

TAR 2023/68

TAR 2023/september, Vrijheid van meningsuiting in een arbeidsrechtelijke context

Door mr. J.J. Blanken, datum 13-09-2023

Datum	13-09-2023
Auteur	Door mr. J.J. Blanken ^[1]
JCDI	JCDI:ADS713297:1
Vakgebied(en)	Ambtenarenrecht (V) Aanbestedingsrecht / Algemeen

1. Inleiding^[*]

In 2021 schreef ik in dit tijdschrift dat de verwachting gerechtvaardigd is dat ook in de toekomst grondrechten allesbehalve een rustig bezit zullen zijn en dat te pas en soms ook wellicht te onpas een beroep op grondrechten wordt gedaan blijkens de rechtspraak.^[3] Onder meer werd daarin ingegaan op de kwestie van de boekpublicerende docente naar aanleiding van een arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden.^[4] Kort gezegd ging het in die kwestie om een ROC-docente die had aangekondigd een boek te willen gaan schrijven over haar ervaringen met gepersonaliseerd onderwijs. De werkgever had daarop gewezen op haar verplichtingen als werknemer, de grenzen aan de vrijheid van meningsuiting, de gedragscode en privacywetgeving. De daaropvolgende boekpublicatie leidde tot klachten van collega's over het zich niet prettig voelen in de samenwerking. Na gesprekken en mediation volgde een verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens verstoorde arbeidsverhoudingen. Het Hof kwam tot de opmerkelijke conclusie dat de verstoorde arbeidsverhouding tussen partijen 'niets' te maken had met de vrijheid van meningsuiting.

2. Arrest HR in de ROC-zaak

Inmiddels is gebleken dat de Hoge Raad daar anders tegenaan kijkt.^[5] Het arrest van het Hof werd na enkele korte overwegingen door de Hoge Raad vernietigd. Geconcludeerd werd dat het Hof had vastgesteld dat het verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst in casu een reactie vormde op de gevolgen die de inhoud van het boek had voor de interne verhoudingen en werkrelaties. Deze vaststelling laat, aldus de Hoge Raad, geen andere conclusie toe - mede in het licht van de omstandigheden van het geval - dan dat causaal verband bestaat tussen de publicatie van het boek en het ontbindingsverzoek, en daarmee dat het ontbindingsverzoek een inmenging oplevert in de vrijheid van meningsuiting. Daarbij toetst de Hoge Raad, net als in het zogenaamde 'Hyatt-arrest',^[6] aan grondrechten, in casu artikel 10 EVRM. De Hoge Raad overwoog dat het schrijven van een boek door een werknemer valt onder het door artikel 10 EVRM beschermde recht op vrijheid van meningsuiting en dat van inmenging in dat recht niet alleen sprake is bij een publicatieverbod, maar ook bij andere sancties, zoals ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Als sprake is van een causaal verband tussen de ontbinding en de boekpublicatie, dan is sprake van inmenging in de vrijheid van meningsuiting en is nadere toetsing op zijn plaats. Het Hof had dit miskend. Het Hof had moeten toetsen of de inmenging in de vrijheid van meningsuiting in casu gerechtvaardigd was. Het ligt voor de hand daarbij aansluiting te zoeken bij de jurisprudentie van het EHRM. A-G De Bock doet dat wel in haar conclusie bij voormeld arrest van de Hoge Raad.

De A-G wijst onder meer op het feit dat artikel 10 EVRM ziet op de verdragsluitende lidstaten van de EU. Zij wijst op de verplichting van de verdragsluitende staten om het recht op vrijheid van meningsuiting te beschermen, waardoor de bescherming doorwerkt in arbeidsrelaties. Artikel 10, lid 2 EVRM bepaalt dat een inmenging in de vrijheid van meningsuiting alleen toelaatbaar is als zij is voorzien bij wet, één van de in artikel 10, lid 2 EVRM omschreven doelen dient (waaronder bescherming van rechten van anderen) en noodzakelijk is in een democratische samenleving. In horizontale (arbeids)verhoudingen wordt niet rechtstreeks aan deze eisen getoetst, maar wordt bezien of de inmenging een legitiem doel dient en voldaan is aan de vereisten van proportionaliteit en subsidiariteit.^[7] Op dit punt is er in zoverre een verschil met ambtenaren, dat de rechtsverhouding met ambtenaren niet 'horizontaal' maar 'verticaal' is en dat in die situatie wel letterlijk aan de criteria van artikel 10 kan worden getoetst.^[8]

3. Herbai-criteria

De A-G geeft in haar conclusie aan wat het Hof had moeten doen in de zaak van de ROC-docente, namelijk het toetsingskader hanteren dat is ontwikkeld in de zogenaamde 'Herbai-zaak' van het EHRM.^[9] Die Herbai-criteria zijn inmiddels gemeengoed geworden en komen met enige regelmaat terug in de jurisprudentie. Uit het Herbai-arrest van het EHRM kan worden afgeleid dat een belangenafweging moet plaatsvinden, in die zin dat de vrijheid van meningsuiting en de wijze waarop daarvan gebruik is gemaakt, moet worden afgewogen tegen de belangen van de werkgever en dat bij die afweging in ieder geval de volgende omstandigheden moeten worden getrokken:

- De aard van de meningsuiting.
- De motieven van de werknemer voor de uiting.
- De schade die de werkgever door de uiting van de werknemer heeft geleden.
- De zwaarte van de door de werkgever opgelegde sanctie.

