiek toe bij de beoordeling van onrechtmatig geachte uitingen, zie verder Deel II, 7.

rechterlijke controle. Daarom lijken deze beperkingsclausules ook beter geschikt voor een op een horizontale rechtsbetrekking toegespitste rechterlijke controle.³⁴

2.5 Horizontale werking volgens de rechtspraak: een belangenafweging met een evenredigheidstoets

In het algemeen moet worden geconcludeerd dat grondrechten in horizontale verhoudingen blijkens de jurisprudentie slechts een marginale rol spelen. Verhey constateerde in 1992 dat in de jurisprudentie van de Hoge Raad -in grote lijnen- vijf verschillende toepassingen van grondrechten in horizontale verhoudingen te ontdekken zijn:

- grondrechten worden een enkele keer direct toegepast, maar voor een dergelijke toepassing is weinig steun in de jurisprudentie;
- horizontale werking wordt niet uitdrukkelijk afgewezen;
- soms laat de rechter grondrechten indirect doorwerken, maar vaste afwegingscriteria of zelfs een algemene lijn is niet te ontdekken;
- soms beschermt de rechter een grondwettelijke waarde zonder zelfs het grondrecht als zodanig te benoemen;
- de Hoge Raad gaat dogmatische problemen aangaande de grondrechten liever uit de weg: de beslissingen zijn met name gericht op de omstandigheden van het geval.³⁵

Slechts in incidentele gevallen geeft de Hoge Raad een regel die de rechter kan hanteren in het geval dat een grondrecht bij de belangenafweging kan worden betrokken. In een dergelijke situatie wordt het grondrecht dan nog steeds niet genoemd.³⁶ Voor zover grondrechten direct worden toegepast gaat het vrijwel uitsluitend om verdragsrechtelijke grondrechten.³⁷

Indien een partij zich beroept op de horizontale werking van een grondrecht voltrekt de rechterlijke beoordeling van dat beroep zich

34 Verhey 1992, p. 169-170 en Alkema 1995, p. 31. HR 9 januari 1987, *NJ* 1987, 928 (*Edamse bijstandsmoeder*), waarin art. 8 EVRM rechtstreeks werd toegepast.

35 Vrijwel letterlijk Verhey 1992, p. 180.

36 Zie hiervoor Deel I, paragraaf 4.2.5.

37 Met als uitzonderingen HR 15 april 1994, *NJCM-Bulletin* 1994, p. 562 en *NJ* 1994, 608 (*Valkenhorst*), HR 5 juni 1987, *NJ* 1988, 702 (*Goeree*). Zie als voorbeeld HR 9 januari 1987, *NJ* 1987, 928 (*Edamse bijstandsmoeder*).

aan de hand van de omstandigheden van het geval. 'De omstandigheden van het geval' is de toverformule die leidt tot de conclusie dat die partij zich in concreto de beperking in de uitoefening van een grondrecht dient te laten welgevalen (veel minder wordt dat beroep gehonoreerd). Uit de in de jurisprudentie gebruikte omstandigheden van het geval zijn -met enige moeite- drie constante afwegingscriteria te vinden.

Allereerst is van belang of de beperking contractueel overeengekomen is, dan wel wat de aard is van de contractuele (horizontale) verhouding waarbinnen een beroep op dat grondrecht wordt gedaan. De tweede vraag is wat de aard van het grondrecht is, waarop een beroep wordt gedaan.³⁸ Tenslotte blijkt soms uit de jurisprudentie dat belang wordt gehecht aan de vraag of de inbreuk op de uitoefening van het grondrecht evenredig is.

De Hoge Raad heeft de stelling verworpen dat het recht op vrije arbeidskeuze contractueel beperkt kan worden, maar slechts 'in de vorm van een schriftelijk aangegane overeenkomst waarin een zodanige beperking uitdrukkelijk is overeengekomen.' Deze stelling kan volgens de Hoge Raad 'in haar algemeenheid niet als juist worden aanvaard omdat zij aan deze grondrechten een verdergaande horizontale werking toekent dan daaraan toekomt.'³⁹ De regering heeft laten weten dat als het recht op informationele zelfbeschikking gekarakteriseerde persoonlijkheidsrechten 'in beginsel niet overdraagbaar zijn en daarom niet voor contractuele afstand vatbaar zijn.'⁴⁰ Voor de concrete grondrechten kan die conclusie niet direct worden getrokken. Toch heeft de contractsvrijheid maar relatieve waarde daar waar de beperking van grondrechten in het geding is. Ondanks een contractueel beperkingsbeding wordt een beroep op de op de beperking door de overeenkomst, voor zover dat leidt tot een onevenredige beperking van de uitoefening van grondrechten door de andere partij, over het algemeen niet gehonoreerd.⁴¹ De toetsing van de evenredigheid van de beperking past geheel binnen het kader van de verdragsrechtelijke grondrechten, waar toets

38 Vgl. *Kamerstukken II* 1975-1976, 13 872, nr. 3, p. 15: "Of en in hoeverre een grondrecht doorwerkt zal van geval tot geval, aan de hand van de aard en de inhoud van het grondrecht, alsmede de feitelijke omstandigheden, zoals de aard en de verhouding tussen partijen, beoordeeld moeten worden."

39 HR 1 juli 1997, *JAR* 1997/201.

40 *Kamerstukken II* 1997-1998, 25 892, nr. 3, p. 10.

41 Zie Van Schaik 1994, p. 149-150 en Grapperhaus 1995, p. 45-60.

zich voltrekt aan de hand van de vraag of een beperking nodig is in een democratische samenleving. Ook wanneer een beperking in de uitoefening van een grondrecht duidelijk en zonder dwang is overeengekomen, wordt de beperking aan de evenredigheidsstoets onderworpen. De evenredigheidsstoets betekent dat de rechter (voor zover deze toets wordt uitgevoerd) de toelaatbaarheid van de beperking van een grondrecht in horizontale verhoudingen beoordeelt aan de hand van de ernst van de inbreuk op het grondrecht, het belang van de inbreuk en vervolgens de verhouding tussen de ernst van de inbreuk en het doel dat daarmee is gediend.⁴²

Is van een contractuele relatie sprake dan vindt de beoordeling van de toelaatbaarheid van die beperking binnen die relatie plaats. Indien er geen sprake van een duidelijke contractuele toestemming tot beperking van een grondrecht, zal de rechter een dergelijke beperking door de overeenkomst niet snel aannemen.⁴³

De aard van het grondrecht speelt bij de belangenafweging een vrijwel onzichtbare rol. Duidelijk moge zijn dat sommige grondrechten zich beter dan andere lenen voor horizontale werking,⁴⁴ maar gezien de wijze waarop de horizontale werking thans vorm wordt gegeven komen rechterlijke beschouwingen terzake nauwelijks voor.

In Deel I, hoofdstuk 4 zullen de criteria die rechter hanteert om een beperking van de uitoefening van een grondrecht in een arbeidsrechtelijke relatie te beoordelen, verder worden uitgewerkt.

42 Zie hierover verder Deel I, paragraaf 4.2.1.

43 Zie Verhey 1992, p. 315 e.v. en Grapperhaus 1995, p. 49.

44 Verhey 1992, p. 171 e.v.

De ontwikkeling van de arbeidsovereenkomst

3 Inleiding

De aard van de contractuele relatie is van belang voor de wijze waarop grondrechten horizontaal werken. Dat ligt voor de hand: voor de beoordeling van de evenredigheid van de beperking en de daarin begrepen beoordeling naar de subsidiariteit, is de verhouding van partijen maatgevend. Het doel van de beperking van de uitoefening van grondrechten ligt rechtstreeks besloten in het doel van de overeenkomst. Deze vaststelling maakt het nodig de arbeidsovereenkomst aan een nadere beschouwing te onderwerpen. Dit hoofdstuk heeft dat mede tot doel. Naast die beschouwingen wordt uitgebreid stil gestaan bij de totstandkomingsgeschiedenis van het arbeidsrecht. Die geschiedenis lijkt een grote samenhang in doelstelling te kennen met de grondrechten, maar een relatie met die grondrechten is nooit goed uit de verf gekomen.

Het arbeidsrecht is pas tot ontwikkeling gekomen nadat de grondrechten al geruime tijd golden. Bij nadere beschouwing blijkt dat de grondrechten mede tot doel hebben om de mens in staan te stellen zich te ontplooiën op een wijze die het meest met zijn persoonlijkheid overeen komt. Na zich aldus ontwikkeld te hebben kan de burger als volwaardig lid van de democratische samenleving deelnemen aan het besluitvormingsproces. Het doel van het arbeidsrecht ligt in het verlengde daarvan. Het arbeidsrecht heeft mede tot doel de werknemer te verheffen tot volwaardig burger, zodat deze kan participeren in het democratische besluitvormingsproces. Alvorens men zich de noodzaak tot de verheffing van de werknemer realiseerde, diende het besef door te dringen dat slechts formele gelijkheid niet kan leiden tot gelijke kansen door ongelijkheden in persoonlijke kwaliteiten en economische macht.

De eerste sporen van dat besef drongen halverwege de vorige eeuw al door. In de liberaal-klassieke grondwet van 1848 werd het summum van het functioneren als volwaardig staatsburger, het actieve en passieve kiesrecht, voorbehouden aan een beperkte groep burgers. Het uitoefenen van kiesrecht werd afhankelijk gesteld van de uitkomsten van de economische wedloop, en afhankelijk gesteld van grondbezit, inkomen en positie.¹ Thorbecke zag, in 1844, in het niet-algemene kiesrecht geen strijd met de klassiek-liberale opvatting:

'In het oog der wet onzer dagen is men zonder bezit niet zelfstandig. Die niet heeft of in zijn onderhoud naauwelijks kan voorzien, hangt van anderen af. Zijn blik, gebonden aan de eigen dagelijkse behoefte, kan zich tot de algemeene zaak niet verheffen. Men wordt geroepen in de veronderstelling, dat men een eigen wil hebbe. Hoe zou jij, die niet vrij is, die niet over zoveel uitwendig goed gebiedt om zich zelven te helpen, kunnen regeren? De wet wordt dus, al ontzegt zij het stemmen aan hen, welke de noodige vrijheid missen, het stelsel van algemene stembevoegdheid niet ongetrouw.'²

Maar toch zag ook Thorbecke reden tot zorg omdat hij van mening was dat het

'(..) hedendaagsche staatsburgerlijke stemregt (..) een algemeen stemregt tot beginsel heeft.(..) Doch wanneer in een staat, waarin de nijverheid, door de bezitters van groote kapitalen beheerd, meer en meer maatschappelijken hoofdmagt wordt, negentig van de honderd vruchteloos zwoegen om door eigen vlijt den prijs der stemgeregtigdheid goed te maken, is er strijd tusschen stoffelijke huishouding en Staatsbeginsel. (..) Kapitaal trekt kapitaal aan (..). Wanneer met toenemende rijkdom aan de eenen, armoede zich aan de andere kant uitbreidt (..): wat is de wetgeving die allen Staatsburgerschap aanbiedt onder eene door weinigen bereikbare voorwaarde, wat is die wetgeving, tenzij ironie?'³

1 Burkens 1990, p. 12.

2 Thorbecke 1844, p. 276.

3 Thorbecke 1844, p. 277.

Vanuit deze staatsrechtelijke optiek was de geestelijke en materiële verheffing van de werknemer dus noodzakelijk.

3.1 Het arbeidsrecht vóór 1907

Na de Franse revolutie werden in naam van de absolute vrijheid door de Constituante bij het decreet van 17 juni 1791 alle gilden opgeheven en ontbonden.⁴ Deze beslissing kan niet los worden gezien van de eerder weergegeven ontwikkeling van de grondrechten. Het gildenstelsel, met het verplichte lidmaatschap en concurrentiebeperkende regelingen, werd beschouwd als een ontoelaatbare beperking van de aan de mens toekomende vrijheden.⁵ In 1811 werd een strafrechtelijk verbod tot 'zamenspanning of vereeniging van de zijde der werklieden, om tegelijkertijd het werk te doen ophouden (..) en in het algemeen, om den arbeid te doen staken (..) van kracht.⁶ Daarmee werd ook het vormen van vakbonden ernstig belemmerd, om niet te zeggen onmogelijk gemaakt. Pas in 1872⁷ werd het verbod in Nederland opgeheven. Rond deze tijd ontstonden de eerste vakbonden.⁸ Elders in Europa was het coalitieverbod reeds eerder ingetrokken.

De vrijheid waarop de eerste constituties geënt werden was die van de zuiver liberale school. Deze werd door Prof. Vissering, die Thorbecke opvolgde als hoogleraar te Leiden, als volgt weergegeven: 'Daar is geen krachtiger en heilzamer prikkel om zoo veel en zoo goed mogelijk te arbeiden, dan elks eigenbelang; de vrije mededinging doet dit streven naar eigen bijzonder voordeel ten slotte altijd ter nutte der maatschappij werken'.⁹ De contractsvrijheid had een bijna onaantastbare status, terwijl de wetgever inmenging in hetgeen tot

4 Zie Quack 1915, p. 159.

5 Zie voor deze ontwikkeling Diepenhorst 1921, p. 2 e.v., met name p. 44.

6 Art. 415 Code Pénal 1811, geciteerd uit Mok 1936, p. 42.

7 Wet van 12 april 1872, *Stb.* 24, naar aanleiding van de ophief die ontstond na veroordeling van een stakingsleider in 1869, zie Mok 1936, p. 43.

8 De Algemene Nederlandse Typografenbond was de eerste en werd opgericht in 1866. Mok 1936 p. 44

9 Quack 1915, p. 43.

het privaat(-recht) behoorde niet als taak zag.¹⁰ Met deze opvatting is de invoering van beschermende wetgeving niet eenvoudig te verenigen. Het werd echter steeds moeilijker de zeer grote maatschappelijke noden van de werknemers te rechtvaardigen. Omdat de rol van de vakbeweging aan het eind van de 19e eeuw nog zeer gering was, is het inzicht dat beschermende wetgeving noodzakelijk was via de progressief-liberale stroming het Nederlandse recht binnengekomen. Die ontwikkeling vangt aan met het kindernetje van Van Houten (1874).

Vòòr de invoering van de Wet op de arbeidsovereenkomst handelden slechts drie artikelen uit het Burgerlijk Wetboek over de 'huur van dienst- en werkboden', namelijk de artikelen 1637, 1638 en 1639. Het eerste bepaalde dat men zijn diensten slechts voor een bepaalde tijd of onderneming kan verbinden: het tweede dat de meester op zijn woord wordt geloofd ten aanzien van de hoogte van het loon, de betaling daarvan over de afgelopen periode en ten aanzien van de duur van de overeenkomst. Artikel 1639 BW ten slotte bepaalde dat indien de overeenkomst voor een bepaalde duur is gesloten, deze niet tussentijds kan worden opgezegd, tenzij de meester zes weken loon betaalt, of, als de werk- of dienstbode zonder wettige reden de dienst verlaat, deze al het verdiende loon verbeurt. In de rechtspraak leidde toepassing van deze artikelen ertoe dat de werknemer geen beroep kon doen op de billijkheid.¹¹ De opsteller van het ontwerp van de

10 Illustratief is dat verband is het Voorlopig Verslag bij de Staatsbegroting van 1901: "Te Leeuwarden zijn onlangs werklieden aan de kartonfabriek ontslagen, omdat zij eene vereniging hadden willen oprichten en daartoe eene vergadering hadden belegd. Later zijn er sommigen weer aangenomen, maar onder ongehoord strenge voorwaarden. Zij zouden niet mogen spreken met de uitgestoten werklieden en geen brood mogen kopen bij fabrikanten en verkoopers, die door brood te leveren aan de staakers hen zijdelings steunden". De regering weigerde over te gaan ontslagen op dergelijke gronden te verbieden: "Maar bovendien, gesteld dat het verbod wel tot het beoogde doel kon leiden, dan zou de wetgever zich daarvan moeten onthouden, omdat de verbodsbepaling zou zijn eene miskenning van het recht des werkgevers, die, evenals ieder ander vrij moet zijn om contracten te sluiten naar eigen goedvinden en, behoudens zijn civielrechtelijke verantwoordelijkheid, te doen eindigen. (..)", geciteerd uit Biesheuvel 1981, p. 149 e.v.

11 Canes 1908, p. 7.

wet op de arbeidsovereenkomst, H.L. Drucker, was over dergelijke rechterlijke beslissingen niet te spreken: 'Zij strekken onze rechtspraak waarlijk niet tot sierraad.'¹²

3.2 Het belang van het arbeidsrecht voor de positie van de werknemer

In 1909 had de invoering van de arbeidsrechtelijke bepalingen in het Burgerlijk Wetboek vooral tot doel de onbeperkte bevoegdheid van de werkgever om arbeidsvoorwaarden en -inhoud te dicteren aan banden te leggen. De bescherming van de in ondergeschiktheid werkende mens tegen diens economisch sterkere werkgever stond voorop.¹³ Die bescherming diende zowel de materiële als de geestelijke en zedelijke levensstandaard te verbeteren.¹⁴ Daarbij stond de wetgever voor ogen dat de werknemer zijn belangen niet goed zelf kon beoordelen,¹⁵ en zeker niet goed kon vertegenwoordigen. Dat blijkt ook wel uit de verdere motivering waarmee het wetsvoorstel aan de Tweede Kamer werd aanbevolen:

'In privaatrechtelijke zin wordt hem rechtszekerheid verschaft en hem een leidraad geschonken, waarvan opvoedende kracht uitgaat en dat dit een en ander tot zijne sociale verheffing kan bijdragen is een voordeel van grooter waarde dan de enkele stuivers of guldens meer aan weekloon verdiend'.¹⁶

Het belang van de Wet op de arbeidsovereenkomst werd dus mede gemotiveerd met de noodzaak tot sociale verheffing van de werknemer.

Wat precies onder die sociale verheffing van de werknemer moest worden verstaan werd nergens duidelijk gemaakt, er werden slechts

12 H.L. Drucker, *Rechtsgeleerd Magazijn* 1894, p. 499.

13 L.H. van den Heuvel, 'Ondergeschikt?', in: Loonstra/Staal & Zeijlstra 1996, p. 35.

14 Bles 1907, p. 6.

15 In die zin G.J.J. Heerma van Voss, 'Van onmondige arbeider tot calculerende burger', in: Loonstra/Staal & Zeijlstra 1996, p. 142.

16 Antwoord der Reegering n.a.v. het Voorlopig verslag der Eerste Kamer, geciteerd uit Bles 1907, p. 63

vage noties gegeven.¹⁷ In de (klassieke) katholieke visie komt die er op neer dat de mens, die arbeid moet verrichten, zich lichamelijk, geestelijk en zedelijk zal moeten kunnen ontwikkelen, als lid van de Staat en van andere gemeenschapskringen. Als godsdienstig wezen heeft hij plichten te vervullen en rechten uit te oefenen.¹⁸ De liberale visie legt bij de totstandkoming van het arbeidsrecht de nadruk op de ethische, de zedelijke noodzaak en de gemeenschapszin.¹⁹ Bij de socialistische visie staat de verheffing van de klasse van arbeiders voorop, door een verdeling van macht, kennis en middelen, welke door de klassenstrijd, of in een latere visie door de vakbeweging,²⁰ diende te worden gerealiseerd. Waar het naar mijn mening op neer komt, is dat de werknemer zich zou verheffen uit zijn slechte economische en onmondige sociale positie en zou ontwikkelen tot een mondig burger.²¹

3.3 De verheffing van de werknemer

In het begin van deze eeuw voelde de werknemer zijn feitelijke ongeschiktheid zwaar. De werkgever benaderde hem in de positie van ondergeschikte, terwijl zijn economische afhankelijkheid van de arbeid hem individueel geen ruimte liet die positie te veranderen. Tegen dat feitelijke overwicht van de werkgever werd de collectivering van belangen van de werknemers gesteld, waarvan CAO's wel het beste

17 De regering meende dat de wet op de arbeidsovereenkomst in de rij van wettelijke maatregelen van sociale rechtvaardigheid een voorname plaats zou innemen, zie Bles 1907, p. 8. Zie bijv. M.G. Levenbach, die steeds benadrukt dat het arbeidsrecht streeft naar meer sociale gerechtigheid, bijv. in 'Waar staan wij met het arbeidsrecht'. Zie ook Van Esveld 1952, p. 19, die spreekt van materiële en geestelijke zekerheid, "dat wil dus zeggen het vastleggen en verzekeren van een toestand, waarin de arbeidende tegen materieel en geestelijk verval is beschermd."

18 Nolens 1909.

19 Zie Molenaar 1953, p. 341 e.v.

20 Zie Mok 1935, p. 5.

21 In die zin Van Esveld 1946, p. 205: "Het arbeidsrecht beoogt daar in te grijpen, waar de sociale afhankelijkheid van sommige bevolkingsgroepen onder bepaalde omstandigheden het gevaar van aantasting van de volkskracht (...) kan betekenen", welke grondslag wordt beaamd door S. Mok, *Sociaal Maandblad* 1948, p. 20. Zie ook al de weergave van de opvatting van de socialist Tak door Quack 1915, p. 124.

voorbeeld zijn.²² Op deze wijze werd het evenwicht hersteld.

Het besef van de ondergeschiktheid is in de loop van de jaren minder geworden. In 1952 schreef Van Esveld²³:

'Bij de oplossing van het huidige sociale vraagstuk gaat het niet meer om de 'bescherming' van 'de onwaardige afhankelijkheid van het arbeidersbestaan', doch om het vorm geven en de verwezenlijking van gelijke rechten op economische en geestelijke ontplooiing. (...) De periode van arbeidersbescherming heeft afgedaan, die van zijn ontplooiing is begonnen.'

In de samenleving is (mede door de verheffing?) een duidelijke tendens tot individualisering te herkennen. Daardoor is een nieuwe generatie werknemers ontstaan: werknemers die beter zijn opgeleid, zich bewust zijn van de eigen mogelijkheden, maar ook van hun rechten en plichten en zich in staat achten zelf voor hun rechten op te komen. Door de inbedding van de arbeid binnen de werkorganisaties, waar niet het feitelijk leidinggeven maar de eigen werkzaamheid voorop staat, wordt feitelijke afhankelijkheid van de werknemer door hem nog zelden als zwaar ervaren. Deze nieuwe werknemers worden minder vanzelfsprekend lid van een vereniging van werknemers. Van Esveld wees op de verdeling in twee kanten die een Amerikaans psycholoog, Nathaniel Cantor, maakte in de menselijke psyche:

'Het zijn die tot gemeenschap met anderen (waaronder begrepen het met en door anderen zich zeker en geborgen willen weten) en die tot onderscheiding van anderen (tengevolge waarvan men zich eigen krachten en mogelijkheden bewust wordt). Naarmate een mens zich lichamelijk en geestelijk sterker gevoelt, zal hij groter neiging vertonen zich van de groep los te maken en zullen de t.b.v. die groep getroffen veiligheids- en zekerheidsmaatregelen hem eerder hinderen dan steunen.'²⁴

Maar de feitelijke macht tussen werkgever en werknemer is nu eenmaal

22 Zie hierover Rood 1997.

23 Van Esveld 1952, p. 3. Hierover ook H. Staal, 'Werving, selectie en ontslag; een uitstapje in reguleringsland 'mijn mond maakt mij meer mans' in: Loonstra/Staal & Zeijlstra 1996, p. 103

24 Van Esveld 1948.

ongelijk. Daardoor leiden de onderhandelingsposities op individueel niveau niet tot werkelijke vrije onderhandelingen. En hoewel de werknemer wel beter is opgeleid en meer kennis heeft dan ten tijde van de invoering van de eerste arbeidswetgeving, en zich op dat punt (in enige mate) kan meten aan de werkgever, heeft die toename geen gelijke tred gehouden met de verdeling van economische macht. In de woorden van Rood:

'In het algemeen geldt dat een goed opgeleide en uitstekend geïnformeerde werknemer, economisch gezien net zozeer kan zijn aangewezen op arbeid in ondergeschiktheid als zijn minder opgeleide en slecht geïnformeerde collega dat was en is.'²⁵

Ook voor de groepen werknemers die zich hebben ontwikkeld tot bijna zelfstandig functionerende 'medewerkers' die in staat moet worden geacht in redelijke mate voor de eigen rechten op te komen, geldt dat zij veelal economisch nog steeds afhankelijk zijn van het verrichten van arbeid bij de werkgever. Maar misschien meer nog dan economisch is thans de werknemer ook sociaal afhankelijk van het verrichten van zijn arbeid. Hij ontleent aan zijn werkkring sociale contacten, een mogelijkheid tot zelfontplooiing en een maatschappelijke positie.²⁶ De werknemer is dus nog steeds in grote mate afhankelijk van zijn werk in loondienst, zij het dat de economische afhankelijkheid in de loop der jaren gerelativeerd kan worden.

3.4 De ondergeschiktheid als wezenlijk element van de arbeidsovereenkomst

Mede door de verheffing van de werknemer heeft het begrip ondergeschiktheid als kenmerk van de arbeidsovereenkomst een andere invulling gekregen. Dat begrip is wel het element dat de arbeidsovereenkomst onderscheidt van aanverwante overeenkomsten, zoals het verrichten van enkele diensten. Desalniettemin is door die veranderde

²⁵ Rood 1997, p. 5.

²⁶ Zie voor gegevens hierover het al wat oudere rapport (1979) van de WWR, *Maken we er werk van?*, nummer 13, vooral p. 82 e.v.

invulling het begrip ter discussie komen te staan. Dat is met name aan Van der Ven te danken.²⁷

In zijn afscheidscollege, in 1972, stelt hij dat de nadruk op het gezagslement in een arbeidsverhouding binnen een geobjectiveerd organisatiesysteem zonder meer achterhaald is. In dat systeem staat de samenwerking voorop, het gezag is er slechts een functie van. Deze stelling heeft vele schrijvers een dankbaar onderwerp verschaft. Sommige daarvan menen, met Van der Ven, dat de conceptie van de gezagsverhouding bij het definiëren van de arbeidsovereenkomst achterhaald is en hebben gepleit voor een vorm van een samenwerkingscontract.²⁸ Deze benadrukken met name het duurelement van de arbeidsovereenkomst.

Anderen menen dat de ondergeschiktheid van de werknemer een kenmerk dient te zijn van de arbeidsovereenkomst, welke al²⁹ dan niet³⁰ kan worden weergegeven door de woorden 'in dienst', mits daarbij een aantal nuanceringen in acht worden genomen, of waarbij deze woorden worden gebruikt ter onderscheiding van het verrichten van arbeid in de uitoefening van een vrij beroep of bedrijf.³¹

27 Van der Ven 1972. Eerder bijv. I.A.C. van Haren, *Arbeidsrecht en sociaal recht*, Deventer 1971, en daarvoor hebben reeds de ondergeschiktheid ter discussie gesteld: W.F. de Gaay Fortman, *De onderneming in het arbeidsrecht*, Amsterdam 1936, H. Versloot, 'De grenzen der arbeidsovereenkomst', *SMA* 1952, p. 162 e.v. en P. Zonderland, *De onderneming*, Amsterdam 1959 en *Modern Arbeidsrecht*, Amsterdam 1972.

28 Bijv. H. Versloot, als in vorige noot, P. Zonderland, *Modern Arbeidsrecht*, Amsterdam 1972 p. 169 e.v. en Asser-Cochorst 1988, p. 12 e.v. R.C. Gisolf, *Ander werk*, Arnhem 1985, meent dat de ontwikkeling daartoe nog gaande is.

29 Bijv. T. Koopmans, *De begrippen werkmán, arbeider en werknemer*, Alphen aan de Rijn 1962, N.E.H. van Esveld, 'Het gezagslement in de arbeidsovereenkomst', in: *Aspecten van Arbeidsrecht*, Alphen aan de Rijn 1971. F.F.M. Stolk-wijk, *De definitie van de arbeidsovereenkomst*, Alphen aan de Rijn 1977 en Klijn 1992, p. 33-36.

30 Bijv. Een deel van de werkgroep uit de Vereniging voor Arbeidsrecht, *Opdracht, arbeidsovereenkomstencollectieve arbeidsovereenkomst*, 's-Gravenhage 1976 ('de arbeider zich ter beschikking stelt van de andere partij'), H. Naber, *De arbeidsovereenkomst in Nederland*, Deventer 1985 ('onder verantwoordelijkheid van de werkgever') : Van der Heijden 1991 ('onder zeggenschap van de werkgever').

31 Bijv. G.H.A. Schut, 'Medezeggenschap en gezag van de werkgever', *R.M. Themis* 1977 nr. 3, Van der Grinten 1994, p. 16 e.v.

Schuijt³² vatte in 1987 deze nuanceringen als volgt samen:

- ondergeschiktheid moet niet te persoonlijk worden opgevat;
- het werkgeversgezag bestaat niet zozeer uit feitelijke ondergeschiktheid van de werknemer, als wel in de mogelijkheid voor de werkgever de arbeidstaak nader te bepalen;
- voor bepaalde aspecten van de arbeid kan de werknemer vrijheid of eigen verantwoordelijkheid bedongen hebben;
- in twijfelgevallen zal het bestaan van ondergeschiktheid moeten blijken uit andere aspecten van de contractuele relatie en feitelijke omstandigheden.

De nuanceringen van Schuijt, die bestaan uit een combinatie van materiële en formele criteria, en met name de laatste nuancing, blijken tot op heden door de rechtspraak te worden gevolgd. Daarbij beoordeelt de Hoge Raad de vraag of aan het ondergeschiktheids criterium is voldaan afhankelijk van de vraag of het werk vanuit en voor een organisatorisch verband, een gestructureerde werkorganisatie, wordt verricht. Is dat het geval, dan wordt tevens beoordeeld of de betrokken werker vanuit de werkorganisatie aan instructiebevoegdheden onderworpen is. Is daarvan sprake, dan kan er sprake zijn van ondergeschiktheid.³³ Jansen en Loonstra³⁴ juichen deze jurisprudentie toe, omdat de ondergeschiktheid van de werknemer door de toenemende professionaliteit en zelfstandigheid van de werknemers steeds minder betrekking heeft op de inhoud van het werk, maar meer betrekking heeft op de wijze waarop partijen de overige contractuele relatie (voor wat betreft werktijden, het opnemen van vakantiedagen etc.) invullen. De gezagsuitoefening van de werkgever slaat niet meer zozeer op de werkinhoud, maar op de werkdiscipline.³⁵ Schuijt betoont zich evenzeer een voorstander van deze toepassing, maar bepleit een nog verdergaande 'abstrahering' van het gezags criterium, waarbij de inhoud van de arbeid op zich, en de wijze waarop anderen die arbeid verrichten, bepalend zou moeten zijn voor het aannemen van de ondergeschiktheid.

32 Schuijt 1987, p. 183.

33 Zie bijv. HR 14 november 1997, *JAR* 1997/263 en de overige door C.J.H. Jansen en C.J. Loonstra, 'Erosie in de gezagsverhouding: de koers van de Hoge Raad', *NJB* 1998, p. 817 e.v. besproken arresten.

34 Zie vorige noot.

35 L.H. van den Heuvel: *Ondergeschikt?*, in: Loonstra/Staal & Zeijlstra 1996, p. 47.

'De agenda van de Tweede Kamer bepaalt de werkzaamheden van de Haagse correspondent. Dat zal dan ook de leidraad moeten zijn bij het antwoord op de vraag of een correspondent 'in dienst' is. Bestaat er de verplichting arbeid te verrichten wanneer dat gevraagd wordt of wanneer verwacht wordt dat de journalist op eigen initiatief, gedicteerd door het nieuws, in het geweer komt?'³⁶

Uit de jurisprudentie blijkt dat het element van ondergeschiktheid, zij het meer bezien als formele ondergeschiktheid, geldt als voorwaarde voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst. De ondergeschiktheid van de werknemer geldt dus nog immer als uitgangspunt, maar duidelijk is dat de werknemer een grote eigen verantwoordelijkheid en zelfstandigheid kan hebben bij het invullen van de arbeidstaak en het uitvoeren van zijn verplichtingen op grond van de arbeidsovereenkomst. De ondergeschiktheid is dus minder op de werknemer 'persoonlijk' gericht, maar meer op de omstandigheden waaronder hij zijn arbeid dient te verrichten.

Hoezeer de wijze waarop de werknemer ondergeschikt is ook aan veranderingen onderhevig is, die ondergeschiktheid blijft het essentiële kenmerk van de arbeidsovereenkomst. Dat gegeven kan niet los worden gezien van het feit dat het begrip 'arbeid' in de wet niet nader wordt gedefinieerd. Uitgangspunt bij de arbeidsovereenkomst is dat de werkgever de arbeidstaak van de werknemer nader mag invullen op grond van zijn directierecht. Daarbij tekent zich een ontwikkeling af waarbij de rechtspraak de arbeidsovereenkomst steeds meer plaatst binnen de organisatie van de werkgever als samenwerkingsverband. Bij deze ontwikkeling past de opvatting dat de werknemer zich dient aan te passen aan de noden van de organisatie van de werkgever. De werknemer kan daartoe worden verplicht op grond van de bepaling dat hij zich dient te gedragen als goed werknemer.³⁷ Het feitelijke gevolg voor de werknemer is dat hij zich dient te richten naar het belang van de (organisatie van de) werkgever, zodat, als de ondergeschiktheid al meer wordt gerelativeerd, daarvoor het goed werknemerschap in de plaats treedt.

36 G.A.I. Schuijt, 'Hoofredacteur, imam en dominee', in: Betten e.a. 1997, p. 256.

37 Zie HR 26 juni 1998, *JAR* 1998/199 en *NJ* 1998, 767 (*Van der Lely/Taxi Hofman*)

3.5 Grondrechten en het arbeidsovereenkomstenrecht

Uit het bovenstaande blijkt wel dat de klassieke uitgangspunten van het privaatrecht in eerste instantie en met name door het arbeidsrecht worden doorbroken, maar dat de grondrechten daarbij geen rol van betekenis hebben gespeeld. Dat wekt verbazing. In de woorden van Rauws en Schijvens:³⁸

'Het arbeidsrecht neemt toch, anders dan de meeste overige private rechtstakken, afstand van een puur liberaal rechtsmodel? In het arbeidsrecht wordt dan toch het dogma doorbroken als zouden de rechtsbetrekkingen tussen particulieren als vanzelf verlopen in een sfeer van vrijheid en gelijkheid? (..) Waarom werden dus de proposities van het arbeidsrecht niet doorgetrokken naar het vlak van werknemers fundamentele rechten en vrijheden?'

De schrijvers komen vervolgens tot de conclusie dat deze ontwikkeling is te verklaren omdat het arbeidsrecht enerzijds en het leerstuk van fundamentele rechten anderzijds tot geheel verschillende tradities behoren, maar vooral omdat 'de dragers van de eigenheid van het arbeidsrecht, de syndicale organisaties met name, zich niet typisch op het vlak van de grondrechten begeven.' Voor Nederland lijkt me een verklaring voor de opvallende afwezigheid van grondrechten bij de ontwikkeling van het arbeidsovereenkomstenrecht niet wezenlijk anders.³⁹ Pas ongeveer de laatste vijftien jaar hebben arbeidsrechtelijke auteurs,⁴⁰ de wetgever⁴¹ maar ook de vakbeweging⁴² duidelijke belangstelling voor de werking van grondrechten in de arbeidsovereenkomst.

38 Rauws & Schijvens 1982, p. 167 e.v.

39 Zie ook Biesheuvel 1981.

40 Een hernieuwde belangstelling voor grondrechten van werknemers is te herkennen na de oratie van Van der Heijden in 1988. Zie voor de periode daarvoor Biesheuvel 1981.

41 Zie het voorstel van de kamerleden Franssen, Roethof en Van Thijn, *Kamerstukken II* 1975-1976, 13 872, nr. 6, p. 21-28.

42 In 1983 verscheen een studie van de FNV over gewetensbezwaren in de werksituatie. In maart 1999 verscheen een standpuntbepaling in een inventariserende notitie van de FNV: *Onder geen beding, over de grondrechten van werknemers*.

De werking van grondrechten in de arbeidsovereenkomst

4 Waarom zou de werking van grondrechten in de arbeidsovereenkomst anders zijn?

Eerder, in hoofdstuk 2.6, is geconcludeerd dat de toelaatbaarheid van een beperking van de uitoefening door een werknemer van een grondrecht in hoofdlijnen wordt beoordeeld aan de volgende vragen:

- is de beperking contractueel overeengekomen, dan wel wat is de aard van de contractuele (horizontale) verhouding waarbinnen een beroep op dat grondrecht wordt gedaan?;
- wat is de aard van het grondrecht, waarop een beroep wordt gedaan?;
- is de inbreuk op de uitoefening van het grondrecht evenredig?

Er zijn twee redenen waarom grondrechten een andere horizontale werking in het arbeidsrecht zouden hebben dan in andere rechtsgebieden. Dat is enerzijds door het gegeven dat de arbeidsovereenkomst een bijzondere overeenkomst is vanwege het vereiste van ondergeschiktheid van de werknemer, en anderzijds door het gegeven dat het arbeidsrecht verhoudingsgewijs meer vage normen kent dan andere rechtsgebieden.

De werkgever is in de contractuele relatie die uit de overeenkomst voortvloeit bovengeschild aan de werknemer, de werkgever kan gezag uitoefenen. Waar de grondrechten juist de bedoeling hebben om de burger als zwakke partij tegen het gezag van de overheid te beschermen ligt een vergelijking met de bescherming van de werknemer door grondrechten ten opzichte van zijn werkgever voor de hand. Alle nuanceringen van de ondergeschiktheid van de werknemer ten spijt zou uit dat bijzondere element van de arbeidsovereenkomst ook een bijzondere werking van grondrechten afgeleid kunnen worden. De

verhouding tussen werkgever en werknemer is immers niet horizontaal, maar in veel gevallen verticaal.¹ Die bijna verticale verhouding zou kunnen leiden tot een sterkere (of zelfs directe) werking van grondrechten dan in de horizontale verhouding tussen gelijkwaardige partijen het geval is. In de literatuur bestaat de bereidheid om (mede) vanwege het bijzondere van de arbeidsovereenkomst ook een andere werking van grondrechten aan te nemen.² In de arbeidsrechtelijke jurisprudentie is een dergelijke andere werking van grondrechten nimmer aangenomen, hoewel advocaat-generaal Mok er in een tweetal conclusies³ wel op zinspeelde. Dat betekent niet dat er helemaal geen rekening wordt gehouden met de hoedanigheid van de partij die zich beroept op een grondrecht, maar dat de werking van grondrechten niet anders wordt door de ondergeschiktheid van de werknemer.

De vele vage normen vergemakkelijken de indirecte horizontale werking van grondrechten. De beoordeling van de werking van een grondrecht in arbeidsrechtelijke verhoudingen voltrekt zich in hoofdzaak langs de weg van de beoordeling van de omstandigheden van het geval. Naast de selectie van de omstandigheden speelt ook de waardering van de omstandigheden van het geval een belangrijke rol bij de invulling van de norm. Pas uit de omstandigheden kan worden afgeleid welke de inhoud van de norm moet zijn.⁴ Die omstandigheden kleuren de norm. Duidelijk is dat de ruimte tot die inkleuring vele malen groter is wanneer het gaat om een vage norm. Een vage norm is een norm die zonder nadere invulling geen concrete toepassing kan krijgen.⁵ Het arbeidsrecht kent door het specifieke karakter verhoudingsgewijs veel vage normen.⁶ Daarom leent het arbeidsrecht zich beter dan andere rechtsgebieden voor de indirecte werking van grondrechten. Maar de Hoge Raad is nooit zover gegaan te stellen dat in de Grondwet

1 Tjittes 1994, p. 13 e.v., die overigens de vage normen niet in zijn beschouwingen betreft.

2 Schuijt 1987, p. 194, Van der Heijden 1988, p. 21, Alkema 1995, p. 30, Grapperhaus 1995, p. 91, De Vries 1996, p. 118. Zie voor een verdere opsomming: Verhulp 1996, p. 61.

3 Bij de zaken HR 30 maart 1984, *NJ* 1985, 350 (*De Venhorst-Inan*) en HR 20 april 1990, *NJ* 1990, 702 (*Meijer-De Schelde*).

4 In die zin Schoordijk 1972.

5 Zie over vage normen Barendrecht 1992 en voor een verder overzicht van de literatuur: Verhulp 1996, p. 49-59.

6 Heerma van Voss 1993, p. 13 e.v.

of de grondrechten zelf een aanknopingspunt voor de invulling van vage arbeidsrechtelijke normen gevonden zou kunnen worden.⁷ In het arrest AGFA-Schoolderman⁸ stelde de Hoge Raad dat de rechter ook bij de toepassing van goed werkgeverschap verplicht is het algemeen erkende rechtsbeginsel dat gelijke arbeid in gelijke omstandigheden op gelijke wijze beloond moet worden tenzij een objectieve rechtvaardigingsgrond een ongelijke beloning toelaat, bij de beoordeling in aanmerking dient te nemen. Het grondrecht van gelijke behandeling (art. 1 GW) wordt dus niet toegepast, maar het (achterliggende) rechtsbeginsel.⁹ Op deze wijze werken de grondrechten over het algemeen ook door in andere rechtsgebieden. De grondrechten werken in het arbeidsrecht dus in hoofdzaak door op grond van een zuivere privaatrechtelijke rechtsvinding. Het veelvuldig voorkomen van vage normen in het arbeidsrecht leidt niet tot een andere toepassing van de grondrechten.

4.1 Horizontale werking van grondrechten in de arbeidsovereenkomst volgens de jurisprudentie

4.1.1 *Ook al is de beperking overeengekomen, de evenredigheid wordt getoetst*

Bij de belangenafweging, ter beoordeling van de toelaatbaarheid van een beperking van de uitoefening van grondrechten door de arbeidsovereenkomst, is een aantal specifieke omstandigheden aan te wijzen die de rechter in hoofdlijnen in ogenschouw neemt. Allereerst is van belang de vraag op welke wijze de beperking in de uitoefening van grondrechten voor de werknemer is ontstaan. Het antwoord daarop is mede van belang voor de beoordeling van de beperking.¹⁰ Als

7 In het personen- en familierecht evenmin, hoewel de HR daar wel heel dicht bij de directe toepassing van de grondrechten is gekomen. Zie bijv. HR 15 april 1994, NJ 1994, 608 (Valkenhorst).

8 HR 8 april 1994, NJ 1994, 704, JAR 1994/94.

9 Grapperhaus 1995, p. 89 en Verhulp 1996, p. 56.

10 Zie voor een opsomming van de afwegingsfactoren die een rol spelen bij de vraag of iemand in het algemeen kan worden gehouden aan een gesloten overeenkomst: Van Erp 1990, p. 295-296.

de beperking expliciet is overeengekomen, geldt als eerste voorwaarde voor de toelaatbaarheid van die beperking dat deze door de werknemer bewust is aanvaard en dus expliciet moet zijn overeengekomen. Het is niet voldoende om de statuten bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst uit te reiken waaruit blijkt dat voorwaarde voor het bestaan van de arbeidsovereenkomst het lidmaatschap van een bepaald kerkgenootschap is.¹¹ Indien de beperking expliciet is overeengekomen dan moet vervolgens worden onderzocht of die beperking tot stand is gekomen zonder dwang en door partijen in een vergelijkbare machtspositie. Uit de rechtspraak blijkt dat hieraan niet al te hoge eisen worden gesteld: meestal wordt overwogen dat de beperking vrijwillig is aanvaard.¹²

Vervolgens blijkt dat het feit dat een beperking van de uitoefening van een grondrecht is overeengekomen niet betekent dat de rechter een dergelijke beperking dan ook zonder meer aanvaardt. Hoewel de contractsvrijheid als een belangrijke peiler van het civiele recht wordt beschouwd, lijkt dat belang in het arbeidsrecht steeds minder te worden. Onmiskenbaar is er een ontwikkeling gaande waarbij de tussen werkgever en werknemer gesloten arbeidsovereenkomst minder waarde krijgt.¹³ Aan de contractsvrijheid wordt ook in andere rechtsgebieden maar relatieve betekenis toegekend als een beperking van grondrechten in het geding is.¹⁴ Soms wordt een contractuele bepaling als één van de omstandigheden van het geval in ogenschouw genomen, zonder daar ook maar enige waarde aan toe te kennen,¹⁵ soms wordt er wel enige waarde aan toegekend, maar prevaleert het door het grondrecht beschermde belang.¹⁶ Soms ook wordt eenvoudig aangenomen dat de beperking overeengekomen is, en dus geldig, en blijft een verdere belangenafweging achterwege. Of een dergelijke beslissing (mede)

11 Ktg. Amersfoort 20 juli 1987, *PRG* 1988, 2942. Voor art. 19 lid 3 GW heeft de HR dat uitdrukkelijk verworpen HR 1 juli 1997, *JAR* 1997, 201.

12 Bijv. Ktg. Amsterdam 11 februari 1983, *AB* 1983, 277 (Bhagwankleding van onderwijzer), over deze casus Van Baarda 1992, p. 417 e.v., en Ktg. Rotterdam 3 augustus 1994, *JAR* 1994/206.

13 Dat is af te leiden uit onder meer HR 26 juni 1998, *JAR* 1998/199 en *NJ* 1998, 767 (*Van der Lely/Taxi Hofman*) en het wetsvoorstel aanpassing arbeidsduur (*Kamerstukken II* 1998-1999, 26 358, nr. 2).

14 Verhey 1992, p. 316.

15 Bijv. Ktg. Rotterdam 3 augustus 1994, *JAR* 1994/206.

16 Bijv. Ktg. Amsterdam 28 april 1992, *JAR* 1992/45.

berust op de gedachte dat de overeengekomen beperking niet onevenredig is, blijft in het ongewisse.

Indien de contractuele beperking dat niet bij voorbaat in de weg staat, wordt getoetst of de beperking evenredig is.¹⁷ De voorwaarde van evenredigheid heeft in de jurisprudentie lange tijd weinig aandacht gehad.¹⁸ Toch leidt juist de eis dat een beperking evenredig moet zijn tot een afweging van belangen, waarbij de omstandigheden van het geval steeds als een toverformule de doorslag geven. Een beperking van een grondrecht door de werkgever moet een gerechtvaardigd doel dienen, die de beperking kan rechtvaardigen.¹⁹ Daarbij moet de beperking krachtens het subsidiariteitsbeginsel voldoen aan de eis dat er geen andere, minder ingrijpende wijze voorhanden is om tot hetzelfde doel te komen en dat die tot een minimum wordt beperkt.²⁰

Onder de omstandigheden van het geval die een beperking van de uitoefening van grondrechten door werknemers rechtvaardigen, vallen er drie op, die in het kader van de evenredigheidstoets van eminent belang zijn. Uit de rechtspraak is af te leiden -expliciete overwegingen terzake ontbreken- dat van groot belang is wat de aard is van het grondrecht waarvan de werknemer de bescherming inroept en welke de beleving van de werknemer is bij de beperking van de uitoefening van een grondrecht. Ten tweede blijkt van belang te zijn het doel van de arbeidsovereenkomst, en ten derde het doel dat de werkgever nastreeft.

4.1.2 *De aard van het grondrecht en de oprechtheid van de uitoefening daarvan*

Klassieke grondrechten kunnen naar functie onderscheiden worden. Sommige van deze grondrechten hebben mede tot doel bij te dragen

17 Op grond hiervan werden bepalingen in de pachtovereenkomst, houdende een einde indien de pachter van geloofsovertuiging veranderde, nietig verklaard. Zie bijv. al: pachtkamer Hof Arnhem 25 oktober 1948, *NJ* 1949, 331.

18 Zie bijv. Ktg. Haarlem 20 juli 1962, *NJ* 1963, 101, HR 31 oktober 1969, *NJ* 1970, 57 (*Mensendieck I*) en HR 18 juni 1971, *NJ* 1971, 407 (*Mensendieck II*) waarin centraal stond een beding waarmee een bijna 19-jarige leerlinge zich verbond om voor het leven geen Mensendieck-onderwijs te geven indien zij de opleiding niet zou afronden.

19 In die zin bijv. Hof Den Bosch 2 juli 1986, *NJ* 1987, 452 (*KOMA*).

20 Zie CGB 23 november 1998, *JAR* 1998/68.

aan de democratische inrichting van de samenleving.²¹ Het gaat daarbij met name om de vrijheden van meningsuiting, vergadering, vereniging en betoging. Juist in die functie van grondrechten kan een rechtvaardiging gevonden worden voor een sterke horizontale werking. In de literatuur is er wel voor gepleit om beperkingen van de klassieke 'democratische' grondrechten nog minder toe te laten dan van de overige klassieke grondrechten.²² In de jurisprudentie is voor een dergelijke opvatting ook enige aanleiding te vinden, zeker voor zover het gaat om de beperking van de vrijheid van meningsuiting.²³ Dat is ook verklaarbaar omdat juist bij de onbelemmerde uitoefening van 'democratische' klassieke grondrechten niet alleen het persoonlijk belang van de werknemer is betrokken, maar ook een groot maatschappelijk belang.

Het maakt verschil of de werknemer zijn kleding op godsdienstige of levensbeschouwelijke gronden dan wel op persoonlijke voorkeur kiest. Dat verschil leidt er toe dat de arbeidsovereenkomst met een islamitische kapster die een hoofddoekje gaat dragen of met een Sikh die zijn baard laat staan en een tulband gaat dragen niet wegens een gewichtige reden ontbonden kan worden en een arbeidsovereenkomst met een supermarkt-medewerker die een staartje laat aangroeien, wel.²⁴ Dat verschil is verklaarbaar omdat de eerste twee werknemers een beroep kunnen doen op de vrijheid van godsdienst en de laatste werknemer niet een grondrecht kan aanwijzen dat zijn 'dracht' zonder meer beoogt te beschermen. Maar wat nu als de werknemer met een staart stelt die staart te dragen op grond van zijn levensbeschouwing of geloofsovertuiging?²⁵ Mag een rechter zich wagen aan een inhoudelijke beoordeling van een beroep op een grondrecht?

De Nederlandse Grondwet is in beginsel waarde-vrij. Iedere burger kan ongeacht zijn motieven in verticale verhoudingen een beroep doen

21 Zie paragrafen 1.2 en 2.1.

22 Vooral door Peeters 1981.

23 Zie verder Deel II, 7.

24 Hierover G.J.J. Heerma van Voss, 'Werknemer met staartje', *NJCM-Bulletin* 1993, p. 919 en 'Werkneemster mag hoofddoek dragen', *NJCM-Bulletin* 1994, p. 574.

25 Zo onwaarschijnlijk is dat niet, zie Van Baarda 1992 en het door hem in de stellingen opgenomen voorbeeld van de vrouw die van haar werkgever vrij verlangde op een voor haar belangrijk godsdienstige dag, namelijk de dag ter herdenking van een in de 17e eeuw verbrande ketter.

op een grondwetsbepaling, uiteraard behoudens de krachtens de beperkingsclausules gestelde beperkingen. Dat betekent dat ook die uitingen, die er op zijn gericht om de democratische rechtsstaat te vernietigen, de grondwettelijke bescherming genieten.²⁶ Het is de vraag of het uitgangspunt, dat de intenties waarmee het grondrecht wordt ingeroepen, van geen belang is, ook zou moeten gelden voor horizontaal werkende grondrechten. In de praktijk blijkt daarvan weinig.

De vraag die zich bij de met de horizontale werking van grondrechten samengaande belangenafweging meteen opdringt is: welke criteria gelden bij de inhoudelijke beoordeling van een beroep op een grondrecht. In de woorden van De Winter:²⁷

'Is de ene drijfveer dan toch honorabeler dan de andere, en is het daarbij aan de staat om een voorkeur uit te spreken? Licht het niet meer voor de hand de beerput van onze motieven -waarin schijn zo vaak bedriegt- stevig gesloten te houden? En geldt dat niet in het bijzonder voor rechters?'

De Nederlands jurisprudentie geeft mooie voorbeelden van rechters die zich niet willen mengen in de 'oprechtheid van de grondwettelijke bedoeling' van de werknemer, maar die toch zeker (noodzakelijkerwijs) aan de grenzen daarvan raken. Een wegenwachter (die, hoe kan het ook anders: Van de Weg heet) die de rechter vraagt van recht te verklaren dat de ANWB niet als goed werkgever handelt door hem niet in staat te stellen -gezien zijn werktijden- iedere zondag twee maal daags naar de kerk te gaan, weigert wel een andere, hem aangeboden, passende functie mede vanwege het gemis aan overwerkvergoeding. De kantonrechter acht die weigering niet redelijk. Hoewel dat nergens

26 Dat spreekt niet voor zich. In Duitsland is gekozen voor een 'wehrbare Demokratie', hetgeen betekent dat grondrechten niet kunnen worden ingeroepen door diegenen die ze benutten om zich te verzetten tegen de 'freiheitliche demokratische Grundordnung'. Zie hierover Bellekom 1987 en Verhulp 1996, p. 263 e.v.. Deze opvatting leidt tot interessante jurisprudentiele beschouwingen, zoals de overweging waarin de Scientology Church wordt beschouwd slechts als een voorwendsel van geloofsbeschouwing om geld te verdienen (BAG 22 maart 1995, *NJW* 1996, p. 143 e.v.) en de Jehova's Getuigen geen rechtspersoonlijkheid toekomt wegens gebrek aan loyaliteit aan de democratische rechtsorde (BVerwG 16 juni 1996, 7 C 11/96 (Berlin), *NJW* 1997, 2396 e.v.).

27 R.E. de Winter, 'Godsdienst als alibi', *NJB* 5 januari 1996, p. 6.

wordt overwogen, ademt uit de beslissing dat de rechter meent dat werkelijk zwaarwegende godsdienstige bezwaren de werknemer er wel toe zouden hebben geleid de hem aangeboden passende functie te aanvaarden.²⁸ Mede daarom valt de belangenafweging voor de werknemer nadelig uit. De Winter²⁹ heeft er op gewezen dat beslissend is dat er geen mensen worden weggecijferd, op welke grond dan ook. Hoewel die stelling in zijn algemeenheid alleen maar toegejuicht kan worden, wordt de werking van grondrechten daardoor niet duidelijker. Maakt het dan geen verschil meer of een beroep van een werknemer een grondslag kan vinden in een grondrecht of niet?

Naar mijn mening zal dat verschil er wel moeten zijn. Het dragen van een baard op grond van godsdienstige argumenten is van zwaarwegender belang dan het dragen van een baard uitsluitend vanwege het argument dat het afscheren ervan zo'n fysieke belasting is. Het zodanig willen worden ingeroosterd op zondag om die dag twee maal de kerk te kunnen bezoeken weegt als belang zwaarder dan de mogelijke wens van andere werknemers om op zondag vrijgeroosterd te willen worden zonder dat daarvoor concrete belangen of redenen zijn gesteld.³⁰ Uit de jurisprudentie blijkt van een dergelijke op (de functie van) grondrechten gerichte belangenafweging veelal niets. De door grondrechten beschermde wensen van werknemers zullen moeten kunnen weggewogen, ook tegen belangen die geen grondwettelijke bescherming hebben, maar uitsluitend met een deugdelijke motivering. Bij de belangenafweging zal toch tot uiting moeten komen wat het belang is van de uitoefening van het grondrecht door de werknemer voor hem en voor de samenleving voordat dat belang juist gewogen kan worden tegen het belang van de werkgever bij beperking. In de jurisprudentie wordt nauwelijks inzichtelijk gemaakt of de 'zwaarte' van het horizontaal werkende grondrecht in de belangenafweging is betrokken, hetgeen naar mijn mening onjuist is.

28 Ktg. 's Gravenhage 1 december 1998, ng (Van de Weg/ANWB).

29 R.E. de Winter, 'Godsdienst als alibi', *NJB* 5 januari 1996, p. 8.

30 Ktg. Den Haag 1 december 1998, rolno. 82168/98-9892 (Van de Weg/ANWB), ng, stelt die belangen wel gelijk. Zie voor de kernoverweging Deel II, 1.6.1. De werkgever moet van de belangen/reden bij een verzoek op de hoogte worden gesteld, zodat die in de belangenafweging kunnen worden betrokken. Dat verklaart waarom de Hoge Raad bij het opnemen van een vrije dag om godsdienstige redenen verlangt dat het verzoek daartoe 'onder opgave van reden' gebeurt, HR 30 maart 1984, *NJ* 1984, 350 (De Venhorst-Inan).

4.1.3 *Het doel van de arbeidsovereenkomst*

Als gevolg van het sluiten van een arbeidsovereenkomst ontstaan er beperkingen in de uitoefening van grondrechten zonder dat daarvoor een expliciete contractuele grondslag is aan te wijzen. Dat hangt samen met het moeilijk te definiëren karakter van het begrip arbeid. Algemeen uitgangspunt van het contractenrecht is dat een contractspartij, die met een ander een overeenkomst heeft gesloten waarmee die ander een bepaald doel tracht te bereiken, niet buiten de contractuele relatie om het bereiken van dat doel onmogelijk mag maken.³¹ Krachtens de wet is het doel van de arbeidsovereenkomst dat de werknemer arbeid verricht in dienst van de werkgever. Daarmee is niets gezegd over de inhoud van die arbeid en het doel dat de werkgever tracht te bereiken door de werknemer in te zetten. Bij de parlementaire behandeling van de Wet op de arbeidsovereenkomst is er duidelijk voor gekozen om niet de arbeid in ondergeschiktheid te laten verrichten, maar om de werknemer ondergeschikt te laten zijn.³²

Als gevolg van de ontwikkeling naar aanvaarding van het institutioneel werknemerschap³³ wordt de door de werknemer te verrichten arbeid niet zonder meer met de persoon van de werknemer gelijkgesteld. Door de recente relativering van de ondergeschiktheid enerzijds en de ontwikkeling naar een meer institutioneel begrip van de arbeidsovereenkomst anderzijds, wordt het accent van de ondergeschiktheid van de werknemer meer verschoven naar de aard van de te verrichten arbeid. Dat past ook goed in het doel van de arbeidsovereenkomst, waarin het verrichten van arbeid een centrale plaats inneemt. Deze ontwikkeling leidt steeds meer tot de gedachte dat wat een werknemer buiten werktijd doet, de werkgever niet aangaat. Dat geldt ook indien de werkgever 'last' heeft van het privégedrag van de werknemer omdat het niet strookt met zijn opvattingen. Inmiddels is een stroom van rechtspraak ontstaan waarin overwogen wordt dat de werkgever niets

31 Grapperhaus 1995, p. 27.

32 Zie Bles 1907 (deel 1), p. 317-318.

33 Zie hierover ook G.J.J. Heerma van Voss, 'Flexibilisering en individuele arbeidsovereenkomst', in: F.J.L. Pennings (red.), *Flexibilisering van het sociaal recht*, Deventer 1996, p. 28 e.v..

van doen heeft met het privéleven van de werknemer, met als achterliggende gedachte dat dat privéleven geen betrekking heeft op de arbeidsovereenkomst.³⁴

Dit alles laat onverlet dat de arbeidsovereenkomst tot doel heeft dat er zinvolle arbeid moet (kunnen) worden verricht.³⁵ Indien een werknemer er blijk van geeft die verplichting uit de arbeidsovereenkomst niet meer te kunnen vervullen, ligt een einde van de arbeidsovereenkomst voor de hand. Zo werd de arbeidsovereenkomst tussen een casino en een croupier, welke laatste het als zijn (godsdienstige) plicht zag een aantal goklustigen van een inzet te weerhouden, door de kantonrechter ontbonden (mijn inziens terecht, maar mijn inziens evenzeer terecht onder toekenning van een vergoeding), omdat er van een zinvolle arbeidsverrichting geen sprake meer kon zijn.³⁶ De werknemer verzette zich tegen de ontbinding omdat de arbeidsovereenkomst hem in staat stelde met gokverslaafden in contact te komen. Maar dat is niet het doel van de arbeidsovereenkomst.

Het bovenstaande betekent dat het doel van de arbeidsovereenkomst in het licht van de toetsing van beperking van grondrechten restrictief moet worden opgevat, in die zin dat eerst de vraag gesteld moet worden of de arbeid nog zinvol kan worden verricht. Pas als die vraag niet meer bevestigend kan worden beantwoord, is de beperking van de uitoefening van een grondrecht gerechtvaardigd.

4.1.4 *Het doel van de werkgever*

Het doel van de arbeidsovereenkomst is dus niet zonder meer identiek aan het doel dat de werkgever nastreeft. Een beperking van een grondrecht is alleen dan evenredig, als de werkgever voldoende belang heeft bij die beperking. De beperking van de uitoefening van een grondrecht moet dan zijn gericht op het bereiken van de doelstelling van de organisatie. Dat kan een economische doelstelling zijn, maar

34 Zie voor een opsomming Deel II, 10.6.1.1. Zie ook Verhulp 1996, p. 63.

35 Vergelijk de definitie van Grapperhaus 1995, p. 37 e.v. die stelt dat de werknemer zijn arbeid dient in te zetten ter verwezenlijking van het doel van de werkgever.

36 Ktg. Roermond 7 maart 1994, JAR 1994/138. Zie ook mijn noot daarbij in NJCM-Bulletin 1994, p. 989. Vergelijkbaar Hof 's Gravenhage 24 juni 1981, PRG 1981, 1816.

ook een ideële. Een uitsluitend economische doelstelling kan blijkens de jurisprudentie een beperking van de uitoefening van een grondrecht wel rechtvaardigen, maar aan een beperking om die reden worden vaak strenge eisen gesteld. Het belang van een goed verzorgd kapsel van een kapster wordt ondergeschikt geacht aan het belang van het dragen van een hoofddoek, en het belang van een hotelbediende in een hotel met een oud-Hollands signatuur om de Sikh-kenmerken te dragen, gaat voor het belang van het hotel de signatuur op te houden. Van enige economische schade is beide gevallen niet gebreken. Maar indien de werknemer door zijn handelen, ook al is dat beschermd door een grondrecht, het economisch belang van een werkgever daadwerkelijk en ernstig dreigt te schaden, ontvalt aan de arbeidsovereenkomst de zin en ligt een einde voor de hand.³⁷ In het algemeen wordt bij dergelijke beëindigingen vastgesteld dat reden voor de beëindiging in de risicosfeer van de werkgever ligt, hetgeen gevolgen heeft voor de hoogte van de aan de werknemer toe te kennen vergoeding.³⁸

Bij een werkgever met een ideële doelstelling (een gekleurde werkgever) is de belangenafweging minder eenvoudig. De vraag is of de werknemer aan die doelstelling gebonden is. Ik meen van niet. Het doel van de werkgever is de werknemer bekend bij indiensttreding. In beginsel is het niet ter zake doend of de werknemer de doelstelling van de werkgever onderschrijft. Slechts van belang is of de werknemer bereid is zich te richten naar het belang van de onderneming en bereid is in redelijkheid medewerking te verlenen aan de realisering van de doelstelling, voor zover dat binnen het doel van zijn arbeidsovereenkomst noodzakelijk is.³⁹ De gekleurde werkgever kan dan slechts van die werknemer die op grond van de arbeidsovereenkomst ook

37 Zie Ktg. Rotterdam 13 augustus 1998, *JAR* 1998, 180 (*Feijenoord/Edelenbos*) en de jurisprudentie genoemd door Verhulp 1996, p. 68.

38 Zie hierover verder Deel II, 10.

39 In die zin ook Schuijt 1987, p. 193. Zie ook P. Humblet, 'Arbeidsovereenkomst en politiek mandaat: Kan een werknemer twee heren dienen', *Rechtskundig Weekblad* 1988-1989, p. 1363.

daadwerkelijk de kleur uit moeten dragen verlangen dat hij zich zo gedraagt dat het uitdragen van die kleur mogelijk blijft. Deze lijn vindt inmiddels overwegende toepassing.⁴⁰

Bij de gekleurde werknemer doet zich meer dan bij de neutrale werkgever het probleem voor dat de werknemer, onder gebruikmaking van het door de grondrechten gegarandeerde recht op ontplooiing, een van de werkgever afwijkende opvatting ontwikkelt. Betekent die ontwikkeling in de opvatting van de werknemer en zijn gedragingen op grond van die opvattingen dat de werknemer niet langer zinvol zijn arbeid kan verrichten, dan zal de arbeidsovereenkomst eindigen zonder dat de werknemer terzake een verwijt treft. Deze constatering is zowel voor het recht op een uitkering krachtens de WW als voor de toepassing van de kantonrechtर्सformule cq. voor de kennelijk onredelijke opzeggingsvergoeding van belang.⁴¹ Indien de werkgever een kleur heeft welke niet algemeen aanvaard is en het verrichten van arbeid op grond van die kleur onmogelijk wordt, wordt soms aangenomen dat de beëindiging eerder in de risicosfeer van de werkgever ligt.⁴²

Een werkgever die slechts een ideële doelstelling heeft kan zich ook vaak beroepen op de uitoefening van grondrechten. De werkgever is nu juist voor het uitoefenen van de grondrechten van individuen opgericht. Dat kan leiden tot de specifieke problematiek van de botsing van grondrechten. Een dergelijke botsing komt overigens minder vaak

40 Zie bijv.: Ktg. Hoorn 11 mei 1989, *NJ* 1990, 71: "Weliswaar staat het iedereen vrij om binnen een organisatie bepaalde morele en/of godsdienstige opvattingen te hanteren op het terrein van het huwelijk en er voor zorg te dragen dat die opvattingen worden uitgedragen c.q. nageleefd, maar dat betekent nog niet dat de arbeidsovereenkomst kan worden beëindigd op de enkele grond dat een personeelslid zich niet overeenkomstig die opvatting gedraagt." A.T.J.M. Jacobs, 'De autonomie van het kerkelijk sociaal recht', in Bouwens e.a. 1994, p. 163 e.v. vindt de lijn te ver gaan en pleit voor de invoering van de 'tendensonderneming', om beter rekening te kunnen houden met de (grondwettelijke) belangen van deze gekleurde werkgevers.

41 Zie bijv. Ktg. Almelo 18 december 1997, *PRG* 1998, 4905: Onslag wegens overspel van een onderwijzer in dienst van een school op reformatorische grondslag kennelijk onredelijk geoordeeld onder toekenning van een schadevergoeding op basis van de kantonrechtर्सformule met toepassing van correctiefactor 1.

42 Zie bijv. Ktg. Roermond 7 maart 1994, *JAR* 1994/138.

voor dan wel wordt aangenomen.⁴³ Maar ook als sprake is van een daadwerkelijke botsing van grondrechten, ziet de rechter zich gesteld voor het probleem van een juiste belangenafweging, met als enig onderscheid dat één van de twee van toepassing zijnde grondrechten dient te worden 'weggewogen'.⁴⁴

4.1.5 *Conclusie: horizontale van werking grondrechten in de arbeidsrechtelijke jurisprudentie*

Over het algemeen lijken grondrechten in de arbeidsrechtelijke jurisprudentie een ondergeschikte rol te spelen. De conclusie van hoofdstuk 2.6 is voor het arbeidsrecht niet anders. Voor zover al een werknemer bij de uitoefening van een grondrecht door de rechter tegen zijn werkgever in bescherming wordt genomen, gebeurt dat veelal zonder het grondrecht daarbij expliciet te betrekken. Met betrekking tot een werkneemster die tegen de wil van de werkgever vrij nam voor de viering van een godsdienstige dag overwoog de Hoge Raad:⁴⁵

'In de regel zal de aanwezigheid op het werk niet kunnen worden verlangd van een werknemer die tijdig tevoren, onder opgave van reden, toestemming voor het opnemen van een snipperdag heeft gevraagd voor de viering van een voor hem belangrijke godsdienstige feestdag. Dat zal anders kunnen zijn indien te verwachten valt dat de gang van zaken in het bedrijf van de werknemer ernstig zal worden geschaad door de afwezigheid van de betrokken werknemer op die dag. Of dit laatste afwijking van de vorenbedoelde regel wettigt, zal naar de omstandigheden van het geval moeten worden beoordeeld.'

Over de vrijheid van godsdienst wordt geen woord gerept. In die lijn past ook het arrest AGFA-Schoolderman⁴⁶ waarin de Hoge Raad de klacht dat de rechtbank ten onrechte art. 1 GW heeft toegepast verwerpt met de overweging:

43 De Lange 1994, p. 33.

44 Groen 1995, p. 169, vergelijkbaar De Lange 1994. Van Baarda 1992 ziet de problematiek van botsende grondrechten als problematischer.

45 HR 30 maart 1984, NJ 1984, 350 (*De Venhorst-Inan*).

46 HR 8 april 1994, NJ 1994, 704 en JAR 1994/94.

'De klacht dat de rechtbank heeft miskend dat het gelijkheidsbeginsel -waarmee het onderdeel klaarblijkelijk doelt op het in art. 1 Grw neergelegde beginsel- in een relatie als die tussen AGFA en Schoolderman geen toepassing vindt, kan bij gebreke van feitelijke grondslag niet tot cassatie leiden. De rechtbank heeft immers slechts het algemeen erkende rechtsbeginsel dat gelijke arbeid in gelijke omstandigheden op gelijke wijze moet worden beloond, tenzij een objectieve rechtvaardigingsgrond een ongelijke beloning toestaat, bij haar beoordeling 'in aanmerking genomen'. Tot dit laatste was de rechtbank ingevolge art. 3:12 BW ook bij de toepassing van art. 1638z verplicht, nu dit artikel in een op de daar bedoelde gevallen toegespitste formulering dezelfde norm tot uitdrukking brengt die in het algemeen met de eisen van redelijkheid en billijkheid wordt aangegeven.'

Hieruit blijkt dat Hoge Raad meent dat grondrechten slechts indirecte horizontale werking in het arbeidsovereenkomstenrecht kunnen hebben, voor zover de grondrechten werking toekomt. Slechts algemeen erkende rechtsbeginselen - waarvan grondrechten de uitdrukking kunnen zijn - dient de rechter volgens de Hoge Raad in de belangenafweging te betrekken, maar de grondrechten zelf kennelijk niet. Aan het bezwaar van de rechtsonzekerheid over de toepasselijkheid van fundamentele rechten tracht de Hoge Raad een enkele keer tegemoet te komen door een regel te stellen, zoals in het arrest *De Venhorst-Inan*.

Als bezwaar daarbij geldt dat niet duidelijk is op welke wijze de Hoge Raad deze regel vindt en welke rol het grondrecht daarbij speelt. Het is wenselijk -teneinde de regel voorspellende kracht en acceptatie mee te geven- dat de vindplaats van de regel en de positie van het grondrecht van vrijheid van godsdienst daarbij duidelijk worden gemotiveerd. Nu aan die noodzaak niet getwijfeld wordt,⁴⁷ zullen om dat te bereiken andere middelen moeten worden ingezet. Ondanks (of mede door) de kleine handreiking die de Hoge Raad bij tijd en wijlen doet is de normering van de grondrechten in het arbeidsovereenkom-

47 Met overgrote meerderheid steunde de NJV-vergadering de stelling dat aan een rechterlijke beslissing, waarbij een beperking van een fundamenteel recht gerechtvaardigd wordt geacht, strenge motiveringseisen dienen te worden gesteld. *Handelingen NJV 1995-II*, p. 103. Een dergelijke zwaardere motiveringsplicht heeft de Hoge Raad voor wat betreft de vrijheid van arbeidskeuze afgewezen in HR 1 juli 1997, *JAR 1997/201*.

stenrecht wel zeer fragmentarisch en afhankelijk van casuïstiek, terwijl het de wetgever een argument verschaft om achterover te leunen.

4.2 De opvatting van de wetgever

De regering voelde er bij de invoering van de wet op de arbeidsovereenkomst niet voor een bepaling op te nemen terzake van het recht op godsdienstuitoefening door werknemers, zoals die in het wetsontwerp Drucker was voorzien. De regering stelde in de MvT:

'Het zijn altemaal verplichtingen des werkgevers, die niet berusten op de gesloten overeenkomst, doch op burgerzin en naastenliefde. Voor zoover wettelijke regeling hier noodzakelijk is, schijnt de Arbeidswet de van nature daartoe geëigende plaats. Civielrechtelijk gezien wordt ongetwijfeld door artikel 1638z (de goede werkgever) in deze verplichting voorzien.'⁴⁸

Uiteindelijk moest de regering dit standpunt laten varen, omdat zij moest erkennen dat er meer bepalingen in het BW waren opgenomen met een sterk publiekrechtelijke natuur. Een regeling terzake werd in de artikelen 1638v en w BW opgenomen. Het ene artikel verplichtte de werkgever de bij hem inwonende arbeiders de gelegenheid te geven tot uitoefening van hun godsdienstplichten (art. 1638v BW), het andere bepaalde dat op zondagen geen arbeid behoefte te worden verricht tenzij anders bedongen werd, of tenzij uit de aard van de arbeid anders voortvloeide (art. 1638w BW). Nergens in de wetsgeschiedenis wordt zelfs maar het bestaan van een grondrecht op vrijheid van godsdienst genoemd. Daaruit is af te leiden dat de wetgever als uitgangspunt hanteerde dat grondrechten in de relatie tussen werkgever en werknemer geen rol speelde.⁴⁹

48 Bles 1909, p. 283.

49 Voor de relatie overheid-vakverenigingen heeft Mok 1935, p. 7, opgemerkt dat de ontwikkeling van vakverenigingen slechts kan plaats vinden in een democratische samenleving en dat de democratische vrijheid voor een waarlijk sociaal arbeidsrecht onmisbaar is.

Vervolgens duurde het tot 1975 voordat door de kamerleden Franssen, Roethof en Van Thijn, een voorstel werd gedaan om de grondrechten van de werknemers in een aparte beginselenwet vast te leggen:

'als middel om het ondernemingsbeleid en de feitelijke arbeidsverhoudingen aan algemeen erkende normen voor democratisch menselijke relaties' en 'als stimulans voor de werknemer om zelf eisen te stellen aan de wijze waarop hij wordt behandeld.'⁵⁰

Het voorstel werd niet overgenomen nadat de regering had laten weten⁵¹:

'Wat de werking van vrijheidsrechten in de verhouding van werknemer tegenover werkgever aangaat, merken wij op dat hier inderdaad een problematiek ligt. Er zitten echter zoveel kanten aan deze problematiek, die nog niet te overzien zijn, dat wij het te vroeg vinden de Grondwet aan de wetgever dwingend voor te laten schrijven deze kwesties te regelen.'

Inmiddels is de regering verder gegaan in de ontwikkeling van het denken over grondrechten. De regering is van mening dat horizontale werking van grondrechten is gerealiseerd door nadere regelgeving, bijvoorbeeld in de Arbeidstijdenwet.⁵² De opvatting dat ook door nadere wetgeving een vorm van horizontale werking wordt gerealiseerd, is juist. Het gaat dan om een werking van kracht 1 op de schaal van Boesjes. Een aantal grondrechten is op die manier nader uitgewerkt. De regering heeft per grondrecht een overzicht van deze uitwerking gegeven.⁵³ Overigens heeft de regering laten weten van mening te zijn:⁵⁴

'(..) dat een wettelijke uitwerking van grondrechten in de individuele arbeidsverhouding beperkt dient te blijven tot die terreinen waar -gelet ook op de rechtszekerheid en duidelijkheid-

50 *Kamerstukken II* 1975-1976, 13 873, nr. 5-6, p. 21-28.

51 *Kamerstukken II* 1975-1976, 13 873, nr. 7, p. 14.

52 *Kamerstukken II* 1996-1997, 25 426, nr. 3, p. 14.

53 *Kamerstukken II* 1996-1997, 25 426, nr. 1, p. 13-14. Bij de bespreking van ieder grondrecht in Deel II komt dit overzicht terug.

54 *Kamerstukken II* 1997-1998, 25 426, nr. 2, p. 6.

daadwerkelijk behoefte bestaat aan nadere uitwerking van de horizontale uitwerking van grondrechten. Een algemene wettelijke regeling van de grondrechten van de werknemer acht het daarom niet aangewezen. (..) Voor werkgever en werknemer geldt dat zij zich als een goed werkgever en een goed werknemer dienen te gedragen (art. 611 Boek 7 BW). De jurisprudentie heeft uitgewezen dat dit artikel een geschikt kader biedt om grondrechten in een individuele arbeidsverhouding tot gelding te laten komen. Het vorenstaande neemt niet weg dat wij de ontwikkelingen in de jurisprudentie en de literatuur terzake van deze onderwerpen met grote aandacht blijven volgen en zo daartoe aanleiding zou zijn wetswijziging zullen overwegen. Gelet op het feit dat een algehele wettelijke regeling van de grondrechten niet wordt overwogen, is naar onze mening een plan van aanpak van codificatie niet noodzakelijk. Voor zover nadere uitwerking van grondrechten van de werknemer in regelgeving wenselijk wordt geacht, geschiedt dit in het daarvoor meest geëigende kader. Dit kan zijn de titel over het arbeidsovereenkomstenrecht of een aparte, specifieke, wet.’

Tijdens het overleg over onder andere deze opvatting van de regering is slechts over de vrees gesproken dat een systematische aanpak van grondrechten in het arbeidsovereenkomstenrecht door de wetgever de ontwikkelingen in de rechtspraak zou kunnen frustreren.⁵⁵

Ondertussen zijn de artikelen 1638v en w BW zijn in het huidige BW komen te vervallen, omdat de bepalingen nauwelijks nog toegepast werden en omdat de daarin vervatte verplichtingen ook onder verwijzing naar het goed werkgeverschap konden worden afgedwongen. Enige beschouwing over de wijze waarop dat plaats zou moeten vinden, of over het belang van de grondwettelijke vrijheid van godsdienst daarbij, werd niet gegeven.⁵⁶

Naar aanleiding van kamervragen heeft de regering laten weten dat:⁵⁷

55 *Kamerstukken II* 1998-1999, 25 426. nr. 3, p. 3, de reactie van de heer Van Wijmen (CDA).

56 *Kamerstukken II* 1995-1996, 24 348, nr. 3 (MvT), p. 7.

57 *Aanhangsel Handelingen II* 1996-1997, nr. 1429, vragen gesteld naar aanleiding van Verhulp 1996. Zie voor een vollediger citaat Deel II, paragraaf 7.4.

'(..) ook in de relatie werkgever-werknemer de vrijheid van meningsuiting uitgangspunt (is). (..) Specifieke wetgeving met betrekking tot het recht op vrijheid van meningsuiting door de werknemer (..) zal niet wezenlijk bijdragen aan de rechtszekerheid omdat het toch gaat om de feitelijke beoordeling van de omstandigheden van het geval.'

De regering heeft aangegeven dat

'(..) sommige grondrechten in de arbeidsverhouding systematisch worden behandeld in de wet, zoals het geval is bij gelijke behandeling. Andere onderwerpen zijn ten dele geregeld aan de hand van bepaalde facetten (bescherming persoonlijke levenssfeer) en weer andere zijn nauwelijks geregeld (bijvoorbeeld de vrijheid van meningsuiting).'⁵⁸

en eerder al

'Het kabinet is van mening dat een wettelijke uitwerking van de grondrechten in de individuele arbeidsverhouding beperkt dient te blijven tot die terreinen waar -gelet ook op de rechtszekerheid en duidelijkheid- daadwerkelijke behoefte bestaat aan nadere uitwerking van de horizontale doorwerking van de grondrechten. Een algemene wettelijke regeling van de grondrechten van de werknemer acht het daarom niet aangewezen',⁵⁹

want

'De jurisprudentie heeft uitgewezen dat dit artikel (art. 7:611 BW, ev) een geschikt kader biedt om grondrechten in een individuele arbeidsverhouding tot gelding te laten komen.'⁶⁰

Steeds weer heeft de regering dus tot uiting gebracht dat de rechtszekerheid en duidelijkheid bij de regeling van grondrechten in de arbeidsovereenkomst voorop staat. Daarbij heeft de regering zich

58 Notitie ontwikkelingen in het arbeidsovereenkomstenrecht, *Kamerstukken II* 1996-1997, 25 426, nr. 1, p. 16.

59 *Kamerstukken II* 1997-1998, 25 426, nr. 2, p. 6.

60 *Kamerstukken II* 1997-1998, 25 426, nr. 2, p. 6.

gerealiseerd dat grondrechten in het kader van de horizontale werking verschillend benaderd kunnen worden:

'Doorwerking van het grondrecht hangt namelijk van verschillende factoren af: de aard en de strekking van het grondrecht, de feitelijke omstandigheden van het concrete geval en de in het geding zijnde rechtsregels'⁶¹.

Niet veel eerder heeft de regering het voorstel tot de AWGB gemotiveerd met de opmerking dat het wetsvoorstel

'(..) beoogt expliciet vast te leggen dat artikel 1 van de Grondwet op de door het voorstel bestreken terreinen doorwerkt, ook horizontaal. Het geheel aan de jurisprudentie overlaten van het antwoord op de vraag of er horizontale werking en zo ja, welke reikwijdte die horizontale werking heeft, zou nog gedurende lange tijd rechtsonzekerheid meebrengen.'⁶²

Het één (de vrees voor rechtsonzekerheid over de werking van art. 1 GW) lijkt duidelijk in tegenspraak met het ander (het goed werkgeverschap is een geschikt kader voor de horizontale doorwerking), terwijl de regering voor deze tegenspraak geen enkele verklaring geeft. Dat had anders kunnen zijn als van een samenhangende beschouwing van de grondrechten en de wijze waarop ze arbeidsrechtelijk horizontaal werken nader onderzoek zou zijn gedaan, maar dat ontbreekt geheel. Op grond waarvan de regering dus kan menen dat art. 1 GW nadere uitwerking behoeft en dat het ontbreken van die nadere uitwerking bij dit grondrecht tot langdurige rechtsonzekerheid zou kunnen leiden, maar dat daarvan bij andere grondrechten geen sprake is, is volstrekt onduidelijk. Van enig samenhangend grondrechtenbeleid lijkt in ieder geval geen sprake.⁶³

61 *Kamerstukken II* 1991-1992, 22 014, nr. 5, p. 15.

62 *Kamerstukken II* 1990-1991, 22 014, B, p. 2. Vergelijkbaar *Kamerstukken II* 1997-1998, 25 677, nr. 5, p. 6 (Wet verbod leeftijdsdiscriminatie) en *Kamerstukken II* 1997-1998, 24 170, nr. 36, p. 3 (Proeve wet gelijke behandeling mensen met een handicap)

63 Zie M. Kroes, 'Werking en doorwerking van grondrechten, voor een ieder', *NJCM-Bulletin* 1999, p. 367, die meent dat er geen sprake is van enig grondrechtenbeleid.

Bezwaren tegen de huidige horizontale werking van grondrechten in het arbeidsovereenkomstenrecht, het advies

5 Het advies

In de arbeidsrechtelijke literatuur is een afwijking van de staatsrechtelijke leer te herkennen. In die literatuur wordt er met name op gewezen dat directe horizontale werking van grondrechten meer recht doet aan het fundamentele karakter van die rechten dan indirecte werking.¹ In ieder geval wordt in de arbeidsrechtelijke literatuur tot uiting gebracht dat het noodzakelijk is dat de wetgever terzake van de werking van grondrechten in het arbeidsovereenkomstenrecht duidelijkheid verschaft.² De noodzaak daartoe wordt gevoeld omdat in arbeidsrechtelijke uitspraken er veelal geen blijk van wordt gegeven

1 Zie Van der Heijden 1988, G.J.J. Heerma van Voss 1991, p. 200, Heerma van Voss 1992, p. 284, Heerma van Voss 1993, p. 106, De Vries 1996 en *SMA* 1999, p. 210, Verhulp 1996, p. 32 e.v.

2 Zie, naast de auteurs genoemd in de vorige noot: I.P. Asscher-Vonk, 'Grondrechten en de arbeidsovereenkomst in het NBW', in: Van der Heijden 1991, p. 108 e.v.; A.J.C.M. Geers, 'Privacybescherming en arbeidsomstandigheden: over alcohol en drugs op het werk en over werken thuis', in: Van der Heijden 1992, p. 81, p. 322, A.J.C.M. Geers en J.K.M. Gevers, 'Het alcohol en drugsbeleid in ondernemingen', *NJB* 1992, p. 189, A.M. Luttmer-Kat, 'De goede werknemer: een dynamisch concept of een achterhaald begrip?', in: Bouwens e.a. 1994, p. 330, ten aanzien van privacy en lichamelijke integriteit, H. Staal, 'Werving, selectie en ontslag; een uitstapje in reguleringsland; Mijn mond maakt mij meer mans', in: Loonstra/Staal & Zeijlstra 1996, p. 106-108, F. Boelhouwer, 'Werkgever, werknemer en vrije tijd', in: Betten e.a. 1997, J. Roeloff, 'Employability en assessment tijdens de arbeidsovereenkomst', *Arbeidsrecht* 1998/1, nr. 1. Anders Rood 1993, p. 125 e.v. die vreest dat de wettelijke beperkingsgrondslag tot meer beperkingen van de grondrechten van werknemers zal leiden dan de thans bestaande indirecte werking.

dat het door het grondrecht verwoorde belang bij de beslissing is betrokken. De, huidige, ad-hoc regelingen terzake van de doorwerking van grondrechten in de arbeidsovereenkomst leiden daartoe, evenals het ontbreken van een verplichting voor de rechter om een doorbreking van een horizontaal werkend grondrecht zwaarder te motiveren dan andere beslissingen.³

De verwachting is dat indien de rechter een duidelijke (grond-)wettelijke norm dient toe te passen, hij zich in ieder geval rekenschap van de voorgeschreven belangenafweging zal geven en niet het grondrecht geheel links zal laten liggen. Daarbij wordt er wel steeds op gewezen dat de werking van het grondrecht niet onbeperkt kan zijn. Beperking van de uitoefening van een grondrecht door een werknemer dient dan plaats te vinden door deze onder te brengen in een wettelijke grondslag, waarvoor ook een vage wettelijke norm gebruikt kan worden.

Het is dan de vraag waarin de werking van een op deze wijze te beperken direct werkend grondrecht verschilt van een indirect werkend grondrecht dat de uitdrukking is van een rechtsbeginsel waarvan de rechter slechts op zwaarwegende gronden mag afwijken (vierde gradatie). Veel verschil tussen deze twee lijkt op het eerste gezicht niet aanwezig.⁴ In het arrest AGFA-Schoolderman heeft de Hoge Raad de gedachte gevolgd dat grondrechten als rechtsbeginselen moeten worden toegepast bij de invulling van vage normen, op grond van art 3:12 BW.⁵ Toch zijn naar mijn mening voordelen verbonden aan de directe horizontale werking van grondrechten.⁶ Belangrijk voordeel is dat in veel gevallen niet meer hoeft te worden gezocht naar een achter het grondrecht liggend beginsel, maar het grondrecht zelf kan worden toegepast. Nu soms ook niet duidelijk is welk beginsel achter

3 Expliciet door de HR, ten aanzien van kort geding beslissingen, bevestigd in: HR 1 juli 1997, *JAR* 1997/201. Aanbevelenswaardig lijkt me de overweging van Ktg. Zaandam 10 oktober en 16 november 1989, *PRG* 1990, 3222: "Gelet op de bijzondere taak die de rechter als Overheidsorgaan heeft waar het gaat om de daadwerkelijke handhaving van grondrechten, ook waar die in horizontaal verband aan de orde zijn, kan met voormelde constatering dat van de door verweerder gestelde inbreuk daarop voorshands niet is gebleken, niet worden volstaan. Het past de rechter daarnaar een actief onderzoek in te stellen (...)."

4 In die zin A.J. Nieuwenhuis, 'Boekbespreking', *Mediaforum* 1997, p. 166.

5 Grapperhaus 1995, p. 84.

6 Vergelijkbaar Vlemminx 1998, p. 194 e.v.

een grondrecht ligt, leidt de zoektocht en het uiteindelijke resultaat (het gevonden beginsel) tot rechtsonzekerheid, zeker nu de motivering van de rechterlijke beslissingen terzake zeer te wensen overlaat.⁷ Daarbij komt dat indien de rechter een concrete grondrechtsregel dient toe te passen er een grotere zekerheid bestaat dat de daardoor voorgeschreven belangenafweging plaats vindt. Voor zover een grondrechtsregel een onvoldoende concrete norm biedt kan die zoektocht alsnog plaatsvinden.

Het zal dan ontoelaatbaar zijn een grondrecht in het geheel buiten beschouwing te laten in een situatie waar een beroep op een grondrecht wordt gedaan. De behoefte daartoe heeft een rechter om begrijpelijk redenen zolang de werking van grondrechten in de arbeidsovereenkomst onduidelijk is. Het gevaar dat een grondrecht ten onrechte wordt weggewogen is ook bij directe werking aanwezig. Maar dat gevaar zal zich naar mijn inschatting minder vaak realiseren dan het in het geheel niet (zichtbaar) toepassen van een grondrecht zoals dat thans vaak gebeurt, en in ieder geval vindt de 'wegweging' dan plaats aan de hand van door de wetgever gegeven criteria en dient dat gemotiveerd te geschieden.

Deze directe werking van grondrechten is evenwel slechts een lapmiddel voor de gevonden problemen. Uiteraard verdient het de voorkeur om de werking en beperking van grondrechten binnen het arbeidsovereenkomstenrecht plaats te laten vinden op grond van een zo specifiek mogelijke arbeidsrechtelijke beperkingsgrondslag. Daarbij zal duidelijk gemaakt moeten worden dat de onbeperkte uitoefening van grondrechten uitgangspunt is en de beperking daarvan uitzondering. Op die wijze wordt de rechtszekerheid gediend. De regering heeft de noodzaak daartoe zelf met zoveel woorden erkend, voor zover het betreft art. 1 GW, bij de toelichting op de AWGB. Voor de andere grondrechten heeft de regering steeds gesteld dat de rechtszekerheid met nadere normering niet gediend zou zijn, maar die stelling is nooit gemotiveerd. Er is geen sprake van een duidelijk of samenhangend grondrechtenbeleid voor zover het horizontaal (in de arbeidsovereenkomst) werkende grondrechten betreft. Met een duidelijke normering worden niet alleen de criteria die gelden bij de belangenafweging duidelijk gemaakt, die duidelijkheid wordt geboden door een zo specifiek mogelijke wettelijke bepaling, waarmee aan de (staatsrechtelijk

7 In die zin ook Van der Heijden 1988, Heerma van Voss 1993, Verhulp 1996.

getinte) bezwaren tegen de directe horizontale werking van grondrechten gedeeltelijk tegemoet gekomen wordt. Die rechtszekerheid neemt toe indien er een specifieke wettelijke grondslag voor de beperking van de werking van grondrechten in het arbeidsrecht is, omdat dan ook de weging van belangen duidelijker genormeerd is.⁸ Dat een dergelijke normering altijd een ruimte voor het wegen van belangen behoudt, neemt de mogelijkheid en de noodzaak scherper te normeren niet weg.

8 Vergelijkbaar Alkema 1995, p. 122.

Artikel 1

1.1 Gelijke behandeling¹

art. 1 GW:

Allen die zich in Nederland bevinden, worden in gelijke gevallen gelijk behandeld. Discriminatie wegens godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht of op welke grond dan ook, is niet toegestaan.

art. 14 EVRM:

Het genot van de rechten en vrijheden die in dit Verdrag zijn vermeld, moeten worden verzekerd zonder enig onderscheid op welke grond ook, zoals geslacht, ras, kleur, taal, godsdienst, politieke of andere mening, nationale of maatschappelijke afkomst, het behoren tot een nationale minderheid, vermogen, geboorte of andere status.

art. 26 IVBPR:

Allen zijn gelijk voor de wet en hebben zonder discriminatie aanspraak op gelijke bescherming door de wet. (..)

¹ Zie voor een volledige(r) opsomming van verdragsrechtelijke normen op het gebied van gelijke behandeling Jacobs e.a. 1992, p. 12. Zie voor het verbod op discriminatie wegens godsdienst Deel II, hoofdstuk 6, wegens meningsuiting, hoofdstuk 7, wegens een politieke overtuiging, hoofdstuk 8 en wegens burgerlijke staat mede, hoofdstuk 10 .

Art. 141 EG-Verdrag²:

1- Iedere Lid-Staat draagt er zorg voor dat het beginsel van gelijke beloning van mannelijke en vrouwelijke werknemers voor gelijke arbeid wordt toegepast

2- (..)

1.2 De aard van het grondrecht

De plaats van het grondrecht op 'gelijke behandeling' zou aanleiding kunnen geven te denken dat art. 1 GW voorrang heeft op andere grondrechten.³ Het gelijkheidsbeginsel is echter niet van een hogere orde dan andere grondrechten, maar 'veeleer een beginsel dat in alle grondrechten terug te vinden is, een bindend beginsel'.⁴ Het grondrecht valt u twee delen uiteen: er is sprake van een gebod tot gelijke behandeling en een verbod tot discriminatie. Maar beide delen impliceren dat het verboden is gevallen als ongelijk te kwalificeren en ongelijk te behandelen als daar niet de juiste keuzen en motiveringen aan ten grondslag liggen.⁵ Gelijkheid is een moeizaam te doorgronden begrip. De benadering vindt doorgaans dan ook plaats vanuit het bestrijden van ongelijke behandeling.⁶ Gelijke gevallen aanwijzen betekent dat een aantal kenmerken en eigenschappen (waarin de gevallen nu juist verschillen) moeten worden 'weggedacht' om tot die gelijkheid te kunnen concluderen. De vraag is nu wanneer het verschil van een zodanige aard is dat die kenmerken en eigenschappen kunnen worden 'weggedacht' zonder ongelijke gevallen aan elkaar gelijk te stellen. Volgens de regering zal dat door de maatschappelijke werkelijkheid worden bepaald.⁷

2 Art. 119 EG-Verdrag oud, zie voor de nieuwe nummering *Trb.* 1998, 13.

3 Zie bijv. R.J.B. Bergamin, 'Grondrechtelijke conflicten en gelijke behandeling', *NJB* 1983, p. 529 e.v.

4 *Kamerstukken II* 1986-1987, 20 065, nr. 3, p. 10-11, geciteerd uit De Grondwet, p. 41. Zie I.P. Asscher-Vonk e.a., *De zieke werknemer*, Deventer 1997, p. 35, die het grondrecht 'richtinggevend' noemt voor andere grondrechten.

5 De Grondwet 1992, p. 43.

6 Zie voor mooie beschouwingen over gelijkheid M.C. Burkens, *Gelijke behandeling*, in: *Grondrechten* 1982, p. 58 e.v.

7 *Kamerstukken II* 1981-1982, 16 905-16 938, nr. 5, p. 16.

Art. 141 EG-Verdrag en daarbij behorende Verordeningen werken op eigen gezag -dus buiten art. 93 en 94 GW om- door in de Nederlandse rechtsorde. De richtlijnen kunnen geen rechtstreekse werking hebben gedurende de implementatietermijn, en daarna alleen voor zover zij zich daartoe lenen en niet (tijdig of juist) zijn uitgevoerd.⁸

1.3 Horizontale werking van het grondrecht

De grondwetgever heeft zich over de mate van horizontale werking van het grondrecht niet anders willen uitlaten dan dat art. 1 GW

'(..) rechtstreeks werkt in de verhouding tussen overheid en burger, en doorwerkt in andere verhoudingen'.⁹

De AWGB achtte de regering nodig om de grondwetsbepaling concrete inhoud te geven, 'vloeit voort uit het discriminatieverbod van artikel 1 Grondwet' en 'werkt het in artikel 1 van de Grondwet opgenomen discriminatieverbod nader uit'.¹⁰ Steeds wordt opgemerkt dat de nadere wetgeving nodig is omdat de horizontale werking van deze grondwetsbepaling onduidelijk en onzeker is,¹¹ en dat het onwenselijk zou zijn - vanwege de lange rechtsonzekerheid- om de ontwikkeling over te laten aan de jurisprudentie. Met betrekking tot de vraag hoe de uitwerking moet worden beschouwd zijn twee opvattingen mogelijk. De eerste: het grondrecht zelf is nader geconcretiseerd op bepaalde aspecten van de horizontale werking, maar daarnaast is horizontale werking niet uitgesloten. Deze opvatting vloeit voort uit het standpunt van de regering. De tweede: De AWGB is een concretisering van het gelijkheidsbeginsel en niet als een uitwerking van art. 1 GW. Daarmee zou de AWGB geen horizontale werking van een grondrecht betreffen.¹² Deze laatste constructie, die wordt onderbouwd door er op te wijzen

8 Geers & Heerma van Voss 1995, p. 34 e.v. Zie ook Deel I, paragraaf 2.3.

9 *Kamerstukken II* 1990-1991, 22 104, nr. 3, p. 3.

10 *Kamerstukken II* 1987-1988, 20 065, A, p. 2 en 20 501, nr. 3 p. 2 en 1990-1991, 22 014, nr. 3 p. 2.

11 Vermeulen e.a 1991, p. 7. Zie ook Deel I, paragraaf 4.3.

12 Deze opvatting heeft de voorkeur van Vermeulen 1991, p. 8.

dat er geen noodzaak is tot het geven van nadere regelgeving op grond van art. 1 GW, lijkt me wel erg gekunsteld, hoewel opvalt dat het gelijkheidsbeginsel in verregaande mate in nadere regelgeving is uitgewerkt en daardoor zonder meer horizontale werking heeft. Die uitvoerige nationale wetgeving hangt samen met de daartoe gegeven opdracht in art. 119 EG-Verdrag de vele Richtlijnen van de EG. Daarbij komt dat art. 119 EG-Verdrag van dwingend recht is, zodat de bepaling directe werking heeft op de arbeidsovereenkomst tussen particulieren.¹³ Dat geldt ook voor art. 26 IVBPR.

De Hoge Raad heeft geen werking van art. 1 GW in horizontale verhoudingen aangenomen. Waar het ging om een verschil in behandeling van werknemers met een (verlengd) tijdelijke arbeidsovereenkomst en werknemers met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd meende de Hoge Raad dat er sprake van de werking van een 'algemeen erkend rechtsbeginsel dat gelijke arbeid in gelijke omstandigheden op gelijke wijze dient te worden beloond, tenzij een objectieve rechtvaardigingsgrond een ongelijke beloning toestaat'.¹⁴

1.4 Werking van het grondrecht in het arbeidsrecht volgens de regering

Naast hetgeen de regering heeft gemeld ter motivering van het ontwerp tot de AWGB, heeft ze in de notitie 'ontwikkelingen in het arbeidsrecht'¹⁵ over dit grondrecht laten weten:

'Het algemene discriminatieverbod van artikel 1 Grondwet is voor horizontale verhoudingen uitgewerkt in de Algemene Wet Gelijke Behandeling (AWGB). Deze regelt de verplichting tot gelijke behandeling bij de arbeid op grond van godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat (artikel 5 en 8). Specifieke regelingen staan verder in de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen, in artikel 7:646 en 7:647 BW betreffende

13 HvJ EG 27 juni 1990, *NJ* 1992, 742 en 7 februari 1991, *NJ* 1993, 171.

14 HR 8 april 1994, *NJ* 1994, 702, *JAR* 1994, 94 (*Agfa-Schoolderman*). Zie voor de volledige overweging Deel I, paragraaf 4.2.5.

15 *Kamerstukken II* 1996-1997, 25 426, nr. 1, p. 14.

de gelijke behandeling van mannen en vrouwen en in artikel 7:648 BW inzake de gelijke behandeling van deeltijdwerkers.

Daarnaast erkent de rechtspraak het beginsel van gelijke beloning voor gelijke arbeid in gelijke omstandigheden.¹⁶ Ook is de horizontale werking in de arbeidsverhoudingen erkend van het algemene discriminatieverbod van artikel 26 Internationaal verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten.¹⁷

- bescherming gehandicapten

Artikel 7 Wet Arbeid gehandicapte werknemers regelt het recht op gelijke beloning van de gehandicapte werknemer. (..)

- ouderen

Over wetgeving tot bestrijding van discriminatie op grond van leeftijd bij sollicitaties is advies gevraagd aan de Stichting van de Arbeid. Zodra dat advies is ontvangen zal het kabinet terzake een standpunt bepalen. Indirect valt uit de rechtspraak af te leiden dat zulke discriminatie aanvechtbaar is, wanneer het werknemers beneden de 65 jaar betreft.¹⁸

In de Nota naar aanleiding van het verslag bij de WAADI¹⁹ heeft de regering laten weten:

'Wie in rechte wil opkomen tegen discriminatie, die niet uitdrukkelijk bij de wet verboden is, kan zijn toevlucht nemen tot een rechtstreeks beroep op de doorwerking van de grondrechten die zijn vervat in de Grondwet en in internationale verdragen (artikel 26 BULO). Zo'n doorwerking in de private rechtssfeer wordt horizontale werking genoemd. In de praktijk zal een soort gelijke actie wegens discriminatie op grond van handicap meestal worden ingeroepen op basis van een onrechtmatige daad of het goedwerkgeverschap-beginsel. Men kan ervan uitgaan, dat de vorengenoemde, nog niet door wetgeving bestreken gronden van onderscheid ontoelaatbaar zijn, als ze niet objectief te rechtvaardigen zijn.'

16 Verwezen wordt hier naar HR 8 april 1994, *NJ* 1994, 704 (*Agfa-Schoolderman*).

17 Verwezen wordt naar HR 7 mei 1993, *NJCM-Bul.* 1993, p. 694 en HR 13 januari 1995, *JAR* 1995, 35 (*Codfried-ISS*).

18 Verwezen wordt naar HR 15 januari 1995, *NJ* 1995, 430 (*Codfried-ISS*). (Bedoeld moet zijn HR 13 januari 1995, als in vorige noot)

19 Wat allocatie arbeidskrachten door intermediairs, *Kamerstukken II* 1996-1997, 25 264, nr. 5, p. 14.

Het standpunt van de regering is dus dat art. 1 GW indirect - naast de wetgeving - doorwerkt in het arbeidsovereenkomstenrecht.

1.5 Nadere regelgeving²⁰

1.5.1 *De Algemene Wet Gelijke Behandeling (AWGB)*

Deze wet is op 1 september 1994²¹ in werking getreden en verbiedt het maken van direct en van indirect onderscheid zonder objectief gerechtvaardigde reden tussen personen op grond van godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat.

Art. 1 GW geeft geen limitatieve opsomming van de gronden waarop het maken van onderscheid verboden is: De AWGB is daarom geen uitputtende uitwerking van het grondrecht.²² Art. 5 AWGB verbiedt het maken van direct onderscheid in alle stadia van de arbeidsrelatie en bij alle elementen van de arbeidsrelatie. Het begrip arbeidsverhouding moet ruim worden uitgelegd, tot iedere verhouding waarin een persoon onder gezag van een ander arbeid verricht, en onder 'het niet aangaan van een arbeidsverhouding' dient tevens het niet verlengen daarvan worden begrepen.²³ In art. 3 en art. 5 AWGB is voorzien in uitzonderingen op het uitgangspunt voor kerkgenootschappen en het geestelijk ambt, instellingen op godsdienstige of levensbeschouwelijke of politieke grondslag, voor het bijzonder onderwijs en voor arbeidsverhoudingen met een sterk privé-karakter. De wet onderscheidt direct en indirect onderscheid. Direct onderscheid is het maken van onderscheid op een van de verboden gronden, indirect onderscheid wordt gemaakt indien er sprake is van een ogenschijnlijk neutraal criterium welke leidt tot een direct onderscheid. Het maken van indirect onderscheid is niet verboden indien daarvoor een objectieve rechtvaardiging is. De invulling die aan het EG-recht op het gebied

20 Zie voor een vollediger opsomming Jacobs e.a. 1992, p. 13.

21 Wet van 2 maart 1994, *Stb.* 1994, 230. Zie voor de parlementaire geschiedenis *Kamerstukken II* 1990-1991, 22 014.

22 *Kamerstukken II* 1990-1991, 22 014, nr. 3, p. 2.

23 *Kamerstukken II* 1991-1992, 22 014, nr. 5, p. 79-80. Dit is ook vaste 'rechtspraak' van de CGB, zie bijv. CGB 23 april 1997, oordeel 97-46.

van onderscheid naar geslacht door het HvJ EG wordt gegeven wordt in hoofdlijn in de Nederlandse rechtspraak toegepast ook op andere verboden onderscheiden.²⁴

1.5.2 Wet gelijke behandeling mannen en vrouwen bij de arbeid (WGB) en artt. 7:646/647 BW

Deze wettelijke regelingen zijn ingevoerd ter implementatie van art. 141 EU (119 EG)-Verdrag (hoewel die al rechtstreekse werking heeft) en de EG-richtlijnen inzake gelijke behandeling van mannen en vrouwen in het arbeidsproces.²⁵ Art. 7:646 BW heeft uitsluitend betrekking op geslachtelijk onderscheid binnen het arbeidsovereenkomstenrecht, de WGB op overige arbeidsrelaties. Uitdrukkelijk is bepaald dat het maken van onderscheid wegens zwangerschap, bevalling en moederschap het maken van direct onderscheid is. Indirect onderscheid wordt gedefinieerd in art. 646 lid 5 BW, als onderscheid op grond van een andere hoedanigheid dan geslacht dat onderscheid op grond van geslacht tot gevolg heeft. Ook hier geldt dat discrimineren verboden is, maar het maken van onderscheid gerechtvaardigd kan worden door objectieve rechtvaardigingsgronden. Voor de beoordeling van de vraag of er sprake is van ongelijke behandeling moet rekening gehouden worden met de criteria die ontwikkeld zijn door het Hof van Justitie van de EG. Dat betekent dat, alvorens het maken van een indirect onderscheid toegestaan kan worden, het met dat onderscheid nagestreefde doel zwaarwegend en legitiem moet zijn, geschikt en noodzakelijk moet zijn om het doel te bereiken, en iedere discriminatie vreemd, alvorens van een rechtvaardiging van dat onderscheid te kunnen spreken.²⁶ Op grond van art. 5 WGB is het 'Besluit Beroepsactiviteiten

24 In ieder geval door de CGB. Zie K. Wentholt, 'Overzicht oordelen Commissie Gelijke Behandeling over 1996', *NJCM-bulletin* 1997, p. 460. Zie bijv. CGB 8 juni 1998, oordeel 98-66. Zie ook HR 3 januari 1997, *NJ* 1997, 435: Indirecte discriminatie nu blokkerende opleidingen (nagenoeg) alleen door vrouwen zijn gevolgd: toewijzing loonvordering.

25 Zie Leenders 1997, p. 70 e.v. Zie voor een opsomming en bespreking van de Richtlijnen Geers & Heerma van Voss 1995, p. 85-97.

26 *Kamerstukken II* 22 014, nr. 3, p. 13-14, zie bijv. CGB 8 december 1998, oordeel 98-132.

waarvoor het geslacht bepalend kan zijn' gegeven.²⁷ Ieder beding dat in strijd is met het bepaalde in art. 7:646 BW is nietig. Art. 7:647 BW bepaalt dat een ontslag verleend wegens het in of buiten rechte doen van een beroep op art. 7:646 BW vernietigbaar is. Het gaat hier niet om een ontslag dat discriminatoir is: dat is vernietigbaar op grond van art. 8 AWGB.

Bij aanvang van de behandeling van het wetsvoorstel van de AWGB ging de wetgever er van uit dat de WGB in de AWGB zou worden opgenomen. Naderhand werd die integratie onwenselijk beschouwd, gezien het algemene karakter van de AWGB en het specifieke karakter van de WGB. De regering meende:

'Tot deze specifieke en gedetailleerde regeling met betrekking tot een van de discriminatiegronden specifiek betrekking hebbend op de arbeid is Nederland op grond van de eerste en tweede EG-Richtlijn verplicht, hetgeen noodzaakt tot aparte wetgeving naast de brede algemene wet, die in vrij algemene bewoordingen beoogt bescherming te geven tegen discriminatie op grond van godsdienst (.. enz.)'.²⁸

Met het standpunt dat het civiele arbeidsrecht zoveel mogelijk in het BW te vinden moest zijn bestreed de regering voorstellen uit de Tweede Kamer om de artt. 7:646 en 647 BW over te brengen naar de WGB. Een werknemer zal zich bij ongelijke behandeling dus moeten beroepen op art. 7: 646 en niet op de WGB.²⁹ In art. 7 WGB wordt nader uiteen gezet hoe het begrip arbeidsvoorwaarden van art. 7:646 BW moet worden geïnterpreteerd. Voor het geval een tijdelijke arbeidsovereenkomst met een werkneemster die zwanger is en welke niet wordt verlengd, heeft de regering omkering van de bewijslast verworpen.³⁰

27 Besluit van 19 mei 1989, *Stb.* 207, laatstelijk gewijzigd 24 december 1993, *Stb.* 776 (opgenomen in P.F. van der Heijden (red.), *Tekst en commentaar Arbeidsovereenkomst*, Deventer 1999).

28 *Kamerstukken II* 1986-1987, 19 908, nr. 3 p. 2.

29 *Kamerstukken II* 1986-1987, 19 908, nr. 3, p. 5. Hierover A.M. Gerritsen, 'Inleiding Wet gelijke behandeling', in: *Arbeidsovereenkomst*, losbladig.

30 *Kamerstukken II* 1996-1997, 24 543, nr. 11, p. 2. Zie hierna 1.6.6.

1.5.3 Art. 7:648 BW

Art. 7:648 BW³¹ verbiedt het maken van onderscheid tussen werknemers naar arbeidsduur. Dit onderscheid kan vervolgens gerechtvaardigd zijn door een objectieve rechtvaardigingsgrond. Ook bij de interpretatie van art. 7:648 BW geldt als uitgangspunt de jurisprudentie van het HvJ EG.³² Het HvJ EG³³ heeft uitgemaakt dat van onderscheid sprake is als de totale beloning van een deeltijder niet minstens evenredig gelijk is aan dat van een voltijder, zij het dat bij de vergoeding voor overwerk dit standpunt weer wordt losgelaten.³⁴ Het maken van onderscheid naar arbeidsduur zal veelal ook het indirect maken van onderscheid naar geslacht zijn, nu vrouwen in overwegende mate part-time functies vervullen.

1.5.4 *Wet verbod op leeftijdsdiscriminatie bij werving en selectie bij de arbeid*

Op 14 oktober 1997 heeft de regering het wetsvoorstel aan de Tweede Kamer gezonden.³⁵ Kern van het voorstel is de bepaling (art. 7:648a BW) dat de werkgever geen onderscheid mag maken naar leeftijd, tenzij een dergelijk onderscheid objectief gerechtvaardigd is. De CGB krijgt de bevoegdheid een mogelijke schending te toetsen. Een dergelijke bepaling past volgens de regering niet in de AWGB, omdat daaraan 'een aantal open geformuleerde uitzonderingen zou moeten worden verbonden'.³⁶ Gevraagd of een dergelijke bepaling niet in de Grondwet zou moeten worden opgenomen heeft de regering laten weten:

'Het kabinet meent dat het expliciet vermelden van leeftijdsdiscriminatie als non-discriminatiegrond in artikel 1 Grondwet niet gewenst is. (...) Naast de expliciet genoemde gronden verbiedt

31 Ingevoerd bij wet van 3 juli 1996, *Stb.* 1996, 391. *Kamerstukken II* 1995-1996, 24 498.

32 Zie bijv. CGB 24 december 1998, oordeel 98-151.

33 15 december 1994, *JAR* 1995/36.

34 Hierover M.A. de Groot, 'Twee jaar WOA', *SMA* 1999, p. 254-262.

35 *Kamerstukken II* 1997-1998, 25 667, nr. 2.

36 *Kamerstukken II* 1998-1999, 25 938, nr. 3, p. 5. A.W. Heringa, 'Onderscheid op grond van leeftijd', *SMA* 1998, p. 116-122 heeft met name op deze opvatting kritiek.

artikel 1 van de Grondwet discriminatie 'op welke grond ook'. Dat onder dit artikel van de Grondwet (..) de bescherming tegen discriminatie naar leeftijd valt, is inmiddels aanvaard. Om deze reden heeft het kabinet steeds het standpunt ingenomen, dat het toevoegen van deze grond aan de reeds in artikel 1 van de Grondwet opgenomen gronden, niet de rechtszekerheid van de burger vergroot, omdat zijn grondrechten ongewijzigd blijven.³⁷

Op deze wijze blijft art. 1 GW aanleiding tot onduidelijkheid, en dus rechtsonzekerheid, geven. Ik zie niet goed in wat er tegen kan zijn om in het artikel in ieder geval een poging te wagen een limitatieve opsomming van de discriminatiegronden te geven waartegen bescherming wordt geboden, zeker niet zolang daarnaast de woorden 'op welke grond ook' gehandhaafd blijven.

1.5.5 *Commissie gelijke behandeling (CGB)*

Op grond van art. 12 AWGB kan de Commissie gelijke behandeling (CGB) op verzoek onderzoeken of een onderscheid als bedoeld in de AWGB, de Wet gelijke behandeling mannen en vrouwen, art. 7:646 BW of art. 7:648 BW is of wordt gemaakt, of uit eigen beweging een onderzoek instellen naar de vraag of stelselmatig een dergelijk onderscheid wordt gemaakt. De oordelen van de CGB zijn niet bindend, maar hebben wel gezag vanwege de deskundigheid van de CGB. De AWGB heeft door de CGB een belangrijke meerwaarde.³⁸

zie ook:

- Toetsingskader Algemeen Verbindend verklaringcao-bepalingen³⁹
- Proeve van een Wet gelijke behandeling van mensen met een handicap of chronische ziekte⁴⁰
- Wet stimulering arbeidsdeelname minderheden⁴¹

37 *Kamerstukken II* 1998-1999, 25 938, nr. 3, p. 6-7.

38 In die zin ook Van Dooren 1997, p. 204.

39 *Stc.* 1998, nr. 240, p. 14.

40 *Kamerstukken II* 1997-1998, 24 170, nr. 36. Vergelijk de doelstelling van de WAGW, te weten verwezenlijking van het recht op zelfontplooiing en gelijke kansen voor ieder lid van de samenleving, *Kamerstukken II* 1981-1982, 17 384, nr. 3, p. 1.

41 *Stb.* 1998, 70. (Parlementaire geschiedenis: *Kamerstukken II*, 25 369).

1.6 Horizontale werking in het arbeidsrecht volgens de literatuur en jurisprudentie

1.6.1 *Algemene toepassing van het gelijkheidsbeginsel*

Het gelijkheidsbeginsel leent zich er goed voor een beroep op een ander grondrechten af- of weg te wegen. De kantonrechter te Den Haag verwierp het beroep op de vrijheid van godsdienst van een werknemer, die op zondag op een bepaalde wijze vrijgeroosterd wilde worden teneinde tweemaal per zondag de kerk te kunnen bezoeken, met een verwijzing naar de verplichting van de werkgever om het gelijkheidsbeginsel toe te passen.

'Immers al gaan die collega's niet ter kerke, ook voor hun zal zondag vaak een dag zijn waarop men zich al dan niet in gezins- of familieverband wil ontspannen en van zijn vrijheid genieten wil.'⁴²

Iedereen die zondag vrij wil, is gelijk, zo lijkt de achterliggende gedachte. Door een dergelijke toepassing van het gelijkheidsbeginsel worden ongelijke gevallen op één hoop gegooid. Anderzijds zijn er in de jurisprudentie mooie voorbeelden te vinden van het 'wegdenken' van verschillen die inderdaad niet terzake doen. Bekend voorbeeld is de zaak Agfa-Schoolderman,⁴³ waarin de Hoge Raad het verschil tussen een werknemster met een verlengde tijdelijke arbeidsovereenkomst en andere werknemers met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, welk verschil de werkgever inriep om een verschillende beloning te rechtvaardigen, als niet ter zake doende beschouwde. Maar toepassing van het grondrecht vindt niet plaats, hoogstens van het achterliggende rechtsbeginsel.⁴⁴

De werknemer kan de werkgever ook op een gelijke behandeling aanspreken. Een werknemer die in het kader van de onderhandelingen over een afkoopregeling van zijn wachtgeldaanspraken wenst te beschikken over de eerder met andere werknemers getroffen regelingen, kan inzage daarvan van zijn werkgever eisen op grond van een als

42 Ktg. Den Haag 1 december 1998, rolno. 82168/98-9892 ng.

43 HR 8 april 1994, NJ 1994, 704 en JAR 1994/94.

44 Zie Deel I, hoofdstuk 4.

algemeen rechtsbeginsel geldend gelijkheidsbeginsel.⁴⁵ De motivering van het vonnis luidt onder meer dat 'goed werkgeverschap onder meer met zich meebrengt dat werknemers op gelijke wijze worden behandeld'. Er wordt dus niet expliciet naar het grondrecht van gelijke behandeling verwezen, maar er vindt impliciete toepassing plaats. De werknemer kan ook, indien de werkgever ten gunste van bepaalde werknemers afwijkt van een sociaal plan, op grond van het gelijkheidsbeginsel eisen dat ook hij gunstiger wordt behandeld.⁴⁶ Dat zelfde geldt voor een afvloeiingsregeling, voorzien in een sociaal plan overeengekomen met een vakbond, waarin voor af te vloeien vakbondsleden een hogere vergoeding is opgenomen dan voor de overige af te vloeien werknemers.⁴⁷

1.6.2 *Sexuele geaardheid*

Vooral bij de invoering van de AWGB is veel te doen geweest over de vraag of het bijzonder onderwijs homoseksuelen als werknemer mocht weren.⁴⁸ De lijn in de jurisprudentie is dat het de werkgever niet aangaat welke seksuele geaardheid de werknemer heeft.⁴⁹ Daarbij dient de werkgever de werknemer te vrijwaren van pesterijen etc. van collega's vanwege die geaardheid.⁵⁰ Een dergelijke verplichting geldt uiteraard ook ten aanzien van het mobben⁵¹ van werknemers wegens andere redenen, zoals afkomst en nationaliteit.⁵²

45 Pres. Rb. Utrecht 21 januari 1999, *KG* 1999, 61.

46 Ktg. Helmond 27 juni 1997, rolno. 1449/95 (*Rademakers/van Dam golfkarton*) ng.

47 M.M. Olbers, 'Tegendraadse effecten van het collectieve arbeidsvoorwaardenrecht', *SMA* 1996, p. 318.

48 Zie hierover Vermeulen e.a. 1991.

49 Zie voor jurisprudentie Deel II, 10.6.1 en Ktg. Amsterdam 15 maart 1993, *PRG* 1995, 4443.

50 Bijv. Ktg. Zutphen 15 oktober 1991, *PRG* 1992, 3614.

51 In de Duitse literatuur wordt deze term veel gebruikt voor het lastig vallen van collega's, naar het engelse werkwoord 'to mob'. Hierover Verhulp 1996, p. 131.

52 Zie bijv. Ktg. Alkmaar 1 maart 1993, *JAR* 1993/68 en Ktg. Zwolle 10 juni 1996, *JAR* 1996/50. Zie ook Leenders 1997, p. 155-156.

1.6.3 *Ras*

Het maken van onderscheid naar ras bij de arbeid is niet toegestaan tenzij het gaat om een functie-eis die betrekking heeft op een uiterlijk kenmerk dat samenhangt met het ras van een persoon en waarvan kan worden aangenomen dat de eis in redelijkheid kan worden gesteld.⁵³ Het begrip 'ras' is niet eenduidig, hetgeen er de verklaring voor zal zijn dat er relatief weinig een beroep op discriminatie naar ras wordt gedaan.⁵⁴ Uit de beschikbare jurisprudentie van vóór de AWGB blijkt dat tot het goed werkgeverschap ook behoort 'een grondhouding om buitenlandse werknemers net zo te behandelen als Nederlandse werknemers'.⁵⁵ Meer komt het voor dat een onderscheid wordt gemaakt vanwege taalproblemen. Leenders⁵⁶ is over de jurisprudentie terzake redelijk tevreden:

'Het door werkgevers in dergelijke gevallen aangevoerde verband tussen taalbeheersing en veiligheid wordt gelukkig niet voor zoete koek geslikt door rechters. Zij lijken genegen te toetsen of de gestelde taaleisen 'job-related' zijn: duidelijke gevallen van oneigenlijk gebruik van het taalcriterium worden thans wel uitgefilterd.'

Van enige invloed van de grondrechten blijkt over het algemeen maar weinig. Wel wordt steeds verwezen naar de verplichting van een goed werkgever om de werknemers gelijk te behandelen, veelal zonder verwijzing naar de vindplaats van die verplichting. Overigens heeft de werkgever de verplichting om te voorkomen dat werknemers wegens hun ras door collega-werknemers gediscrimineerd worden, e.e.a. op grond van goed werkgeverschap.⁵⁷

53 Deze uitzondering is mogelijk op grond van het Besluit gelijke behandeling, *Stb.* 1994, 657. Hierover Pattipawae en Tazelaar 1997, p. 121.

54 Zie hierover uitgebreid Van Dooren 1997, p. 24-38.

55 Conclusie AG Koopmans bij HR 19 april 1991, *NJ* 1991, 453.

56 1997, p. 153.

57 Zie bijv. Ktg. Zutphen 5 november 1998, *PRG* 1998, 5118. Het niet nakomen van deze verplichting leidt tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst onder toekenning van een vergoeding met correctiefactor 10 (gerelateerd aan de feitelijke gewerkt arbeidsduur).

1.6.4 Nationaliteit

De AWGB verbiedt het maken van onderscheid naar nationaliteit. Voor de invoering van de AWGB werd een dergelijk verbod vorm gegeven door een beroep te doen op goed werkgeverschap.⁵⁸ Nationaliteit moet worden begrepen in staatkundige zin, onafhankelijk van de feitelijke woon- of verblijfplaats.⁵⁹ Het onderscheid geldt niet als er sprake is van een onderscheid dat is gebaseerd op algemeen verbindende voorschriften of geschreven of ongeschreven regels van internationaal recht, of wanneer het onderscheid objectief gerechtvaardigd is.⁶⁰ De eisen die op grond van de Wet Arbeid Vreemdelingen aan de tewerkstelling van vreemdelingen worden gesteld leveren dus geen ontoelaatbaar onderscheid op. Tot het wetsvoorstel Flexibiliteit en zekerheid⁶¹ behoorde ook de invoering van art. 7:648a BW, waarin de gelijke behandeling van werknemers, die in Nederland hun woonplaats hebben maar een andere nationaliteit dan de Nederlandse of andere EU-staat, werd voorgeschreven. De regering meende dat een dergelijke regeling noodzakelijk was geworden op grond van het Europees verdrag inzake de rechtspositie van migrerende werknemers, alsmede met betrekking tot de arbeidsvoorwaarden van buitenlandse werknemer⁶² (EVMW, met name artt. 16 en 24). Art. 5 van de Uitvoeringswet EVMW⁶³ zou na invoering van art. 7:648a BW kunnen vervallen, waarin tevens in het wetsvoorstel was voorzien. Kuip⁶⁴ heeft er op gewezen dat het woonplaats-vereiste in strijd is met art. 1 GW, nu dat laatste artikel gelijke behandeling verlangt voor iedereen

58 Ktg. Gorinchem 8 december 1986, *NJ* 1988, p. 303.

59 *Kamerstukken II* 1991-1992, 22 014, nr. 36. Zie ook Pattipawae en Tazelaar 1997, p. 9.

60 Art. 2 lid 5 AWGB. Zie bijv. CGB 8 juli 1998, oordeel 98-81 en 29 juni 1998, oordeel 98-72. Opvallend is CGB 4 februari 1997, *JAR* 1997/38, waarin een lagere loonbetaling aan zeevarenden die in Indonesië en de Filipijnen woonden geen verboden onderscheid opleverde. Hierover A.A.H. van Hoek, 'Nationaliteitsdiscriminatie en IPR: een commentaar op de uitspraak van de CGB van 4 februari 1997', *SR* 1997, p. 353 e.v.

61 *Kamerstukken II* 1996-1997, 25 263, nr. 2.

62 EVMW, *Trb.* 1978, 70.

63 *Stb.* 1982, 679.

64 S.W. Kuip, 'Art. 7:648. Discriminatie naar nationaliteit in de arbeidsovereenkomst', *SR* 1997, p. 201 e.v.

die zich in Nederland bevindt en overigens dat art. 7:648a BW naast de AWGB geen toegevoegde waarde heeft. Vervolgens heeft de regering art. 7:648a BW uit het wetsvoorstel geschrapt⁶⁵ en art. 5 Uitvoeringswet EVMW -zoals oorspronkelijk de bedoeling was, desalniettemin laten vervallen, dat laatste zonder verdere toelichting anders dan de eerder gegeven toelichting dat de invoering van art. 7:648a BW die bepaling overbodig zou maken.⁶⁶ Nu de AWGB een ruimere bescherming biedt dan art. 5 Uitvoeringswet EVMW is daarmee geen man overboord, opmerkelijk is de gang van zaken wel, zeker nu een juiste motivering daarvoor geheel ontbreekt.

1.6.5 *Leeftijd*

Met betrekking tot het maken van onderscheid op grond van leeftijd is een wet in voorbereiding, dat als uitgangspunt gelijke behandeling voorschrijft.⁶⁷ In de jurisprudentie is de zaak Codfried zeer bekend geworden. De zaak handelde over een werknemster van 65 jaar, die in de proeftijd werd ontslagen toen het hoofdkantoor haar leeftijd vernam. De Hoge Raad liet het oordeel dat er een redelijke en objectieve rechtvaardiging kan worden aangewezen in stand.⁶⁸ De Hoge Raad wees er daarbij op dat de vraag of het hanteren van leeftijdsgrenzen in arbeidsverhoudingen in beginsel geoorloofd is, onderwerp is van parlementaire gedachtenwisseling. Thans is dat niet meer het geval: de wijze waarop de regeling vorm moet krijgen is alleen nog niet beslecht. De rechtbank Zutphen meende dat het beleid om de arbeidsrelatie met garderobedames die de leeftijd van 42 jaar bereikten, te beëindigen een ongerechtvaardigde discriminatie naar leeftijd inhoudt. Een beëindiging om die reden is in strijd met de redelijkheid en billijkheid en leidt tot schadeplichtigheid.⁶⁹

65 *Kamerstukken II* 25 263, 1997-1998, nr. 14, p. 1.

66 Zie voor deze gang van zaken Kuip en Scholtens 1999, p. 1138-1144.

67 Zie Deel II, 1.5.4 en zie voor kritiek op de weinig systematische inpassing van deze wet in de gelijke behandelingswetgeving A.W. Heringa, 'Onderscheid op grond van leeftijd', *SMA* 1998, p. 116 e.v.

68 HR 13 januari 1995, *NJ* 1995, 430 en *JAR* 1995/35.

69 Rb. Zutphen 11 mei 1995, *JAR* 1995/136.

1.6.6 *Bewijs*

Volgens de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid blijkt uit jurisprudentie dat

'(..) in zaken die discriminatie op grond van geslacht betreffen kan worden geconstateerd dat de bewijslast in toenemende mate naar de verweerder (i.c. de werkgever) wordt geschoven, bijvoorbeeld in zaken die het niet verlengen van tijdelijke contracten betreffen, maar ook in andere situaties zoals ontslag tijdens de proeftijd en bij onderscheid op andere gronden.'⁷⁰

Met deze argumentatie wees de minister een voorstel tot omkering van de bewijslast af, zonder een verwijzing naar de bedoelde jurisprudentie. Leenders⁷¹ concludeert 'Gezien de sterk wisselende toepassingspraktijk van het bewijsrecht verdient regeling daarvan in de desbetreffende wetgeving (..) alsnog aanbeveling'. Hij constateert dat met name in ontslagzaken het toepassen van gelijke-behandelingsrecht gecompliceerd is: 'Soms lijken argumenten en stellingen met betrekking tot discriminatie dan nauwelijks terzake te doen.'

1.7 Conclusie

Opvallend is het onzorgvuldige werk van de wetgever terzake van het verbod tot discriminatie wegens nationaliteit. Het gelijkheidsbeginsel voor zover het betreft de gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de arbeid is in nationale wetgeving zeer uitvoerig geregeld. Desalniettemin is niet iedereen tevreden over de gerechtelijke handhaving van het gebod tot gelijke behandeling van mannen en vrouwen. Leenders⁷² stelt dat 'de toepassing van wetgeving op dit terrein sterk wisselende uitspraken (laat) zien.' Aanzienlijk beter te spreken is hij over de oordelen van de CGB, maar de vertaalslag van die oordelen naar het arbeidsrecht 'relatieveert de waarde van het CGB-

⁷⁰ *Kamerstukken II* 1996-1997, 24 543, nr. 11, p. 2.

⁷¹ 1997, p. 159

⁷² 1997, p. 108

oordeel in het recht sterk.⁷³ Anderzijds staat specifieke deskundigheid van de CGB buiten kijf.⁷⁴ Deze kritiek betreft de uitvoering als zodanig maar rechtvaardigt niet de conclusie dat nadere wetgeving ter uit (of in-)voering van grondrechten in horizontale verhoudingen geen zin zou hebben.

'De AWGB heeft een zekere meerwaarde ten opzichte van de grondrechtelijke bepaling, doordat zij conform de doelstellingen beter zicht biedt op de doorwerking in horizontale verhoudingen en op onderdelen de verhouding van het gelijkheidsbeginsel tot andere grondrechten nader regelt.'⁷⁵

In ieder geval blijkt dat de wetgever zich zeer bekommert om de invulling door wetgeving van het gelijkheidsbeginsel, omdat anders rechtsonzekerheid zou ontstaan. Op de wijze waarop dat is gebeurd bestaat kritiek. De werking van het grondrecht is door de AWGB -los van de kritiek op de precieze uitvoering van die wetgeving- duidelijker genormeerd en geeft weinig aanleiding tot rechtsonzekerheid. Met betrekking tot de opvatting over rechtszekerheid is de wetgever niet consistent waar zij meent dat aanvulling van de tekst van art. 1 GW die rechtsonzekerheid niet zou kunnen wegnemen.

Directe horizontale werking van art. 1 GW in het arbeidsovereenkomstenrecht is niet uitgesloten, maar wel enigszins problematisch. Weliswaar wordt alleen discriminatie wordt verboden, en niet het maken van gerechtvaardigd indirect onderscheid, door de uitvoerende wetgeving worden uitzonderingen op dit uitgangspunt mogelijk gemaakt die niet zonder meer te herleiden zijn op een beperkingsclausule van het grondrecht. Daarmee heeft die uitvoerende wetgeving zeker zin: de belangenafweging in horizontale verhoudingen is door de wetgever duidelijk genormeerd. Nu het grondrecht reeds in ruime mate uitwerking

73 Ook niet positief is I.P. Asscher-Vonk, 'Tekorten van de Wet gelijke behandeling mannen en vrouwen bij de arbeid', in: Loonstra/Staal & Zeijlstra 1996, p. 83-96.

74 Bijv.: Hof Amsterdam 2 oktober 1997, rolno. 1263/97 KG (*NS/Jordan*) ng: "het Hof acht deze overwegingen juist en ziet, mede gegeven de specifieke deskundigheid van de CGB, geen (deugdelijke) reden daarvan af te wijken", e.e.a. naar aanleiding van CGB oordeel 96-52.

75 Floris e.a. 1994, p. 84. Vergelijkbaar J.E. Goldschmidt, 'Handhaving van gelijke-behandelingswetgeving: handhaving van ongelijkheid?', in: Betten e.a. 1997, p. 161.

in arbeidsrechtelijke wetgeving heeft gevonden, is het de vraag of directe werking van het grondrecht zinvol aanvullend kan werken. Indien het grondrecht directe horizontale werking zou hebben wordt de belangenafweging gerealiseerd worden door het uitgangspunt dat discriminatie in een arbeidsverhouding nooit is toegestaan, maar het maken van onderscheid, voor zover daarvoor een behoorlijke grondslag is, wel. In die zin beschouwd heeft het grondrecht normerende werking, en kan directe horizontale werking bijdragen daar waar door de AWGB niet is voorzien, of onduidelijkheden resteren.

Artikel 2

2.1 Het Nederlanderschap

art. 2 GW:

- 1- De wet regelt wie Nederlander is.
- 2- (..)
- 3- etc

2.2 De aard van het grondrecht

Deze bepaling verplicht de wetgever nadere regels te stellen omtrent de vraag wie Nederlander is. Die verplichting heeft uitvoering gekregen in de Rijkswet op het Nederlanderschap.¹

2.3 Horizontale werking van het grondrecht

Van horizontale werking van dit grondrecht kan geen sprake zijn. Dat is uiteraard anders ten aanzien van het gebod om gelijk te behandelen ongeacht nationaliteit. Zie daarvoor hoofdstuk 1.

¹ Wet van 19 december 1984, *Stb.* 1984, 628.

Artikel 3

3.1 Allen zijn gelijkelijk in openbare dienst benoembaar

art. 3 GW:

Alle Nederlanders zijn op gelijke voet in openbare dienst benoembaar.

3.2 De aard van het grondrecht

Art. 3 GW wordt gezien als een specificatie van art. 1 GW nu bij de benoeming geen ongerechtvaardigd onderscheid gemaakt mag worden. De woorden 'op gelijke voet' laten wel een onderscheid toe naar politieke gezindheid, godsdienst of levensbeschouwing, bijvoorbeeld bij burgemeesters.¹ Mede naar aanleiding van verplichtingen voortvloeiend uit internationale verdragen² geldt dat voor de benoeming van ambtenaren de eis van Nederlanderschap uitzondering is en expliciet in een wettelijke regeling moet worden vastgelegd.³ Een beroep op art. 3 GW heeft zich -voor zover bekend- nooit voorgedaan.⁴

1 *Kamerstukken II* 1975-1976, 13 872, nr. 3, p. 25.

2 Zie voor een opsomming Grondrechten 1982, p. 75.

3 *Kamerstukken II* 1984-1985, 19 076, nr. 3, p. 4 e.v.

4 Asscher-Vonk 1989, p. 123.

3.3 Horizontale werking van het grondrecht

Van horizontale werking van art. 3 GW kan geen sprake zijn nu de benoeming als ambtenaar niet in horizontale relaties kan plaatsvinden. De achterliggende gedachte (gelijke behandeling) vindt door art. 1 GW en de nadere wetgeving terzake bescherming.

Artikel 4

4.1 Actief en passief kiesrecht voor algemeen vertegenwoordigende organen

art. 4 GW:

Iedere Nederlander heeft gelijkelijk het recht de leden van algemeen vertegenwoordigende organen te verkiezen alsmede tot lid van deze organen te worden verkozen, behoudens bij de wet gestelde beperkingen en uitzonderingen.

Art. 21 Universele verklaring voor de rechten van de mens:

- 1- Een ieder heeft het recht om deel te nemen aan het bestuur van zijn land, rechtstreeks of door middel van vrij gekozen vertegenwoordigers.
- 2- (..)

4.2 De aard van het grondrecht

De invoering van de term 'algemeen vertegenwoordigende organen' heeft voor een aantal problemen in staatsrechtelijke en strafrechtelijke zin gezorgd. De regering heeft laten weten dat het dient te gaan om 'de Staten-Generaal, de provinciale staten en de gemeenteraad' en ook die organen op gewestelijk niveau, die berusten op de Wet gemeenschappelijke regelingen en die bovendien 'op grond van samenstelling en bevoegdheden een zodanige positie innemen, dat zij als algemeen vertegenwoordigend lichaam moeten worden beschouwd'.¹ Zowel het actieve als het passieve kiesrecht worden gegarandeerd.

1 Zie hierover De Grondwet 1992, p. 82-90.

4.3 Horizontale werking van het grondrecht

Over horizontale werking van deze grondrechtsbepaling lijkt in Nederland in het geheel niet nagedacht te zijn.² Voor zover daarover overwegingen te vinden zijn luiden die dat art. 4 GW naar zijn aard geen horizontale werking heeft.³

4.4 Nadere wetgeving

4.4.1 Art. 7:643 BW

Tegelijkertijd is in het arbeidsrecht wel een voorziening getroffen die de werknemer in staat stelt zijn actieve kiesrecht invulling te geven. In art. 7:643 BW is geregeld dat de werknemer van zijn werkgever kan verlangen dat hem verlof zonder behoud van loon wordt toegekend voor het bijwonen van vergaderingen van de Eerste Kamer en van vertegenwoordigende organen van publiekrechtelijke lichamen die bij rechtstreekse verkiezing worden samengesteld. In de MvT wordt deze wettelijke regeling uitsluitend gemotiveerd door een verwijzing naar het rapport van de commissie Merx en kamervragen van Laban cs. uit 1968.⁴ Hoewel de regering in 1968 meende dat een regeling terzake overbodig was, is zij na dat rapport overstag gegaan. Dat hing mede samen met het inzicht dat voor ambtenaren al heel lang een vergelijkbare regeling gold,⁵ hetgeen er toe leidde dat:

- 2 Wel is in het Belgische *Rechtskundige Weekblad* 1988-1989, nr. 40, p. 1356-1365 een artikel verschenen van de hand van P. Humblet, 'Arbeidsovereenkomst en politiek mandaat: kan een werknemer twee heren dienen?'
- 3 P.L.G. van Velzen, 'Het grondrecht van het kiesrecht', in: *Grondrechten* 1982, p. 133.
- 4 *Kamerstukken II* 1975-1976, 13 996, nr. 3, p. 3. Zie hierover A.P. Funcke, 'Verlof zonder behoud van loon ter actieve vervulling van het passief kiesrecht', *SMA* 1976, p. 664 e.v.
- 5 Toen nog art. 33a ARAR, welke thans is vervat in art. 125c Ambtenarenwet (zie hierover *Kamerstukken II* 1985-1986, 19 496, nr. p. 9-10).

'(..) het soms voor (komt) dat in vertegenwoordigende lichamen relatief veel ambtenaren zitting hebben. Het ontwerp kan er wellicht toe bijdragen het evenwicht te herstellen.'⁶

De regeling is niet van toepassing op politieke functies die als hoofdfuncties moeten worden beschouwd. Tevens is de regeling niet van toepassing op de tijd die nodig is ter voorbereiding van vergaderingen.⁷ Het bepaalde in art. 7:643 BW geeft de werknemer niet zonder meer recht op het verlof: als daarover tussen werkgever en werknemer geen overeenstemming kan worden bereikt, kan de rechter worden gevraagd dat vast te stellen. Jurisprudentie over het bepaalde is er nauwelijks. Volgens de MvT zal de rechter bij het vaststellen van het verlof

'(..) acht moeten slaan op het belang dat de arbeider aan de vergadering van het vertegenwoordigend orgaan kan deelnemen, dus mede op het belang van het goed functioneren van het vertegenwoordigende orgaan en anderzijds op de bezwaren die de afwezigheid van de werknemer voor de werkgever meebrengt.'⁸

Bij de wijziging van de Ambtenarenwet, ruim 10 jaar later, wordt overwogen:

'Tegenover het belang van de dienst staat in een dergelijke situatie het belang van participatie van de ambtenaar in de werkzaamheden van een college dat een plaats inneemt in ons democratisch bestel. Het zal duidelijk zijn dat aan dat laatste belang een groot gewicht dient te worden toegekend en in beginsel prevaleert.'⁹

Naar mijn mening zal dat laatste ook in het arbeidsrecht moeten gelden.

4.4.2 Art. 7:670 lid 6 BW

Dit artikellid, dat met de Wet Flexibiliteit en zekerheid is verplaatst uit art. 7:643 BW naar art. 7:670 BW, bevat een opzegverbod wegens

6 *Kamerstukken II* 1977-1978, 13 966, nr. 5 p. 2.

7 *Ktg. Sneek* 4 april 1984, *NJ* 1984, 601.

8 *Kamerstukken II* 1975-1976, 13 966, nr. 3, p. 4.

9 *Kamerstukken II* 1987-1988, 19 495, nr. 5, p. 22.

het bijwonen van vergadering van een publiekrechtelijk lichaam, voor zover de werknemer voor het bijwonen daarvan verlof heeft, danwel voor zover de rechter over dat verlof nog niet heeft beslist. Er zijn geen nieuwe beschouwingen aan dit artikellid gewijd, zodat deze bepaling voor wat betreft de totstandkomingsgeschiedenis en de doelstelling in samenhang met art. 7:643 BW dient te worden gelezen, waarnaar hier kan worden verwezen.

4.4.3 *Art. J 10 Kieswet*

Art. J 10 Kieswet bepaalt dat de werkgever verplicht is te zorgen dat iedere kiezer die bij hem in dienstbetrekking is, de gelegenheid krijgt zijn stem uit te brengen voor zover dit niet kan geschieden binnen de vastgestelde arbeidstijd en mits de kiezer daardoor niet meer dan twee uur verhinderd is zijn arbeid te verrichten. Deze bepaling is steeds zonder nadere inhoudelijke onderbouwing overgenomen¹⁰ van art. 57 van de Kieswet 1896 waarbij toen als toelichting werd gegeven:

'Ofschoon verwacht mag worden dat zij, die arbeiden in fabriek of werkplaatsen, in het algemeen door hun patroons niet zullen worden bemoeilijkt in het uitoefenen van het kiesrecht, is nochtans de mogelijkheid niet uitgesloten -de ondervinding leert het- dat sommigen het gewicht van het vervullen van publieke plichten niet voldoende inzien en weinig geneigd zijn het daaruit voortvloeiende tijdverzuim te billijken.'¹¹

Overtreding van art. J 10 Kieswet is strafbaar krachtens art. Z 9 Kieswet.

4.5 Conclusie

Het actieve kiesrecht voor de werknemer is reeds lang in wet verankerd. Verwijzing naar het grondrecht heeft daarbij nimmer plaatsgevonden. De wetgever heeft het steeds vanzelfsprekend gevonden de regeling te handhaven. Het passieve kiesrecht is nader wettelijk geregeld zonder

¹⁰ *Kamerstukken II* 1987-1988, 20 264, nr. 3, p. 126.

¹¹ Geciteerd uit Kieswet, *toelichting op art. I 10*, losbladig, Deventer 1966.

dat er expliciete verwijzing naar art. 4 GW heeft plaatsgevonden. Pas in recente wetgeving is duidelijk gemaakt dat de participatie in werkzaamheden van een vertegenwoordigend orgaan een prioriteit hebben. Het had wenselijk geweest dat een dergelijke voorkeur ook in arbeidsrecht duidelijker gemaakt was, anderzijds, nu er geen kenbare problemen zijn geweest, kan geconstateerd worden dat de uitvoering van art. 4 GW door art. 7:643 BW voldoende duidelijkheid biedt. Een onbeperkte uitoefening van art. 4 GW is op deze wijze goed door wetgeving voorkomen, terwijl de normstelling duidelijk is.

Artikel 5

5.1 Recht van petitie

art. 5 GW:

Ieder heeft het recht verzoeken schriftelijk bij het bevoegd gezag in te dienen.

5.2 De aard van het grondrecht

Het recht van petitie heeft zijn wortels in de middeleeuwen, toen het recht niet of minder voor de hand lag. Het belang is gelegen in de mogelijkheid dat het garandeert om een ieder toegang te verschaffen tot de overheid, en zodoende een ieder in de gelegenheid stelt rechtstreeks zijn mening te geven over de politieke besluitvorming. Het is dus een direct democratisch recht dat een correctie vormt op het representatieve stelsel.¹ Er is evenwel geen verplichting van de overheid tot reactie op de petitie opgenomen. Die verplichting zou wel voort kunnen vloeien uit wetten als de Algemene Wet Bestuursrecht of de WOB. Indien het om een verzoek gaat als bedoeld in een dergelijke wettelijke regeling, is er geen sprake meer van een petitie als bedoeld in art. 5 GW.²

¹ De Grondwet 1992, p. 93.

² De Grondwet 1992, p. 97.

5.3 Horizontale werking van het grondrecht

Onder 'het bevoegd gezag' kan uitsluitend worden verstaan het 'openbaar bevoegd gezag', hetgeen er aan in de weg staat dat dit artikel directe horizontale werking verkrijgt. Evenwel is er geen bezwaar tegen indirecte horizontale werking van het achterliggende rechtsbeginsel. Het klachtrecht van de individuele werknemer wordt wel in relatie gebracht met het recht op petitie, hetgeen dan wordt gestoeld op het gegeven dat een ambtenaar zich direct kan beroepen op art. 5 GW. Volgens Klijn is

'Aan dit artikel (is) een horizontale werking toe te kennen op grond van de overeenkomsten die er bestaan in enerzijds de verhouding tussen burger en staat en anderzijds werknemer en onderneming in ondergeschiktheid aan het gezag, gehoorzaamheid aan reglementen en gebondenheid aan de cao'.³

5.4 Nadere wetgeving

Een wetsvoorstel tot invoering van een klachtrecht van de werknemer, gegrond op uitsluitend het goed werkgeverschap zonder enige grondwettelijke motivering, sneuvelde voor de eindstreep.⁴ Tegenstanders van een dergelijke regeling meenden dat de norm van het goed werkgeverschap voldoende basis voor een klachtrecht bood.⁵ Derhalve dient de werknemer het te stellen zonder een geformaliseerd klachtrecht. Wel is in een aantal bedrijven een klachtenregeling van kracht.⁶

5.5 Jurisprudentie en literatuur

In de literatuur wordt het ontbreken van dat klachtrecht als een gemis beschouwd.⁷ Uit de jurisprudentie blijkt dat rechters werknemers in

3 Klijn 1992, p. 45. In die zin ook Onder geen beding, p. 23.

4 *Kamerstukken II* 1989-1990, 21 514.

5 Heerma van Voss 1993, p. 84.

6 Zie bijv. Rb. Amsterdam 20 januari 1993, *JAR* 1993/29.

7 Klijn 1992, p. 42 e.v.

bescherming nemen die zich tot de werkgever hebben gewend met een klacht.⁸ De Wet op de ondernemingsraden kan wel - hoewel een grote discrepantie blijft bestaan - in relatie tot art. 5 GW worden gebracht, nu beide regelingen tot doel hebben te verzekeren dat de werknemer/burger serieus door het bovengeschiedte gezag wordt genomen. Uit de jurisprudentie blijkt dat werknemers die zich tot hun werkgever wenden met opmerkingen of kritiek aangaande de werkomgeving in het algemeen beschermd worden.⁹

5.6 Conclusie

Het recht van petitie kan niet direct werken in de verhouding werkgever-werknemer. Een lichte vorm van horizontale werking wordt in de literatuur soms wel aangenomen, uit de jurisprudentie blijkt dat werknemers die zich met klachten en/of opmerkingen tot de werkgever wenden en daarvan nadelige gevolgen dreigen te ondervinden, in bescherming worden genomen. De motivering daarvoor wordt gevonden in het goed werkgeverschap.

8 Bijv. Ktg. Maastricht 21 februari 1991, *PRG* 1991, 3439. Zie ook Verhulp 1996, p. 120 e.v.

9 Zie Deel II, 7.6.3.

Artikel 6

6.1 Vrijheid van godsdienst

art. 6 GW:

- 1- Ieder heeft het recht zijn godsdienst of levensovertuiging, individueel of in gemeenschap met anderen, vrij te belijden, behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet.
- 2- De wet kan ter zake van de uitoefening van dit recht buiten gebouwen en besloten plaatsen regels stellen ter bescherming van de gezondheid, in het belang van het verkeer en ter bestrijding of voorkoming van wanordelijkheden.

art. 9 EVRM:

- 1- Een ieder heeft het recht op vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst: dit recht omvat tevens de vrijheid om van godsdienst of overtuiging te veranderen, alsmede de vrijheid hetzij alleen, hetzij met anderen zowel in het openbaar als privé zijn godsdienst te belijden of overtuiging tot uitdrukking te brengen, in erediensten, in onderricht, in praktische toepassing ervan en in het onderhouden van geboden en voorschriften.
- 2- (..)

art. 18 IVBPR:

Een ieder heeft het recht op vrijheid van denken, geweten en godsdienst. (..)

6.2 De aard van het grondrecht

Bij de grondwetsherziening is de formulering van art. 6 GW gericht op het individu. Dat laat onverlet dat ook groepen en organisaties -al

dan niet met rechtspersoonlijkheid- zich op het grondrecht kunnen beroepen. Hetzelfde geldt voor art. 9 EVRM.¹ De begrippen 'godsdienst' en 'levensovertuiging' moeten worden gezien vanuit het terrein van een samenhangende levensbeschouwing, die de hele levensopvatting doortrekt en die samenhangt met het geweten.² Daarbij worden slechts die gedragingen beschermd die naar objectieve maatstaven 'rechtstreeks uitdrukking geven aan een godsdienst of een levensovertuiging'.³ Daarmee is een restrictieve interpretatie gegeven.⁴ Een andere, subjectieve interpretatie zou er toe leiden dat ieder handelen dat in godsdienstige motieven is gegrond door dit artikel gerechtvaardigd zou kunnen worden. Op die wijze zou dit recht verworden tot een recht van vrijheid van geweten die de rechtsorde per definitie niet kan waarborgen.⁵ In beginsel geldt dat de vrijheid van godsdienst slechts betrekking heeft op gedrag dat onderdeel uitmaakt van een algemeen erkende godsdienstige of levensbeschouwelijke praktijk. Bij de levensovertuiging ontbreekt over het algemeen een bepaalde ritus, zodat een beroep op een levensbeschouwelijke belijdenisvrijheid zelden succesvol zal zijn. De rechter zal daarbij de lezing van de betrokkene over de regels van de godsdienst dienen te volgen, omdat de rechter zich niet dient te mengen in theologische geschilpunten. Dit uitgangspunt wordt het beginsel van interpretatieve terughoudendheid genoemd.⁶ Hoewel het met die afperking niet eenvoudig is de grenzen van het recht vast te stellen wordt door Vermeulen⁷ globaal worden aangegeven welke gedragingen onder de godsdienstvrijheid vallen:

'het hebben van een bepaalde godsdienstige overtuiging, hetgeen mede omvat het veranderen en het niet hebben van zulk een overtuiging:

- 1 Zie hierover Van Bijsterveld 1998, p. 32 en vooral p. 159 e.v..
- 2 Grondrechten 1982, p. 161.
- 3 *Kamerstukken I* 1987-88, 19 427, nr. 135b, p. 4, geciteerd uit De Grondwet 1992, p. 113.
- 4 Deze volgt ook uit *Kamerstukken II* 1975-76, 13 872, nr. 3, p. 29. Zie De Grondwet 1992, p. 114.
- 5 Zie Vermeulen 1989, p. 142 e.v.
- 6 De Grondwet 1992, p. 128. Zie hiervoor ook Deel I, paragraaf 4.2.2.
- 7 B.P. Vermeulen, 'Art. 6 Grondwet' in: De Grondwet 1992, p. 113-114.

- het uiten van deze overtuiging in de individuele en collectieve godsverering (cultus en rite), de huiselijke en openbare godsdienst-uitoefening;
- het uitdragen en overdragen van deze overtuiging (onderwijs, opvoeding, verkondiging);
- het oprichten en inrichten van organisaties waarbinnen genoemde manifestaties van die overtuiging kunnen plaatsvinden;
- het (anderszins) zich naar die overtuiging gedragen voorzover dat rechtstreeks uitdrukking geeft aan die overtuiging'.

Overigens is de opvatting dat de grondrechten van meningsuiting en vergadering en vereniging al voldoende bescherming zouden bieden voor de vrijheid van godsdienst door de regering verworpen.⁸ Dat betekent dat er verschil bestaat tussen het uiten van een mening en het uiten van een godsdienstige mening, in die zin dat het eerste bescherming vindt door art. 7 GW en het tweede door art. 6 GW, maar waaraan overigens geen gevolgen worden verbonden.

De toepassing van art. 9 EVRM en art. 18 IVBPR is nauwelijks anders dan die van art. 6 GW, zij het dat de beperkingen ruimer lijken.⁹ Voor de toepassing van art. 9 EVRM legt de Hoge Raad een abstract-marginale maatstaf aan, terwijl art. 9 lid 1 EVRM ook door andere regelingen dan wetten kan worden beperkt. Voor het nationale recht hebben deze verdragsrechtelijke grondrechten weinig consequenties.¹⁰ Het grondrecht verplicht de overheid niet alleen geen godsdienstige of levensbeschouwelijke normen aan te leggen bij haar besluitvorming of handelen, maar ook om aan de godsdienst of levensovertuiging van personen geen eisen te stellen of consequenties te verbinden. De overheid dient levensbeschouwelijk neutraal te zijn.¹¹

8 Grondrechten 1982, p. 160.

9 Zie hierover Vermeulen 1989, p. 180 e.v. die art. 9 EVRM wel heel beperkt acht, en kritiek hierop van Heerma van Voss 1993, p. 255.

10 De Grondwet 1992, p. 112.

11 De Grondwet 1992, p. 132.

6.3 Horizontale werking van het grondrecht

Hoewel er voor is gepleit om dit grondrecht als het verst strekkende grondrecht te beschouwen, ook voor wat betreft de horizontale werking,¹² is die opvatting niet gevolgd. Dat betekent dat de vrijheid van godsdienst voor wat betreft de horizontale werking niet afwijkend van de andere grondrechten wordt behandeld. Opvallend is dat de Hoge Raad het oordeel in stand heeft gelaten dat de grens die art. 6 GW aan de vrijheid van godsdienst stelt ('behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet') in horizontale verhoudingen betekent dat ook art. 1401 (thans 6:162) BW 'beperkingen kan stellen aan de wijze waarop van die vrijheid gebruik wordt gemaakt.'¹³ Daaruit zou zijn af te leiden dat art. 6 GW in horizontale verhoudingen directe werking heeft, en als beperkingsgrondslag de vage wettelijke normen kent.¹⁴ Daarvan is in latere beslissingen evenwel niets gebleken, maar evenmin is dat uitgesloten.

Wel zal zich bij de horizontale toepassing van dit grondrecht eerder de situatie kunnen voordoen dat zowel werkgever als werknemer zich beroepen op een grondrecht. Het gaat dan met name om werkgevers die een godsdienstige grondslag wensen te handhaven. Voor de mate en wijze van beperking van grondrechten maakt een dergelijke botsing geen verschil. In een dergelijke situatie zal de rechter zich zo ver mogelijk dienen te houden van een inhoudelijke beoordeling van het beroep op de godsdienstvrijheid. E.e.a. leidt er toe dat de rechter -bij een geloofsgeschil tussen de leiding van een geloofsgenootschap en een werknemer- de interpretatie van de leiding heeft te volgen.¹⁵ Indien de inhoud van het geloof niet door de formele werkgever tot stand komt zal een rechter zich aan een onderzoek niet kunnen onttrekken: te denken is aan situatie van een schoolbestuur dat een leraar ontslaat wegens diens met de grondslag van de school onverenigbaar gedrag.¹⁶

12 Door regeringscommissaris Simons, *Handelingen II* 1976-1977, p. 2127.

13 HR 5 juni 1987, *NJ* 1988, 702 (*Goeree*).

14 Zie hierover Deel I, paragraaf 2.5.

15 In deze zin De Grondwet 1992, p. 135. Geheel anders gaat dat in Duitsland, waar de rechter zonder schroom overgaat tot een inhoudelijke toetsing van het geloof. Zie bijv. BAG, *NJW* 1996, p. 134 e.v. waarin de Scientology Church wordt beschouwd "nur als Vorwand für die Vervolgung wirtschaftlicher Zwecke".

16 De Grondwet 1992, p. 135-136.

De vrijheid van godsdienst werkt in horizontale verhoudingen vooral door als een belangrijke waarde welke de rechter zonder meer betreft in zijn afweging, soms zelf zonder het uitdrukkelijk in de overwegingen te betrekken of zelfs maar te noemen,¹⁷ zoals in de beslissing van de Hoge Raad in de zaak *De Venhorst-Inan*.¹⁸

6.4 Horizontale werking in het arbeidsrecht volgens de regering

De regering heeft over de vrijheid van godsdienst in het arbeidsrecht het volgende laten weten:¹⁹

‘Naast artikel 6 Grondwet bestaat er geen wettelijke regeling voor de doorwerking van dit grondrecht in de arbeidsverhouding. In de AWGB is wel discriminatie op deze grond verboden. In art. 5:1 jo. 5:4 Arbeidstijdenwet vindt de wekelijkse rustdag op grond van godsdienstige opvattingen bescherming. In de rechtspraak is ook het recht op een snipperdag op godsdienstige feestdagen in beginsel erkend.’

6.5 Nadere regelgeving

6.5.1 *Algemene wet gelijke behandeling*

De Algemene wet gelijke behandeling (AWGB)²⁰ verbiedt het maken van onderscheid naar godsdienst. Het begrip ‘godsdienst’ omvat niet alleen het huldigen van een geloofsovertuiging, maar ook het zich daarnaar gedragen. De wet is echter niet van toepassing op kerkgenootschappen en geestelijke ambtsdragers (art. 3 AWGB), terwijl de wet ook onverlet laat ‘de vrijheid van een instelling op godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag om eisen te stellen die gelet op

17 In sommige pachtzaken gebeurde dat al, zie daarover De Grondwet 1992, p. 137.

18 HR 30 maart 1984, *NJ* 1985, 350 (*De Venhorst-Inan*), zie voor de kernoverweging: Deel I, paragraaf 4.2.5.

19 *Kamerstukken II* 1996-97, 25 426, nr. 1, p. 14.

20 Zie voor een bespreking van deze wet verder Deel II, paragraaf 1.5.1.

de doel van de instelling, nodig zijn voor de vervulling van een functie' (art. 5 lid 2 sub a AWGB).²¹ Door het gebruik van het woord 'nodig' is enerzijds een nauw verband tussen het onderscheid en het doel van de instelling voorgeschreven,²² en anderzijds een nauw verband tussen de levensbeschouwelijke grondslag en de vervulling van de functie.²³

6.5.2 *Arbeidstijdenwet*

Art. 5:4 Arbeidstijdenwet²⁴ (ATW) bepaalt dat er geen arbeid op zondag wordt verricht, tenzij het tegendeel is bedongen en uit de aard van de arbeid voortvloeit.²⁵ Indien afwijking van de hoofdregel wegens bedrijfsomstandigheden wordt afgeweken is daarvoor een procedure geregeld.²⁶ De vrije zondag is dus uitgangspunt, 'in de eerste plaats omdat de zondag als rustdag een wezenlijk en vitaal element is van de christelijke traditie'.²⁷ Uiteindelijk is de concrete situatie van een werknemer doorslaggevend voor de beantwoording van de vraag of de werknemer ook verplicht is bij een gewijzigd arbeidspatroon op zondag te werken. Het werd overbodig geacht vast te leggen dat een werknemer in ieder geval recht zou hebben in ieder geval één godsdienstoefening bij te wonen. Overigens, zo meende de regering, geeft art. 7:681 lid 2 sub e BW een goede grondslag voor die situaties, waar de dilemma's in de praktijk van alledag voorkomen.²⁸ Art. 5:1 ATW bepaalt dat de bepalingen ten aanzien van de zondag voor werknemers die in verband met hun godsdienstige opvatting, de wekelijkse rustdag op een andere dag dan de zondag viëren, van

21 Zie bijv. CGB 27 maart 1997, oordeel 97-25. Zie voor de gekleurde werkgever verder Deel I, 4.2.4 en hierna, 6.6.2.

22 A.M. Gerritsen, 'commentaar 2 bij art. 5 AWGB', in: *Arbeidsovereenkomst*, losbladig.

23 Zie hierover Heerma van Voss 1993, p. 253, die daarom Ktg. Zwolle 7 maart 1991, *NJCM-Bulletin* 1991, p. 302 bekritiseert.

24 Wet van 23 november 1995, *Stb.* 1995, 598.

25 Zie voor de tot voor kort uit het BW voortvloeiende verplichtingen voor de werkgever Deel I, hoofdstuk 4.3.

26 De huidige tekst van art. 5:1 ATW is tot stand gekomen op grond van het amendement Van Nieuwenhoven c.s., *Kamerstukken II* 1993-1994, 23 646, nr. 49. Zie ook de brief van de minister van 21 april 1995, 23 646, nr. 47.

27 *Kamerstukken II* 1993-1994, 23 646, nr. 6, p. 45.

28 *Kamerstukken II* 1993-1994 23 646, nr. 6, p. 51. Zie de bespreking van jurisprudentie in 6.6 voor concrete afwegingsaspecten.

overeenkomstige toepassing zijn voor die dag in plaats van de zondag, op voorwaarde dat de werknemer een daartoe strekkend schriftelijk verzoek heeft gericht aan zijn werkgever.

6.5.3 *Art. 7:681 lid 2 sub e BW, kennelijk onredelijke opzegging*

In artikel 7:681 lid 2 sub e BW is bepaald dat een opzegging kennelijk onredelijk kan zijn wanneer de opzegging geschiedt wegens het enkele feit dat de werknemer met een beroep op een ernstig gewetensbezwaar weigert de bedongen arbeid te verrichten.²⁹ Het moet hier gaan om een ernstig, dus onoverkomelijk beletsel om de bedongen arbeid te verrichten. Bezwaren tegen het bedrijfsbeleid op zich is onvoldoende. Maar aan een vastomlijnde definitie van het begrip 'gewetensbezwaar' wilde de regering zich niet wagen:

'wij zijn de mening toegedaan dat het begrip gewetensbezwaar zo individueel bepaald is, dat daarbij een aanduiding van de aard van de overtuiging die tot het gewetensbezwaar heeft geleid, niet past. Het omlijnen van de inhoud er van door het criterium godsdienstige of levensbeschouwelijke overtuiging zou dan ook onvoldoende recht doen aan het bestaan van persoonlijke bezwaren die haar oorsprong vinden in andere overtuigingen, bijv. een politieke overtuiging.'³⁰

De plaatsing van de regeling in art. 7:681 BW

'(..) maakt duidelijk dat per individueel geval een rechterlijke toets is vereist waarbij rekening wordt gehouden met de omstandigheden van het geval.'³¹

Deze codificatie staat de werking van het grondrecht niet in de weg: 'het beginsel van de gewetensvrijheid werkt ook door in de verhouding

29 Aan de basis van deze regeling ligt de Notitie gewetensbezwaren in dienstbetrekking, *Kamerstukken II* 1985-1986, 19 337, nr. 2.

30 *Kamerstukken II* 1992-1993, 22 392, nr. 6, p. 9. Zie ook nr. 8, p. 4.

31 *Kamerstukken II* 1991-1992, 22 293, nr. 3, p. 7.

werkgever-werknemer', maar 'een beroep op het geweten in de arbeidssituatie wordt met het onderhavige wetsvoorstel uitdrukkelijk erkend'³². De regeling

'(..) beoogt (..) de positie van de werknemer met ernstige gewetensbezwaren te versterken en vormt een (..) richtsnoer voor de rechter in arbeidsgeschillen op het punt van de problematiek van gewetensbezwaren.'³³

6.6 Horizontale werking in het arbeidsrecht volgens de literatuur en jurisprudentie

6.6.1 *Geestelijke ambtsdragers*

Als uitgangspunt geldt dat de arbeidsverhouding met geestelijke ambtsdragers kan worden opgezegd zonder dat een toestemming van de RDA is vereist. Immers, volgens de Hoge Raad³⁴:

'(..) de grond voor het opnemen van de uitzonderingsbepaling van artikel 2 lid 1 sub c in het bijzonder daarin is gelegen dat de besluitgever, gelet op de in de Grondwet neergelegde vrijheid van godsdienst, overheidsbemoeiing als vervat in het BBA met de arbeidsverhouding van de in die bepaling bedoelde geestelijke ambtsdragers heeft willen vermijden.'

Daarbij dient de toepassing van art. 2 lid 1 sub c BBA volgens de Hoge Raad niet restrictief te worden uitgelegd. Dat gebeurt in de praktijk dan ook.³⁵ Daarnaast is het de vraag of de arbeidsverhouding met een geestelijk ambtsdrager als een arbeidsovereenkomst kan worden

32 *Kamerstukken II* 1992-1993, 22 392, nr. 6, p. 3-4.

33 *Kamerstukken II* 1992-1993, 22 392, nr. 6, p. 5.

34 HR 30 mei 1986, *NJ* 1986, 702.

35 HR 17 juni 1994, *NJ* 1994, 757 (*Imam*) Ktg. Amsterdam 14 december 1994, *JAR* 1995, 10 (*sjocheet*). Zie ook C.C. Oberman, 'Geestelijke ambtsdrager: gezagsverhouding en ontslagverbod', *Arbeidsrecht* 1999/1, p. 11 e.v.

gekwalficeerd. De zelfstandigheid van de ambtsdrager staat het aannemen van ondergeschiktheid, en daarmee van een arbeidsovereenkomst, op zich niet in de weg.³⁶

6.6.2 *De gekleurde werkgever en veranderende opvattingen*³⁷

In het algemeen geldt dat binnen de interne sfeer van een kerkgenootschap of ander genootschap op geestelijke grondslag het beroep van 'ondergeschikten' (leden, ambtsdragers) op de vrijheid van godsdienst beperkt is, in die zin dat de 'inhoud' van het geloof vastgesteld kan worden door de werkgever.³⁸ Als de inhoud van de arbeidsovereenkomst is het uitdragen van het door de werkgever 'vastgestelde' geloof, zal een afwijkende opvatting van de werknemer over de inhoud van het geloof snel leiden tot een onmogelijkheid om de opgedragen werkzaamheden naar behoren uit te oefenen.³⁹ Daarnaast zijn te onderscheiden maatschappelijke instellingen als scholen en welzijnsorganisaties op bijzondere grondslag. Dergelijke instellingen mogen -naar mijn mening- na totstandkoming van de arbeidsovereenkomst⁴⁰ niet verlangen dat de werknemers de grondslag onderschrijven, volstaan kan worden met van de werknemer te verlangen de grondslag te respecteren. In de woorden van Schuijt:

'(..) dat wil zeggen dat hij bereid is zich te richten naar het belang van de onderneming of instelling en in redelijkheid wil meewerken aan de realisering van de doelstelling en de identiteit geen afbreuk wil doen'.⁴¹

36 Zie C.C. Oberman als in vorige noot.

37 Zie over het doel van de werkgever ook Deel I, paragraaf 4.2.4.

38 De Grondwet 1992, p. 135. Zie over dit onderwerp ook Labuschagne 1994, p. 191 e.v.

39 Zie terzake ook de beschouwingen van D.H.M. Meuwissen, Handelingen NJV 1996, die -(te) kort samengevat- meent dat de werkgever door het gebruik van het grondrecht het beroep op het grondrecht van de werknemer heeft verdisconteerd.

40 Wel bij de sollicitatie. In die zin, voor zover het betreft organisaties als bedoeld in art. 5 lid 2 AWGB; CGB 28 april 1998, oordeel 98-38

41 Schuijt 1987, p. 193. Anders *Kamerstukken II* 1980-1981, 15 360, nr. 3, p. 18-20, De Grondwet 1992, p. 137 en art. 4 lid 11 Wet Medezeggenschap Onderwijs.

De bekende jurisprudentie op dit punt heeft betrekking op veranderingen in (het gedrag in) het privéleven van de werknemer, die zich niet verhouden met de geloofsopvatting van de werkgever (echtscheiding, buitenechtelijke relaties). De hoofdlijn in de jurisprudentie is dat het de werkgever, ook al is die 'gekleurd', niet aangaat wat de werknemer in zijn eigen tijd doet.⁴² Soms wordt in de jurisprudentie, zeker waar het betreft het bijzonder onderwijs, wordt nog uitgegaan van een zwaardere conformiteitseis.⁴³ Die zwaardere conformiteitseis wordt ook door het EHRM gehanteerd.⁴⁴

Ook mogelijk is dat de werknemer niet langer in staat is zijn arbeid te verrichten wegens een verandering in opvatting van de werkgever. Indien daarvan sprake is, lijkt het me toe dat de verwijtbaarheid bij beëindiging van de arbeidsovereenkomst niet aan de zijde van de werknemer behoort te worden gelegd. In de jurisprudentie hebben dergelijke casus zich weinig voorgedaan. Een ziekenhuis plaatst het verpleegkundig hoofd van de afdeling verloskunde over nadat zij te kennen heeft gegeven niet aan de -als nieuw beleid uit te voeren- abortus wenst mee te werken. Een vordering in kort geding tot terugplaatsing wordt afwezen, omdat het niet aan de verpleegkundigen is om het beleid te bepalen.⁴⁵ Deze beslissing lijkt me juist. Indien de werknemer in een situatie waarin een werkgever het beleid wenst te veranderen, welke verandering op door grondrechten gesteunde bezwaren van een werknemer stuit, dient de werknemer in beginsel te wijken. In die situatie kan beëindiging van de arbeidsovereenkomst uiteindelijk

42 Zie de jurisprudentie genoemd in Deel I, paragraaf 4.2.4. alsmede Ktg. Amsterdam 27 augustus 1975, *NJ* 1975, 516, Ktg. Maastricht 31 augustus 1989, *PRG* 1990, 3188, Ktg. 's Gravenhage 3 februari 1999, *PRG* 1999, 5134.

43 Zie over de positie van onderwijspersoneel Beurskens 1991, p. 419-421 en Heerma van Voss 1993, p. 252-254.

44 EHRM 6 september 1989, *D & R* 61, p. 151 (*Rommelfanger*). Zie hierover Alkema 1995, p. 117.

45 Pres. Rb. Middelburg en in hoger beroep Hof 's Gravenhage 24 juni 1981, *PRG* 1981, 1816. De verpleegkundige wenste mede terugplaatsing omdat zij het als opdracht vanuit de bijbel zag om zolang mogelijk op haar post te blijven en verzet te plegen. Dat kan geen reden voor terugplaatsing zijn: de vraag dient te zijn of zij haar arbeid zinvol kan verrichten. Vergelijk Ktg. Roermond 8 maart 1994, *JAR* 1994/138, waarin een croupier zijn arbeid wilde behouden om in staat te blijven goklustigen te waarschuwen.

geïndiceerd zijn, waarbij 'het respect voor het grondrecht dat uiteindelijk moet wijken kan worden uitgedrukt in de toewijzing van een vergoeding'.⁴⁶

6.6.3 *De veranderende (geloofs-)opvatting van de werknemer staat de uitoefening van de werkzaamheden in de weg*

Er mag van worden uitgegaan dat bij indiensttreding de werkgever en de werknemer hebben geïnformeerd naar de opvattingen van de wederpartij, mede ten aanzien van de te verrichten werkzaamheden en dat die wederzijdse opvattingen de indiensttreding niet in de weg hebben gestaan.⁴⁷ Maar vervolgens kan de opvatting van de werknemer zodanig veranderen dat hij het verrichten van die werkzaamheden niet langer met zijn overtuiging in overeenstemming kan brengen. De grondrechten - en met name art. 6 GW - hebben juist tot doel om ook die veranderingen van overtuiging te beschermen. Hoe dient arbeidsrechtelijk met dit probleem omgegaan te worden?

Een leerling verpleegkundige treedt toe tot de Jehova's Getuigen, op grond van welke geloofsovertuiging zij niet rechtstreeks wenst mee te werken aan het toedienen van bloed. Die veranderde opvatting van de werknemer is voor het ziekenhuis aanleiding geen (verdere) leer/arbeidsovereenkomst met de leerling te sluiten, nu gevreesd wordt dat de leerling patiënten geen en/of onvoldoende informatie zal geven over hun behandeling. De CGB acht het feit dat de werkgever die vrees ten grondslag legt aan de beslissing de arbeidsovereenkomst niet voort te zetten, zonder daarover met de leerling te hebben gesproken, onzorgvuldig. Die vrees komt dus voort uit algemene opvattingen over het geloof van de leerling, maar niet voort uit hetgeen de leerling daarover zelf vindt, hetgeen directe discriminatie naar geloof vormt. Maar de door de werkgever gevreesde organisatorische problemen, nu de leerling niet overal inzetbaar zal zijn leveren indirecte discriminatie op, waarvoor een objectieve rechtvaardigingsgrond aanwezig is.⁴⁸ Andere voorbeelden in deze categorie zijn de bankbaliemedewerker die zich keert tegen het kapitalisme en het daaraan

46 Geciteerd uit Heerma van Voss 1993, p. 251.

47 Schuijt 1987, p. 206-207.

48 CGB 23 april 1997, oordeel 97-46.

verbonden betalingsverkeer,⁴⁹ een croupier die zich keert tegen het (naar zijn inzicht teveel) gokken⁵⁰ en een werknemer van een stichting ter bevordering van het welzijn van allochtonen wordt provinciaal lijsttrekker voor de Centrumpartij.⁵¹

Ook in deze situaties geldt dat indien na zorgvuldig onderzoek blijkt dat de werknemer geen andere passende arbeid aangeboden kan worden, een beëindiging van de arbeidsovereenkomst in de rede ligt, waarbij geen verwijtbaarheid bij die beëindiging van de werknemer mag worden aangenomen. De werknemer heeft immers niet de ontwikkeling van zijn geweten zodanig in de hand dat hem daarvan een verwijt gemaakt kan worden.⁵²

6.6.4 *De geloofsbelijdenis*

In de arbeidsrechtelijke jurisprudentie komen met regelmaat verzoeken tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst voor wegens de kleding die de werknemer draagt op grond van zijn godsdienstige - of levensovertuiging. Hierbij geldt dat de werknemer een grote vrijheid toekomt zijn uiterlijk zelf te bepalen, ook al komt hij met dat uiterlijk in strijd met het bedrijfsbeleid. Een werknemer in een hotel met oud-Hollandse signatuur mag de voor een Sikh voorgeschreven tulband, baard en dolk dragen,⁵³ een kapster een hoofddoek waarmee zij haar klantenwervend haar bedekt.⁵⁴ Nu het dragen van deze kledingstukken/attributen rechtstreeks voortvloeien uit de geloofsovertuiging, is

49 Dat deed zich in Duitsland voor: BAG 28 september 1972, *AP Nr. 2 zu Par. 134 BGB*, hetgeen leidde tot ontslag zonder vergoeding.

50 Ktg. Roermond 8 maart 1994, *JAR* 1994/138, ontbinding met zeer ruime vergoeding.

51 Ktg. Roermond 10 april 1984, *NJ* 1984, 676. Ontbinding zonder vergoeding, dat laatste naar mijn mening (ook al verwoord in NJCM-Bulletin 1994, p. 991) ten onrechte. Zie voor meer voorbeelden Vermeulen 1989, p. 134-135, Heerma van Voss 1993, p. 255.

52 Zie de bespreking van art. 7:681 BW en A.M. van Cappelle, 'Gewetensbezwaren en kennelijk onredelijk ontslag', *Arbeidsrecht* 1994/5, p. 3-5.

53 Ktg. Amsterdam 24 januari 1986, *PRG* 1986, 2462. Vergelijkbaar Pres. Rb Haarlem 18 maart 1997 en CGB 25 maart 1997, *JAR* 1997/85, m.b.t. een schorsing van een huishoudelijk medewerker bij een Golden Tulip hotel.

54 Ktg. Alphen aan den Rijn 22 maart 1994, *JAR* 1994/82. Over hoofddoeken ook CGB 3 februari 1997 en 10 februari 1997, oordelen 97/14 en 16 en Ktg. Apeldoorn 30 november 1994, *PRG* 1995, 4271.

het maken van onderscheid wegens het dragen ervan directe discriminatie.⁵⁵ De kantonrechter volgde een dergelijk oordeel van de CGB niet zonder meer, maar liet in het midden of het verbieden van het dragen van een hoofddoek in strijd zou kunnen komen met de AWGB, en kende op grond van een belangenafweging vervolgens een vergoeding toe bij de ontbinding van de arbeidsovereenkomst.⁵⁶

Ook in het geval van het ontslag op staande voet van een werknemer die wegens het bidden tijdens werktijd de pauzetijd die de werkgever verschafte voor 'persoonlijke verzorging' overschrijdt, neemt de kantonrechter op grond van een belangenafweging geen dringende redenen aan. Nu de werkgever het bidden tijdens de persoonlijke verzorgingstijd eenvoudigweg had verboden, kan de uitkomst ook nauwelijks anders zijn.⁵⁷

6.6.5 *De geloofsverklaring*

Tot de vrijheid van godsdienst behoort ook dat de werknemer het recht toekomt zijn geloof te verkondigen. Een algemeen verbod op de uitoefening van dat recht kan een werkgever niet opleggen.⁵⁸ Juist de verklaring verdient bescherming omdat de geloofsverklaring naar haar aard veelal met zich brengt dat anders of niet-gelovigen gekwetst worden. In de jurisprudentie zijn voorbeelden te vinden van een zeer indringende wijze van geloofsverklaring, waardoor de mogelijkheid tot het verrichten van een zinvolle arbeidsprestatie zo ernstig in het gedrang kwam dat de arbeidsovereenkomst deswege diende te worden ontbonden. Daarbij is steeds geoordeeld dat de werknemer geen verwijt van die ontbinding gemaakt kan worden. In het geval van een croupier tijdens werktijd die om geloofsredenen goklustigen waarschuwt niet in te zetten kwam de kantonrechter tot een vergoeding van ruim anderhalf maandsalaris per dienstjaar,⁵⁹ in het geval van een fysiotherapeut die het als 'een Bijbelse opdracht

55 Zie ook, met verwijzing naar relevante uitspraken van de CGB, Y.H. Dissel, 'Onderscheid op grond van godsdienst', *Arbeidsrecht* 1998/5, nr. 31.

56 Ktg. Amsterdam 22 maart 1996, *JAR* 1996/91.

57 Ktg. Almelo 10 april 1997, rolno 1399/96, ng. Zie voor een vergelijkbare casus van een collega-werknemer CGB 21 maart 1997, oordeel 97-23.

58 In die zin CGB oordeel 99-19.

59 Ktg. Venlo 7 maart 1994, *JAR* 1994/380.

om te getuigen van Jesus Christus' beschouwt, tot een vergoeding van nog geen kwart maandsalaris per dienstjaar, omdat de verandering van omstandigheden wel in de 'risicosfeer' van de werknemer is gelegen.⁶⁰ Het niet verlengen van een tijdelijke arbeidsovereenkomst van een bankmedewerkster, omdat de bank meende dat het huis-aan-huis verkondigen van het geloof door de werknemster als Jehova-getuige in de overwegend katholieke gemeenschap schadelijk voor haar aanzien was, achtte de CGB het maken van direct onderscheid naar godsdienst.⁶¹

6.6.6 *Werktijden, vrije dagen en geloofsbelijdenis*

Naast hetgeen hiervoor reeds over de Arbeidstijdenwet is gezegd, kan nog worden gewezen op een vonnis gewezen door de kantonrechter te Den Haag over de vordering van een wegenwachter die wenst dat zijn werkgever, de ANWB, hem zodanig inroostert dat hij op zondag tweemaal de kerk kan bezoeken. De kantonrechter overweegt dat van de werkgeefster 'verlangd mag worden dat zij zoveel mogelijk rekening houdt met de godsdienst of de levensovertuiging van haar werknemers en daarmee met de praktische invulling' daarvan, maar dat dit uitgangspunt niet 'absoluut in de zin van zonder enige beperking' geldt.

'Zo zal ANWB ook het gelijkheidsbeginsel in acht moeten nemen in die zin dat zij haar werknemers gelijk moet behandelen en geen onredelijke verschillen in behandeling mag hanteren.'

Op grond van deze gedachten constateert de kantonrechter dat de ANWB zelfs verplicht is om de werknemer aan de uitoefening van zijn recht op uitoefening van zijn godsdienstvrijheid beperkingen op te leggen, en hij op grond van de redelijkheid en billijkheid bereid moet zijn om redelijke oplossingen voor zijn probleem te zoeken. Nu de wegenwachter de hem aangeboden functie als keurmeester had afgewezen, waarbij hij in het geheel niet hoefde te werken op zondag,

60 Ktg. Hoorn 19 januari 1998, *JAR* 1998/68.

61 CGB 15 juli 1996, oordeel 96-59.

maar ook geen onregelmatigheidstoeslag meer zou ontvangen, heeft hij niet aan zijn verplichtingen voldaan en wordt zijn vordering afgewezen.⁶²

Daarnaast moet hier nogmaals worden gewezen op HR 30 maart 1984,⁶³ waarin de Hoge Raad besliste dat een werknemer die vrijaf vraagt ter viering van een voor hem belangrijke godsdienstige feestdag, die dag behoort vrij te krijgen tenzij zwaarwegende bedrijfsbelangen zich daartegen verzetten. Hoewel dit arrest wel is aangehaald als een voorbeeld van horizontale werking, wordt er geen enkele blijk van de werking van het grondrecht gegeven.

6.7 Conclusie

Het is opmerkelijk dat de vrijheid van godsdienst en geweten slechts langs de band van de AWGB direct in de belangenafweging wordt betrokken. De wijze waarop de AWGB door de CGB wordt toegepast geeft een adequate en duidelijk genormeerde bescherming tegen ongelijke behandeling op grond van godsdienst. In de jurisprudentie komt het grondrecht nauwelijks tot uiting. De werking van de vrijheid van godsdienst en geweten voltrekt zich aan de hand van een belangenafweging op grond van de omstandigheden van het geval. Waar het gaat om een door betrokkenen als zeer zwaarwegend ervaren grondrecht, welk zwaarwegend belang nu juist is erkend door het in de Grondwet op te nemen als fundamenteel recht, mag toch worden verwacht dat de bescherming die het grondrecht beoogt te bieden ook in horizontale verhoudingen - en zeker het arbeidsrecht - duidelijk is genormeerd. Zolang daarvan geen sprake is biedt directe horizontale werking uitkomst.

62 Ktg. Den Haag 1 december 1998, rolno. 82168 / 98-9892 ng (*Van de Weg/-ANWB*)

63 *NJ* 1984, 350 (*De Venhorst-Inan*). Zie Deel I, paragraaf 4.2.5. voor de letterlijke kernoverweging en mijn bezwaren tegen deze wijze van normering van de werking van grondrechten. Zie voor een identieke casus Rb. Arnhem 24 december 1987, *PRG* 1988, 2895.

De regel die de Hoge Raad ten aanzien van vrijaf op belangrijke godsdienstige feestdagen heeft gegeven is werkbaar. Bezwaarlijk is echter dat die norm tot stand is gekomen zelfs zonder het grondrecht als belang te noemen, zodat het de vraag blijft waar de Hoge Raad deze regel 'gevonden' heeft, terwijl onduidelijk blijft hoe de werking van het grondrecht in andere situaties zal worden genormeerd. De huidige praktijk is daarom niet bevredigend.

Artikel 7

7.1 Vrijheid van meningsuiting

art. 7 GW:

Niemand heeft voorafgaand verlot nodig om door de drukpers gedachten of gevoelens te openbaren, behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet.

2- (..)

3- Voor het openbaren van gedachten of gevoelens door andere dan in de voorgaande leden genoemde middelen heeft niemand vooraf gaande verlot nodig wegens de inhoud daarvan, behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet (..)

Art. 10 EVRM:

1- Een ieder heeft recht op vrijheid van meningsuiting. Dit recht omvat de vrijheid een mening te koesteren en de vrijheid om inlichtingen of denkbeelden te ontvangen of te verstrekken, zonder inmenging van enig openbaar gezag en ongeacht grenzen. (..)

2- Daar de uitoefening van deze vrijheden plichten en verantwoordelijkheden met zich brengt, kan zij worden onderworpen aan bepaalde formaliteiten, voorwaarden of sancties die bij wet zijn voorzien en die in een democratische samenleving noodzakelijk zijn in het belang van de nationale veiligheid, territoriale integriteit of de openbare veiligheid, het voorkomen van wanordelijkheden of strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden of de bescherming van de goede naam of de rechten van anderen, om verspreiding van vertrouwelijke mededelingen te voorkomen (..)

art. 19 IVBPR:

1- (..)

2- Een ieder heeft het recht op vrijheid van meningsuiting: dit recht omvat mede de vrijheid inlichtingen en denkbeelden van welke aard ook te garen, te ontvangen en door te geven

(..)

3- (..)

7.2 De aard van het grondrecht

De vrijheid van meningsuiting heeft verschillende doelstellingen. Primair is het grondrecht gericht op het beschermen van de mogelijkheden van het individu om zich in de grootst mogelijke vrijheid te ontplooiën. Als een van de meest essentiële voorwaarde daarvoor geldt dat de burger vrij zijn mening kan 'communiceren' met anderen teneinde kennis te kunnen nemen van de mening van anderen en de zijne te kunnen toetsen.¹ Bij die mogelijkheid behoort ook dat de mens zijn behoefte om gedachten en gevoelens, zijn overtuiging naar buiten te brengen. 'Ook als van die communicatie weinig intellectuele of culturele winst is te verwachten, is dit een belang dat niet verwaarloosd mag worden'.² Daarnaast heeft de vrijheid van meningsuiting een democratische functie. Dit grondrecht waarborgt de mogelijkheid van burgers om de politieke besluitvorming te becommentariëren en te beïnvloeden. Daardoor legitimeert het grondrecht het democratische bestel.³

Onder het begrip 'meningsuiting' valt niet het ontwikkelen en koesteren van gedachten of gevoelens. Deze zijn geheel vrij.⁴ Onder de meningsuiting valt ook het bekendmaken van feiten. Art. 7 GW verbiedt voorafgaande censuur, maar laat onverlet dat achteraf, terzake van ongeoorloofd geachte uitingen, repressieve maatregelen worden genomen. In de (staatsrechtelijke) jurisprudentie is een onderscheid gemaakt tussen het openbaren en het verspreiden van de mening. Van

1 Boukema 1966, p. 103 e.v.

2 Drion 1969, p. 102.

3 In die zin Velaers 1991.

4 Bijv. Hof Amsterdam 13 september 1984, *NJ* 1984, 409.

openbaren is sprake door het neerleggen in geschrift, wat daarna volgt om die in geschrift neergelegde mening 'voor het publiek bekend te maken' behoort tot de ruimtelijke sfeer en is aan het grondrecht ondergeschikt.⁵ Met de woorden 'door de drukpers' in het eerste lid is bedoeld aan te geven dat het moet gaan om leesbare uitingen, dus ook neonletters en spandoeken vallen onder het grondrecht. Niet onder art. 7 lid 1 GW vallen echter mondelinge of non-verbale uitingen, zoals het gooien van rotte sinaasappelen.⁶ Dergelijke uitingen kunnen bescherming vinden krachtens het derde lid van art. 7 GW.

7.3 Horizontale werking van het grondrecht

Volgens de regering geldt dat

'(..) in contractuele verhoudingen, waar het grondrecht een rol speelt, de contractsvrijheid in voorkomende gevallen tegen het grondwettelijk geregelde grondrecht zal moeten worden afgewogen'.⁷

Indien de nadruk wordt gelegd op de democratische functie van de vrijheid van meningsuiting, zoals dat gebeurt in Duitsland en de VS, zal een beperking daarvan minder snel toelaatbaar worden geacht. Uitingen worden daar onderscheiden in 'public speech' en in 'private speech', waarbij de uitingen over het publiek belang een duidelijk bevoorrechte positie verkrijgen.⁸ Ook het EHRM hanteert deze onderscheiding: een beperking van een uiting die tot de private speech moet worden gerekend zal eerder nodig zijn 'in een democratische samenleving'.⁹

Uit een onderzoek van de jurisprudentie blijkt dat het grondrecht een werking krijgt variërend van de derde tot en met de vijfde graag

5 Zie al HR 28 november 1950, *NJ* 1951, 137 en 138. Zie hierover: Verhulp 1996, p. 76.

6 De Grondwet 1992, p. 150.

7 *Kamerstukken II* 1975-1976, 13 872, nr. 3, p. 40.

8 Zie hiervoor Peters 1981, Verhulp 1996, p. 85.

9 EHRM 25 maart 1985, *PC ser. A, nr. 30*, zie hierover Velaers 1991, p. 321.

op de schaal van Boesjes.¹⁰ Die jurisprudentie heeft betrekking op onrechtmatig geachte uitingen. De rechter ontkomt niet aan de belangenafweging in die gevallen waarin enerzijds een beroep wordt gedaan op de vrijheid van meningsuiting en anderzijds op zakelijke of persoonlijk belangen, die door de uiting worden geschaad.¹¹ Een beroep op de onrechtmatigheid van een uiting kan worden afgeweerd onder verwijzing naar het algemeen belang dat de uiting vereiste. Dat beroep op het algemeen belang dient aan een aantal vereisten te voldoen. Voor het afwegen van de twee tegenover elkaar staande,

'ieder voor zich hoogwaardige maatschappelijke belangen (aan de ene kant het belang dat individuele burgers niet door publikaties in de pers worden blootgesteld aan lichtvaardige verdachtmakingen: aan de andere kant het belang dat niet, door gebrek aan bekendheid bij het grote publiek misstanden die de samenleving kunnen raken blijven voortbestaan)'

heeft de HR een handvat gegeven. Zij stelt voorop dat het van de omstandigheden van het geval afhangt, maar -in een situatie als de onderhavige- wel in het bijzonder van de volgende:

- 'a. de aard van de gepubliceerde verdenkingen en de ernst van de te verwachten gevolgen voor degene op wie die verdenkingen betrekking hebben:
- b. de ernst -bezien vanuit het algemeen belang- van de misstand welke de publikatie aan de kaak beoogt te stellen:
- c. de mate waarin ten tijde van de publikatie de verdenkingen steun vonden in het toen beschikbare feitenmateriaal:
- d. de inkleding van de verdenking gezien in verhouding tot de onder a tot en met c bedoelde factoren:
- e. de mate van waarschijnlijkheid dat, ook zonder de verweten publikatie in de pers, in het algemeen belang het nagestreefde doel langs andere, voor de wederpartij minder schadelijke wegen met een redelijke kans op spoedig succes redelijk bereikt had kunnen worden:
- f. de mogelijke beperking van het door de perspublikatie te veroorzaken nadeel voor degene die erdoor wordt getroffen, in

10 Gerbranda & Kroes 1993, p. 123-149.

11 Bulk 1998, p. 135 e.v.

verband met de kans dat het betreffende stuk, ook zonder de verweten beschikbaarstelling aan de pers, in de publiciteit zou zijn gekomen.¹²

Daaraan kunnen nog worden toegevoegd:

g: het gezag dat derden zullen toekennen aan degeen die de uitlating deed,

h: de maatschappelijke positie en publieke gedragingen van degeen over wie de uitlating wordt gedaan.¹³

De vraag welke van de tegenovergestelde belangen de doorslag heeft, hangt af van alle in onderling verband te beschouwen bijzonderheden van het geval.¹⁴ Vooral wordt gewicht toegekend aan de waar- of juistheid van de beschuldiging¹⁵ in samenhang met het maatschappelijk belang van de openbaarmaking.¹⁶ In ieder geval laat de HR er geen misverstand over bestaan dat de rechter een belangenafweging moet maken en dat moet doen aan de hand van de omstandigheden van het geval.¹⁷

Inmiddels is de Hoge Raad er toe overgegaan de mogelijke beperking van de vrijheid van meningsuiting (door toewijzing van een vordering uit onrechtmatige daad) te toetsen aan art. 10 EVRM. Vereist is dat 'duidelijk en overtuigend' wordt vastgesteld dat een uiting in strijd is met een van de in art. 10 lid 2 EVRM genoemde rechten en belangen. De Hoge Raad stelt zich daarna trapsgewijze de vragen van art. 10

12 HR 24 juni 1983, *NJ* 1984, 801. Zie hierover uitgebreid Van Baarda 1992, pag. 303-314 en Groen 1995, p. 154-155.

13 Zie: noot (van CHJB) onder en conclusie van A-G. Franx bij: HR 27 januari 1984, *NJ* 1984, 803.

14 HR 8 maart 1985, *NJ* 1986, 437.

15 Zie hieromtrent: M.A. Kakebeeke-van der Put, *Leugen en waarheid in het privaatrecht* (rede), Deventer 1970.

16 Zie de noot (van CJHB) onder HR 27 januari 1984, *NJ* 1984, 803. Zie ook G.A.I. Schuijt, 'Aantasting eer en goede naam en andere aantasting van de persoon', in: *Onrechtmatige daad*, VII, Deventer, losbladig en: P. Mout: *Pre-advies NJV* 1978, p. 158-161 ('hoe ernstiger de aantijging, hoe zwaarder de plicht voor het massa-medium het waarheidsgehalte te toetsen').

17 HR 21 januari 1994, *Informatierecht/AMI* 1994, pag 93-97 (*Ferdi E.*), waarin de HR ook weer verwijst naar eerder genoemde jurisprudentie, m.n. G.A.I Schuijt. Zie ook zijn noot bij het daarop volgende vonnis, pag. 97-101.

lid 2 EVRM, te weten: is de beperking voorzien bij 'law' en is de beperking noodzakelijk in een democratische samenleving? Met dat laatste wordt een evenredigheidstoets ingevoerd, waardoor de vrijheid van meningsuiting aanzienlijke werking kan krijgen.¹⁸

7.4 Horizontale werking in het arbeidsrecht volgens de regering

Volgens de regering wordt de vrijheid van meningsuiting¹⁹ voor de werknemer beperkt:

'in het Wetboek van Strafrecht. Artikel 273 verbiedt hem aangaande de onderneming waar hij werkzaam is of is geweest, bijzonderheden waarvan hem geheimhouding is opgelegd, bekend te maken. De Wet op de ondernemingsraden en de Wet op de Europese ondernemingsraden kennen een specifieke geheimhoudingsplicht voor ondernemingsraad leden, terzake onder meer van alle zaken- en bedrijfsgeheimen die zij in hun hoedanigheid vernemen.'

Eerder had de regering al laten weten:²⁰

'Ook in de relatie werkgever-werknemer is de vrijheid van meningsuiting uitgangspunt. Voor werkgever en werknemer geldt dat zij zich daarbij als een goed werkgever en een goed werknemer hebben te gedragen. In voorkomende gevallen zal de rechter bij de beoordeling van de vraag of een beperking van de vrijheid van meningsuiting van de werknemer gerechtvaardigd is alle relevante feiten en omstandigheden afwegen. De belangen van de werkgever zullen daarbij van voldoende gewicht moeten zijn. Specifieke wetgeving met betrekking tot het recht op vrijheid van meningsuiting voor werknemers zal naar ons oordeel niet wezenlijk bijdragen aan de rechtszekerheid omdat het toch gaat om de beoordeling van de feitelijke omstandigheden van het geval.

18 HR 6 januari 1995, NJ 1995, 442 (*Het Parool-van Gasteren*). Hierover: G.A.I. Schuijt, *Hoge Raad niet meer bang voor de uitingsvrijheid?*, AMI/Informatierecht 1996, p. 29 e.v.

19 *Kamerstukken II* 1996-1997, 25 426, nr. 1, p. 15.

20 *Aanhangsel Handelingen II* 1996-1997, nr. 14 29. Antwoord (ontvangen 25 april 1997) op vragen gesteld naar aanleiding van Verhulp 1996.

Overigens is ook Verhulp van mening dat ook als een wettelijke norm is gegeven deze norm noodzakelijkerwijs ruimte blijft houden voor belangenafweging’.

7.5 De werking van nadere regelgeving

7.5.1 *Art. 7:660 en 7:678 lid 2 onder i BW*

Art. 7:660 BW bepaalt dat de werknemer is gehouden aan door de werkgever gegeven voorschriften, alles binnen de perken der wet. Of een dergelijk voorschrift toelaatbaar is, wordt getoetst door middel van een belangenafweging.²¹ De wetgever heeft het bekendmaken van bijzonderheden aangaande de huishouding of het bedrijf van de werkgever, die hij behoorde geheim te houden, als een voorbeeld van een dringende reden in de wet opgenomen. Of er sprake is van een dergelijke dringende reden, zal steeds aan de hand van de omstandigheden van het geval dienen te worden beoordeeld.²² Ik wijs er op dat de geheimhoudingsplicht geen geheimen behoeft te betreffen, maar slechts bijzonderheden, hetgeen tot vreemde gevolgen kan leiden.

7.5.2 *Art. 7:678 lid 2 onder e BW*

Hier wordt als voorbeeld van een dringende reden ernstige belediging of bedreiging van de werkgever opgevoerd. Volgens de Hoge Raad beschermt de vrijheid van meningsuiting

’in beginsel elke openbaarmaking van een -min of meer- weloverwogen gedachte of een gevoel, ongeacht de intenties van degene die zich uit. Het gebruik van aanstootgevende taal kan -daargelaten uiteraard de waarde van dergelijke uitingen- in beginsel ook als een openbaarmaking van een gedachte of gevoel aangemerkt worden’.²³

21 Zie bijv. Pres. Rb. Amsterdam 31 juli 1986, *KG* 1986, 355.

22 Verhulp 1996, p. 147-152.

23 HR 10 november 1992, *NJ* 1993, 18.

Bij de beoordeling van een dringende reden als hier bedoeld speelt het grondrecht echter geen zichtbare rol.

7.5.3 *Art. 272 en 273 WvSr*

Art. 272 WvSr regelt het beroepsgeheim. Achterliggende gedachte is dat bepaalde personen moeten kunnen worden aangesproken in een beschermde sfeer, zonder bij het aanspreken de angst te hebben dat de versterkte informatie wordt doorgegeven. In die zin gaat het hier om bescherming van het recht op privacy. Op het verschoningsrecht kunnen zich onder meer beroepen journalisten, artsen, notarissen en geestelijken.²⁴ Art. 273 WvSr bepaalt dat het schenden van een opgelegde geheimhoudingsplicht strafbaar is. Dat opleggen kan mondeling of bij overeenkomst geschieden, door iemand die omtrent de arbeid voorschriften kan geven. Voor vervolging is wel een klacht nodig. Bij opzettelijke schending van de geheimhoudingsplicht is voldaan aan de delictsomschrijving. Niet van belang is of het gaat om gegevens die 'geheim' zijn, zodat de onbevredigende situatie kan ontstaan dat een werknemer die in het kader van zijn indiensttreding elders zijn huidige salarisgegevens bekend maakt, niet alleen de opgelegde geheimhoudingsplicht schendt, maar ook strafbaar kan zijn.²⁵ In het tweede lid wordt van strafbaarheid uitgesloten degene die te goeder trouw heeft kunnen aannemen dat het algemeen belang de bekendmaking vereiste. Schending van bedrijfsgeheimen is dus om twee redenen niet zonder meer strafbaar. Allereerst moet de geheimhouding zijn opgelegd, ten tweede is disculpatie door een beroep op het algemeen belang mogelijk. Sinds 1935 is er geen vonnis over art. 273 WvSr gepubliceerd.

7.5.4 *Art. 20 WOR, art. 4 WEOR*

Art. 20 lid 1 WOR bevat enerzijds een wettelijke geheimhoudingsplicht voor alle informatie waarvan het OR-lid de vertrouwelijkheid dient te begrijpen en anderzijds een mogelijkheid voor de ondernemer om

24 Zie voor een opsomming: M.A. Wisselink: *Beroepsgeheim, ambtsgeheim en verschoningsrecht*, Zwolle 1998.

25 Denkbeeldig is dit niet: Ktg. Apeldoorn 28 april 1993, *JAR* 1993/183. Hierover Verhulp 1996, p. 165.

het OR-lid specifieke geheimhouding op te leggen. Sanctie op overtreding kan zijn -naast arbeidsrechtelijke consequenties- vervolging op grond van art. 272/273 WvSr.²⁶ Art. 4 Wet op de Europese ondernemingsraden bevat een vergelijkbare regeling.

7.6 Horizontale werking van het grondrecht volgens de literatuur en jurisprudentie

7.6.1 *Geheimhoudingsplicht van de werknemer en klokkenluiden*

Een geheimhoudingsplicht lijkt met grote regelmaat overeengekomen te worden. Gezien de grote belangen die een werkgever bij geheimhouding kan hebben is een schending van de geheimhouding vaak voorzien van een boeteclausule.²⁷ Actueel is de vraag in hoeverre de werknemer als bron van informatie mag optreden, als klokkenluider, hoewel hem een geheimhoudingsplicht is opgelegd. Cause celebre is de zaak Meijer/de Schelde, waarin de Hoge Raad besliste dat een werknemer/OR-lid, die aan de regering een brief stuurt -met afschriften aan de pers- waarin hij meldt dat het met de continuïteit en rentabiliteit van zijn werkgever niet goed gesteld is maar waarvan hij de bewijzen op grond van bedrijfsbelang niet mag geven, een dringende reden voor een ontslag op staande voet geeft.²⁸ Nu over de integere intenties van Meijer niet hoeft te worden getwijfeld en zijn uiting zeker maatschappelijk relevant was, is de Hoge Raad in deze zaak wel erg kort door de bocht gegaan. Nadat werd vastgesteld dat er sprake was van de schending van een bedrijfsgeheim, bleef een verdere (belangen-)afweging achterwege.²⁹ Gezien ook de latere jurisprudentie van de Hoge Raad (zie Deel II, 7.3) is het de vraag of de Hoge Raad deze lijn niet reeds verlaten heeft. Ondertussen blijft onduidelijk welke normen voor de beoordeling van klokkenluiden de Hoge Raad precies aanlegt. Met enige voorzichtigheid kan gesteld worden dat een

26 Zie hierover Verhulp 1996, p. 166 e.v.

27 Zie hierover Verhulp 1996, p. 145 e.v. Zie ook bijv. Ktg. Rotterdam 17 december 1996, *JAR* 1997/63.

28 HR 20 april 1990, *NJ* 1990, 702.

29 Kritiek hierop hebben Heerma van Voss 1992, p. 258 en Verhulp 1996, p. 185-188.

werknemer die niet direct en zonder meer naar de pers stapt maar eerst -voor zover dat van hem gevergd kan worden en de tijd dat toelaat- zijn werkgever benadert inzake het wegnemen van de mogelijke misstand, en, waarbij het gaat om een werkelijke misstand pas daarna als interne acties niet helpen, die misstand passende wijze bekend maakt, beschermd wordt.³⁰ Waar het hier gaat om maatschappelijk zeer relevante uitingen, is het noodzakelijk is om met een grotere mate van zekerheid uitspraken te kunnen doen over de toelaatbaarheid daarvan.³¹ Onzekerheid terzake leidt ertoe dat misstanden kunnen blijven voortbestaan, hetgeen maatschappelijk schadelijk is.³²

In aanvulling op hetgeen onder 7.4 is gesteld over de geheimhoudingsplicht zou het naar mijn mening zo moeten zijn dat een werknemer slechts dan aan een geheimhoudingsplicht gehouden geacht moet worden voor zover de werkgever niet alleen een gerechtvaardigd belang heeft bij de geheimhouding,³³ maar daarnaast dat belang ook van een zodanig gewicht is dat het een inbreuk op de vrijheid van meningsuiting van de werknemer rechtvaardigt.³⁴ In de jurisprudentie worden deze punten tot op heden niet of volstrekt onvoldoende in de belangenafweging betrokken.³⁵

7.6.2 *Belediging en bedreiging*

Ook als van de uiting weinig culturele waarde verwacht mag worden, is de behoefte van de mens zich te uiten een te beschermen belang, dat tot uiting komt in art. 7 GW. Art. 7:678 lid 2 onder e BW stelt grovelijke belediging en bedreiging van de werkgever als voorbeeld van een dringende reden. Indien een dergelijke uiting van een werknemer als een dringende reden wordt aangevoerd, blijkt van een grondwettelijke afweging niets. Tegelijkertijd kan uit de rechtspraak worden afgeleid dat belediging of bedreiging de werknemer, zeker

30 Zie voor een opsomming van de jurisprudentie Verhulp 1996, p. 172-176.

31 Deze opvatting wordt (vrijwel) algemeen gedeeld in de arbeidsrechtelijke literatuur, zie Deel I, hoofdstuk 5.

32 In die zin L. Timmerman, 'De rechtspositie van de klokkenluider', *TVVS* 1997, p. 368-371. Zie voor een voorbeeld Verhulp 1996, p. 184.

33 In die zin Rood 1993, p. 134 en De Vries 1996, p. 122.

34 Verhulp 1996, p. 155.

35 Zie Ktg. Apeldoorn 28 april 1993, JAR 1993/183 en Rb. Amsterdam 16 augustus 1995, JAR 1995/208.

wanneer de werkgever daartoe enige aanleiding heeft gegeven, nauwelijks meer wordt aangerekend.³⁶ Dat geldt ook voor grof taalgebruik in het algemeen. Anders ligt het bij het 'mobben', ook wel bekend als het collegaatje pesten, of bij discriminerende uitingen. Uitingen die daartoe strekken dient de werkgever te bestrijden ter bescherming van de werknemer die slachtoffer is van dergelijke uitingen, op grond van goed werkgeverschap.³⁷ Ook anders ligt het indien de werknemer met de beledigende uiting het bedrijf van zijn werkgever schade aandoet, bijvoorbeeld door zich in grove bewoording negatief over dat bedrijf uit te laten.³⁸ Als hoofdlijn geldt dat de werkgever niet kleinzerig mag zijn, en schelden of beledigen vooral arbeidsrechtelijke consequenties zal hebben indien de werkgever daardoor schade leidt.

7.6.3 *Maatschappelijk relevante uitingen die het belang van de werkgever raken*

De werkgever kan er belang bij hebben dat een werknemer bepaalde uitingen achterwege laat omdat zijn bedrijfsdebiët daardoor schade kan ondervinden. Indien het uitingen betreft die op grond van art. 6 GW (godsdienst) beschermd worden zal de werkgever dergelijke uitingen niet zonder meer kunnen beperken.³⁹ Dat geldt evenzeer voor uitingen die een zinvolle bijdrage leveren aan de maatschappelijke discussie. Gebrek aan tolerantie van collega's of werkgever mag niet leiden tot een beperking van dergelijke uitingen: het gaat hier immers om uitingen die van belang zijn voor de inrichting van de democratische samenleving.⁴⁰ Dat kan slechts anders zijn indien de werknemer door de wijze waarop de werknemer zijn opvattingen verkondigt het

36 Verhulp 1996, p. 132-133 en T.S. Pieters, 'Ontslag op staande voet wegens bedreiging en belediging: wat wel en wat niet gezegd mag worden', *Arbeidsrecht* 1996/1, nr. 2.

37 Zie bijv. Ktg. Zwolle 10 januari 1996, *JAR* 1996/50 en G.J.J. Heerma van Voss, 'Ontslag wegens schending grondrechten', *NJCM-Bulletin* 1996, p. 829 e.v.

38 Rb. Groningen 26 maart 1999, *JAR* 1999/98, over een negatieve uitlating gericht aan een klant van een restaurant.

39 Zie Deel I, paragraaf 4.2.4.

40 In die zin Ktg. Den Haag 22 oktober 1984, *NJ* 1985/286 (ontbinding van de arbeidsovereenkomst met Janmaat)

verrichten van arbeid onmogelijk maakt.⁴¹ Indien de werkgever of de collega-werknemers om reden van dergelijke uitingen verdere samenwerking onmogelijk achten kan een einde van de arbeidsovereenkomst noodzakelijk zijn, maar de verwijtbaarheid kan daarbij naar mijn mening niet bij de werknemer liggen.⁴²

Uitingen met betrekking tot de inrichting van de arbeid of arbeidsorganisatie moet de werkgever met tolerantie bezien, zeker als die uitingen alleen intern worden gedaan. De werkgever moet daarbij wel tegen een stootje kunnen.⁴³ De bescherming van OR-leden op grond van art. 21 WOR en de bijzondere opzegverboden geven uiting aan het belang van de bescherming van 'met de werkgever meedenkende werknemers'. Een in enige mate vergelijkbare bescherming wordt door de rechtspraak geboden aan werknemers die zich niet op die formele bescherming kunnen beroepen.⁴⁴ Indien de werkgever in de publiciteit is geraakt, kan niet zonder meer een spreekverbod worden opgelegd, hoewel dat blijkens de pers wel met enige regelmaat gebeurt.⁴⁵ In het algemeen is een spreekverbod ontoelaatbaar indien de werkgever zelf de publiciteit heeft gezocht, en de werknemer in alle openheid reageert. Tegelijkertijd lijkt een spreekverbod soms wel effectief omdat een werknemer niet snel het risico zal willen lopen zijn arbeidsplaats te verliezen.⁴⁶

41 In het ambtenarenrecht heeft zich een zaak voorgedaan waarin een gemeenteambtenaar, die lid is van een buurtvereniging, zich in grievende bewoordingen ('bot machtsmisbruik') uitlaat over een door 'zijn' wethouder genomen beslissing aangaande die vereniging. Berisping van de ambtenaar wordt terecht geacht. Rb. Alkmaar 25 november 1993, *TAR* 1994, 50.

42 In die zin: Ktg. Den Haag 22 oktober 1984, *NJ* 1984, 286. Anders Ktg. Roermond 10 april 1984, *NJ* 1984, 676. Deze laatste beschikking is naar mijn mening onjuist: E. Verhulp, 'Rien ne va plus', *NJCM-Bulletin* 1994, p. 898.

43 Hoewel HR 24 juni 1977, *NJ* 1978, 16 van een ander uitgangspunt lijkt uit te gaan. Zie voor bevestiging Ktg. Amsterdam 10 februari 1977, *PRG* 1977, 1205, Ktg. Maastricht 21 februari 1991, *PRG* 1991, 3439.

44 Verhulp 1996, p. 122.

45 Zie bijv. De Volkskrant 1 juni 1999: *Positie AVRO-directeur wankelt na ferme kritiek*: "Het is hier net de KGB, zei H. Burger, samensteller van Avro's-weekendcafé, twee dagen voor hij van de directie een spreekverbod kreeg".

46 Zie Verhulp 1996, p. 113-114.

Contractuele beperkingen van de vrijheid van meningsuiting van werknemers, anders dan geheimhoudingsbedingen, komen nauwelijks voor. In het kader van een belangenafweging zal een dergelijk beding ook niet veel waarde toekomen.⁴⁷

7.6.4 *Recht op ontvangst van informatie*

Hoewel het grondrecht primair -ook in verticale verhoudingen- werkt als afweerrecht, kan het in sommige gevallen worden ingeroepen ter waarborging van het recht. In de verdragsrechtelijke teksten is ook het recht op de ontvangst van informatie vastgelegd. Van een werkgever mag worden verwacht dat hij toestaat dat verspreiding van voor werknemers belangrijke informatie, zoals van vakbonden en personeelsverenigingen, plaatsvindt via de 'bedrijfskanalen'. Daarbij valt te denken aan het gebruik van prikborden en mailsystemen.⁴⁸ Voor de OR geldt als vanzelfsprekend het recht op het gebruik van de bedrijfskanalen voor informatieoverdracht.⁴⁹

7.7 Conclusie

In het geval van belediging of bedreiging komt de werknemer in beginsel een beroep toe op horizontale werking van het grondrecht. Dat een dergelijke beroep niet onbeperkt kan zijn, is duidelijk. In de arbeidsrechtelijke jurisprudentie is voor een werking van het grondrecht op dit punt in het geheel geen aandacht, hoewel de uitkomsten vaak leiden tot de gedachte dat de meningsuiting -uiteeraard binnen bepaalde grenzen- beschermd wordt. Er is met betrekking tot de doorwerking van de vrijheid van meningsuiting in het arbeidsrecht geen wettelijke regeling, er zijn slechts voorbeelden van een dringende reden. De

47 Verhulp 1996, p. 136. Vergelijk Grapperhaus 1995, p. 58, die meent dat een contractuele bepaling niet in de plaats van een belangenafweging kan treden.

48 Al bepleit door M.M. Olbers en D.W.H. Verkade, 'De arbeidsrechtelijke positie van de werknemer-auteur', *Intermediair* 1973, p. 3.

49 Zie art. 17 WOR en het SER-voorbeeldreglement ondernemingsraden, 'Afspraken tussen ondernemingsraad en ondernemer over het achterbanberaad van de OR', opgenomen in: P.F. van der Heijden, *Ondernemingsraad*, artikelgewijs commentaar, Art. 17 bijlage 1, Deventer, losbladig.

wijze waarop de geheimhouding thans is geregeld, verdient aanpassing nu de verbodsmogelijkheid van het bekendmaken van bijzonderheden die geen geheimen zijn, er toe leidt dat er geen afweging van belangen meer plaatsvindt. De positie van klokkenluiders is onzeker hetgeen er toe leidt dat er (langer) misverstanden kunnen blijven voortbestaan hetgeen maatschappelijk onverantwoord is. Duidelijke regels kunnen de klokkenluider helpen om een afweging te maken tussen het belang van de werkgever en het maatschappelijk belang van de bekendmaking. De beperking van uitingen die zijn te kenmerken als 'private speech' vindt steeds plaats aan de hand van een belangenafweging. Daarbij wordt de vrijheid van meningsuiting als belang vrijwel nooit betrokken, terwijl die wel in het geding is. De uitkomst van die belangenafweging is meestal dat de zich uitende werknemer bescherming krijgt, hoewel de afwegingsfactoren ongewis zijn.

Zolang er geen duidelijke wettelijke norm geldt zal de rechtspraak de jurisprudentie van de Hoge Raad inzake onrechtmatige uitingen als richtsnoer moeten nemen, en daarbij vervolgens de stapsgewijze toetsing van art. 10 lid 2 EVRM toepassen. Nu art. 7 GW wel duidelijk censuur verbiedt, maar overigens geen duidelijk norm geeft die voldoende bescherming in de arbeidsverhouding biedt, kan op deze wijze beter inzichtelijk worden welke normen gelden bij de toetsing. De daarmee geboden duidelijkheid zou een ferme stap in de goede richting zijn. Maar wettelijke normering verdient de voorkeur, omdat dat, in tegenstelling tot de regering meent, de rechtszekerheid aanzienlijk zal vergroten.⁵⁰

50 Ook in deze zin J.G.C. Schokkenbroek, 'Boekbeschuwing', *RM Themis* 1998/4, p. 120 en L. Timmerman, 'De rechtspositie van de klokkenluider', *TVVS* 1997, p. 368-371.

Artikel 8

8.1 Vrijheid van vereniging

Art. 8 GW:

Het recht tot vereniging wordt erkend. Bij de wet kan dit recht beperkt worden in het belang van de openbare orde.

Art. 11 EVRM:

1- Een ieder heeft recht op vrijheid van vreedzame vergadering en op vrijheid van vereniging, met inbegrip van het recht met anderen vakverenigingen op te richten en zich bij vakverenigingen aan te sluiten voor de bescherming van zijn belangen.

2- (..)

art. 22 IVBPR:

1- Een ieder heeft het recht op vrijheid van vereniging, met inbegrip van het recht vakverenigingen op te richten en zich bij vakverenigingen aan te sluiten voor de bescherming van zijn belangen.

2- (..)

8.2 De aard van het grondrecht

De oorspronkelijke gedachte achter het recht op vereniging in de Grondwet is om religieuze bewegingen de mogelijkheid te bieden zich te vormen. Inmiddels doet het recht op vereniging zich meer gelden voor organisaties van economische bedrijvigheid en allerlei samenwer-

kingsverbanden van burgers.¹ De vrijheid tot vereniging betreft ook het oprichten en beëindigen, toetreden en handelen in verband met de vereniging. De erkenning van het recht betekent niet dat het niet zou kunnen worden beperkt door wetgeving zoals de Wet op de ondernemingsraden, boek 2 van het BW of een bevoegd gegeven ministeriële beschikking.²

In Europees verband is het recht regelmatig aan de orde geweest. Het EHRM heeft zich verschillende keren over de verenigingsvrijheid moeten uitlaten. Op grond van de rechtspraak van het EHRM kan inmiddels de conclusie getrokken worden dat de in art. 11 EVRM gegarandeerde vrijheid mede betrekking heeft op het recht om zich niet aan te sluiten bij een vakbond of vereniging,³ maar het recht om geen cao af te sluiten valt niet onder het artikel.⁴ In ieder geval heeft art. 11 EVRM geen betrekking op publiekrechtelijke organisaties: verenigingsdwang is hierbij in beginsel aanvaardbaar.⁵

8.3 Horizontale werking van het grondrecht

De grondwetgever heeft zich over de horizontale werking van art. 8 GW niet specifiek uitgelaten. Ook de jurisprudentie biedt weinig aanknopingspunten. In horizontale verhoudingen, behalve uiteraard bij verenigingen die zelf als belanghebbende optreden, is het lidmaatschap van een vereniging kennelijk van ondergeschikt belang.

1 De Grondwet 1992, p. 199-201.

2 Zie HR 25 juni 1982, *NJ* 1983, 295. Het ging hier het verenigingsrecht van gedetineerden.

3 De zaak *Young, James en Webster*, EHRM 13 augustus 1981, *ser. A. vol. 44* geeft nog ruimte voor een andere interpretatie, EHRM 30 juni 1993, *NJ* 1994, 223 echter niet.

4 EHRM 25 april 1996, *NJCM-Bulletin* 1998, p. 18 e.v. met zeer lezenswaardige noot van L.A.J. Schut.

5 In die zin De Grondwet 1992, p. 204.

8.4 Horizontale werking in het arbeidsrecht volgens de regering

Volgens de regering:⁶

'Artikel 8 Grondwet regelt in het algemeen de verenigingsvrijheid, die is uitgewerkt in Boek 2 BW. De cao-wetgeving kent verder specifieke bepalingen waarin de vakverenigingsvrijheid van de werknemer wordt beschermd. Het beding in een cao waarin de werkgever wordt verplicht om leden van een bepaalde vereniging niet dan wel uitsluitend in dienst te nemen is nietig (artikel 1, lid 3 Wet cao). Het is ook niet mogelijk om bepalingen van een cao algemeen verbindend te verklaren die ten doel hebben om dwang uit te oefenen om zich bij een vakvereniging aan te sluiten of om ongelijke behandeling van georganiseerden of ongeorganiseerden te weeg te brengen (artikel 2, lid 5 Wet avv). In het wetsvoorstel Flexibiliteit en zekerheid wordt tevens voorzien in een ontslagverbod op grond van vakbondsledenmaatschap en wegens vakbondsactiviteiten.'

8.5 Nadere regelgeving

8.5.1 *Art. 1 lid 3 Wet CAO (vakverenigingsvrijheid)*

In art. 1 lid 3 WCAO is bepaald dat 'het beding, waarbij de werkgever verplicht wordt, werknemers van een bepaald ras, eene bepaalde godsdienstige of staatkundige overtuiging of leden van een bepaalde vereniging niet dan wel uitsluitend in dienst te nemen' nietig is. Volgens de toelichting bij de totstandkoming van deze bepaling:

'Al raakt de bepaling het vakverenigingsrecht, dit is geen beletsel om haar in deze wet op te nemen. (...) Het verband tusschen verenigingsrecht en ene collectieve arbeidsovereenkomst te dezen is nu, dat men niet wil, dat door eene bepaling in de collectieve

6 Notitie ontwikkelingen in het arbeidsrecht, *Kamerstukken II* 1996-1997, nr. 1, p. 15.

arbeidsovereenkomst een vereniging eene, om zoo te zeggen monopolistische positie (ten opzichte van eene andere vereniging) wordt verschaft, dan wel eene vereniging wordt geïsoleerd.⁷

Uit de verdere beschrijving blijkt dat het artikellid het niet onmogelijk wil maken voor te schrijven dat werknemers verplicht lid moeten zijn van een vakbond.⁸ De positieve vakverenigingsvrijheid is met een dergelijke verplichting niet in het geding, zolang de werknemer vrij is te kiezen uit alle bestaande en nader op te richten vakorganisaties.⁹

De negatieve vakverenigingsvrijheid (het recht om geen lid te worden van een vakbond) is door de Hoge Raad nooit aan art. 8 GW getoetst. In een geval waarin op art. 8 GW een beroep werd gedaan meende de Hoge Raad dat nu van de verplichting om van de contracterende vakbonden lid te worden dispensatiemogelijkheid openstaat, die vraag niet meer behoefde te worden beantwoord.¹⁰

8.5.2 *Art. 7:670 lid 5 BW*

In dit artikellid is bepaald dat de werkgever de arbeidsovereenkomst met een werknemer niet mag opzeggen wegens zijn lidmaatschap van een vereniging van werknemers, of wegens het verrichten van of deelnemen aan activiteiten van die vereniging, tenzij die activiteiten in arbeidstijd worden verricht zonder toestemming van de werkgever. Deze bepaling is met de wet Flexibiliteit en zekerheid tot stand gekomen onder verwijzing uitsluitend naar ILO-verdragen 98 en 135 en het ESH. Verwijzing naar de Grondwet heeft niet plaatsgevonden.¹¹

7 *Handelingen I* 1927-1928, 166, nr. 9a, p. 5, geciteerd uit: M.M. Olbers, 'toelichting op art. 1 WCAO', in: *Arbeidsovereenkomst*, losbladig.

8 In die zin ook HR 9 april 1954, *NJ* 1954, 788.

9 M.M. Olbers, 'toelichting op art. 1 WCAO', in: *Arbeidsovereenkomst*, losbladig.

10 HR 16 januari 1970, *NJ* 1970, 156. Hierover, met uitgebreide toelichting en uiteenzetting van de standpunten: M.M. Olbers, als in vorige noot.

11 Zie Kuip en Scholtens 1999, p. 712-719.

8.6 Horizontale werking van het grondrecht volgens de literatuur en jurisprudentie

8.6.1 Vakbondsvrijheid

Het grondwettelijke recht op vereniging is weinig ontwikkeld. In het arbeidsrecht speelt het nauwelijks een rol, in tegenstelling tot het recht krachtens het EVRM. Soms doet zich de vraag voor of een vereniging als werkgever de eis mag stellen dat de werknemers lid zijn van de vereniging. Aangenomen moet worden dat die eis slechts gesteld kan worden voor zover het lidmaatschap van de vereniging noodzakelijk is voor de uitoefening van de functie, hetgeen niet snel het geval zal zijn.¹²

Het grondwettelijke recht op vereniging wordt in de arbeidsrechtelijke jurisprudentie niet gebruikt om bescherming te bieden aan een werknemer die meent vanwege vakbondsactiviteiten benadeeld te worden. Soms wel wordt het vakbondslidmaatschap als reden voor de benadeling benoemd, hetgeen ontoelaatbaar wordt geacht,¹³ soms ook als een reden om de werknemer meer bescherming te bieden.¹⁴ Hoewel art. 7:670 lid 6 BW anders zou kunnen doen vermoeden dient een werkgever ook binnen werktijd en -plaats passende vakbondsactiviteiten van werknemers te tolereren.¹⁵ Zie voor de problematiek van gekleurde werkgevers, die vaak een verenigingsvorm hebben gekozen, Deel I, paragraaf 4.2.4 en Deel II, 6.7.

Het komt (zelden) voor dat een vakbond in een sociaal plan voor haar leden die af dienen te vloeien een hogere vergoeding bedingt dan voor de overige werknemers. In 1978 werd een dergelijke regeling

12 Anders: Ktg. Amersfoort 29 juli 1987, *PRG* 1988, 2942, die meende dat de werkgever van de werknemster gezien haar functie "in redelijkheid kan verlangen dat betrokken functionaris lid is van een van de met haar verbonden kerken en zich aldus conformeert aan haar normen".

13 Ktg. Gouda 27 oktober 1994, *JAR* 1994/243, over het 'wegwerken' van werknemers die lid zijn van een vakbond: schadevergoeding aan de bond toewijsbaar.

14 Bijv. Ktg. Amsterdam 4 mei 1994, *JAR* 1994/101 en *KG* 1994, 206 waarin de kantonrechter overweegt: "gezien zijn vakbondsfunctie is hem onvoldoende verwijt te maken"(?).

15 Bijv. Ktg. Utrecht 12 februari 1986, *PRG* 1986, 2479.

nog niet (kennelijk) onredelijk geacht,¹⁶ thans zal dat in strijd met het goed werkgeverschap en art. 1 GW geacht kunnen worden.¹⁷

8.6.2 *Politieke verenigingen*

De grondwettelijke vrijheid om lid te worden van een politieke verenigingen speelt in het arbeidsrecht een ondergeschikte rol. Dat ligt ook voor de hand omdat het lidmaatschap van een vereniging op zich de arbeidsovereenkomst niet raakt. Dat is anders als aan dat lidmaatschap ook actief uiting wordt gegeven, in welk geval niet art. 8 GW, maar art. 7 of art. 9 GW in het geding is. Het is ook anders wanneer het vertrouwensfuncties betreft. Een voorbeeld van dat laatste deed zich voor in 1992, waar een werknemer die al was aangenomen voor het verrichten van een vertrouwensfunctie bij (toen nog) PTT-Telecom, die functie niet kon vervullen omdat de daartoe noodzakelijke verklaring van geen bezwaar werd geweigerd uitsluitend op grond van het lidmaatschap van de werknemer van Socialistische Arbeiders Partij, welke partij naar het oordeel van de BVD een antidemocratisch karakter heeft. De voorzitter CBB meende dat het hanteren van een dergelijk benoembaarheidsvereiste door de overheid niet in strijd is met enig grondwettelijk of verdragsrechtelijk vastgelegd grondrecht.¹⁸ Overigens berustte de verklaring op een wettelijke regeling,¹⁹ zodat deze beperking voldoet aan de eisen die de Grondwet daaraan stelt.

8.7 Conclusie

De grondwettelijke erkenning van het recht op vereniging heeft arbeidsrechtelijk weinig waarde. Het al dan niet lid worden van een vereniging op zich kan de arbeidsovereenkomst -hoge uitzonderingen daargelaten- niet raken, zodat de werkgever niet het recht, maar ook niet snel de behoefte zal hebben om daar arbeidsrechtelijke

16 Ktg. Delft 1 juni 1977, *NJ* 1978, 82.

17 M.M. Olbers, "Tegendraadse effecten van het collectieve arbeidsvoorwaardenrecht, *SMA* 1996, p. 318.

18 Vz. CBB 8 december 1992, *KG* 1993, 13. Het ging hier om een beroep op verticale werking van grondrechten.

19 Art. 3 lid 1 Wet op de telecommunicatievoorziening.

consequenties aan te verbinden. Daarom maakt de doelclausulering, waarmee slechts beperking van het grondrecht wegens de openbare orde mogelijk is, directe horizontale werking van het grondrecht in het arbeidsovereenkomstenrecht niet bezwaarlijk. De vakbondsvrijheid is door internationale grondrechtsregels duidelijker beschermd, zodat daarbij voor art. 8 GW geen rol is weggelegd.

Artikel 9

9.1 Het recht op vergadering en betoging

art. 9 GW:

- 1- Het recht tot vergadering en betoging wordt erkend, behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet.
- 2- De wet kan regels stellen ter bescherming van de gezondheid, in het belang van het verkeer en ter bestrijding of voorkoming van wanordelijkheden.

Art. 11 EVRM:

- 1- Een ieder heeft recht op vrijheid van vreedzame vergadering en op vrijheid van vereniging, met inbegrip van het recht met anderen vakverenigingen op te richten en zich bij vakverenigingen aan te sluiten voor de bescherming van zijn belangen.
- 2- (..)

9.2 De aard van het grondrecht

Het recht is losgemaakt van het recht op vereniging, zodat er verschillende reikwijdte aan gegeven kan worden. Maar overigens zijn de grondrechten niet goed onderscheiden zodat er grote raakvlakken zijn. Bij vergadering moet het gaan om overleg, beraadslaging, om het uitwisselen van meningen.¹ De grens tussen vergadering en betoging kan vloeiend zijn. Dat is het geval bij die vergaderingen waarin het publiekelijk uiten van een mening voorop staat. Grondwettelijk maakt dat geen verschil.² Betogen heeft de betekenis verworven als middel

1 *Kamerstukken II* 1985-1986, 19 427, nr. 3, p. 8 (Wet openbare manifestaties).

2 De Grondwet 1992, p. 212.

'om, het liefst met zo velen mogelijk, in het openbaar uiting te geven aan gevoelens of wensen op politiek of maatschappelijk gebied.'³ De Wet openbare manifestaties⁴ biedt de wettelijke grondslag voor de beperkingen. Deze wet kent als uitgangspunt dat manifestaties de openbare meningsvorming kunnen beïnvloeden en daarom ten principale moeten worden toegestaan.⁵

9.3 Horizontale werking van het grondrecht

Over horizontale werking van art. 9 GW heeft de regering zich niet specifiek uitgelaten, terwijl het evident is dat zich problemen in die verhoudingen kunnen voordoen. Een demonstratie wordt verstoord door een tegendemonstratie of een vergadering wordt door de beheerder van een gebouw niet toegelaten. Het is aan de rechter overgelaten deze problemen op te lossen.⁶ Denkbaar is dat indien een groepering, vanwege een boycot, nergens een zaal kan huren, dat een van de verhuurders tot een dergelijke verhuur wordt verplicht op grond van art. 9 GW.⁷

9.4 Horizontale werking in het arbeidsrecht volgens de literatuur en jurisprudentie

Over het grondrecht van vrijheid van vergadering en betoging, voor zover dat in relatie staat tot de arbeidsovereenkomst, is nauwelijks literatuur of jurisprudentie voorhanden. De verklaring daarvoor zal zijn dat het stakingsrecht een gedeelte van dit grondrecht in zich heeft opgenomen, zeker waar het het recht op betoging betreft, terwijl zich

3 *Kamerstukken II* 1975-1976, 13 872, nr. 3, p. 39.

4 Wet van 20 april 1988, *Stb.* 1988, 157.

5 Zie Hofman e.a. 1995, p. 143.

6 De Grondwet 1992, p. 221.

7 De Grondwet 1992, p. 221, die daarvoor verwijst naar Pres. Rb, 's-Gravenhage 9 juni 1987, *AB* 1987, 580, waar het naar mijn mening om verticale werking ging. Zie Deel I, paragraaf 1.4. In die zin ook Schilder 1989, p. 52-53.

naast het stakingsrecht en de daaraan gerelateerde problematiek -bij de oplossing waarvan het grondrecht geen rol van betekenis speelt- weinig problemen terzake zullen voordoen.

Het in een arbeidsreglement verbinden van de eis van toestemming van de werkgever voor het houden van een vergadering achtte de rechtbank Dordrecht -naar mijn mening ten onrechte- niet 'in strijd met enige grondwettelijke- of verdragsbepaling'.⁸ Het Van der Valk-motel Gilze wordt veroordeeld tot het kostenloos terbeschikkingstellen van vergaderruimte aan de Horecabond FNV teneinde een voorlichtings-bijeenkomst te organiseren over de oprichting van een OR. Over het recht op vergadering wordt met geen woord gerept, de kantonrechter overweegt slechts dat Van der Valk toch de kosten van de OR voor zijn rekening dient te nemen, en dus ook de kosten verbonden aan de voorbereiding van de oprichting van de OR.⁹ Het recht van de OR om in het kader van de achterbanraadplegingen een vergadering te beleggen, is in de WOR opgenomen.¹⁰ Eerder was er al voor gepleit aan te nemen dat de werkgever op grond van goed werkgeverschap een vergaderruimte ter beschikking dient te stellen in die gevallen waarin de werknemers willen vergaderen over een aan de arbeids-overeenkomst gerelateerd onderwerp.¹¹

9.5 Conclusie

Het grondwettelijke recht op vergadering en betoging heeft in het arbeidsrecht maar beperkte betekenis. Een deel van het grondrecht wordt opgeslokt door het stakingsrecht, een ander deel vindt uitwerking door de WOR. Daarnaast bestaat kennelijk weinig behoefte aan de werking van het grondrecht, hetgeen onverlet laat dat directe werking voor meer duidelijk zorgt.

8 Rb. Dordrecht 27 mei 1992, *NJ* 1993, 128.

9 Ktg. Lelystad 24 augustus 1994, *JAR* 1994/207.

10 Art. 17 lid 1, laatste volzin WOR en het SER voorbeeldreglement ondernemingsraden, 'Afspraken tussen ondernemingsraad en ondernemer over de achterbanberaad van de OR' opgenomen in: P.F. van de Heijden, *Ondernemingsraad*, artikelgewijs commentaar, Art. 17 en bijlage I, Deventer, losbladig.

11 M.M. Olbers en D.V.W. Verkade, 'De arbeidsrechtelijke positie van de werknemer-auteur', *Intermediair* 1973, p. 3.

Artikel 10

10.1 Recht op privacy

Art. 10 GW:

- 1- Ieder heeft, behoudens bij of krachtens wet te stellen beperkingen, recht op eerbiediging van zijn persoonlijke levenssfeer.
- 2- De wet stelt regels ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer in verband met het vastleggen en verstrekken van persoonsgegevens.
- 3- De wet stelt regels inzake de aanspraken van personen op kennisneming van over hen vastgelegde gegevens en van het gebruik dat daarvan wordt gemaakt, alsmede op verbetering van zodanige gegevens.

Art. 8 EVRM:

- 1- Een ieder heeft recht op respect voor zijn privé leven, zijn familie- en gezinsleven, zijn woning en zijn correspondentie.
- 2- (...)

Art. 17 IVBPR:

- 1- Niemand mag worden onderworpen aan willekeurige of onwettige inmenging in zijn privé leven, zijn gezinsleven, zijn huis en zijn briefwisseling, noch aan onwettige aantasting van zijn eer of goede naam.
- 2- (..)

Zie ook:

Art. 12 Universele verklaring voor de rechten van de mens

10.2 De aard van het grondrecht

Volgens de regering moeten in ieder geval tot de persoonlijke levenssfeer worden gerekend: de woning, bepaalde vormen van communicatie (zoals het telefoongesprek, de briefwisseling en het buiten een woning gevoerde vertrouwelijke gesprek), sommige gewoonten, gedragingen en contacten, abonnementen, lidmaatschappen alsmede bepaalde aspecten van het gezinsleven. Maar het recht op privacy is niet alleen ruimtelijk beperkt: ook de lichamelijke en geestelijke integriteit behoren tot de persoonlijke levenssfeer. Het waarnemen, vastleggen en publiceren van persoonsgegevens kan een schending zijn van art. 10 GW. Of van dit laatste sprake is hangt af van verschillende factoren.¹ Na kritiek op deze zeer vage weergave liet de regering weten van mening te zijn dat de nadere invulling van het begrip 'persoonlijke levenssfeer' taak van de rechter is. Daarbij is meegegeven dat het begrip 'persoonlijke levenssfeer' ruim dient te worden uitgelegd.²

Het recht op de ruimtelijke privacy is onderdeel van het recht op privacy. Dit onderdeel is het minst problematisch: het betreft het recht om op sommige plaatsen met rust gelaten te worden. Een ander onderdeel van het recht op privacy is het recht van een ieder om te weten en te beïnvloeden welke informatie over hem, op welke wijze en aan wie wordt verspreid. Hoewel de regering dit recht op informatiele privacy³ niet in het algemeen wilde erkennen, is het wel uitgewerkt in de Wet Persoonsregistraties (WPR) en de komende Wet Bescherming Persoonsgegevens (WPB). Het recht op privacy 'laat zich niet ruimtelijk begrenzen tot bijvoorbeeld het huis waarin men leeft', zo besliste de Hoge Raad.⁴ Niet alleen de aard van de gegevens, maar ook het gebruik van gegevens op een bepaalde wijze kan een inbreuk betekenen op de informatiele privacy.⁵ Tenslotte is te onderscheiden als onderdeel van het recht op privacy het recht op relationele privacy, dat omvat het recht van ieder individu om relaties met anderen aan

1 Otleend aan Verhey 1992, p. 198-199. Zie ook *Kamerstukken II* 1975-1976, 13 872, nr. 6, p. 40, 41 en *Kamerstukken II* 1978-1979, 15 463, nr. 2 p. 7.

2 *Kamerstukken II* 1975-1976, 13 872, nr. 3, p. 40.

3 De term is van A.F. Westin, *Privacy and freedom*, New York, 1967, p. 7.

4 HR 9 januari 1987, *NJ* 1987, 928 (*Edamse bijstandsmoeder*).

5 *Kamerstukken II* 1975-1976, 13 872, nr. 3, p. 41.

te gaan. Tot dit recht behoort het recht om ongehuwd te gaan samenwonen in het kader van art. 7 Wet op de bejaardenoord, ⁶ en het recht om van bepaalde contacten verschoond te blijven. ⁷

10.3 Horizontale werking van het grondrecht

De regering stelde zich op het standpunt

'dat het probleem van de doorwerking van grondrechten in de horizontale verhoudingen geen bezwaar oplevert de bescherming van de persoonlijke levenssfeer als een direct werkend recht te redigeren'. ⁸

Vervolgens is dat evenwel niet uitdrukkelijk gebeurd. De Hoge Raad heeft in de zaak van de Edamse Bijstandsmoeder duidelijk gemaakt dat het recht op privacy een recht is als bedoeld in art. 6:162 lid 2 BW, zodat het maken van een inbreuk daarop een onrechtmatige daad oplevert, behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond. De Hoge Raad verwees voor dat recht op privacy naar art. 8 EVRM, en stelde dat dat recht horizontale werking heeft. ⁹ De Hoge Raad is daarbij uitgegaan van directe werking van het verdragsrechtelijke grondrecht, maar niet zonder daarbij er op te wijzen dat

'bij artikel 8 lid 2 ECRM -anders dan bij het niet in werking getreden artikel 10 Grondwet- beperkingen op grond van ongeschreven recht niet uitgesloten zijn'.

Directe werking van dit verdragsrechtelijke grondrecht leidt dus tot een belangenafweging waarbij - en dat is winst - het beschermen van de privacy als uitgangspunt geldt. ¹⁰ Maar de bij die belangenafweging te betrekken elementen en de zwaarte daarvan blijven onduidelijk.

6 Afd. Rechtspraak RvS 24 april 1986, AB 1987, 154.

7 Zie De Grondwet 1992, p. 231.

8 *Kamerstukken II* 1975-1976, 13 872, nr. 3, p. 40.

9 HR 9 januari 1987, NJ 1987, 928 m.n. EEA.

10 In die zin Verhey 1992, p. 419. Ook, hoewel hij meent dat er sprake is van meer dan een belangenafweging J. de Boer, 'Boekbespreking', *NJB* 1993, p. 179.

De horizontale werking van dat recht gaat weer niet zover dat het opnemen van een zakelijk telefoongesprek tussen twee directeurs en het gebruiken van de opname daarvan in het kader van een civielrechtelijke procedure, zonder meer in strijd is met het recht op privacy.¹¹ Met betrekking tot contractuele beperkingen van het recht op privacy kan worden opgemerkt dat ook hier de rechter zich van bedingen in de arbeidsovereenkomst weinig aantrekt en zelf overgaat tot een belangenafweging. Dat geldt ten aanzien van het beding in de arbeidsovereenkomst met een winkelbediende/vakkenvuller dat deze geen oorbellen en/of gym schoenen mag dragen, nu de bevoegdheid van de werkgever om ten aanzien van kleding voorschriften te geven naar het oordeel van de rechter haar grens vindt in de redelijkheid en billijkheid, en deze grens wordt overschreden.¹² Ook voor de werknemer geldt op grond van de jurisprudentie van het EHRM als maatstaf de 'reasonable expectation of privacy', hetgeen tot een belangenafweging noopt.¹³ Daarbij is buiten kijf dat het recht op privacy ook geldt binnen de arbeidsovereenkomst, dus in werkruimte en -tijd.¹⁴ Dat bij de toepassing van het recht op privacy binnen de arbeidsovereenkomst sprake is van een paradox moge duidelijk zijn: de werknemer wordt tijdens het verrichten van zijn arbeid immers juist niet met rust gelaten, hetgeen voortvloeit uit de arbeidsovereenkomst.¹⁵

11 HR 16 oktober 1987, *NJ* 1988, 850. Hierover Verhey 1992, p. 250.

12 Ktg. Rotterdam 3 augustus 1994, *JAR* 1994/206.

13 EHRM 25 juni 1997, *NJ* 1998, 506 en *SMA* 1999, p. 207 m.n. H.H. de Vries.

14 EHRM 16 december 1992, *NJ* 1993, 400. Ook EHRM 25 juni 1997, *NJ* 1998, 506, opgenomen in *SMA* 1999, p. 207 e.v. m.n. van H.H. de Vries. Mede daarom is onjuist het bezwaar tegen een 'auto-boordcomputer' van de werknemer van Ktg. Zwolle 24 juli 1996, *JAR* 1996/178: "Het door M. geuite bezwaar van schending van zijn privacy bij gebruik van de auto in privé tijd is niet steekhoudend (...) omdat hij niet verplicht is de auto privé te gebruiken": de werknemer had ook kunnen stellen dat zijn privacy werd geschonden tijdens werktijd.

15 P.F. van der Heijden, 'Tussen paradox en paranoia', in: Van der Heijden 1992, p. 14 e.v.

10.4 Horizontale werking in het arbeidsrecht volgens de regering

In de notitie van de ministers van Justitie en Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 23 juni 1997¹⁶ is over persoonsbescherming het volgende opgemerkt:

'Artikel 10 Grondwet regelt de bescherming van de persoonlijke levenssfeer. De Wet Persoonsregistraties regelt de wijze waarop personeelsdossiers behoren te worden ingericht. In het wetsvoorstel tot wijziging van de WOR en titel 7.10 BW is verder voorgesteld regelingen op dit gebied te onderwerpen aan het instemmingsrecht van de ondernemingsraad, evenals systemen voor controle van de werknemer. De Registratiekamer heeft onlangs regels gepubliceerd voor het registreren, meeluisteren en opnemen van telefoongesprekken van werknemers.¹⁷ De problematiek van alcohol en druggebruik in de onderneming, en de bevoegdheid van de werkgever om terzake controles uit te oefenen, is niet wettelijk geregeld.'

10.5 Nadere regelgeving

10.5.1 Art. 7:678 BW

De voorbeelden van een dringende reden als genoemd onder ten derde tot en met ten zesde kunnen verband houden met de privé-sfeer van de werknemer. De voorbeelden zoals die zijn gegeven in art. 7:678 BW zijn echt niet meer dan voorbeelden, zodat de rechter in ieder concreet geval de dringendheid dient te beoordelen aan de omstandigheden van dat geval. Daarom gaat van deze voorbeelden weinig normerende werking uit.¹⁸

16 *Kamerstukken II* 1996-1997, 25 426, nr. 1, p. 15.

17 In een voetnoot wordt verwezen naar het rapport: *Als de telefoon wordt opgenomen*, 1996.

18 In dezelfde zin Heerma van Voss 1992, p. 268.

10.5.2 *Wet AVV*

In het algemeen geldt dat bepalingen van een CAO die in strijd zijn met enige wettelijke regeling niet algemeen verbindend verklaard kunnen worden.¹⁹ Evenmin komen voor algemeen verbindend verklaring in aanmerking CAO-bepalingen die inbreuk maken op de persoonlijke levenssfeer van een werknemer, bijvoorbeeld verboden om bepaalde sporten te beoefenen.²⁰

10.5.3 *Wet Bescherming Persoonsgegevens*

Van belang is vooral de Wet persoonsregistraties (WPR). Deze wet zal binnen afzienbare tijd worden vervangen door de Wet Bescherming Persoonsgegevens (WPB).²¹ Aanleiding voor deze vervanging is de Europese Privacy Richtlijn (95/46/EG), welke op 24 oktober 1995 is vastgesteld.²² De wetgeving op zich vloeit mede voort uit het tweede en derde lid van art. 10 GW. Onder persoonsregistratie verstaat de WPR 'een samenhangende verzameling van op verschillende personen betrekking hebbende persoonsgegevens, die langs geautomatiseerde weg wordt gevoerd (...)'. De Registratiekamer kan op grond van art. 46 WPR ambtshalve of op verzoek een onderzoek instellen naar de wijze waarop ten aanzien van een persoonsregistratie de wet wordt toegepast. Het object van bescherming van de WPB is 'de verwerking van persoonsgegevens in al haar stadia', zodat ook het verwerven van persoonsgegevens onder de werking van de wet valt.²³ In de WPB wordt een centrale positie ingenomen door het subsidiariteits- en het proportionaliteitsbeginsel: de inbreuk op de belangen van de betrokkene (geregistreerde) mag niet onevenredig zijn in verhouding tot het doel van de verwerking van persoonsgegevens en dit doel moet

19 W.J. Schmale en P. Siebesma, 'De praktijk van het algemeen verbindend verklaren', *SMA* 1988, p. 230.

20 Toetsingskader Algemeen Verbindend Verklaring CAO-bepalingen (AVV), gegeven door de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, 2 december 1998, *Stc.* 1998, nr. 240, p. 14.

21 *Kamerstukken II* 1998-1999, 25 892, thans in de fase van de tweede nota van wijziging, 29 maart 1999.

22 Over deze richtlijn: L.F.M. Verhey, 'De EG-richtlijn bescherming persoonsgegevens: uitgangspunten en hoofdlijnen', *NJCM-Bulletin* 1997, p. 239-256.

23 *Kamerstukken II* 1998-1999, 25 892, nr. 3.

niet op een andere, voor betrokkenen minder belastende wijze kunnen worden verwerkelijkt.²⁴ Volgens de regering:

'In het Nederlandse systeem geldt buiten de werkingssfeer van artikel 10, eerste lid, van de Grondwet als algemeen uitgangspunt dat noch de handelingsvrijheid van degene die persoonsgegevens verwerkt, noch het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de betrokkene in abstracto zwaarder weegt. Als in een concreet geval beide belangen dreigen te botsen, dienen zij tegen elkaar te worden afgewogen waarbij rekening moet worden gehouden met de bijzondere (grondwettelijke) waarde van het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer. Het wetsvoorstel beoogt slechts voor deze afweging het nodige instrumentarium aan te reiken.'²⁵

Nu horizontale werking ook van art. 10 GW zonder meer is aanvaard, is deze opvatting van de regering onjuist. Horizontale verhoudingen vallen binnen de werkingssfeer van art. 10 GW en daar zal moeten gelden dat de persoonlijke levenssfeer in abstracto nu juist zwaarder weegt, tenzij de persoonlijke levenssfeer in concreto moet wijken voor zwaarwegender andere belangen.

De WBP kent een limitatieve opsomming van gronden die een persoonsregistratie kunnen rechtvaardigen. Eén daarvan is de uitvoering van een overeenkomst waarbij de betrokkene partij is en waarbij de betrokkene uitdrukkelijk toestemming heeft verleend, een restgroep is die waarbij registratie noodzakelijk is om de reguliere bedrijfsactiviteiten te verrichten. Uiteraard heeft de WPB gelding in het arbeidsovereenkomstenrecht.²⁶

10.5.4 *Wet op de ondernemingsraden*

De ondernemer behoeft de toestemming van de ondernemingsraad voor een voorgenomen besluit tot vaststelling, wijziging of intrekking

24 P.L. Reeskamp en P. Sanders, 'Bescherming van de privacy van werknemers', *Arbeidsrecht* 1998/2, nr. 10.

25 *Kamerstukken II* 1997-1998, 25 892, nr. 3, p. 9.

26 Zie voor een verdere uitwerking: R. van Steenberghe, 'Gevolgen nieuwe wetgeving voor privacy op de werkplek', *Privacy & Informatie* 1999, p. 21 e.v.

van regelingen ten aanzien van registratie van en omgang²⁷ met persoonsgegevens en regelingen ten aanzien van observatietechnieken, e.e.a. op grond van art. 27 lid 1 onder k en l WOR.²⁸ Uiteraard geldt de bevoegdheid van de OR alleen ten aanzien van de beleidsvrijheid die de werkgever terzake heeft: bij wettelijke verplichtingen tot registratie geldt de bevoegdheid niet.²⁹

10.5.5 *Wet aanpassing arbeidsduur, art. 7:644 BW: ouderschapsverlof*

In het wetsvoorstel van de wet aanpassing arbeidsduur is voorzien in een wettelijk recht van de werknemer om de overeengekomen arbeidsduur aan te passen. Doel van de wet is de combinatie van arbeid en zorg beter mogelijk te maken. Er is tevens voorzien in een termijngebonden recht op zorgcalamiteitenverlof.³⁰ Thans dient een vermindering van werktijd nog op grond van goed werkgeverschap via de rechter te worden afgedwongen, hetgeen lang niet altijd lukt.³¹ Na invoering van de wet zal een verzoek om vermindering (of vermeerdering) van arbeidstijd alleen kunnen worden afgewezen indien de werkgever zich kan beroepen op zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen. Deze wetgeving leidt er toe dat de werkgever gedwongen is meer rekening te houden met de privéomstandigheden van zijn werknemer, hoewel het verzoek om werktijdaanpassing geen specifiek in de privésfeer van de werknemer gelegen doel hoeft te dienen. Bij de parlementaire behandeling van het ouderschapsverlof is het doel (eveneens het

27 Dit is minder ruim dan het begrip 'verwerken' van persoonsgegevens zoals dat voorkomt in de WBP. Daarom is aanpassing aangewezen. Zie hierover Onder geen beding 1999, p. 16.

28 Wet van 14 februari 1998, inwerkingtreding 4 maart 1998, *Stb.* 1998, 107. *Kamerstukken II* 1996-1996, 24 615.

29 Zie, over de bevoegdheden van de OR, Terstegge en De Vries 1998, p. 19-37.

30 *Kamerstukken II* 26 358, 1998-1999, nr. 3, p. 1.

31 Zie hierover: C.H.J. van Leeuwen, M.G. van der Werf, 'Recht op deeltijdarbeid revisited', *Arbeidsrecht* 1998/4, nr. 19.

combineren van arbeid en zorg voor kinderen) wel uitdrukkelijk als voorwaarde voor het verlof gedacht, maar dat is in de wettelijke regeling niet verwoord.³²

Door deze wetgeving kan de werknemer de arbeidsovereenkomst meer naar zijn privéomstandigheden modelleren, zonder daarvoor gebonden te zijn aan de (volmondige) instemming van zijn werkgever. Op deze wijze vindt bescherming van de relationele privacy van de werknemer plaats, hoewel dat niet uitdrukkelijk wordt benoemd als doelstelling.³³

Zie ook:

art. 3 Wet Medische Keuringen.³⁴

10.6 Horizontale werking in het arbeidsrecht volgens de literatuur en jurisprudentie

10.6.1 *Relationele privacy van de werknemer*

10.6.1.1 Affectieve relaties (ook met collega's) en seksuele gedragingen van de werknemer

Dat een jeugdige werkneemster met een gehuwde chef 'een intieme seksuele relatie heeft gehad ten aanschouwe van enige andere personeelsleden' van de werkgever is in 1976 nog voldoende reden voor ontslag op staande voet. De kantonrechter overweegt: 'Eiseres heeft nog wel gesteld dat zij vrij is in haar eigen tijd te doen en te laten wat haar goeddunkt, doch Wij delen deze mening (..) in haar

32 *Kamerstukken II* 1988-1989, 20 528, nr. 3 p. 1. Wet van 21 november 1990, *Stb.* 562 en *Kamerstukken II* 1998-1999, 26 079, Wijziging van titel 7.10 van het BW met betrekking tot vakantie en ouderschapsverlof. Zie ook Ktg. Groningen 20 juni 1991, *PRG* 1991, 3501.

33 Zie voor twijfel over de noodzaak van de wet: I.P. Asscher-Vonk, 'Wet aanpassing arbeidsduur', *SMA* 1999, p. 321-323. Zie over deze wetgeving ook P.F. van der Heijden, 'Revolutie in het arbeidsrecht: privatisering', *Arbeidsrecht* 1999, nr. 7/8.

34 Wet van 5 juli 1997, *Stb.* 1997, 365, in werking getreden per 1 januari 1998. Zie verder Deel II, 11.5.

algemeenheid niet. De verantwoordelijkheid van een werknemer jegens de werkgever en medepersoneel blijft ook na de werktijd bestaan.³⁵ Ruim twintig jaar later zijn we wel wat meer gewend. Het ontslag op staande voet, verleend aan medewerkster van een sporthal naar aanleiding van haar optreden in het programma 'Sex voor de Buch', welk programma haar wens om seks in het openbaar te bedrijven vervulde en die vervulling ook integraal uitzond, wordt schielijk teruggenomen.³⁶ In het algemeen geldt dat de werkgever geen arbeidsrechtelijke gevolgen kan of mag verbinden aan het seksuele gedrag van de werknemer buiten de werktijd, ook niet indien dat de werknemer over dat gedrag tijdens werktijd wordt aangesproken.³⁷ Ook geldt als uitgangspunt dat het aangaan van affectieve relaties met collega's zich bevindt in de privésfeer van de werknemer, waar de werkgever buiten dient te blijven.

Deze uitgangspunten worden in de jurisprudentie met regelmaat verwoord, soms om vervolgens een uitzondering daarop te laten volgen. Een dergelijke uitzondering wordt gevormd door het beleid van de werkgever dat inhoudt dat affectieve relaties tussen werknemers die elkaar krachtens hun functie dienen te controleren, niet kunnen worden getolereerd.³⁸ Nu de werkgever voldoende pogingen tot herplaatsing heeft ondernomen, waaraan de werknemer medewerking weigerde, wordt de arbeidsovereenkomst zonder vergoeding ontbonden. Anderzijds 'ligt het gehele en al op de weg van de werkgeefster om die (door het huwelijk van een werkneemster met een leidinggevende werknemer,

35 Ktg. Alphen aan den Rijn 11 mei 1976, *PRG* 1977, nr. 1130, en hierover J. Mannoury: 'noot bij ktg. Tiel 7 april en 6 oktober 1976', *PRG* 1977, 1148 Zie ook Ktg. Den Haag 2 april 1955, *NJ* 1955, 524, Ktg. Haarlem 2 april 1959, *NJ* 1959, 458, Ktg. Leeuwarden 29 februari 1972, *NJ* 1972, 356, waar het ontslag wegens het bekendworden van homoseksuele geaardheid in stand werd gelaten en Pres. Rb Groningen 26 februari 1985, *NJCM-Bulletin* 1985, p. 252 welk vonnis Heerma van Voss 1992, p. 274 'curieus' noemt.

36 De Gooi- en Eemlander 28 september 1998.

37 In het geval waarin een hbo-docent wordt beschuldigd van seksuele intimidatie wordt wel belang gehecht aan het "op een zgn. kinkyfeest met handboeien en zweep te zijn verschenen en de handboeien te hebben uitgeprobeerd. Het komt de kantonrechter voor dat deze gedragingen bepaald niet sporen met de professionele standaard die ook in attitude en voorbeeldgedrag jegens T mag worden aangelegd." Ktg. Amsterdam 5 maart 1998, *JAR* 1998/77. Zie overigens voor seksuele intimidatie: Deel II, 11.

38 Ktg. Amsterdam 25 maart 1994, *JAR* 1994/85.

ev) ontstane strubbelingen het hoofd te bieden'. Nu de werkgeefster dat onvoldoende heeft gedaan, en steeds heeft gestreefd naar beëindiging van de arbeidsovereenkomst met werkneemster, wordt de arbeidsovereenkomst (uiteindelijk) op verzoek van de werkneemster ontbonden onder toekenning van een forse vergoeding.³⁹ Een forse vergoeding (10 maandsalarissen bij anderhalf jaar dienstverband) wordt ook de werknemer toegekend van wie de levenspartner in dienst treedt van de concurrent van de werkgever om aldaar gelijke werkzaamheden te gaan verrichten, te weten het samenstellen van modecollecties. Nu uitwisseling van de geheime gegevens zozeer voor de hand ligt, acht de kantonrechter ontbinding gerechtvaardigd, maar geheel gelegen in de risicosfeer van de werkgever.⁴⁰ Een andere uitzondering op het uitgangspunt dat de werkgever niets van doen heeft met het privéleven van de werknemer is dat

'voorzover bepaalde gedragingen van een werknemer in zijn privéleven doorwerken in de arbeidsverhoudingen en deze daardoor (ernstig) verstoord raken zonder dat de werknemers zelf tot een oplossing komen (...) een ontbinding weer tot de mogelijkheden behoort'.

Het betrof hier een werknemer die een relatie was begonnen met de vrouw van zijn directe collega. De kantonrechter oordeelde dat de werknemers er zelf uitgekomen waren zodat de uitzondering niet gold. De rechter hoefde dus geen oordeel over de schuldvraag en over de hoogte van de vergoeding uit te spreken.⁴¹ Maar in het geval waarbij

'tengevolge van de relaties die H met andere personeelsleden van (zijn werkgever) onderhield, zijn er (...) in elk geval minstens misverstanden ontstaan en is er onrust op de werkvloer (...) opgetreden',

39 Ktg. Enschede 27 maart 1996, *JAR* 1996/92.

40 Ktg. Amsterdam 22 maart 1994, *JAR* 1994/83. Vergelijkbaar Ktg. Rotterdam 13 augustus 1998, *JAR* 1998/80 (*Feijenoord-Edelenbosch*). Ook Ktg. Harderwijk 20 september 1991, *PRG* 1991, 4075. Zie hierover, met voorbeelden van bedrijfsregelingen Terstegge en De Vries 1994, p. 160 e.v.

41 Ktg. Amsterdam 12 november 1993, *JAR* 1994/9. Zie ook Ktg. 's Gravenhage 3 februari 1999, *PRG* 1999, 5134. In deze zin ook Heerma van Voss 1992, p. 275.

zodat wordt ontbonden onder toekenning van een vergoeding overeenkomstig de kantonrechtersformule.⁴²

Het einde van een affectieve relatie tussen werknemers in dienst van eenzelfde werkgever kan ook tot een verstoring van de arbeidsrelatie leiden. Een werknemster die wegens de echtscheiding van haar echtgenoot/directeur bij haar werkgever ontbinding van de arbeids-overeenkomst verzocht, werd de ontbinding - hoewel 17 jaar in dienst - zonder vergoeding toegekend omdat de verstoring van de (arbeids-)relatie behoort tot de risicosfeer van de voormalige echtelieden. Daarbij acht de rechter het van groot belang dat de werknemster en niet de werkgever om ontbinding heeft verzocht.⁴³ De kantonrechter laat het probleem bij de werknemster. Gelet op de ondergeschiktheidsrelatie tussen de huwelijkspartners en de onmogelijkheid om de werknemster te herplaatsen is het de vraag of die beslissing i.c. terecht is. Maar de gedachte dat waar de werkgever geen consequenties aan het privéleven van de werknemer mag verbinden dat als spiegel heeft dat de werknemer niet bij de werkgever hoeft aan te komen indien door dat privéleven het werken onmogelijk wordt is niet helemaal onbegrijpelijk. Temeer nu van de werkgever verwacht wordt dat hij zich zelfs niet met dat privégedrag bemoeit als de werksfeer wel enigszins betrokken lijkt. Een werknemer die pas zijn relatie met een collega heeft beëindigd, en vervolgens constateert dat deze collega met een Oostenrijkse klant die zij wordt geacht rond te leiden, ook thuis nachten doorbrengt, maakt daarover groot misbaar, welk misbaar eindigt in een nachtelijke vechtpartij tussen werknemer en klant. De werkgever die daarom de werknemer op non-actief stelt verliest een daarover aangespannen kort geding

'omdat het gebeurde immers (moet) worden aangemerkt als behorende tot de privésfeer van betrokkenen -inclusief de klant- en niet tot de invloedssfeer van gedaagde.'⁴⁴

Indien de werknemer in dienst is van een gekleurde werkgever verandert de boven geschetste lijn in de jurisprudentie niet. De stichting die werkt vanuit 'de bijbel als het onfeilbare en door de heilige geest geïnspireerde

42 Ktg. 's Gravenhage 3 februari 1999, *PRG* 1999, 5134.

43 Ktg. Tilburg 9 juli 1997, *JAR* 1997/190.

44 Ktg. Amsterdam 3 december 1992, *KG* 1993, 80.

woord van God' krijgt op haar verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst met een werknemer die gehuwd was en thans een vriendin heeft, te verstaan:

'Weliswaar staat het iedereen vrij om binnen een organisatie bepaalde morele of godsdienstige opvattingen te hanteren op het terrein van het huwelijk en er voor zorg te dragen dat die opvattingen worden uitgedragen cq. nageleefd, maar dit betekent nog niet, dat een arbeidsovereenkomst kan worden beëindigd op de enkele grond dat een personeelslid zich niet overeenkomstig die opvatting gedraagt.'⁴⁵

Soms wordt wel overwogen dat de werknemer door zijn gedragingen er blijk van heeft gegeven zo ver van de opvattingen van de werkgever verwijderd geraakt te zijn dat het verrichten van de werkzaamheden niet langer zinvol kan geschieden. Dat rechtvaardigt een ontbinding van de arbeidsovereenkomst, waarvoor het risico niet (geheel) bij de werknemer mag worden gelegd.⁴⁶ Met name in het bijzonder onderwijs wordt de noodzaak tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst snel aangenomen, waarbij soms

'(..) het enkele feit van bijvoorbeeld het lidmaatschap van een bepaalde kerk of partij voldoende wordt geacht voor het ontslag. In de regel oordelen de commissies (van Beroep) dat daarvoor meer nodig is, bijvoorbeeld het uitdragen van afwijkende opvattingen binnen de school, de weigering om bepaalde taken te vervullen, het geven van aanstoot en het verwekken van ergernis (..).'⁴⁷

45 Ktg. Hoorn 11 mei 1989, *NJ* 1990, 71. In nog scherper bewoordingen Ktg. Enschede 18 december 1986, *PRG* 1987, 2670.

46 Ktg Amsterdam 27 augustus 1975, *NJ* 1975, 516 (ontslag van een priester docent wegens huwelijk kennelijk onredelijk) Ook in deze zin Ktg. Maastricht 31 augustus 1989, *PRG* 1989, 3188 (ontbinding wegens echtscheiding, onder toekenning van een vergoeding van ongeveer een maandsalaris per dienstjaar), Ktg. Almelo 18 december 1997, *PRG* 1998, 4905 (ontslag van een reformatoisch onderwijzer na overspel is kennelijk onredelijk). Anders: Ktg. Amersfoort 29 juli 1987, *PRG* 1987, 2942 (ontbinding zonder vergoeding, nu de breuk met de kerk de werkgever niet valt aan te rekenen).

47 Beurskens 1991, p. 421.

10.6.1.2 Wangedrag van de werknemer in zijn privéleven

Het plegen van diefstal bij anderen dan de werkgever kan de werkgever niet zonder meer terecht leiden tot de conclusie dat de werknemer zijn vertrouwen niet meer waard is. Het plegen van dit misdrijf buiten de sfeer van de onderneming van de werkgever rechtvaardigt geen ontslag of ontbinding.⁴⁸ Maar wel kan het wegens detentie verhinderd zijn de werkzaamheden te verrichten een ontslaggrond opleveren.⁴⁹ Een autoverkoper die -buiten werktijd- dronken in een bedrijfsauto rondrijdt, welk delict met transactie is afgedaan, kan niet terecht op staande voet worden ontslagen,⁵⁰ evenmin als een werknemer die een medewerkneemster van een andere vestiging, waarmee hij een relatie heeft dan wel had, zeer ernstig letsel toebrengt.⁵¹ Het staat de werkgever niet vrij onderzoek te doen naar het justitiële verleden van de werknemer, tenzij dat voor de functie noodzakelijk is.⁵² Aan de andere kant

'zal (de werknemer) moeten begrijpen dat de non-acceptatie door de maatschappij van het door hem getoonde gedrag (ontucht met minderjarigen, ev) (en zijn strafrechtelijke veroordeling daarvoor) niet alleen tegen hemzelf werkt, maar ook zijn weerslag krijgt op T (de werkgever, een welzijnsorganisatie, ev) als hij voor T zou blijven werken in een agogische functie. Een en ander ligt naar het oordeel van de kantonrechter geheel in de risicosfeer van C (de werknemer), zodat hij T er geen verwijt van kan maken dat zij -nadat zij haar zorgvuldigheidsplichten ten opzichte van hem volledig is nagekomen- uiteindelijk (..) voor het voortbestaan van haar organisatie moet kiezen.'

De arbeidsovereenkomst wordt vervolgens zonder toekenning van een vergoeding ontbonden.⁵³ Bijna twintig jaar geleden achtte de rechtbank

48 Ktg. Utrecht 25 november 1997, *JAR* 1998/24.

49 P.J. Jansen, 'Ontslag en ontbinding wegens verzuim door detentie', *Arbeidsrecht* 1998, 6/7, nr. 39.

50 Rb. Breda 24 september 1985, *PRG* 1985, 2383. Anders HR 18 december 1970, *NJ* 1971, 153.

51 Rb. Middelburg 1 februari 1987, *PRG* 1988, 2844. Zie in dit verband ook Ktg. Amsterdam 9 december 1997, *JAR* 1998/44.

52 Zie Terstegge en De Vries 1994, p. 46-48.

53 Ktg. Nijmegen 18 december 1998, *PRG* 1999, 5133.

Arnhem een vechtpartij van een PTT-er met een collega, temidden van collega's terwijl zij het slagen voor een PTT-test vierden, zozeer betrokken op de arbeid van de werknemer, dat zijn ontslag niet kennelijk onredelijk werd geacht.⁵⁴ Inmiddels is duidelijk dat het wangedrag duidelijk, direct en met aanzienlijke gevolgen in verband te brengen moet zijn met de arbeid van de werknemer of de werkgever, alvorens aan dat gedrag gevolgen verbonden kunnen worden voor het voortbestaan van de arbeidsovereenkomst.⁵⁵

10.6.1.3 Uiterlijk en kleding van de werknemer

In het algemeen geldt dat de werkgever een bepaalde mate van beleidsvrijheid heeft ten aanzien van de noodzaak om uniforme kledij voor te schrijven, om eisen te stellen aan het uiterlijk van de werknemer of om bepaalde kledijvormen te verbieden. Die beleidsvrijheid gaat m.i. niet zover als de kantonrechter te Heerenveen meent:

'Het staat de werkgever in beginsel vrij om zijn personeel redelijke eisen te stellen ten aanzien van in het bedrijf te dragen kleding. En het belang van de werkgever bij naleving van die eisen weegt zwaarder dan het belang van de werknemer om in afwijking van die eisen naar eigen voorkeur gekleed te gaan.'⁵⁶

Van meer waarde is de lijn waarbij de rechter snel tot een belangenafweging overgaat en daarbij laat gelden dat de werkgever voor het stellen van bedoelde eisen een behoorlijk belang aannemelijk moet kunnen maken, terwijl daarbij van de werkgever enige tolerantie ge-

54 Rb. Arnhem 8 april 1982, *PRG* 1982, 1776.

55 Ktg. Alkmaar 22 maart 1989, *PRG* 1989, 3124, en Ktg. Haarlem 11 april 1997, rolno 61289/vv expl 97-59, ng, waarin de kantonrechter bij voorlopige voorziening overweegt: "Op zich is het bepaaldelijk te billijken dat Hilton verstoord is over de vechtpartij en het minder fraaie gedrag dat De Ruijsscher aan het einde van het personeelsfeest heeft laten zien. Maar om in die vechtpartij en de daarbij horende dronkemanspraak en dringende reden te zien gaat de kantonrechter veel te ver." In dezelfde zin ook Heerma van Voss 1992, p. 271-274.

56 Ktg. Heerenveen 8 oktober 1985, *PRG* 1986, 2504. Het ging hier om het verbod aan een bankmedewerkster een broek te dragen.

vraagd mag worden.⁵⁷ Deze lijn komt ook in hoofdzaak tot uiting in de omvangrijke jurisprudentie. Zo kan een werkgever niet geldig in de arbeidsovereenkomst met een winkelmedewerker/vakkenvuller bedingen dat deze tijdens werktijd geen oorbellen en gymshoenen zal dragen,⁵⁸ kan een ontslag op staande voet wegens het onbedekt laten van een tatoeage niet door de beugel,⁵⁹ en kan het dragen van een niet misstaande baard niet leiden tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst, hoewel die baard in strijd is met de huisregels.⁶⁰ Tegelijkertijd kan het gaan dragen van een baard door een assistent-manager in dienst van een hamburgerketen een verandering van omstandigheden opleveren,⁶¹ terwijl het beleid van een werkgever om de werknemers een identiteitspas te laten dragen terecht kan zijn,⁶² maar in beide gevallen wordt daartoe pas besloten na een belangenafweging. Bij die belangenafweging geldt dat de werkgever wel zwaarwegende belangen zal moeten kunnen aanvoeren om invloed op het uiterlijk van de werknemer te kunnen rechtvaardigen.⁶³

10.6.1.4 De inrichting van het privéleven van de werknemer en de verhouding tot de belangen van de werkgever: overwerk etc.

Waar de werkgever belang heeft bij een werknemer die in staat is, indien het bedrijfsbelang dat nodig maakt, buiten de overeengekomen of gebruikelijke arbeidsuren arbeid te verrichten, heeft de werknemer

57 Onvoldoende is dat de werkgever 'in verband met de gebeurtenissen in het Maagdenhuis te Amsterdam' van mening is dat de werknemer zijn baard dient te scheren, Ktg Delft 18 september 1969, *PRG* 1970, 646. Zie ook de beschikkingen in verband met transsexualiteit van de werknemer Ktg. Enschede 10 oktober 1983, *PRG* 1984, 2056, en van de werkgever Ktg Heerlen 15 november 1985, *PRG* 1986, 2444.

58 Ontslag op staande voet niet geldig Ktg. Rotterdam 3 augustus 1994, *JAR* 1994/206.

59 Hoewel daarvoor slechts procedurele argumenten worden gegeven, Ktg. Breda 6 oktober 1993, *JAR* 1994/6.

60 Ktg. Amsterdam 28 mei 1991, *PRG* 1991, 3582.

61 Ontbinding onder toekenning van een (gebruikelijke) vergoeding, Ktg. Rotterdam 21 juni 1991, *PRG* 1991, 3555.

62 Ktg. Middelburg 23 april 1991, *PRG* 1991, 3537.

63 I.L.M. Apon, 'Eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer en ontslag', *Arbeidsrecht*, 1994/12, nr. 74 en Heerma van Voss 1992, p. 250.

er belang bij zijn privéleven in te kunnen richten op grond van een regelmatig arbeidspatroon. De door de werkgever van een werknemer verlangde flexibiliteit kan die werknemer door verplichtingen in zijn privéleven niet altijd opbrengen.⁶⁴ De wetgever verricht thans aanzienlijke inspanning om de combinatie van arbeid en zorgtaken te vergemakkelijken.⁶⁵ Een verwijzing naar het recht op privacy vindt daarbij echter niet plaats.

Een werknemer met een tamelijke zware full-time baan blijkt in zijn schaarse 'vrije tijd' nog bij een andere werkgever een full-time arbeidsovereenkomst te hebben gesloten en deze na te komen, hetgeen ontoelaatbaar wordt geacht.⁶⁶ In het algemeen geldt evenwel dat indien de werknemer zijn nevenactiviteiten scheidt van zijn werkzaamheden, aan het verrichten van die nevenactiviteiten geen gevolgen kunnen worden verbonden.⁶⁷ Daarentegen mag een werknemer 'moderne opvattingen' over het arbeidsproces huldigen ('negen tot vijf mentaliteit, doktersbezoek tijdens werktijd etc), omdat die zeker bij werknemers die een positie van bescheiden aard bekleden in het tegenwoordige maatschappelijke bestel aanvaard zijn.⁶⁸ Een vrije dag mag een werknemer niet geweigerd worden indien daarom is gevraagd wegens dringende persoonlijke belangen, tenzij de werkgever nog zwaarwegender belangen kan aanvoeren.⁶⁹ De werkgever moet dan wel op de

64 Een begin van een oplossing van dit probleem wordt gezocht in het bevorderen van deeltijdwerk. Zie over dit spanningsveld: STAR: *Overwegingen en aanbevelingen ter bevordering van deeltijdarbeid en differentiatie in arbeidsduurpatronen*, 1 september 1993, nr. 7/93 en de toelichtingen op recente wetsvoorstellen inzake wijziging van arbeidsduur.

65 Zie paragraaf 10.4.

66 HR 18 oktober 1985, *NJ* 1986, 340. Hierover: J. van Drongelen, 'Nevenarbeid of wel de grenzen ten aanzien van de wijze waarop de werknemer zijn vrije tijd naar eigen goeddunken kan indelen en besteden', *SMA* 1987, p. 34 e.v.

67 Terstege en De Vries 1994, p. 155-156. In die zin de beschikking van Ktg. Den Haag 16 december 1998, repno. 92450/98-51936, ng, waaruit blijkt dat bij Fina Nederland B.V. een protocol geldt voor het gebruik van software en wel "slecht en alleen zakelijk in het kader van de uitoefening van uw functie, met een verbod dit te doen voor privé doeleinden". Ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens het aan de laars lappen van dit voorschrift, correctiefactor 0,6

68 Heerma van Voss 1992, p. 269 geeft op deze wijze Ktg. Zaandam 16 november 1989, *PRG* 1990, 3196 weer.

69 Rb. Amsterdam 25 april 1984, *PRG* 1984, 2223, waarbij het ging om de crematie van een tante. Vergelijk HR 30 maart 1984, *NJ* 1985, 350 (*De Venhorst-Inan*).

hoogte zijn gesteld van die belangen.⁷⁰ Een werknemer

'mag alleen redelijke voorstellen van zijn werkgever tot wijziging van de werktijden, verband houdende met gewijzigde omstandigheden op het werk, afwijzen wanneer aanvaarding daarvan redelijkerwijs niet geveerd kan worden.'

Dat wordt niet anders als de wijziging gevolgen heeft voor de privésituatie van de werknemer, maar

'daar staat wel tegenover dat de verplichting om te handelen als goed werkgever meebrengt dat een voorgenomen wijziging van de werktijden eerst mag worden doorgevoerd nadat de werknemer een redelijke termijn is gegund om zijn privésituatie af te stemmen op de gewijzigde werktijden'.⁷¹

Een opdracht tot het verrichten van overwerk kan de werknemer slechts weigeren, er vanuit gaande dat de opdracht redelijk is tijdig aangekondigd, indien hij tijdig 'goede -mogelijk in de privésfeer liggende -gronden' aanvoert.⁷²

10.6.2 *Ruimtelijke/fysieke privacy en controle van de werknemer*

10.6.2.1 Tijdens werktijd: (wan-)gedrag binnen eigen werk-'ruimte'

Het recht op privacy voorziet er in dat de werknemer een eigen bepaalde fysieke en geestelijke ruimte moet worden gelaten om de werkzaamheden op een eigen wijze te verrichten. Het benutten van die ruimte op een wijze die niet is zoals van een goed werknemer mag worden verwacht, hoeft een werkgever niet zonder meer te tolereren. Alvorens aan dat gedrag arbeidsrechtelijke gevolgen kunnen worden verbonden

70 Rb. Amsterdam 3 mei 1995, *JAR* 1995/135.

71 Ktg. Zutphen 22 december 1998, *JAR* 1999/88.

72 Terstege en De Vries 1994, p. 175. Vergelijkbaar Rb. Amsterdam 10 december 1997, *JAR* 1998/12, over een werknemer die zonder zijn werkgever zorgvuldig te informeren naar zijn zieke vader in Griekenland afreist. Zie ook E.L. Pasma, 'Overwerk', *Arbeidsrecht* 1998 6/7, nr. 38, die concludeert dat een weigering van een werknemer om hem in redelijkheid opgedragen overwerk te verrichten al snel een dringende reden voor een ontslag op staande voet oplevert.

dient een belangenafweging plaats te vinden, waarbij ook het recht op privacy een rol kan spelen. In enige mate is een dergelijke afweging te onderkennen in een ontslag op staande voet dat de kantonrechter te Groningen kreeg voorgelegd. Een chauffeur van Van Gend & Loos, die vrijwel iedere avond tijdens zijn route met de grote vrachtwagen een prostituee oppikt om 'met haar rond te rijden' geeft geen dringende reden voor een ontslag op staande voet, omdat de werkgever het verbod van het mee laten rijden van 'wie dan ook' niet stringent handhaafde. Wel wordt de arbeidsovereenkomst ontbonden onder toekenning van een vergoeding aan de werknemer, welke op een kwart van de gebruikelijke formule wordt gesteld.⁷³

De werknemer staat het niet zonder meer vrij zijn eigen normen en waarden in zijn contacten met collega's te handhaven. Op de werkgever rust de plicht om ongewenste 'collegiale' verhoudingen of ongewenste intimiteiten te voorkomen. Dat kan betekenen dat de werkgever de verplichting heeft om het gedrag dat door een grote groep werknemers als normaal wordt ervaren, niet te tolereren teneinde enkelingen binnen de groep, die van dat gedrag niet zijn gediend, in bescherming te nemen. Het gaat daarbij zowel om ongewenste intimiteiten,⁷⁴ als om het zogenaamde 'mobben'⁷⁵ van een werknemer door zijn collega's.⁷⁶ Het voorkomen van dergelijk ongewenst gedrag, of de vrees daarvoor, kan zover gaan dat het spreken in een 'vreemde' taal op de werkplek verboden kan worden.⁷⁷ Het recht op privacy wordt bij zaken als deze niet of nauwelijks in de beoordeling betrokken.

73 Ktg. Zwolle 18 juni 1997, zaakno. 65075 vv 97-33, ng, en 63510 HA 97-179, ng.

74 Zie bijv. Ktg. Amsterdam 19 april 1993, *JAR* 1993/110.

75 Verhulp 1996, p. 131 e.v. Zie voor een ernstig geval: Ktg. Zutphen 5 november 1998, *PRG* 1999, 5117 en 5118.

76 Bijv. Ktg. Alkmaar 1 maart 1993, *JAR* 1993/68. Zie ook Deel II, paragraaf 7.6.

77 Ktg. Amsterdam 3 juli 1998, *JAR* 1998/186.

10.6.2.2 De inrichting van de eigen werk-ruimte

Denkbaar is ook dat een werknemer een beroep op het grondrecht van de bescherming van persoonlijke levenssfeer doet in verband met de inrichting van de omgeving waarbinnen het werk dient te worden verricht. Er is teveel sigarettenrook⁷⁸ of radiolawaai⁷⁹ op de werkplek of er hangen voor de werknemer aanstootgevende afbeeldingen. Hoewel het recht op privacy hier wel in het geding kan zijn, is dat blijkens de jurisprudentie nimmer aangevoerd of beoordeeld.⁸⁰

10.6.2.3 Controle op werkprestatie van de werknemer

In het bekende Koma-arrest oordeelde het Hof Den Bosch dat het permanent controleren van werknemers door middel van een gesloten TV-circuit in de werkruimte, jegens de werknemers uit het oogpunt van normale menselijke bejegening onrechtmatig is.⁸¹ Daaraan doet het doel van de waarnemingen te weten 'de mensen op de werkvloer een rationele begeleiding te kunnen geven' niet af. Overigens kan een videobewakingssysteem persoonsgegevens van werknemers opleveren en daarom in strijd zijn met de WPR dan wel WPB.⁸²

Wel mag een werkgever verlangen dat de werknemer een boord-computer in zijn dienstauto laat installeren. Bezwaren van de werknemer daartegen worden niet aan het recht op privacy getoetst.⁸³ Evenmin werd een dergelijke toetsing toegepast in het kader van de Distrivox-zaak, waarbij de PTT-Telecom met behulp van een computergestuurd verdeelsysteem de werkprestaties van de 008-telefonistes kon registreren. Toch werd een dergelijke registratie in strijd geacht met het goed werkgeverschap.⁸⁴

78 Zie hierover: M.F. Admiraal, 'Roken op de werkplek', *Arbeidsrecht* 1998/3, nr. 15, met jurisprudentieverwijzingen en *Arbeidsrecht* 1998/5, nr. 34.

79 Rb. Zutphen 23 april 1998, *JAR* 1998/122.

80 Zie Terstege en De Vries 1994, p. 170.

81 Hof Den Bosch 2 juli 1986, *NJ* 1987, 451.

82 Terstege en De Vries 1994, p. 90 e.v.

83 Ktg. Zwolle 24 juli 1996, *JAR* 1996/178.

84 Pres. Rb. Amsterdam 14 december 1989, *KG* 1990, 33.

De Registratiekamer heeft vuistregels opgesteld voor het af luisteren van werknemers om het functioneren te beoordelen.⁸⁵

10.6.2.4 Controle op de werknemer

Actueel is de vraag in hoeverre de werkgever het recht toekomt de werknemer door technische hulpmiddelen mag controleren en wanneer een dergelijke controle een ontoelaatbare inbreuk op het aan de werknemer toekomende recht op privacy is.

Ook hier geldt dat de jurisprudentie de toelaatbaarheid van het controleren van werknemers afhankelijk laat zijn van een belangenafweging waarbij het recht op privacy veelal buiten beschouwing wordt gelaten.⁸⁶ Uit de jurisprudentie blijkt dat als het gaat om het constateren van strafbare feiten gepleegd door werknemers, en als het gebruik van een verborgen camera is aangekondigd, dat gebruik niet onredelijk wordt geacht. Overwogen wordt dan dat voor zover door de verborgen camera al de privacy van werknemers wordt geschonden daar tegenover staat

'het zwaarwegende belang van de waarheidsvinding en de gerechtvaardigde aanspraken van Romi op bescherming van haar eigendommen, welke laatstbedoelde belangen prevaleren boven verweerders belang op privacybescherming'.⁸⁷

Vaak wordt echter het beroep op privacy zonder meer gepasseerd:

'Het magazijn behoort niet tot het gebied dat tot de persoonlijke levenssfeer van de werknemer kan worden gerekend. B. had daar niets te zoeken. Werkgever is gerechtigd haar eigendommen te bewaken, ook door het plaatsen van camera's'.⁸⁸

85 Registratiekamer: *Personeelsinformatiesystemen*, 1994. Zie ook: Registratiekamer: *Als de telefoon wordt opgenomen*, 1996, samengevat door de H.H. de Vries 'In beeld gebracht en afgeluisterd', *SR* 1997, p. 31.

86 In die zin ook M.C.H.I. van der Dussen en M.P.E. Oomens, 'Gebruik van (verborgen) camera's op de werkplek', *Arbeidsrecht* 1998/4, nr. 20.

87 Ktg. Schiedam 8 juli 1997, *JAR* 1997/189. Impliciet ook Rb. Roermond te kennen uit: HR 5 maart 1999, *RvdW* 1999, 41.

88 Ktg. Utrecht 20 augustus 1997, *JAR* 1997/204.

Daarentegen laat een rechter soms het door verborgen camera's verkregen informatie buiten beschouwing.⁸⁹

Het inschakelen van een detective in combinatie met het af luisteren en vastleggen van telefoongesprekken die de werknemer voert, acht de rechtbank te Utrecht

'in beginsel alleen gerechtvaardigd indien daarvoor op het moment dat daartoe wordt besloten ernstige redenen zijn'.⁹⁰

I.c. bleek de rechtvaardiging te mager, maar werd het verkregen materiaal weer wel in de beoordeling betrokken omdat

'het belang van de werknemer om niet aan al te vergaande maatregelen van zijn werkgever te worden blootgesteld en het belang van de werkgever bij het achterhalen van de waarheid tegen elkaar dienen te worden afgewogen'.

Het inschakelen van een detective om de door de werknemer gestelde arbeidsomgeschiktheid te controleren is in beginsel

'in strijd met de bijzondere en ten dele persoonlijke aard van de arbeidsovereenkomst, waarin een zeker onderling vertrouwen een element is waarop beide partijen moeten kunnen rekenen'

maar werd niet in strijd met de privacy geacht.⁹¹ Soms laat een rechter de op deze wijze verkregen informatie buiten beschouwing. De kantonrechter te Rotterdam overwoog:

'In het midden latend of het in zijn algemeenheid toegelaten is dat een werkgever de gangen van zijn werknemer laat nagaan door een recherchebureau, acht de kantonrechter met name de wijze waarop het onderhavig rapport tot stand is gekomen zozeer in strijd met hetgeen van een goed werkgever, die immers ook

89 HR 5 maart 1999 *JAR* 1999/74 (*Burhenne*)

90 Rb. Utrecht 25 september 1996, *JAR* 1997/6.

91 Hof Den Bosch 2 december 1992, *KG* 1993, 16 en *PRG* 1993, 3824. Kritiek op dit oordeel van Terstegge en De Vries 1994, p. 158.

de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van haar werknemers te respecteren heeft, verlangd worden dat de inhoud ervan genegeerd behoort te worden'.⁹²

Anderzijds wordt in een zaak waarin een detectivekantoor kennelijk met goede reden is ingeschakeld, zonder veel omhaal, de werknemer veroordeeld in de kosten van dat kantoor.⁹³

In beginsel is het af luisteren van de telefoon van de werknemer niet toegestaan, tenzij het gaat om het beoordelen van het functioneren.⁹⁴ Dat kan anders zijn indien er van werkelijk ernstige verdeningen sprake is.⁹⁵ Ook voor het bezien van de privécorrespondentie van een werknemer, verzonden via de mail-aansluiting van de werkgever geldt dat de werkgever deze niet mag inzien, zodat deze informatie (vanwege het privacykarakter ervan) in een ontbindingsprocedure buiten beschouwing dient te worden gelaten.⁹⁶ Het opnemen van gewone gesprekken is zonder medeweten van de wederpartij niet zonder meer toegestaan. In het geval waarin een Joodse werknemer een gesprek met een personeelsfunctionaris opnam, nam de kantonrechter kennis van een transcriptie van de opname, waaruit blijkt dat een personeelsfunctionaris het gedrag van die werknemer vergelijkt met 'een beetje de SS-er lopen uithangen'. Voor de werknemer was dat (mede) reden ontbinding van de arbeidsovereenkomst te verzoeken. De kantonrechter overweegt:

92 Ktg. Rotterdam 19 december 1997, *PRG* 1998, 4946. Vergelijkbaar, ten aanzien van informatie ingewonnen met een ander doel Ktg. Schiedam 17 december 1996, *JAR* 1997/64.

93 Ktg. Groenlo 27 januari 1997, *JAR* 1997/217.

94 In Duitsland heeft zich het omgekeerde geval voorgedaan. De werknemer wilde een getuige laten horen die het telefoongesprek met de werkgever "heimlich" meegeluisterd had: dat werd niet toegestaan. BAG 29 oktober 1997, *Arbeit und Recht* 3/1998, p. 130, ook in *BetriebsBerater* 1998, p. 431.

95 In die zin: H.H. de Vries, 'In beeld gebracht en afgeluisterd', *SR* 1997, p. 31. Anders Rb. Amsterdam 3 december 1997, rolno. 96.0680 (ng): Na enige aanwijzing dat er telefoongesprekken werden gevoerd tussen een werknemer en een concurrerend bedrijf overweegt de Rb.: "Eventuele schending van de privacy van Nadort werd door een en ander gerechtvaardigd". In deze laatste zin ook, in een ambtenarenzaak waar het grondrecht wel directe werking heeft Rb. Den Haag 13 oktober 1997, *TAR* 1997, 241.

96 Rb. Utrecht 16 september 1998, *NJ-kort* 1999, nr. 83, e.e.a. analoog aan art. 13 GW. Zie verder Deel II, 13.

'Ongetwijfeld is het weinig zorgvuldig om heimelijk een bandopname te maken van een gesprek als dit en rechtvaardigt het feit dat Cohen dit heeft gedaan de veronderstelling dat hij problemen verwachtte. Vanzelfsprekend had hij mevrouw Verseeuw moeten melden dat hij het gesprek wenste op te nemen: verwacht mag worden dat zij zich dan beter in acht zou hebben genomen. Maar uit het transcript blijkt dat Cohen de uitlatingen van mevrouw Verseeuw geenszins heeft uitgelokt, of zich zodanig onredelijk of agressief jegens haar heeft opgesteld dat een reactie als deze viel te verwachten of ook maar enigszins gebillijkt zou kunnen worden.'⁹⁷

10.6.2.5 Testen van werknemers⁹⁸

De werkgever kan een groot belang hebben bij het controleren van werknemers op het gebruik van alcohol en drugs. Hoewel hier duidelijk de privacy van de werknemer in het geding is, is ook de toelaatbaarheid van een dergelijke test afhankelijk van een belangenafweging.⁹⁹ De Wet Medische Keuringen kent als regel dat bij sollicitanten geen medische keuringen worden verricht indien aan de functie geen bijzondere medische eisen kunnen worden gesteld. Die norm geldt ook bij andere medische onderzoeken. Zo kan een werknemer niet worden verplicht tot medewerking aan een onderzoek naar de beste methode van genezing.¹⁰⁰ Ook kan een door de werkgever gewenst onderzoek betrekking hebben op de geschiktheid van de werknemer voor andere functies. De vraag is of de verplichting tot medewerking aan een loopbaanonderzoek bestaat. In het algemeen zal om die vraag te beantwoorden een belangenafweging worden uitgevoerd met een ongewisse uitkomst.¹⁰¹

97 Ktg. Rotterdam 18 december 1995, repno 98144\ VZ Verz 95-4584, ng (*Cohen-Transautex Rotterdam*). Ontbinding onder toekenning van o.a. een immateriële schadevergoeding van f 15.000,-

98 Zie ook Deel II, 13.

99 Zie hierover: J.H.J. Terstegge, 'Het testen van werknemers op alcohol en drugs', *SR* 1993, p. 160 e.v. en Terstegge en de Vries 1994, p. 150 e.v.

100 Ktg. Beetssterzwaag 6 januari 1998, *JAR* 1998/76.

101 Ook in die zin: J. Roeloff, 'Employability en assessment tijdens de arbeidsovereenkomst', *Arbeidsrecht* 98/1, nr. 1.

10.6.3 *De informationele privacy van de werknemer*

10.6.3.1 Het verstrekken van informatie door de werknemer

Tijdens de sollicitatiefase hoeft een werknemer niet alles te vertellen, maar wel de gegevens die van belang zijn voor de mogelijkheden de functie uit te oefenen en voor zover selectie op grond van die gegevens geen directe discriminatie oplevert.¹⁰² Kern van de zaak is dat de werknemer niet informatie mag verzwijgen, wetende of moeten wetende dat die informatie essentieel is voor het kunnen verrichten van de arbeid en de totstandkoming van de arbeidsovereenkomst.¹⁰³ Na totstandkoming van de arbeidsovereenkomst bestaat er geen algemene verplichting van de werknemer om de werkgever te informeren: e.e.a. hangt af van de aard van de informatie en het informatiebelang van de werkgever.¹⁰⁴ Bij ziekte hoeft de werknemer aan zijn werkgever niet nader te informeren over de aard en omvang van zijn ziekte: wel dient de controlerend arts geïnformeerd te worden.¹⁰⁵

Krachtens de Wet Loonbelasting is de werknemer verplicht een kopie van een identificatiebewijs als bedoeld in de Wet op de identificatieplicht aan de werkgever te verstrekken en niet alleen inzage. Deze verplichtingen vormt naar het oordeel van het Hof Amsterdam een inbreuk op art. 8 EVRM, waarvoor geen rechtvaardigingsgrond bestaat indien 'uit andere hoofde omtrent de identiteit van de werknemer geen twijfel bestaat'.¹⁰⁶

10.6.3.2 Het recht op informatie van de werknemer

Een werkgever kan worden verplicht tot afgifte van bepaalde informatie aan de werknemer op grond van goed werkgeverschap. Die verplichting

102 HR 20 maart 1981, *NJ* 1981, 507. Zie ook O. van der Kind, 'De spreekplicht en het zwijgrecht van de sollicitant', *Arbeidsrecht* 1998/11, nr. 69.

103 Hierover zeer uitgebreid Terstegge en De Vries 1994, p. 19-68. Zie ook Rb. Rotterdam 1 april 1999, *JAR* 1999/99.

104 Terstegge en De Vries 1994, p. 104-108.

105 *Kamerstukken II* 1995-1996, 24 439, nr. 3, p. 62-63. Hierover: J. Riphagen, 'Ziekteverzuim, controle en privacy', in Loonstra/Staal & Zeijlstra 1996, p. 73 e.v. Zie ook Deel II, 11.

106 Te kennen uit: Ktg. Amsterdam 16 januari 1997, *JAR* 1997/23. Zie over deze verplichting: Terstegge en De Vries 1994, p. 35-36.

kan er zelfs toe leiden dat de werkgever gegevens moet leveren ten aanzien van de vraag op welke wijze eerder wachtgeldaanspraken van werknemers zijn 'afgekocht', teneinde de werknemer in staat te stellen een juiste afvloeiingsregeling te bedingen.¹⁰⁷ Overigens is de werkgever op grond van art. 7:655 BW¹⁰⁸ verplicht aan de werknemer bepaalde informatie ten aanzien van de arbeidsovereenkomst te verschaffen. Met de Wet Flexibiliteit en zekerheid is art. 7:669 BW ingevoerd, dat de plicht bevat om de reden van beëindiging van de arbeidsovereenkomst mede te delen.

10.6.3.3 Registratie en verstrekking van de persoonsgegevens van de werknemer

Naast hetgeen reeds in hoofdstuk 10.4 is opgemerkt over de WPR/WPB kan nog op de volgende aspecten gewezen worden. Of personeelsdossiers onder de WPR vallen hangt af van de systematische toegankelijkheid en of er sprake is van een voldoende samenhangende verzameling. Vrijwel altijd is dat het geval.¹⁰⁹ Indien er sprake is van een wettelijke verplichting tot registratie, geeft de desbetreffende wet over het algemeen tevens regels met betrekking tot de wijze waarop met de registratie dient te worden omgegaan.¹¹⁰ Het Besluit Gevoelige Gegevens stelt voorwaarden op het opnemen van bepaalde gegevens in een persoonsregistratie, maar dat neemt niet weg dat het opnemen van gegevens als ras en ziekteverzuim omstreden is.¹¹¹ Het verstrekken van informatie is slechts toegestaan indien dit geschiedt met toestemming van de betrokkene of op grond van een wettelijk voorschrift,

107 Pres. Rb. Utrecht 21 januari 1999, *KG* 1999, 61: e.e.a op grond van de verplichting werknemers gelijkelijk te behandelen.

108 Ingevoerd bij wet van 2 december 1993, *Stb.* 1993, 636, ter uitvoering van de EG-Richtlijn 91/533. Deze richtlijn dient ter uitvoering 'van sociale grondrechten van werkenden', zoals blijkt uit de considerans van de Richtlijn.

109 Zie Terstegge en De Vries 1994, p. 79 e.v.

110 Zie bijv.: art. 4 lid 6 Wet stimulering arbeidsdeelname minderheden (Wet Samen).

111 *Stb.* 1993, 158. Zie Terstegge en De Vries 1994, p. 108 e.v.

terwijl tussen de registratie en de verstrekking een nauw en direct verband aanwezig moet zijn.¹¹² In art. 29 en 31 WPR zijn het recht op inzage, correctie en verwijdering van gegevens geregeld.

10.7 Conclusie

Door de aan de wetgever gegeven opdracht verkrijgt het grondrecht van bescherming van privacy, voor zover het betreft persoonsregistratie, in ieder geval door nadere wetgeving horizontale werking. Het positieve effect daarvan is zichtbaar. Waar het betreft personeelsregistraties, zeker als het gaat om uitspraken van de Registratiekamer, lijkt de bescherming van het grondrecht duidelijk en adequaat. Dat is niet, of in ieder geval veel minder, het geval met de andere aspecten van privacy van werknemers. De overige aspecten van het grondwettelijke grondrecht moeten het ook stellen met een indirecte horizontale werking. Art. 8 EVRM wordt lang niet altijd rechtstreeks toegepast, hetgeen te betreuren is. Indien art. 8 EVRM wel wordt toegepast komt de evenredigheidstoets soms onvoldoende tot uiting. Juiste toepassing van dit artikel zou een behoorlijke stap in de goede richting zijn. Vanuit het oogpunt van bescherming van de privacy redelijk aanvaardbaar zijn de rechterlijke beslissingen die betrekking hebben op gedragingen in het privéleven van werknemers. Rechters zijn geneigd aan die gedragingen geen arbeidsrechtelijke consequenties te verbinden, tenzij een duidelijke relatie met de te verrichten arbeid of de werkgever gelegd kan worden. Toch doet zich hier al het gemis aan duidelijke afwegingscriteria voelen. Met betrekking tot het nemen van vrije dagen, het verrichten van overwerk of wat dies meer zij, vindt een afweging pas eerst plaats indien de werknemer een groot belang kan of wil aanvoeren bij het opnemen van de vrije dag of het weigeren van overwerk. Vervolgens is het niet altijd duidelijk welke reden wel en welke niet als voldoende zwaarwegend beschouwd wordt, zodat het

112 Terstegge en De Vries 1994, p. 123-132. Met het kennisnemen van die gegevens door een werknemer die daartoe niet bevoegd is, wordt een grens overschreden, Ktg. Apeldoorn 11 april 1997, JAR 1997/157.

weigeren van een opdracht van de werkgever terzake risicovol is. Met betrekking tot de incidentele controle van de werknemer, al dan niet door camera's, vindt een belangenafweging plaats waarin vaak geen of onvoldoende aandacht wordt geschonken aan het grondrecht.

De regering heeft in de toelichting op de WPB laten weten dat 'buiten de werkingssfeer van artikel 10, eerste lid, van de Grondwet als algemeen uitgangspunt dat noch de handelingsvrijheid van degene die persoonsgegevens verwerkt, noch het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de betrokkene in abstracto zwaarder weegt.'

Daarmee is dus niets gezegd over de afweging die plaats dient te vinden 'binnen' de werkingssfeer van art. 10 lid 1 GW. Als erkend wordt dat aan dit artikel horizontale werking toekomt dient de wetgever voor de binnen die werkingssfeer passende afwegingscriteria te stellen. Zolang die er niet zijn, kan een directe werking van art. 10 GW de gesignaleerde knelpunten gedeeltelijk wegnemen.

Artikel 11

11.1 Recht op onaantastbaarheid van het lichaam

art. 11 GW:

Ieder heeft, behoudens bij of krachtens de wet te stellen beperkingen recht op onaantastbaarheid van zijn lichaam.

art. 3 EVRM:

Een ieder heeft recht op leven, vrijheid en onschendbaarheid van zijn persoon.

11.2 De aard van het grondrecht

Het grondrecht is tot stand gekomen na aanname van een daartoe strekkend amendement, hoewel de regering had laten weten van mening te zijn dat een dergelijk grondrecht niets aan art. 10 GW zou toevoegen. Het recht op lichamelijke integriteit kan op zeer veel zaken betrekking hebben, zoals orgaantransplantaties, ernstige geluidshinder, medische keuringen, wellicht ook gevaarlijke stoffen in de werkomgeving en de verplichting tot het dragen van beschermende kleding door de werknemer.¹ Het gaat om enerzijds het recht om gevrijwaard te worden van schendingen en inbreuken op het lichaam door anderen en anderzijds om zelf over het lichaam te beschikken.² Het is de vraag of tot de onschendbaarheid van het lichaam ook urine-onderzoek behoort.³

1 De Grondwet 1992, p. 255.

2 *Kamerstukken II* 1978-1979, 15 463, nr. 2, p. 4-5.

3 J.H.J. Terstegge, 'Het testen van werknemers op alcohol en drugs', *SR* 1993, p. 160, meent van niet.

11.3 Horizontale werking van het grondrecht

In de toelichting bij de Wet op de medische keuringen heeft de indiener⁴ gewezen

'(..) op de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer en de lichamelijke integriteit, zoals in de artikelen 10 en 11 van de Grondwet (..) zijn neergelegd',

om te vervolgen:

'Van de genoemde grondwetsartikelen wordt horizontale werking aangenomen. De in die artikelen vervatte fundamentele waarden dienen ook in de betrekking tussen burgers onderling te worden gerespecteerd. Gezien de geschetste kenmerken van keuringen heeft de overheid tot taak die waarden in dat kader te beschermen'.⁵

Al eerder had de regering als uitgangspunt genomen dat de lichamelijke integriteit doorwerkt in horizontale verhoudingen hetgeen zou betekenen dat

'een medische ingreep, afgezien van noodsituaties, slechts wordt gerechtvaardigd door de toestemming van degene bij wie de ingreep wordt verricht, tenzij bij of krachtens de wet met betrekking tot een bepaalde ingreep anders is bepaald'.⁶

Met het invoeren van het toestemmingsvereiste is het onderscheid tussen verticale en horizontale werking grotendeels verdwenen. De rechtvaardiging van een sterke horizontale werking is dat er in veel gevallen sprake is van een feitelijke dwang: door ziekte wordt men gedwongen tot het ondergaan van een behandeling. Maar ook indien

4 De wet komt voort uit een initiatief van (D'66) Tweede Kamerlid Kohnstamm.

5 *Kamerstukken II* 1993-1994, 23 259, nr. 7, p. 1. Deze overwegingen lijken rechtstreeks ontleend aan H.J.J. Leenen, *Handboek gezondheidsrecht*, 1988, p. 34, die uitgaat van directe werking van art. 10 en 11 GW. In een latere druk (1994, p. 27) wordt dat standpunt door Leenen verlaten.

6 *Kamerstukken II* 1989-1990, 19 218, nr. 43, p. 7, geciteerd uit De Grondwet 1992, p. 7.

van die situatie geen sprake is, zoals bij keuringen, 'zal aan de contractsvrijheid minder gewicht kunnen toekomen'.⁷ Al met al is de conclusie dat art. 11 GW een sterke horizontale werkingspotentie heeft, maar dat die door de grondwetgever onduidelijk vorm is gegeven.

11.4 Horizontale werking in het arbeidsrecht volgens de regering

De regering heeft laten weten:⁸

'De onaantastbaarheid van het lichaam is geregeld in artikel 11 van de Grondwet, waaraan horizontale werking is toegekend. Voorts kunnen de bepalingen over de geneeskundige behandelingsovereenkomst in het BW een richtsnoer vormen voor de toepassing van dit grondrecht in het BW. In dit verband is ook van belang de Wet op de medische keuringen. Daarnaast is de problematiek van de zieke werknemers geregeld in de Arbeidsomstandighedenwet en in artikel 7:629 BW.'

11.5 Nadere regelgeving

11.5.1 Art. 7:629 en 7:629a BW

De werknemer die ongeschikt is tot het verrichten van zijn arbeid wegens ziekte heeft recht op doorbetaling (van 70%) van zijn loon. Kern van de bepaling is dat de werkgever, nu hij zelf voor betaling dient te zorgen, zorgvuldiger zal trachten arbeidsongeschiktheid door ziekte wegens de arbeid te voorkomen en meer werk van reïntegratie zal maken.⁹ Krachtens lid 3 van art. 7:629 BW heeft de werknemer geen recht op loondoorbetaling indien hij zijn ziekte opzettelijk heeft veroorzaakt. Dan moet wel de opzet van de werknemer gericht zijn

⁷ De Grondwet 1992, p. 264.

⁸ Notitie Ontwikkelingen in het arbeidsovereenkomstenrecht, *Kamerstukken II* 1996-1997, 25 246, nr. 1. p. 15-16.

⁹ *Sib.* 1996, 134 (WULBZ). Parlementaire geschiedenis: *Kamerstukken II* 1995-1996, 23 438.

op het veroorzaken van de ziekte. Opzettelijk risicovol gedrag dat ziekte tot gevolg heeft leidt niet tot een terechte weigeringsgrond.¹⁰ Tegelijkertijd heeft de werknemer geen verplichting de aard en oorzaak van de ziekte aan zijn werkgever te vertellen.¹¹ Een andere grond om de loondoorbetaling te weigeren is een ziekte die is ontstaan door een gebrek waarover de werknemer in het kader van de aanstellingskeuring valse informatie heeft verstrekt.¹² Dat geldt niet in het kader van zwangerschap: zwangere sollicitanten zijn niet verplicht te antwoorden op vragen over zwangerschap.¹³

Bij de behandeling van het wetsvoorstel dat heeft geleid tot art. 7:629a BW is uitvoerig gesproken over de privacy-aspecten die aan de second-opinionprocedure verbonden zijn. Enerzijds is gesteld dat de keurende arts slechts informatie aan de werkgever kan verstrekken indien de werknemer daarvoor uitdrukkelijk toestemming heeft gegeven in die gevallen waarin de werknemer zelf om een keuring verzoekt. Anderzijds kan, wanneer de keuring op verzoek van de werkgever heeft plaatsgevonden, de werknemer zijn medewerking slechts onder voorwaarden verlenen, zoals de voorwaarde dat het rapport van de deskundige niet aan de werkgever zal worden verstrekt.¹⁴ In art. 7:629a lid 4 BW is bepaald dat de behandelend artsen aan de deskundige geen informatie mogen verstrekken voor zover daarmee de persoonlijke levenssfeer van de werknemer wordt geschaad. Deze bepaling staat naast art. 7:457 BW en biedt dus nog een extra bescherming.¹⁵

10 *Kamerstukken II* 1995-1996, 24 439, nr. 6, p. 74.

11 Onder meer *Kamerstukken II* 1997-1998, 25 892, nr. 3, p. 113.

12 Zie bijv. Ktg. Rotterdam 18 februari 1998, *JAR* 1998/89.

13 *Kamerstukken II* 1992-1993, 22 899, nr. 8, p. 28.

14 *Kamerstukken II* 1995-1996, 24 439, nr. 6, p. 41. Hierover: M.M. Olbers, 'aantekening bij art. 7:629a BW', in: *Arbeidsovereenkomst*, losbladig.

15 In die zin M.M. Olbers, 'aantekening bij art. 7:629a BW', in: *Arbeidsovereenkomst*, losbladig.

11.5.2 *Wet op de medische keuringen*¹⁶

De wet regelt aanstellingskeuringen in de private en in de publieke¹⁷ sector.¹⁸ Naast hetgeen hierboven reeds is vermeld over de motivering van de wet kan nog worden gewezen op art. 3 WMK. Daarin is bepaald dat bij een keuring geen vragen mogen worden gesteld en geen medische onderzoeken mogen worden verricht die een onevenredige inbreuk betekenen op de persoonlijke levenssfeer van de keurling, waartoe in ieder geval wordt gerekend een onderzoek waarvan het te verwachten belang voor de keuringvragers niet opweegt tegen de risico's voor de keurling, zoals bij de vaststelling van een ernstige ziekte waarvoor geen geneeswijze voorhanden is en onderzoeken die een onevenredige belasting met zich brengen.¹⁹ Overigens is de regelgeving wat dat laatste betreft een bevestiging van de heersende leer.²⁰

11.5.3 *Art. 3 lid 2 ARBO-wet*

Dit artikellid bepaalt dat de werkgever er voor zorg draagt dat de werknemer zoveel mogelijk beschermd wordt tegen seksuele intimidatie en de nadelige gevolgen daarvan en dat de werknemer zoveel mogelijk wordt beschermd tegen agressie en geweld en de nadelige gevolgen daarvan.²¹ In het derde en vierde lid zijn deze bepalingen nader toegelicht. Gedurende de parlementaire behandeling is aan de grondrechten, die een mogelijke grondslag voor deze regeling zouden kunnen vormen, geen aandacht besteed.²² Op grond van een onderzoek van Geers²³ in 1996 en kennisnemend van de latere jurisprudentie kan

16 Wet van 5 juli 1997, *Stb.* 1997, 365.

17 Wijziging bij wet van 24 december 1997, *Stb.* 1997, 770. *Kamerstukken II* 1997-1998, 25 648, nr. 1.

18 Zie uitvoerig over de WMK: J.K.M. Gevers, 'De Wet medische keuringen in het perspectief van de mensenrechten', *NJCM-Bulletin* 1999, p. 442-453.

19 Zie hierover: J.C.J. Dute, 'De medische aanstellingskeuring wettelijk geregeld', *SMA* 1997, p. 459 e.v. en J.H.J. Terstegge, 'Medische keuringen, ziekteverzuim en privacy', in: Terstegge en De Vries 1998, p. 107.

20 Zie: J. de Boer, *Art. 8 EVRM, Aids*, pre-advies voor de NJV 1990, p. 79.

21 *Stb.* 1994, 586.

22 *Kamerstukken II* 1992-1993, 23 326.

23 Zie hierover: A.J.C.M. Geers, 'Seksuele intimidatie en het mensbeeld in het arbeidsrecht', in: Loonstra/Staal & Zeijlstra 1996, p. 155 e.v.

kan worden geconcludeerd dat deze bepalingen weinig hebben bijgedragen aan het voorkomen van seksuele intimidatie. In oktober van dit jaar zal een evaluatie van deze bepalingen aan de Tweede Kamer moeten worden aangeboden.

11.6 Horizontale werking in het arbeidsrecht volgens de literatuur en jurisprudentie

De rechtbank Dordrecht oordeelde dat de bepaling in een reglement waarin de werknemer wordt verplicht zich 'te onderwerpen aan een geneeskundig onderzoek, wanneer de directie zulks wenselijk acht', niet in strijd is met art. 11 GW nu geen

'aanleiding is te veronderstellen dat met dit artikel is beoogd onderzoek aan kleding zonder meer aan te merken als schending van het recht op onaantastbaarheid van het lichaam'.²⁴

Aanstellingskeuringen²⁵ zijn inmiddels gereguleerd door de WMK. De vraag is vaak of een verzwegen ziekte of gebrek in de sollicitatiefase, bij bekendheid van de werkgever daarmee, de totstandkoming van een arbeidsovereenkomst in de weg had gestaan. De beoordeling daarvan wordt verbonden aan de functie-eisen. Staat de ziekte of het gebrek het goede functioneren duidelijk in de weg, dan is de verzwijging een reden voor beëindiging van de arbeidsovereenkomst en/of voor een weigering tot doorbetaling van loon als bedoeld in art. 7:629 lid 3 BW.²⁶

Gedurende de arbeidsovereenkomst kan de werkgever de werknemer willen testen op het gebruik van alcohol en drugs. Ook als er geen sprake is van 'het overgeven aan dronkenschap of ander liederlijk gedrag' als bedoeld in art. 7:678 lid 2 onder c BW, kan er een

24 Het lijkt hier te gaan om een verschrijving. Ook in het reglement is opgenomen onderzoek aan kleding. Serieus lijkt de Rb. echter niet met de klachten dat grondrechten worden geschonden om te gaan: Rb. Dordrecht 27 mei 1992, *NJ* 1993, 128.

25 Zie Terstegge en De Vries 1994, p. 59-66 en I.P. Asscher-Vonk e.a., *De zieke werknemer*, Deventer 1997, p. 33-45.

26 Zie de jurisprudentie genoemd door Terstegge en De Vries 1994, p. 40-44.

dringende reden voor opzegging van de arbeidsovereenkomst worden aangenomen, indien de werknemer door het onder invloed zijn tijdens het verrichten van werkzaamheden voor ernstig gevaar zorgt.²⁷ Of een werkgever bevoegd is een werknemer te onderwerpen aan een alcohol- of drugstest is niet met zekerheid in algemene bewoordingen aan te geven, maar hangt af van de beoordeling van de omstandigheden van het geval.²⁸ In de literatuur is daarbij de opvatting te vinden dat slechts zeer zwaarwegende belangen van de werkgever het grondrecht van de werknemer opzij kunnen zetten,²⁹ of dat er terzake wettelijke regeling noodzakelijk is.³⁰

Sexuele intimidatie kan, zeker waar die fysiek vorm krijgt, een inbreuk op art. 11 GW met zich brengen. Door de wijziging van de Arbo-wet is duidelijk gemaakt³¹ dat op de werkgever de verplichting rust om werknemers (veelal: werknemers) te vrijwaren van ook deze vorm van intimidatie. Dat de bescherming van slachtoffers soms nog niet geheel vlekkeloos loopt³² betekent niet dat de normstelling als zodanig niet duidelijk zou zijn. De aandacht voor, en daarmee de bescherming tegen seksuele intimidatie is aanzienlijk toegenomen.³³ De zorg voor een veilige werkomgeving kan evenzeer raken aan het recht op lichamelijke integriteit. Een dergelijke relatie is in de parlementaire geschiedenis niet gelegd.

27 Zie H. Uhlenbroek, 'Werknemers en alcoholgebruik', *Arbeidsrecht* 1998/3, nr. 17.

28 Bijv. Ktg. Rotterdam 22 februari 1993, *JAR* 1993/101.

29 Vergelijk: Terstegge en De Vries 1994, p. 153, J.H.J. Terstegge, 'Het testen van werknemers op alcohol en drugs', *SR* 1993, p. 160 e.v. en A.J.C.M. Geers: 'Privacybescherming en arbeidsomstandigheden: over alcohol en drugs op het werk en over het werken thuis', in: Van der Heijden 1992, p. 69.

30 A.M. Luttmer-Kat, 'De goede werknemer, een achterhaald begrip of dynamisch concept?', in: Bouwens e.a. 1994, p. 317 e.v.

31 Voor de wetwijziging, en soms nog steeds, wordt de plicht van de werkgever terzake onder het goed werkgeverschap gebracht, terwijl soms sprake kan zijn van ongelijke behandeling. Zie hierover Terstegge en De Vries 1994, p. 163-169.

32 Zie A.J.C.M. Geers, 'Sexuele intimidatie en het mensbeeld in het arbeidsrecht', in: Loonstra/Staal & Zeijlstra 1996, p. 163 e.v.

33 Zie ook: P.G.M. ten Broeke, 'Sexuele intimidatie: een overzicht van de recente rechtspraak', *Arbeidsrecht* 1996/5, 38.

11.7 Conclusie

Het grondrecht van art. 11 GW wordt gedeeltelijk 'verwerkt' in art. 10 GW. Er wordt in de jurisprudentie nauwelijks naar verwezen, des te meer naar art. 10 GW. Op grond van de totstandkomingsgeschiedenis van art. 11 GW mag dat geen bevreemding wekken. Mede op grond van art. 11 GW is de WMK tot stand gebracht, waardoor art. 11 GW bij keuringen behoorlijke (uit)werking heeft. De regeling omtrent sexuele intimidatie van art. 3 Arbo-wet lijkt tamelijk onbekend, hetgeen mede kan samengaan met de wijze waarop in nakoming is voorzien. De norm van art. 3 Arbo-wet vindt over het algemeen -zij het soms niet goed of volledig- toepassing op grond van goed werkgeverschap in ontbindings- en opzeggingsprocedures. Met betrekking tot de toelaatbaarheid van testen tijdens de duur van de arbeidsovereenkomst zijn geen algemene lijnen aan te geven en is weinig jurisprudentie. Nadere normering terzake door de wetgever is gewenst. Zolang die niet gegeven is kan directe werking van art. 11 GW aanzienlijke duidelijkheid verschaffen.

Artikel 13

13.1 Briefgeheim, telefoon- en telegraafgeheim

Art. 13 GW:

- 1- Het briefgeheim is onschendbaar, behalve, in de gevallen bij de wet bepaald, op last van de rechter.
- 2- Het telefoon- en telegraafgeheim is onschendbaar, behalve, in de gevallen bij de wet bepaald, door of met machtiging van hen die daartoe bij de wet zijn aangewezen.

Art. 8 EVRM:

- 1- Een ieder heeft recht op respect voor zijn privé leven, zijn familie- en gezinsleven, zijn woning en zijn correspondentie.
- 2- (...)

Art. 17 IVBPR:

- 1- Niemand mag worden onderworpen aan willekeurige of onwettige inmenging in zijn privé leven, zijn gezinsleven, zijn huis en zijn briefwisseling, noch aan onwettige aantasting van zijn eer of goede naam.
- 2- (..)

13.2 De aard van het grondrecht

In het verlengde van het recht op privacy ligt de bescherming van het briefgeheim. In de Postwet¹ is het briefgeheim nader uitgewerkt.

1 Wet van 26 oktober 1988, *Stb.* 522. Zie hierover Van der Pot/Donner/Prakke 1995, p. 305-306.

Pakketpost valt er niet onder, maar wel circulaires aan leden. Volgens de tekst van art. 13 GW kan niet de inhoud van moderne dragers van informatie onder de werking van dat artikel begrepen worden, hoewel ze volgens de literatuur soms wel geacht worden onder de bescherming van art. 13 GW te vallen.² Een beroep op art. 13 GW vindt met name plaats in het strafrecht. Een voorstel tot wijziging van de Grondwet³ teneinde ook de moderne technieken onder grondwettelijke bescherming te stellen, sneuvelde, waarna de minister de adviescommissie Grondrechten in het digitale tijdperk instelde.⁴ Deze zal ongetwijfeld adviseren de artt. 7, 10 en 13 GW aan te passen aan de moderne technieken.⁵

13.3 Horizontale werking van het grondrecht

De vraag naar horizontale werking van dit grondrecht is bij de grondwetsherziening niet anders dan bij de andere grondrechten aan de orde geweest. Pas in verband met de privatisering van de PTT is nadrukkelijker over de horizontale werking nagedacht.⁶ Maar ook in de 'klassieke' horizontale verhoudingen (bij de burens bezorgde post) kan de behoefte aan horizontale werking zich doen voelen. In de jurisprudentie is het grondrecht in horizontale verhoudingen -met een uitzondering genoemd in hoofdstuk 13.4- niet aan de orde geweest.⁷ Met de opkomst van nieuwe technologie en de EG-richtlijn 97/66 van 15 december 1997 zal dat anders worden. Er zijn verschillende wets-

2 De Grondwet 1992, p. 290. Zie ook Hofman 1995, p. 132-137. Anders HR 26 mei 1992, *NJ* 1992, 753 over het 'afluisteren' van een faxapparaat.

3 *Kamerstukken I* 1998-1999, 25 443, nr. 40. Zie voor een bespreking van dit wetsvoorstel: *NJCM-Bulletin* 1998, p. 229-236.

4 Besluit van 23 februari 1999, *Stb.* 101.

5 Zie over de komende wijzigingen: A.W. Hins en A.J. Nieuwenhuis, 'Hoe baken je een grondrecht af?', *NJB* 1999, afl. 4, en vooral ook A.J. Nieuwenhuis, 'Vertrouwde en virtuele bescherming', *NJCM-Bulletin* 1998, p. 423 e.v.

6 De Grondwet 1992, p. 256.

7 Hofman 1995, p. 131.

voorstellen in de maak die horizontale werking van art. 13 GW betreffen en volgens welke bijvoorbeeld het inzien van beveiligde e-mails zal worden beschouwd als 'computervredebreuk'.⁸

13.4 De horizontale werking in het arbeidsrecht volgens de literatuur en jurisprudentie

In het arbeidsrecht is het goed denkbaar dat een werknemer meent dat zijn recht op vertrouwelijkheid in correspondentie wordt geschonden. De werkgever opent aan de werknemer gerichte brieven, leest zijn mails en luistert de telefoon af. In de literatuur wordt aangenomen dat een werkgever die weet of kan vermoeden dat een brief aan een werknemer een privé-karakter heeft, van de inhoud van die brief 'als goed werkgever' geen kennis mag nemen, e.e.a. op grond van het grondwettelijk gegarandeerde briefgeheim.⁹

In de jurisprudentie komen geschillen waarbij een beroep op het briefgeheim wordt gedaan, niet veel voor. De relatie tussen art. 10 GW en art. 13 GW ligt voor de hand, en een beroep op de privacy van art. 10 GW lijkt eerder te worden gedaan.¹⁰ Er zijn slechts een paar gevallen uit de jurisprudentie bekend die zich lenen voor horizontale toepassing van art. 13 GW. Een werkgever die het verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst mede baseert op e-mails van de werknemer die hij vanaf zijn werk heeft verzonden als privécorrespondentie, komt tegen de beschikking in beroep nu de kantonrechter deze e-mails buiten beschouwing heeft gelaten, op grond van het briefgeheim.¹¹ Naar het oordeel van de rechtbank -blijkens een overweging ten overvloede- is het hoger beroep onterecht:

'Anders dan NPI is de rechtbank van oordeel, dat analoog aan artikel 13 van onze Grondwet, het briefgeheim zich ook uitstrekt

8 Zie voor een opsomming: A.J. Nieuwenhuis, 'Vertrouwde en virtuele bescherming', *NJCM-Bulletin* 1998, p. 430-431.

9 Terstegge en De Vries 1994, p. 171.

10 In die zin ook W.J.M. van Tongeren, 'Het briefgeheim op de werkplek', *Arbeidsrecht*, 1999/33, die veelvuldig 'art. 10 GW-voorbeelden' aanhaalt.

11 Deze beschikking van Ktg. Utrecht 20 januari 1998 is opgenomen in *JAR* 1998/64.

tot de met een persoonlijke brief vergelijkbare communicatievormen zoals in casu de betreffende E-mails. Daaraan doet niet af, dat Pijpers voor de verzending van zijn privé-correspondentie gebruik heeft gemaakt van de E-mail aansluiting van de NPI. De aard van de correspondentie verandert immers niet zonder meer door de wijze van verzending. Voorts kan niet worden geoordeeld dat Pijpers, door gebruik te maken van de E-mail aansluiting van NPI, het vertrouwelijk karakter van de E-mails heeft prijsgegeven.¹²

Een ander geval betreft de werknemer die stelt dat de werkgever faxbrieven uit zijn tas heeft gehaald en in de procedure gebruikt. De werkgever stelt de faxbrieven op het bureau van de werknemer te hebben aangetroffen tijdens een periode van ziekte van de werknemer. Ten overvloed overweegt de rechtbank dat indien de werknemer zijn stelling zou kunnen bewijzen de brieven wellicht buiten beschouwing gelaten hadden moeten worden.¹³ Op zakelijke post, gericht aan de werknemer, kan de werkgever uiteraard wel aanspraak maken.¹⁴

13.5 Conclusie

De rechtbank Utrecht past het briefgeheim direct toe in de arbeids-overeenkomst, hetgeen bijzonder is. Het leidt tot een naar mijn mening mooie uitkomst. Overigens is het recht op briefgeheim binnen het arbeidsrecht gedeeltelijk opgeslokt door het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer. Dat zal wellicht anders worden na aanpassing van art. 13 GW aan de ontwikkelingen van de moderne communicatiemiddelen. Dan kan een directe werking van art. 13 GW goede diensten bewijzen in arbeidsrechtelijke verhoudingen. Wellicht kan de adviescommissie Grondrechten in het digitale tijdperk zich ook over de (normering in geval van) horizontale werking van dit grondrecht uitlaten.

12 Rb. Utrecht 16 september 1998, *NJ-kort* 1998, nr. 83.

13 Rb. Amsterdam 20 mei 1998, *JAR* 1998/135.

14 Zie Terstege en De Vries 1994, p. 171 en de door hen aangehaalde uitspraak van Ktg. Haarlem 11 maart 1938, *NJ* 1938, 1105

Artikel 17

17.1 Ius de non evocando

art. 17 GW:

Niemand kan tegen zijn wil worden afgehouden van de rechter
die de wet hem toekent

17.2 De aard van het grondrecht

Het grondrecht biedt van oorsprong bescherming tegen bijzondere (door de overheid meer welgevallige) rechtspraak.¹ Waar het thans vooral om gaat is dat het de overheid verhinderd wordt door verbindendverklaring van collectieve contracten etc. aan personen die niet bij de totstandkoming van die contracten betrokken zijn geweest de gang naar de gewone rechter te ontnemen.² Er is uitvoerig gesproken over de vraag of het hier wel een grondrecht betreft, maar uiteindelijk is die vraag bevestigend beantwoord. Het begrip 'rechter' moet worden begrepen als 'een van de administratie onafhankelijke instantie.' Het openstellen van administratief beroep is dus niet in strijd met art. 17 GW. Er is vooral gepleit voor een restrictieve interpretatie van art. 17 GW.³ De horizontale werking van art. 17 GW staat dus aan een regeling van arbitrage en bindend advies niet in de weg.

1 De Grondwet 1992, p. 321.

2 De Grondwet 1992, p. 324.

3 *Kamerstukken II* 1976-1977, 13872, nr. 4, p. 72.

17.3 Horizontale werking van het grondrecht

Het artikel is mede in de Grondwet geplaatst 'juist vanwege de werking ervan in de verhouding tussen burgers onderling'.⁴ Bij deze werking is verwezen naar art. 2 lid 5 van de Wet AVV alsmede naar een beslissing van de Hoge Raad.⁵ Horizontale werking van deze grondwettelijke bepaling werd ook niet problematisch geacht, nu van het grondrecht vrijwillig afstand gedaan kan worden. Bij overeenkomst kan iemand dus wel van de hem krachtens de wet toekomende rechter worden afgehouden. Overigens richt de bepaling zich niet tot de wetgever, zodat bij wetgeving afwijking evenzeer mogelijk is.

17.4 Nadere regelgeving: Art. 2 lid 5 Wet AVV

In de Wet AVV is bepaald dat CAO-bepalingen die er toe strekken de beslissing van der rechter omtrent twistgedingen uit te sluiten niet algemeen verbindend verklaard kunnen worden. Als uitwerking van de jurisprudentie op grond van deze bepaling is onder 3 in het Toetsingskader Algemeen Verbindend Verklaring cao-bepalingen⁶ vastgelegd aan welke voorwaarden een geschillenprocedure dient te voldoen om voor avv in aanmerking te komen. Deze voorwaarden zijn er op gericht de mogelijkheid om de rechter een oordeel te vragen, niet uit te sluiten.

17.5 Horizontale werking in het arbeidsrecht volgens de literatuur en de jurisprudentie

De ondergeschiktheid van de werknemer kan leiden tot de gedachte dat de werknemer niet (nooit?) vrijwillig afstand doet van de rechter die de wet hem toekent. Die gedachte is in de jurisprudentie nimmer tot uiting gekomen. Zolang er een andere zorgvuldige geschillenbeslechting is voorzien, zal een beroep op dit artikel ook niet snel plaatsvinden. Vindt ook een andere zorgvuldige geschillenbeslechting

4 *Kamerstukken II* 1976-1977, 13 872, nr. 6, p. 46.

5 HR 8 juni 1951, *NJ* 1952, 144.

6 *Sic.* 1998, nr. 240, p. 14.

niet plaats, dan is er ruimte om wegens schending van het recht op een eerlijk proces te ageren.⁷ Overigens is art. 17 GW te danken aan met name de jurisprudentie met betrekking tot de algemeen verbindendverklaring van bindend-advies bepalingen in CAO's. Het toetsingskader AVV (zie hierboven) is de weerslag van die jurisprudentie. Beurskens heeft overtuigend betoogd dat de bekostigingsvoorwaarden voor het bijzonder onderwijs, die inhouden dat de (onderwijs-)werkgever door de overheid wordt verplicht om zich aan de beslissingen van de Commissie van Beroep te onderwerpen, een ontoelaatbare beperking zijn van het zowel aan de werkgever als aan de werknemer toekomende grondrecht van art. 17 GW.⁸ Jurisprudentie terzake ontbreekt.

17.6 Conclusie

Het *ius de non evocando* is geen 'sterk' grondrecht, gezien de mogelijkheid om anders overeen te komen. Mede daarom is directe horizontale werking geen enkel probleem. Arbeidsrechtelijk heeft het voornamelijk belang in het kader van de algemeen verbindendverklaring van CAO's, en overigens is het niet in het arbeidsrecht toegepast, terwijl daarvoor, met uitzondering van de bekostigingsvoorwaarden in het bijzonder onderwijs, ook weinig reden aanwezig lijkt te zijn. Tegen directe werking zijn evenwel geen bezwaren.

7 Zie artt. 112 e.v. GW alsmede art. 6 EVRM.

8 Beurskens 1991, p. 512 en 551-516.

Artikel 19

19.1 Vrije keuze van arbeid

art. 19 GW:

1- (..)

2- (..)

3- Het recht van iedere Nederlander op vrije keuze van arbeid wordt erkend, behoudens beperkingen bij of krachtens de wet gesteld.

art. 23 Universele verklaring van de rechten van de mens¹:

1- Een ieder heeft recht op arbeid, op vrije keuze van beroep, op rechtvaardige en gunstige arbeidsvoorwaarden en op bescherming tegen werkloosheid.

2- (..)

19.2 De aard van het grondrecht

De aard van het grondrecht is uitvoerig besproken in de notitie Grondrecht van vrijheid van arbeidskeuze.² Volgens deze notitie bevat art. 19 lid 3 GW een individueel vrijheidsrecht, dat primair een aanspraak op niet inmenging van de overheid in de vrije keuze van arbeid vestigt. Het begrip 'arbeid' moet ruim worden opgevat, het

1 Zie voor vollediger overzicht van verdragsrechtelijke grondrechten Loonstra 1997, p. 199.

2 *Kamerstukken II* 1985-1986, 19 376, nrs. 1-2. Zie ook Grapperhaus 1995, p. 63-100; Loonstra 1997, p. 199-206.

begrip keuze omvat de ruimte een keuze te realiseren, alsmede de vrijheid die keuze te herzien.³ Het grondrecht valt volgens de regering in twee elementen uiteen:

- 'a. niemand mag worden gedwongen tot het verrichten van arbeid die hij niet vrij heeft gekozen of aanvaard (verbod van dwangarbeid en verplichte arbeid),
- b. niemand mag worden belemmerd om bepaalde arbeid te kiezen en de gekozen arbeid te (blijven) verrichten.'

Dat dit recht een aantal begrenzungen kent die voortvloeien uit de sociaal economische omstandigheden en uit de algemene handelingsvrijheid ligt naar de mening van de regering voor de hand. Deze begrenzungen echter mogen niet als beperkingen worden beschouwd, omdat deze buiten het recht op vrije arbeidskeuze vallen.

19.3 Horizontale werking volgens de regering

De regering verzette zich tegen het aannemen van het amendement Rietkerk, waarin werd voorgesteld de vrije arbeidskeuze als grondrecht op te nemen, onder andere door te verwijzen naar de te verwachten problemen bij horizontale werking:⁴

- 'Diverse activiteiten van particulieren zijn van invloed op de vrijheid van beroepskeuze en beroepsuitoefening, zoals concurrentie, monopolieposities, concurrentiebedingen, prijs- en concurrentieafspraken, investeringen, sluiting van bedrijven, geschiktheidseisen enz.'

De regering erkende echter wel de vrijheid van arbeidskeuze als beginsel, waarna de kamer de bezwaren van de regering verwierp.⁵

3 Zie hierover A.J.C.M. Geers, 'Op de grenzen van arbeidsmarktbeleid, grondrechten, arbeidsrecht en sociale-zekerheidsrecht: de banenpool', in: Bouwens e.a. 1994, p. 78-79.

4 *Kamerstukken II* 1976-1977, 13 8723, nr. 7, geciteerd uit Grapperhaus 1995, p. 72.

5 Zie hieromtrent Grapperhaus 1995, p. 72-73.

In de notitie Ontwikkelingen in het arbeidsovereenkomstenrecht⁶ is over de vrijheid van arbeidskeuze opgenomen:

‘Deze materie is geregeld in artikel 19 Grondwet. In de destijds uitgebrachte notitie terzake is geconcludeerd dat nadere regelgeving niet noodzakelijk was.’

Verwezen wordt weer naar de notitie Grondrecht van vrijheid van arbeidskeuze.⁷ Daarin laat de minister van Binnenlandse Zaken weten:

‘Ik meen dat de vraag in hoeverre aan het grondrecht horizontale werking toekomt, en hoe zwaar in concreto het rechtsbelang van vrijheid van arbeidskeuze dient te wegen ten opzichte van andere in het geding zijnde belangen voornamelijk aan de rechter kan worden overgelaten. De privaatrechtelijke regels die de rechter heeft te hanteren bij de beoordeling van de geoorloofdheid van contractuele bedingen en bij de beoordeling van het (on)rechtmatig karakter van gedragingen bieden hem naar mijn mening voldoende ruimte voor een oordeelsvorming waarbinnen het beginsel van vrijheid van arbeidskeuze tot zijn recht kan komen.’

In het kader van het project Marktwerving, Deregulering en Wetgevingskwaliteit (MDW) is een werkgroep Concurrentiebeding opgericht met de opdracht na te gaan in hoeverre door het aanpassen van de regeling van het concurrentiebeding flexibilisering van de arbeidsmarkt kan worden bevorderd. Het advies van die werkgroep luidt:⁸

‘Allereerst dient de wet een betere balans te creëren tussen de belangen van de werknemer en de werkgever. Uiteraard speelt hierbij de vrijheid van arbeidskeuze als grondrecht voor de werknemer een belangrijke rol. Voorts moet de regeling de rechtszekerheid vergroten.’

6 *Kamerstukken II* 1996-1997, 25 426, nr. 1, p. 15.

7 *Kamerstukken II* 1985-1986, 19 376, nrs. 1-2, p. 19.

8 Eindrapport, p. 38, *Stc.* 1997, 159. Dit rapport is besproken door W.J.P. Kweens: Een gemiste kans?, *SMA* 1998, p. 123 e.v.

De regering heeft inmiddels laten weten zich in beginsel te kunnen vinden in de voorstellen van de werkgroep tot aanpassing van de bestaande wettelijke regeling van het concurrentiebeding.⁹ Met een verwijzing naar die komende wijzigingen van de regelgeving inzake het concurrentiebeding heeft de regering het intrekken van het belemmeringsverbod gemotiveerd. De regering heeft bij die gelegenheid laten weten van mening te zijn dat

'(..) een concurrentiebeding verboden (zou moeten) zijn bij een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd (..). Waar de relatie uitzendbureau en arbeidskracht tijdelijk van aard is, is daarmee ook aangegeven, dat een beding ter beperking van de vrije arbeidskeuze voor vernietiging in aanmerking komt.'¹⁰

Overigens is bij de wijziging van art. 7:682 BW door de wet Flexibiliteit en zekerheid de mogelijkheid om de werknemer te veroordelen tot herstel van de arbeidsovereenkomst komen te vervallen. Een dergelijke veroordeling kan volgens de regering¹¹:

'worden gezien als een beperking van het recht van de werknemer om in zijn onderhoud te voorzien door vrijelijk gekozen werkzaamheden en is als zodanig in strijd met het Europees Sociaal Handvest (vergelijk art. 1, lid 2).'

Over art. 19 lid 3 GW is hierbij niet gesproken.

19.4 Horizontale werking in het arbeidsrecht volgens de literatuur en jurisprudentie

19.4.1 *Het concurrentiebeding*

Het concurrentiebeding van art. 7:653 BW staat de laatste tijd volop

9 *Kamerstukken II* 1996-1997, 24 036, nr. 58, p. 2.

10 *Kamerstukken II* 1996-1997, 25 264, nr. 5, p. 4.

11 *Kamerstukken II* 1996-1997, 25 263, nr. 3, p. 32.

in de belangstelling.¹² Aan de reeds gegeven uitvoerige beschouwingen valt weinig toe te voegen.

De Hoge Raad heeft het concurrentiebeding gekwalificeerd als een beding dat de werknemer kan 'treffen in een zwaarwegend belang, namelijk de wijze waarop hij in zijn levensonderhoud voorziet'.¹³ Maar een beroep op art. 19 lid 3 BW in die zin dat beperking daarvan slechts in de vorm van een schriftelijke aangegane overeenkomst waarin een zodanige beperking uitdrukkelijk is overeengekomen mogelijk is, verwierp de Hoge Raad onder de overweging dat de stelling 'aan deze grondrechten een verdergaande werking toekent dan daaraan toekomt'.¹⁴ De kantonrechter te Amsterdam achtte het grondrecht in het geheel niet geraakt door het concurrentiebeding nu het zou gaan om 'beperkende maatregelen bij wisseling van werkgever die vrijwillig zijn aangegaan en waarin de wet voorziet'.¹⁵

Opvallend is dat de regeling van het concurrentiebeding al in 1907 in het BW is opgenomen, maar het grondrecht pas in 1983 is gecodificeerd. Voor zover er sprake is van een directe horizontale werking van het grondrecht bestond de beperkingsgrondslag derhalve eerder dan het grondwettelijke grondrecht. Bij de totstandkoming van de wettelijke regeling is dus geen afweging gemaakt ten aanzien van de beperking van het door art. 19 lid 3 GW verwoorde grondrecht. Anderzijds blijkt bij de behandeling van de regeling van het concurrentiebeding het beginsel van vrijheid van handel en nijverheid wel ten grondslag te hebben gelegen aan het amendement Tak, dat een geheel verbod van het concurrentiebeding voorstelde. Dat beginsel is echter weer nergens uitdrukkelijk benoemd of duidelijk in de belangenafweging betrokken.¹⁶ Dat alleen al zou voldoende reden moeten zijn om de beperkingen van art. 19 lid 3 GW in horizontale verhoudingen opnieuw tegen het licht te houden. De wetgever dient immers -indien er sprake is van een wettelijke beperkingsgrondslag- alle belangen zo zorgvuldig

12 Zie met name Grapperhaus 1995 en Loonstra 1997, maar bijv. ook H. Uhlenbrock, 'Concurrentiebeding en ontbindingsvergoeding', *Arbeidsrecht* 1997/11, nr. 70 en M.D. Ruizeveld, Het concurrentiebeding in de voortgezette arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd: stilzwijgend verlengd of vanzelfsprekend ongeldig?', *Arbeidsrecht* 1999/1, nr. 1.

13 HR 31 maart 1977, *NJ* 1978, 325.

14 HR 1 juli 1997, *JAR* 1997/201.

15 Ktg. Amsterdam 28 april 1992, *JAR* 1992/45.

16 Zie hierover Grapperhaus 1995, p. 3 en p. 63-64.

mogelijk te wegen en de uitkomst van die weging in een formele wet vast te leggen.¹⁷ Daarbij komt dat de regering zelf heeft aangegeven dat de constitutionalisering van het recht op vrije arbeidskeuze in art. 19 lid 3 GW

'(..) bijzondere eisen (stelt) aan de zorgvuldigheid waarmee mogelijke beperkende maatregelen dienen te worden overwogen en eventueel via wetgeving gerealiseerd.'¹⁸

Die afweging is tot op heden niet gemaakt, zodat volgens Loonstra¹⁹ de vraag nu anders komt te liggen:

'Doet de wijze waarop art. 7:653 BW is geformuleerd en de wijze waarop de rechter vorderingen op grond daarvan beoordeelt, voldoende recht aan het (onder meer grondwettelijke verankerde) recht van vrije keuze van arbeid?'

Inmiddels wordt in overwegende mate de conclusie getrokken dat het concurrentiebeding onvoldoende recht doet aan het grondwettelijke belang. Voor sommigen is dat reden te pleiten voor een wettelijke bepaling waarin ieder concurrentiebeding nietig wordt verklaard,²⁰ zeker ook nu de regeling van het concurrentiebeding tot stand is gekomen in een periode dat de actie uit onrechtmatige daad onvoldoende bescherming²¹ bood aan de werkgever, voor anderen reden om te pleiten voor een duidelijker normering van het concurrentiebeding waarbij meer recht wordt gedaan aan de (grondwettelijke) belangen

17 Zie Deel I, paragraaf 1.5.

18 Notitie grondrecht vrijheid van arbeidskeuze, *Kamerstukken II* 1985-1986, 19 376, nrs. 1-2, p. 14.

19 1997, p. 202

20 In die zin: M.M. Olbers, Het concurrentiebeding is een onding, *SMA* 1991, p. 575-589, en de FNV (brief van de FNV van 3 juni 1999 aan de Vaste Kamercommissie voor Sociale Zaken en Werkgelegenheid en Onder geen beding 1999).

21 In 1907 gold nog de 'verbeterde Singernaaimachinemaatschappij' jurisprudentie van de Hoge Raad (6 januari 1905, W 8163), waarbij het voeren van die naam geen onrechtmatige daad ten opzichte van Singer opleverde.

van de werknemer.²² Een van de wijzigingen zal zijn dat de wetgever een concurrentiebeding bij tijdelijke arbeidsovereenkomsten zal verbieden. Als voorschot daarop is het belemmeringsverbod komen te vervallen. Nu een dergelijk verbod er (nog) niet is, is de positie van uitzendkrachten waarmee een concurrentiebeding is gesloten, niet duidelijk, hetgeen ongewenst is.

19.4.2 *Andere arbeidsrechtelijke beperkingen*

In veel arbeidsovereenkomsten worden regelingen getroffen met betrekking tot de terugbetaling van door de werkgever ten behoeve van de opleiding van de werknemer gemaakte studiekosten. Veelal bestaan deze uit de verplichting om, indien de arbeidsovereenkomst binnen een bepaalde termijn eindigt, die kosten geheel of gedeeltelijk terug te betalen. Voor een beroepsmilitair achtte de CRvB een dergelijke terugbetalingsverplichting, waarvoor geen wettelijke beperkingsgrondslag geldt, in strijd met het direct werkende grondrecht van de vrije arbeidskeuze.²³ In het arbeidsrecht is een dergelijk beroep naar mijn weten nimmer gedaan, laat staan gehonoreerd. Wel wordt de verplichting tot terugbetaling van studiekosten door de Hoge Raad aan bepaalde beperkingen onderworpen,²⁴ terwijl bij een ontslagname in de proeftijd de terug te betalen kosten naar evenredigheid verminderd kunnen worden²⁵ en bij een ontslag dat is genomen met het vooruitzicht van verlies van arbeid wegens reorganisatie de kosten in het geheel niet hoeven te worden terugbetaald,²⁶ maar daarbij speelt het grondrecht geen (zichtbare) rol.

Het Hof van Justitie EG heeft uitgemaakt dat toepassing van de richtlijn overgang van onderneming er niet toe mag leiden dat de werknemer verplicht zou zijn de arbeidsverhouding met de verkrijger voort te zetten.

22 In die zin: A.T.J.M. Jacobs en D.G.M. Mattijssen, 'Het concurrentiebeding in het NBW', *WPNR* 1995, p. 261, Grapperhaus 1995, p. 378 en: Eindrapport van de MDW-werkgroep Concurrentiebeding, *Stc.* 1997, 159, Loonstra 1997, p. 212 e.v..

23 CRvB 10 december 1992, *MRT* 1993, p. 108, zie ook de noot van C.J.G. Olde Kalter in *TAR* 1993, p. 258.

24 HR 10 juni 1983, *NJ* 1983, 796. Zie ook Heerma van Voss 1992, p. 103.

25 Ktg. Amsterdam 20 november 1997, *PRG* 1998, 4895.

26 Rb. Assen 17 juni 1997, *JAR* 1997/163.

'Een dergelijke verplichting zou de grondrechten van de werknemer aantasten, die vrij moet zijn in de keuze van zijn werkgever en niet kan worden verplicht te werken voor een werkgever die hij niet vrijelijk heeft gekozen.'²⁷

19.5 Conclusie

Vanuit grondwettelijk perspectief is een beperking door de vrije arbeidskeuze op grond van een wettelijke regeling te rechtvaardigen, nu de beperkingsclausule van art. 19 lid 3 GW daarin zonder meer voorziet. Nu echter de wettelijke beperking -art. 7:653 BW- al lang voor het constitutionaliseren van het grondrecht op vrije arbeidskeuze is ingevoerd, komt die beperking op gespannen voet te staan met de uitgangspunten van de Grondwet. Uitgaande van directe horizontale werking van het grondrecht -welke de Hoge Raad uitdrukkelijk niet heeft aanvaard- blijft van de bedoeling van een beperkingsclausule -dat de wetgever met inachtneming van het grondrecht een zorgvuldige belangenafweging maakt en de uitkomst van die belangenafweging in een zo nauwkeurig mogelijke regeling vastlegt- niet veel over. Maar ook als slechts wordt uitgegaan van een indirecte werking van het grondwet, doet de regeling van het concurrentiebeding daaraan onvoldoende recht. Dat pleit voor een herbezinning op art. 7:653 BW, waarbij het eindrapport van de MDW-werkgroep Concurrentiebeding een goed handvat biedt. Die werkgroep pleit voor een duidelijke wettelijke regeling waarbij de vrijheid van arbeidskeuze voor de werknemer een belangrijke rol moet spelen. De regering heeft dat voorstel aanvaard. De wetgever dient dus opnieuw de belangen te wegen en terzake een zo duidelijke mogelijke regel te stellen. Het vooruitlopen op de komende veranderingen, en met het zicht daarop bij voorbaat afschaffen van het belemmeringsverbod, is weinig zorgvuldig.

27 HvJ EG 7 maart 1996, *JAR* 1996/169.

Artikel 23

23.1 Vrijheid van onderwijs

art. 23 GW:

1- (..)

2- Het geven van onderwijs is vrij, behoudens het toezicht van de overheid en, voor wat bij wet aangewezen vormen van onderwijs betreft, het onderzoek naar bekwaamheid en zedelijkheid van hen die onderwijs geven, een en ander bij de wet te regelen.

3- (..)

(..)

23.2 De aard van het grondrecht

Art. 23 GW is met enige aanpassing overgenomen uit de voorgaande grondwet van 1972. Herziening van het artikel is mislukt omdat met betrekking tot zowel de bekostiging van het bijzonder onderwijs als met betrekking tot de beperking van het grondrecht door provincies en gemeenten voor zover betreft het openbaar onderwijs, groot verschil van mening bestond.¹ Het grondrecht wordt wel onderscheiden in de vrijheid van richting, van oprichting en van inrichting.² Het grondrecht is voor het grootste deel geformuleerd als een sociaal grondrecht, alleen lid 2 wordt algemeen als klassiek grondrecht beschouwd. Maar de aanspraak op de staatsvrije sfeer kan alleen worden gewaarborgd als de overheid eerst optreedt op het gebied van onderwijs, alleen al van wege de kosten van het onderwijs.³

1 Zie voor een goed overzicht van de problematiek Van der Pot/Donner/Prakke 1995, p. 345-348.

2 Beurskens 1991, p. 78-85.

3 Beurskens 1991, p. 78.

De in het tweede lid gegeven vrijheid heeft betrekking op onderwijs in de betekenis van het systematisch en georganiseerd overbrengen van kennis, kunde en vaardigheden. Dat betekent dat het grondrecht betrekking kan hebben op zeer uiteenlopende onderwijsvormen, zoals onderwijs in dansen, autorijden, typen of bridge.⁴ Die vormen van onderwijs staan ver af van de oorspronkelijke bedoeling van het grondrecht; dat is om onderwijs (aan jeugdigen) te geven dat uitgaat van de gewenste godsdienstige opvatting, waar de overheid zich niet in mag mengen. Voor de beperking van het recht van vrijheid van onderwijs geldt een van de overige grondrechten afwijkende systematiek, die ook is overgenomen uit de oude Grondwet, maar veel weg heeft van een mogelijkheid tot algemene beperking. Dat hangt samen met het gegeven dat, hoewel algemeen wordt aangenomen dat voor beperking van het grondrecht een wettelijke grondslag aanwezig dient te zijn, deze niet altijd aanwezig is, omdat de beperking van het recht grotendeels plaatsvindt door de bekostigingsregels. Om nu toch beperking mogelijk te maken, moet die plaats kunnen vinden op grond van onduidelijke 'redelijke grenzen'.⁵ Nu het de beperkingsgrondslag van het grondrecht niet is aangepast brengt dat bij de beperking in verticale verhoudingen aanzienlijke problemen met zich mee. Een politie-agent wil autorijlessen verzorgen en vraagt daartoe ontheffing van het voor dergelijke ambtenaren geldende verbod tot het verrichten van een nevenbetrekking. Die toestemming wordt hem geweigerd, waartegen de agent in beroep gaat met de stelling dat zijn recht op het geven van onderwijs niet beperkt kan worden nu daarvoor een beperkingsgrondslag ontbreekt. De CRvB verworpt die algemene stelling omdat toepassing van die stelling tot gevolgen zou leiden die voor geen redelijk denkend mens aanvaardbaar zouden zijn, maar vernietigt desalniettemin de weigering wegens de werking van het grondrecht.⁶

4 De Grondwet 1992, p. 361.

5 Zie hierover verder De Grondwet 1992, p. 370.

6 CRvB 16 november 1989, TAR 1990, 13.

23.3 Horizontale werking van het grondrecht

Gezien de problemen met art. 23 GW bij de grondwetsherziening is over de horizontale werking van het artikel nauwelijks gesproken. Alvorens iets over horizontale werking te kunnen zeggen is het de vraag wie precies een beroep kunnen doen op het grondrecht. In de literatuur wordt het standpunt verdedigd dat het primair gaat om de bescherming van degenen die zich door het grondrecht wensen te ontplooiën, terwijl de 'onderwijzers' slechts een daarvan afgeleid recht op vrijheid van onderwijs hebben.⁷

In de jurisprudentie is het recht op vrijheid van onderwijs in de bekende Mensendieck-arresten aan de orde geweest.⁸ Daarin ging het om de vraag naar de geldigheid van het beding, opgenomen in een overeenkomst tussen de Mensendieck-bond en een bijna 19-jarige leerlinge, waarin de leerlinge zich verbindt om, indien zij de door de Bond verzorgde opleiding niet zou afronden, geen Mensendieck-onderwijs te verzorgen. De Hoge Raad oordeelde dat onder het tweede lid van art. 23 GW ook het onderwijs valt dat geen deel uitmaakt van het stelsel van voorzieningen van de overheid. Vervolgens nam de Hoge Raad als vanzelfsprekend aan dat van het recht op het geven van onderwijs bij overeenkomst afstand gedaan zou kunnen worden, maar de vraag was tot op welke hoogte. Daarbij nam de Hoge Raad geen horizontale werking aan van het grondrecht, maar beoordeelde dat aan de hand van de vraag of de overeenkomst in strijd was met de openbare orde en goede zeden, waarvan in dit geval geen sprake was. Nu inmiddels de ontwikkeling van het denken over de horizontale werking niet heeft stilgestaan, lijkt deze jurisprudentie mij achterhaald.⁹

23.4 Nadere regelgeving: Art. 2 lid 1 onder b BBA

In dit artikelonderdeel is bepaald dat het besluit niet van toepassing is op de arbeidsverhouding van onderwijzend en docerend personeel, werkzaam aan onderwijsinrichtingen, staande onder beheer van een

7 Grondrechten 1982, p. 496-497, Beurskens 1991, p. 99-100.

8 HR 31 oktober 1969, *NJ* 1970, 57 (*Mensendieck I*) en HR 18 juni 1971, *NJ* 1971, 407 (*Mensendieck II*).

9 De Grondwet 1992, p. 386

natuurlijk of een rechtspersoon. De opzegging van de tussen deze partijen gesloten arbeidsovereenkomst is derhalve niet vernietigbaar op grond van het ontbreken van de toestemming als bedoeld in art. 6 BBA. De achterliggende gedachte is dat de overheid het grondrecht van vrijheid van onderwijs van de werkgever ook door het toestemmingsvereiste niet mag beperken. Ook een werknemer met slechts een gedeeltelijke onderwijstaak valt onder de hier bedoelde uitzondering.¹⁰ Het begrip onderwijzend personeel van art. 2 BBA dient ruim te worden uitgelegd, ook de cursusleidster weven, kantklossen, spinnen en verven dient daaronder te worden begrepen.¹¹ Niet van belang is de vraag of de docent een beroep kan op een Commissie van Beroep, zodat voor zover een dergelijk beroep niet mogelijk is, slechts een procedure wegens kennelijk onredelijke opzegging uitkomst kan bieden. Beurskens heeft uitvoerig stilgestaan bij deze uitzondering voor onderwijzend personeel en concludeert:

'(..) zou het BBA van toepassing zijn op het bijzonder onderwijs en zou ook de burgerlijke rechter zich in volle omvang met de ontslagen in het bijzonder onderwijs kunnen 'bemoeien', dan levert dat allermist een gevaar op voor de vrijheid van onderwijs'.¹²

23.5 Horizontale werking in het arbeidsrecht volgens de literatuur en de jurisprudentie

De rechtspositie van onderwijzend personeel is complex en op meerdere punten van het arbeidsrecht afwijkend. Het personeel werkzaam in het openbaar onderwijs wordt aangesteld als ambtenaar, zodat voor hen geldt dat zij een direct beroep kunnen doen op grondrechten.¹³ Voor het personeel in dienst van het bijzonder onderwijs geldt het

10 HR 20 maart 1992, NJ 1992, 725, ten aanzien van 35% onderwijstaak, Rb. Arnhem 9 november 1989, PRG 1990, 3198 ten aanzien van een 25% onderwijstaak.

11 Rb. Utrecht 5 juni 1985, NJ 1985, 711. De ruime uitleg is bevestigd door HR 20 maart 1992, NJ 1992, 725

12 Beurskens 1991, p. 518.

13 Zie bijv. CRvB 26 mei 1987, TAR 1987, 166 (ontslag van docent die actief lid is van de centrum-partij)

reguliere arbeidsrecht, met uitzondering van het BBA, maar daarnaast is de werkgever verplicht als bekostigingsvoorwaarde, de rechtspositieregeling op een bepaalde wijze in te richten.¹⁴

Als uitgangspunt neem ik dat de werknemer in dienst van een onderwijsinstelling niet zelf uitoefenaar is van het grondrecht op het geven van onderwijs, maar alleen zijn werkgever. Indien de werkgever een godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag hanteert welke de werknemer niet langer kan steunen, kan de werknemer zich in de discussie met zijn werkgever misschien wel beroepen op art. 23 lid 3 GW, maar dat beroep zal dan moeten worden gewogen tegen de vrijheid van onderwijs van de werkgever. Uiteraard komt de werknemer dan wel een beroep toe op het grondrecht dat respect voor zijn verandering vraagt (met name zal dat betreffen art. 6, art. 7 of art. 10 GW).¹⁵

In de arbeidsrechtelijke jurisprudentie komt een werknemer die door zijn werkgever wordt belemmerd in de uitoefening van het grondrecht van onderwijs hoogst zelden voor. Een concurrentiebeding waarin het de werknemer verboden wordt gedurende een periode van vijf jaar voor de werkgever concurrerende onderwijsactiviteiten (het ging om een rijdende type-school) te verrichten laat de kantonrechter te Haarlem in stand. Het beroep van de werknemer op de vrijheid van onderwijs mocht niet baten, nu volgens de kantonrechter het grondrecht

'(..) niet belet dat men bij overeenkomst zich tegenover zijn wederpartij kan verbinden om van dit grondwettelijke recht geen gebruik te maken.'¹⁶

Ook deze uitspraak lijkt thans nog van weinig waarde. Recentere arbeidsrechtelijke¹⁷ jurisprudentie is mij niet bekend. Toch is het

14 Zie hierover zeer uitvoerig Beurskens 1991 en P.R.W. Schaink, 'Aspecten van rechtspositie, ontslag en ontbinding, vergoeding en uitkering in het bijzonder onderwijs', *Arbeidsrecht* 1997/11, nr. 68, 'Wachtgeld, ontbinding en vergoeding in het bijzonder onderwijs', *Arbeidsrecht* 1997/12, nr. 75 en 'De onderwijzer', *Arbeidsrecht* 1998/8/9, nr. 47.

15 Zie de uitzonderingen in art. 5 lid 2 AWGB voor het bijzonder onderwijs en hierover Deel II, 1.5.1.

16 Ktg. Haarlem 20 juli 1962, *NJ* 1963, 101.

17 Wel ambtenaarrechtelijke. Zie bijv. CRvB 16 november 1989, *TAR* 1990, 13, over een politie-agent die autorijlessen gaat verzorgen.

niet denkbeeldig dat een commercieel onderwijsinstituut met haar docenten overeenkomt dat deze na beëindiging van de arbeids-overeenkomst niet op een bepaalde wijze werkzaam zullen zijn. Bij de beoordeling van de toelaatbaarheid van een dergelijk concurrentiebeding dient het grondrecht van vrij onderwijs te worden betrokken.

23.6 Conclusie

Het grondrecht op vrijheid van onderwijs is niet aangepast aan moderne opvattingen over de beperking van grondrechten. Directe toepassing van de beperkingssystematiek leidt al tot problemen. Directe horizontale werking zou tot dezelfde problemen leiden, maar de vraag is of dat bezwaarlijk is. Ik denk dat wel. Doel van de directe horizontale werking is om te bewerkstelligen dat de klassieke grondrechten in de relatie werkgever-werknemer zonder meer toegepast worden, en binnen de gegeven (vage) wettelijke normen een beperking van het grondrecht te rechtvaardigen. Bij dit grondrecht heeft directe werking niet het gewenste resultaat.

Slotbeschouwingen

In Deel I heb ik geconcludeerd dat het aannemen van directe werking van de klassieke grondrechten er aan kan bijdragen dat het grondwettelijke belang zorgvuldig(er dan thans) in de belangenafweging wordt betrokken, en dat een dergelijke werking beter recht zou doen aan de aard van grondrechten. Daarnaast heb ik er voor gepleit dat de wetgever zelf zo duidelijk mogelijk de beperkingen van de grondrechten in horizontale verhoudingen tracht te normeren, waarbij niet uit het oog verloren mag worden dat een belangenafweging in horizontale verhoudingen noodzakelijk is. In Deel II heb ik vervolgens de klassieke grondwettelijke grondrechten aan een nadere beschouwing onderworpen. Enerzijds heb ik daarbij getracht duidelijk te maken op welke wijze die grondrechten volgens de huidige opvattingen van wetgever, literatuur en jurisprudentie in het arbeidsrecht vorm krijgen en welke bezwaren daartegen kunnen worden ingebracht, vervolgens heb ik steeds per grondrecht gepoogd aan te geven of de door mij bepleite directe werking van grondrechten zou kunnen leiden tot betere toepassing van de grondrechten. Daarbij heb ik tevens gezien of de nadere wettelijke uitwerkingen kunnen leiden tot een betere werking van grondrechten.

Bij de onderzochte grondrechten is de conclusie dat directe werking van grondrechten de gevonden problemen -zeker gedeeltelijk- wegneemt. Voor zover de wetgever pogingen heeft ondernomen om grondrechten door wetgeving nader te normeren en duidelijke werking in het arbeidsrecht te geven (art. 1 GW uitvoerig, art. 10 en 11 GW gedeeltelijk), kan worden geconcludeerd dat die normering zinvol werkt en de rechtszekerheid vergroot. Bij de normeringen die zijn gegeven bij de artikelen 4 en 19 GW is het grondrecht niet betrokken geweest, hetgeen bij art. 4 GW niet, maar bij art. 19 GW des te meer, tot problemen heeft geleid.

Het geheel overziend concludeer ik dat de in Deel I, hoofdstuk 5 getrokken conclusies kunnen worden gehandhaafd.

Lijst van verkort aangehaalde literatuur

Akkermans 1995

P.W.C. Akkermans, 'Horizontale werking: 'bloed aan het mes'?
In: *De Grondwet als bron van aanhoudende zorg*, Zwolle 1995

Alkema 1978

E.A. Alkema, *'Studies over Europese grondrechten*, Deventer 1978

Alkema 1995

E.A. Alkema, *De reikwijdte van fundamentele rechten: de nationale en internationale dimensies*, Pre-advies NJV, Zwolle 1995, pag. 3-129

Arbeidsovereenkomst (losbladig)

P.F. van der Heijden (red.), *Arbeidsovereenkomst*, losbladig, Deventer

Asscher-Vonk e.a. 1997

I.P. Asscher-Vonk, W.H.A.C.M. Bouwens, C.C.A.M. Jacobs-De Klerk, W.C. Moster, C.F. Sparrius, *De zieke werknemer*, Deventer 1997

Van Baarda 1992

Th. A. van Baarda, *'Oordeelsvorming in casus van botsende grondrechten*, diss. Universiteit Twente, 1992.

Barendrecht 1992

J.M. Barendrecht, *Recht als model van rechtvaardigheid*, Deventer 1992.

Bellekom 1987

Th. Bellekom, *'Verfassungsfeinde' en openbare dienst*, diss. Leiden 1987.

Bergamin 1995

R.J.B. Bergamin, *Rechten jegens de overheid. Het begrip publiek-rechtelijke subjectieve rechten*, Nijmegen 1995

Betten e.a. 1997

L. Betten e.a. (red.), *Ongelijksheidscompensatie als roode draad in het recht*, (M.G. Rood-bundel) Deventer 1997.

Beurskens 1991

W.J.J. Beurskens, *Sociaal recht en het bijzonder onderwijs*, Deventer 1991.

Biesheuvel 1981

M.B.W. Biesheuvel, 'Horizontale werking van grondrechten', *NJCM-Bulletin* 1981, pag. 147-165 en 205-225.

Bles 1907/1909

A.E. Bles, *De wet op de Arbeidsovereenkomst*, 's-Gravenhage 1907-1909 (vier delen)

Boonstra 1996

K. Boonstra, 'The ILO and the Netherlands', diss. Leiden 1996

Boukema 1966

P.J. Boukema, *Aspecten van de vrijheid van meningsuiting in Nederland en Duitsland*, Amsterdam 1966.

Bouwens e.a. 1994

W.H.A.C.M. Bouwens, E.W. de Groot, C.C.A.M. Jacobs-de Klerk (red.), *Sociaal recht, de grenzen verkend*, (de Leede-bundel) Zwolle 1994.

Bovens 1990

M.A.P. Bovens, *Verantwoordelijkheid en organisatie, beschouwingen over aansprakelijkheid, institutioneel burgerschap en ambtelijke ongehoorzaamheid*, Zwolle 1990.

Bulk 1998

M. Bulk, *Rectificatie en uitingsvrijheid*, diss. UvA Amsterdam 1998.

Burkens 1971

M.C.B. Burkens, *Beperking van grondrechten*, Deventer 1971.

Burkens 1989

M.C. Burkens, *Algemene leerstukken van grondrechten naar Nederlands constitutioneel recht*, Zwolle 1989

Burkens e.a. 1990

M.C. Burkens, H.R.B.M. Kummeling, B.P. Vermeulen, 'Beginnelsen van een democratische rechtsstaat', Zwolle 1990.

Burkens & Kummeling 1993

M.C.B. Burkens en H.R.B.M. Kummeling (red.), *EG en grondrechten. Gevolgen van de Europese integratie voor de nationale grondrechtenbescherming*, Zwolle 1993.

Van Bijsterveld 1998

S.C. van Bijsterveld, *Godsdienstvrijheid in Europees perspectief*, Deventer 1998.

Canes 1908

S.G. Canes, *Critische systematische commentaar op de wet op het arbeidscontract*, Groningen 1908.

Diepenhorst 1921

P.A. Diepenhorst, *De Nederlandse arbeidswetgeving*, Utrecht 1921

Dirix 1982

E. Dirix, 'Grondrechten en overeenkomsten', in: K. Rimanque (red.) *De toepasselijkheid van grondrechten in private verhoudingen*, Antwerpen 1982 pag. 35-91.

Van Dooren 1997

M.I. van Dooren, *Recht op arbeid, vrij van rassendiscriminatie*, diss. Utrecht 1997.

Drion 1969

H. Drion, Het rechterlijk verbod en de vrijheid van meningsuiting, in: *Op de grenzen van komend recht*, (Beekhuis-bundel) Zwolle 1969.

Van Erp 1990

J.H.M. van Erp, *Contract als rechtsbetrekking*, Zwolle 1990.

Van Esveld 1946

N.E.H. van Esveld, *De ontplooiing van het individu in het arbeidsrecht*, Amsterdam 1946.

Van Esveld 1948

N.E.H. van Esveld, 'De existentievreze van sociaal-afhankelijken', (overdruk uit) *Sociaal Maandblad* 1948, nummers 11 en 12, ook opgenomen in: *Vrijheid en dwang in het Arbeidsrecht*, Teldersstichting 1988.

Van Esveld 1952

N.E.H. van Esveld, 'Het sociale vraagstuk', (overdruk uit) *De Gids* 115 jaargang, 1952.

Floris e.a. 1994 -

O.A.M. Floris, M.C. Burkens, H.R.M.B. Kummeling, *Grondrechtenbescherming door algemene wetten*, Zwolle 1994.

Geers 1989

A.J.C.M. Geers, 'Enkele opmerkingen over arbeidsrecht en grondrechten', in: *Sociale advocatuur en de Rechten van de Mens*, Nijmegen 1989.

Geers & Heerma van Voss 1995

A.J.C.M. Geers en G.J.J. Heerma van Voss, *Inleiding Europees arbeidsrecht*, Deventer 1995.

Gerbranda & Kroes 1991

T.J. Gerbranda, M. Kroes, *Grondrechten evaluatieonderzoek, Documentatierapporten 1 t/m 6*, NJCM, Leiden 1991

Gerbranda & Kroes 1993

T.J. Gerbranda, M. Kroes, *Grondrechten evaluatieonderzoek, Eindrapport*, Leiden, 1993.

Gielens 1987

L.J. Gielens, *De ontwikkeling van het democratisch denken*, Amsterdam, 1987.

Grapperhaus 1995

F.B.J. Grapperhaus, *Werknemersconcurrentie*, (diss UvA) Deventer 1995.

Van der Grinten 1994

W.C.L. van der Grinten, *Arbeidsovereenkomstenrecht*, Alphen aan de Rijn 1994.

Groen 1995

H.A. Groen, *De reikwijdte van fundamentele rechten in burgerlijke zaken*, Pre-advies NJV, Zwolle 1995, pag. 133-173.

Grondrechten 1982

A.K. Koekoek, W. Konijnenbelt, F.C.L.M. Crijns (red.), *Grondrechten, commentaar op Hoofdstuk 1 van de herziene Grondwet* (aangeboden aan H.J.M. Jeukens), Nijmegen 1982

De Grondwet 1992

P.W.C. Akkermans, A.K.K. Koekoek (red.), *De Grondwet*, Zwolle 1992

Heerma van Voss 1991

G.J.J. Heerma van Voss, 'Vrijheid van meningsuiting versus geheimhoudingsplicht werknemers', *NJCM-Bulletin* 1991, pag. 198-207.

- Heerma van Voss 1992
G.J.J. Heerma van Voss, *Ontslagrecht in Nederland en Japan*, Deventer 1992.
- Heerma van Voss 1993
G.J.J. Heerma van Voss, *Goed werkgeverschap als bron van vernieuwing van het arbeidsrecht*, Alphen aan de Rijn 1993.
- Heerma van Voss 1996a
G.J.J. Heerma van Voss, 'Ontslag wegens schending grondrechten', *NJCM-Bulletin* 1996, pag. 829-837.
- Heerma van Voss 1996b
G.J.J. Heerma van Voss, 'Van onmondige arbeider tot calculerende burger', in: Loonstra/Staal & Zeijlstra 1996
- Hekkelman 1967
G. Hekkelman, *Tekorten in het arbeidsrecht*, Alphen aan den Rijn 1967.
- Heringa 1989
A.W. Heringa, *Sociale grondrechten: Hun plaats in de gereed-schapskist van de rechter*, Zwolle 1989
- Van der Heijden 1988
P.F. van der Heijden, *Grondrechten in de onderneming*, (oratie Groningen) Deventer 1988
- Van der Heijden 1991
P.F. van der Heijden (red.), *De arbeidsovereenkomst in het NBW*, Deventer 1991.
- Van der Heijden 1992
P.F. van der Heijden (red.), *Privacy op de werkplek*, Den Haag 1992.
- Van der Heijden 1993
P.F. van der Heijden (red.), *Arbeidsovereenkomst en algemeen vermogensrecht*, Alphen aan de Rijn 1993
- Hofman 1995
J.A. Hofman, *Vertrouwelijke communicatie*, (diss. VU) Amsterdam 1995
- Hofman e.a. 1995
J.A. Hofman, J.W. Sap, I. Sewandono, *Grondrechten in evenwicht*, Deventer 1995
- Iest 1991
K. Iest: *Klachtrecht van de individuele werknemer*, Deventer 1991

Jacobs e.a. 1992

A.T.J.M. Jacobs, M.I. van Dooren, J.P.M. Zeijen, M.E. Bergman,
W. Plessen, R. de Wit, *Arbeid en discriminatie*, Deventer 1992.

Klap 1994

A. Klap, *Vage normen in het bestuursrecht*, Zwolle 1994

Klijn 1992

L.P.M. Klyn, *Klachtrecht van werknemers*, (diss. VU) Amsterdam,
1992

(Grondrechten 1982)

A.K. Koekoek, W. Konijnenbelt, F.C.L.M. Crijns (red.), *Grond-
rechten, commentaar op Hoofdstuk 1 van de herziene Grondwet*
(aangeboden aan H.J.M. Jeukens), Nijmegen 1982

Kortmann 1987

C.A.J.M. Kortmann, *De Grondwetsherzieningen 1983 en 1987*,
Deventer 1987

Kortmann 1997

C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, Deventer 1997

Kuip 1993

S.W. Kuip: *Ontslagrecht met bijzondere aandacht voor de dringende
reden*, (diss. VU) Deventer 1993

Kuip en Scholtens 1999

S.W. Kuip en C.G. Scholtens, *Flexibiliteit en zekerheid, parlemen-
taire geschiedenis*, Deventer 1999.

Labuschagne 1994

B.C. Labuschagne, *Godsdienstvrijheid en niet-gevestigde religies*,
(diss. RUG) Groningen 1994

De Lange 1991

R. de Lange, *Publiekrechtelijke rechtsvinding*, Zwolle 1991

De Lange 1994

R. de Lange, *Botsing van grondrechten voor de rechter*, Nijmegen
1994

Leenders 1997

M.A.J. Leenders, *Bewijsrecht en discriminatie bij de arbeid*,
Deventer 1997

Leenders 1998

M.A.J. Leenders, 'Horizontale werking van grondrechten: een heilloos leerstuk in communautaire rechtsorde?', in: L.F.M. Besselink e.a. (red.), *Grenzen aan grenzenloosheid*, Deventer 1998

Loonstra/Staal & Zeijlstra 1996

C.J. Loonstra, H.W.M.A. Staal, W. Zeijlstra (red.), *Arbeidsrecht en mensbeeld*, Deventer 1996

Maris 1969

A.G. Maris, *Dient de wet bijzondere regelen te bevatten ten aanzien van de civielrechtelijke werking van grondrechten, en zo ja, welke*, NJV-pre-advies 1969

Meuwissen 1984

D.H.W. Meuwissen, *Grondrechten*, Utrecht 1984

De Meij 1995

J.M. de Meij, 'De beperkte waarde van art. 7 Grondwet', in: *De Grondwet als bron van aanhoudende zorg*, Zwolle 1995, pag. 111 e.v.

Mok 1935

S. Mok, *Het moderne arbeidsrecht*, (rede) Amsterdam 1935

Mok 1936

S. Mok, *Arbeidsrecht*, Amsterdam 1936

Molenaar 1953

A.N. Molenaar, *Arbeidsrecht*, Zwolle 1953

Nolens 1909

W.H. Nolens, *Betekenis en omvang van de arbeidswetgeving*, (rede) 1909

Onder geen beding

FNV notitie *Onder geen beding, over grondrechten in de arbeidsovereenkomst*, maart 1999.

Pattipawae & Tazelaar 1997

C.F. Pattipawae en C.A. Tazelaar, *Met recht discriminatie bestrijden*, Utrecht 1997.

Peters 1981

J.A. Peters, *Het primaat van de vrijheid van meningsuiting, vergelijkende aspecten Nederland Amerika*, Nijmegen 1981

Van der Pot/Donner 1983

A.M. Donner, C.W. van der Pot- *Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, Zwolle 1983

Van der Pot/Donner/Prakke 1995

L. Prakke, J.L. de Reede, G.J.M. van Wissen, *Van der Pot-Donner. Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, Zwolle 1995.

Quack 1915

H.P.G. Quack, *Herinneringen*, Amsterdam 1915

Rauws/Schijvens 1982

W. Rauws, H. Schyvens, 'De bescherming van werknemersgrondrechten binnen de individuele arbeidsverhouding', in: R. Rimanque (zie aldaar)

Rimanque 1982

R. Rimanque, P. Peeters (red.), *De toepasselijkheid van grondrechten in de betrekkingen tussen private personen*, Antwerpen 1982.

Rood 1981

M.G. Rood 'Over vage normen in het sociaal recht', in: *Gratia Commerci* (opstellen aangeboden aan A. van Oven), Zwolle 1981, pag. 225-253.

Rood 1993

M.G. Rood, 'Over grondrechten in dienstbetrekking en hun grenzen', in: P.B. Cliteur en A.P.M.J. Vonken, *Doorwerking van mensenrechten*, Groningen 1993

Rood 1997

M.G. Rood, *Naar een nieuw sociaalrechtelijk denkraam*, (rede) Leiden 1997

Van Schaik 1994

A.C. van Schaik, *Contractsvrijheid en nietigheid*, diss. KUB, Zwolle 1994

Schilder 1989

A.E. Schilder, *Het recht tot vergadering en betoging*, Arnhem 1989

Schoordijk 1972

H.C.F. Schoordijk, *Oordelen en veroordelen*, Deventer 1972

Schuijt 1987

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

Schuijt 1995

G.A.I. Schuijt, 'Hoofdstuk VII: aantasting eer en goede naam en andere aantasting van de persoon', in: *Onrechtmatige daad*, Deventer losbladig, herzien in oktober 1995

Terstegge en De Vries 1994

J.H.J. Terstegge en H.H. de Vries, *Privacy in arbeidsverhoudingen*, Den Haag 1994.

Terstegge en De Vries 1998

J.H.J. Terstegge en H.H. de Vries, *De werknemer achtervolgd?* Den Haag 1998

Tjittes 1994

R.P.J.L. Tjittes, *De hoedanigheid van contractspartijen*, Deventer 1994

Thorbecke 1844

J.R. Thorbecke, 'Over het hedendaagsche staatsbugerschap' 1844, opgenomen in C.H.E. de Wit, *Thorbecke en de wording van de Nederlandse staat*, Nijmegen 1980.

Velaers 1991

J. Velaers, *De bepreking van de vrijheid van meningsuiting*, twee delen, Antwerpen, 1991

Verhey 1992

L.F.M. Verhey, *Horizontale werking van grondrechten, in het bijzonder het recht op privacy*, Zwolle, 1992

Van der Ven 1972

F.J.H.M. van der Ven, *Over de aard der arbeidsovereenkomst*, (rede) Alphen aan de Rijn 1972.

Verhulp 1996

E. Verhulp, *De vrijheid van meningsuiting van werknemers en ambtenaren*, (diss. UvA) 's Gravenhage 1996

Vermeulen 1989

B.P. Vermeulen, *De vrijheid van geweten, een fundamenteel rechtsprobleem*, Arnhem 1989

Vermeulen e.a. 1991

B.P. Vermeulen, T.E. Rosier en A.A.M. Mattijsen, *De Algemene wet gelijke behandeling*, Zwolle 1991.

Vermeulen 1992

B.P. Vermeulen, 'Horizontale werking van grondrechten', *Nemesis* 1992, pag. 5-9

Vermeulen 1995

B.P. Vermeulen, 'Beperking van grondrechten', In: *De Grondwet als bron van aanhoudende zorg*, Zwolle 1995.

Vlemminx 1992

F. Vlemminx, *Grondrechten en moderne beeldende kunst*, Zwolle 1992

Vlemminx 1998

F. Vlemminx, *Een nieuw profiel van de grondrechten*, Deventer 1998

De Vries 1996

H.H. de Vries, 'Grondrechtdenken in de werksituatie', in: Loonstra/Staal & Zeijlstra 1996

Wiarda 1980

G.J. Wiarda, *Drie typen van rechtsvinding*, Zwolle 1980

De Winter 1993

R. de Winter, *De heersende leer*, 's-Gravenhage 1993

Trefwoordenregister

aanstellingskeuringen	167 e.v.
abortus	103
academische vrijheid	6
affectieve relaties	143 e.v.
afluisteren telefoongesprekken	139, 140 e.v.
afweerrecht	8, 10, 23
alcohol- en drugtest	139, 159
Algemene wet gelijke behandeling	60, 63, 68 e.v., 72, 76, 79 e.v., 98
algemeen belang	113
algemeen verbindend verklaren CAO's	126, 140, 176 e.v.
algemeen vertegenwoordigende organen	86
ambtenaren	85, 87, 186
Ambtenarenwet	88
arbeidskeuze (zie: vrijheid van -)	
arbeidsovereenkomst (doel van de)	29, 43 e.v.
Arbeidstijdenwet	57, 98 e.v.
autoboordcomputer	154 e.v.
bedreiging door werknemer	116, 119 e.v.
bedrijfsgeheimen (zie ook geheim)	115 e.v.
beginselenwet grondrechten	56
belangenafweging:	
- algemeen belang	47 e.v., 113,
- criteria voor	25 e.v., 63, 73, 162 e.v.
- in verticale verhoudingen	12, 21
- voorbehouden aan wetgever	21
- waardering economische belangen	51, 124
belediging door werknemer	116 e.v., 119 e.v.
belemmeringsverbod	181, 184
benoeming in openbare dienst	84
beperking van grondrechten	
- competentievoorschrift	11, 17
- door overeenkomst (zie contractuele bep.)	
- impliciete toestemming	54
- door de kleur van de werkgever	51 e.v.
- door redelijke uitleg	12, 186
- (expliciete) toestemming	45 e.v.
- in verticale verhoudingen	21
- van direct horizontaal werkende gr.r.	21, 64 e.v., 96 e.v., 131

beperkingsclausule	17, 25, 47, 84, 185
beroepsgeheim	117
beroepskeuze	178 e.v.
betoging	131 e.v.
bevoegd gezag	91
bewijslast (bij discriminatie)	74, 83 e.v.
Boesjes, schaal van (zie bij schaal)	
botsing van grondrechten	53
briefgeheim	170 e.v.
Buitengewoon besluit arbeidsverhoudingen	98, 184 e.v.
buitenwettelijke beperkingsgrondslag	19 e.v.
bijstand	8
bijzonder onderwijs	124
bijzonderheden, bekendmaken van	111
censuur	124
Centrum Partij	105
coalitieverbod	31
collectivering van belangen	34
Commissie Gelijke behandeling	76, 81
Commissie van Beroep (RpbO)	177, 188 e.v.
communicatiemiddelen (moderne)	173 e.v.
competentievoorschrift	11, 17
concurrentiebeding	178 e.v., 189
contractsvrijheid	26, 31, 44, 112, 165
contractuele beperkingen	26, 29, 38, 45, 122, 137 e.v.
controle op werknemer	139 e.v.
definitie van grondrechten	6
democratische functie	7, 15, 27, 46 e.v. 88, 110 e.v. 120
democratische samenleving (nodig in)	10,24,110
derdenwerking	16
detentie	148
detective	156 e.v.
diefstal	148 e.v.
directe werking van grondrechten	20 e.v., 63
directie(instructie)bevoegdheid werkgever	40
discriminatie	65 e.v.
doelclausulering	24, 130
doodstraf	6
dringende reden	106 e.v., 139, 153
dwangarbeid	178
echtscheiding	103, 146
e-mail(aansluiting)	157 e.v., 172
evenredigheidstoets	19, 25 e.v., 45 e.v.

Franse revolutie	31
functie van grondrechten	5 e.v., 46
geheim(-houdingsplicht) werknemer	115 e.v.
gekleurde werkgever:	
- belangenafweging bij	47 e.v., 136 e.v.
- gebondenheid van werknemer aan	47 e.v., 92 e.v.,
- veranderende opvattingen	92 e.v., 104 e.v.,
	141 e.v.
gelijke behandeling	59 e.v.
gelijke beloning	66
gelijkheidsbeginsel	5, 66 e.v.
gewetensbezwaren	6, 101
gezagsuitoefening	38 e.v., 110
gildenstelsel	31
godsdienstvrijheid (zie bij vrijheid van)	
goed werkgever/goed werknemer	43, 47, 57, 79-80, 92,
	116, 154, 160
grondrechten:	
- botsing van	53
- definitie	3 e.v.
- directe werking	11 e.v.
- functie van	3 e.v., 8 e.v., 46
- horizontale werking	15 e.v.
- indirecte werking	20 e.v.
- en interpretatie van vage normen	17 e.v., 41 e.v.
- klassieke	6 e.v.
grondrechtenbeleid	60, 63
hoofddock	46, 51, 105
horizontale werking van grondrechten	
- bezwaren tegen	20 e.v., 167
- definitie van	18
- in verdragen	18 e.v.
- door wetgeving	17, 20, 68
herstel van de arbeidsovereenkomst	168
identificatieplicht	160
indirecte werking van grondrechten	20-24, 42, 55, 61, 92,
individualisering	35
informatie (recht op)	117, 156
institutionalisering van werknemerschap	41-49
ius de non evocando	174 e.v.
kapster	46, 51, 105
katholieke opvatting	34
kennelijk onredelijke opzegging	53, 100 e.v., 169,
	187 e.v.

kiesrecht	30, 86 e.v.
Kieswet	89 e.v.
kinderwetje Van Houten	32
klachtrecht	92
klassenstrijd	34
klassiek-liberale opvatting	5, 34
klassieke grondrechten	6
kleding	137 e.v.
klokkenluiden	118 e.v.
legaliteitsbeginsel	22
levensovertuiging	65 e.v., 94 e.v.
Locke	3
loondoorbetaling bij ziekte	166 e.v.
loopbaanonderzoek	150
liberale opvatting	30, 40
lichamelijke integriteit	162 e.v., 170
maatschappelijk belang	114, 123, 125 e.v.
maatschappelijke middenveld	11
maatschappelijk verdrag	3
machtsverhouding	29 e.v., 37, 41
mobbing	79, 120, 153
natuurrecht	3
Nederlanderschap	83
nevenactiviteiten	151
objectieve rechtvaardigingsgrond	43, 54, 69
omstandigheden van het geval	25, 42, 54
onaantastbaarheid van het lichaam	162 e.v.
ondergeschiktheid van de werknemer	33, 35-38 e.v.
ondernemingsraad	115, 139-141
onderwijs (bijzonder)	72, 79, 96, 147, 177, 185 e.v.
onderwijs (openbaar)	12, 184 e.v.
ongewenste intimiteiten	153 e.v., 167 e.v.
onrechtmatige daad (art. 6:162 BW)	22, 114 e.v. 136, 183 e.v.
ontslag op staande voet	106
openbare dienst	84
opnemen van gesprekken	139 e.v.
opzegverbod	
- wegens ouderschapsverlof	141
- wegens politiek verlof	84
- wegens vakbondslidmaatschap	122 e.v.
ouderschapsverlof	142
overgang van onderneming en arbeidskeuze	177

overheidsingrijpen	11
overwerk	150 e.v.
particulier bezit	3
petitie, recht van -	91 e.v.
personeelsdossiers	139, 161
persoonlijke levenssfeer	134 e.v.
- informatiele privacy	117, 134 e.v. 140, 143, 155
- relationale privacy	136 e.v. 143 e.v.
- ruimtelijke privacy	136, 152 e.v.
persoonlijkheidsrechten	26
politieke functies	88
privaatrechtelijk orgaan met publ. taak	10
privaatrechtelijke rechtsvinding	43
privacy	117, 134 e.v.
private speech	123
privégedragingen	49, 134 e.v.
public speech	123
rechterlijke macht	6, 162
rechtsbeginsel -algemeen erkend	20, 23, 43, 54, 69
rechtsbetrekking, aard van de	25 e.v., 42 e.v.
rechtsbijstand	8
rechtspersonen	7, 95
rechtsregel	20
rechtsvinding	20 e.v.
rechts(on)zekerheid	57, 60, 63, 76, 119
redelijkheid en billijkheid	82, 107, 137
Registratiekamer	139
restrictieve interpretatie	95
Rousseau	3
schaal van Boesjes	19-20, 57, 113
sexuele relaties	143 e.v.
sociaal contract	4
sociale grondrechten	8
sociaal plan	79, 128
sollicitatie -(fase)	160-169
spreekverbod	121
staatsordening	10 e.v..
stakingsrecht	132
(wetboek van) strafrecht	115, 171
studiekosten(-beding)	184 e.v.
subjectieve rechten	9
taal	65, 80, 120, 153
telefoongeheim	170 e.v.

telefoongesprekken af luisteren	155 e.v.
Tendenzbetrieb: zie gekleurde werkgever	
Thorbecke	5, 30
tolerantie	120, 150
tulband	46, 105
uiterlijk werknemer	80 e.v. 105, e.v. 149
uitholling van grondrechten	23
vage normen	22 e.v., 41 e.v., 62
vakbond(svrijheid/activiteiten)	31, 79, 122 e.v.
vechtpartij	146
verborgen camera	155
verdragsrechtelijke grondrechten	18 e.v.
verenigingsdwang	125
verheffing werknemer	29, 31 e.v.
vergoeding (wegens ontbinding)	50, 53, 75, 79, 144, 149
verlof	87 e.v., 142
vertrouwensfunctie	120
verwijtbaarheid van beëindiging arbovk	51, 145, 147
videobewaking	154
vrijheid van arbeidskeuze	8, 177 e.v.
vrijheid van godsdienst	22, 46, 78, 84 e.v.
- beperking van	107-108
- bidden	106
- feest- of zondag, werktijden	54, 56 e.v. 98 e.v., 108 e.v.
- geestelijke ambtsdrager	98, 101 e.v.
- geloofsbelijdenis	105 e.v.
- geloofsverkondiging	106 e.v.
vrijheid van onderwijs	185 e.v.
vrijheid van meningsuiting	110 e.v.
vrijheid van vereniging	124 e.v.
vrijheid van vergadering en betoging	131 e.v.
werkgever, het doel van	49 e.v.
werkomgeving	162
werknemer	
- ondergeschiktheid	36 e.v.
- privéleven van	145 e.v.
werktijden	159 e.v.
Wet aanpassing arbeidsduur	142 e.v.
Wet algemeen verbindend verklaren etc.	140, 174 e.v.
Wet allocatie arb.krachten door interm.	68
Wet bescherming persoonsgegevens/WPR	134 e.v.
Wet gelijke behandeling mannen en vrouwen	70 e.v.
Wet op de ondernemingsraden	141, 125 e.v., 141

TREFWOORDENREGISTER

Wet openbare manifestaties	132
Wet medische keuringen	143, 159
wetgeving	
-uitwerking van grondrechten door -	16, 57, 68
wettelijke regeling van hor. werking	57 e.v.
wettelijke beperkingsgrondslag (zie beperkingsclausule)	
woonplaatsvereiste	81
ziekte	160, 165, 166 e.v.
zwangerschap	166

Reeks van de Vereniging voor Arbeidsrecht

- 1 Mevr.mr. M.J.E.H. Raetsen en prof. mr. J.J.M. van der Ven,
De internationale Arbeidsorganisatie van 1919 tot 1979;
opmerkingen over toen en nu.
ISBN 90 14 02854 7
- 2 Prof.mr. M.C Burkens, prof. dr. W. Driehuis en prof. dr. J. van
den Doel, Werkgelegenheid: recht of beleid?
ISBN 90 14 02863 6
- 3 Prof.mr. B. Wachter, Ontwikkelingen op het gebied van de
medezeggenschap, mede in Europees verband.
ISBN 90 14 02949 7
- 4 Prof.dr. R. Blanpain, Richtlijnen voor multinationale ondernemin-
gen. De Oeso verklaring van 21 juni 1976.
ISBN 90 14 03031 2
- 5 Mr. L.H. van den Heuvel, Rechten van werknemers bij
faillissement.
ISBN 90 14 03103 3
- 6 Mr. A.W. Govers en mevr. mr. A.E. Bosscher, Gelijkheid van
vrouw en man in het Europees sociaal recht.
ISBN 90 14 03149 1
- 7 Prof.mr. P. Verloren van Themaat, Economisch recht, sociaal
recht en economische orde, een terreinverkenning.
ISBN 90 14 03178 5
- 8 Mr. H.J. de Bijl Nachenius, Artikel 27, Wet op de ondernemingsra-
den, enige kritische kanttekeningen.
ISBN 90 14 03352 4

De met een * gemerkte uitgaven zijn nog voorradig

- 9 Mr. B. Madlener, Gelijke behandeling van mannen en vrouwen in het pensioenstelsel.
ISBN 90 14 03439 3
- 10 Drs. A.T.J.M. Jacobs, De rechtstreekse werking van internationale normen en het sociaal recht.
ISBN 90 6092 191 7
- 11 J.H. Sikkes, Medezeggenschap in overheidsdienst; geschiedenis wettelijke voorschriften en praktijk.
ISBN 90 6092 203 4
- 12 Prof.mr. P.F. van der Heijden, Het ontslagrecht op de snijtafel.
ISBN 90 6092 262 X
- 13 Prof.mr. M.G. Rood en mr. M.J. van der Ven, Flexibele arbeidsrelaties.
ISBN 90 6092 308 1
- 14 Drs. A.C.J.M. Wilthagen (red.), Herziening van het ontslagrecht.
ISBN 90 6092 388 X
- 15 Prof.mr. L.J.M. de Leede, De verhouding tussen vakbond en ondernemingsraad op het terrein van de arbeidsvoorwaarden.
ISBN 90 6092 407 X
- 16 Werkgroep Herziening Ontslagrecht, Commentaar op SER-advies 88/12.
ISBN 90 6092 437 1
- 17 Mr. G.J.J. Heerma van Voss, Goed werkgeverschap als bron van vernieuwing van het arbeidsrecht.
ISBN 90 6092 671 4
- 18 Prof.mr. P.F. van der Heijden (red.), Arbeidsovereenkomst en algemeen vermogensrecht.
ISBN 90 6092 678 1

De met een * gemerkte uitgaven zijn nog voorradig

- 19 Dr. H.G. de Gier en prof. mr. A.J.C.M. Geers, Arbeidsverhoudingen en kwaliteit in ondernemingen.
ISBN 90 6092 772 9
- 20 Prof.dr. M. Rigaux en mr. T. van Peijpe, Knelpunten in Nederlands en Belgisch cao-recht.
ISBN 90 6092 782 6
- 21 M.J.M. Verheul, Sanctiebegrip en sanctie samenloop in de sociale zekerheid.
ISBN 90 6092 826 1
- 22 Dr. S. Klosse, Bevordering van arbeidsparticipatie ofwel: Werk boven 'wig' of 'wig' boven werk.
ISBN 90 6092 843 1
- 23 Prof.mr. P.F. van der Heijden (red.), Herziening Wet op de arbeidsovereenkomst. Enkele eclectische beschouwingen.
ISBN 90 6092 876 8
- 24 Mrs. A.A. Duk, L.C.J. Sprengers, E.M. Veldstra, R.J.G.M. Widdershoven, A.L. Asscher, Kanttekeningen bij de WOR voor de overheid.
ISBS 90 312 1416 2
- 25 Mr. F.J.L. Pennings (red.), Tewerkstelling over de grenzen.
ISBN 90 312 1462 0
- 26 Mr. D.C. Buijs, prof. dr. R. Blanpain, mw. mr. J.J.M. Lamer, Medezeggenschap op Europees niveau.
ISBN 90 312 1614 3
- 27 Mr. F.J.L. Pennings (red.), Flexibilisering van het sociaal recht in België en Nederland.
ISBN 90 312 1763 8

De met een * gemerkte uitgaven zijn nog voorradig

ISBN 90-268-3532-9
NUGI 695/502



9 789026 835322