Een voorbeeld van deze toepassing van de Herbai-criteria is de zogenaamde 'Greenpeace-zaak' van het Hof Amsterdam, waarnaar ook de A-G verwijst.^[10] Het Hof 's-Hertogenbosch, waarnaar de zaak van de ROC-docente is doorverwezen, dient aan deze criteria te toetsen, zo kan worden afgeleid uit het arrest van de Hoge Raad. De vraag kan worden gesteld hoe daarmee op dit moment in de jurisprudentie wordt omgegaan.

4. Ontslag directeur

Een recent voorbeeld in dit verband is een arrest van het Hof Amsterdam d.d. 27 juni 2023.^[11] Het Hof moest oordelen over een verzoek om ontbinding van de arbeidsovereenkomst van een werknemer met een hoge positie binnen een bedrijf (lid van de directieraad en directeur Chartering). De kantonrechter had de arbeidsovereenkomst reeds ontbonden en het arrest van het Hof strekt tot bekrachtiging van die beschikking. Uit de weergave van de feiten blijkt dat de werkgever niet over één nacht ijs was gegaan. Er was al het nodige aan dossiervorming gedaan doordat de werknemer was aangesproken op het verzenden van diverse e-mails vanuit zijn zakelijke e-mailadres, waarin hij op ongezouten wijze kritiek uitte op het coronabeleid van de overheid. Onder meer ging het om e-mails aan leden van de Eerste Kamer met als onderwerp 'Hoofdelijke aansprakelijkstelling voor alle kosten en consequenties van het falende coronabeleid, medeplichtigheid aan terreur in Nederland'. Betrokkene werd uitgenodigd voor een gesprek en kreeg een waarschuwing. Bovendien werd hij gedurende enkele weken geschorst. Daarbij werd gewezen op het feit dat hij zich niet had gehouden aan de zogenaamde 'Code of Conduct' waaraan hij zich had gecommitteerd, dat hij reizen zonder overleg of toestemming had ondernomen, dat hij met collega's en klanten in discussie ging over het coronavirus en zich niet wenste te houden aan de voorgeschreven maatregelen.

Betrokkene werd bij een daaropvolgend gesprek gewaarschuwd voor arbeidsrechtelijke maatregelen in geval van herhaling van gedrag, waarop hij eerder was aangesproken. De maat was voor de werkgever vol toen de werknemer een e-mail stuurde aan de vicepresident van de Shipping Federation of Canada. Hoewel dat niet expliciet blijkt uit het arrest, ga ik ervan uit dat de betreffende mail werd verzonden vanuit het zakelijke mailadres. De inhoud van die mail vormde aanleiding voor een op non-actiefstelling. Na gesprekken over een oplossing, resulterend in een voorstel tot het verlenen van medewerking aan demotie en een waarschuwing voor ontslag op staande voet, volgde een besluit van de AVA tot ontheffing uit de functies directeur Chartering en bestuurder en een ontbindingsverzoek, gebaseerd op de e-grond.

Het Hof oordeelde dat de kantonrechter terecht het ontbindingsverzoek had gehonoreerd. Na enkele overwegingen over het bewijsrechtelijke aspect (de vraag deed zich namelijk voor of al dan niet sprake was van een inbreuk op de privacy van de werknemer en of bewijsuitsluiting aan de orde was), ging het Hof over tot toetsing aan de Herbai-criteria. Betrokkene zelf had zich reeds op het Herbai-arrest beroepen in zijn verweer. Hij stelde namelijk dat de kantonrechter miskend had dat zijn uitlatingen passen binnen de vrijheid van meningsuiting en dat ten onrechte door de kantonrechter niet aan de Herbai-criteria was getoetst. Zijn stellingen komen erop neer dat hij een kritische mening mocht uiten, mocht opkomen voor het algemeen belang en het bedrijfsbelang en dat de werkgever geen nadeel had ondervonden. Ook zou de werkgever er een dubbele moraal op nahouden door anderen niet aan te spreken op het uiten van meningen en zou geen rekening zijn gehouden met zijn lange en vlekkeloze staat van dienst.

Het Hof toetst expliciet aan de Herbai-criteria. De vier criteria worden puntsgewijs besproken,^[12] met name worden van gewicht geacht de toonzetting van de kritiek en de wijze waarop deze is geuit (namelijk verzending vanuit het zakelijke e-mailadres), de taak en de positie van de werknemer, de reputatieschade aan de zijde van de werkgever, de waarschuwingen en de geboden kansen, de opstelling van betrokkene in de procedure en de persoonlijke omstandigheden. Na weging van alle feiten en omstandigheden komt het Hof tot de conclusie dat betrokkene heeft gehandeld in strijd met het beginsel van goed werknemerschap en met de interne regels binnen het bedrijf. De ontbinding op de e-grond houdt dus stand. De uitkomst is op zichzelf begrijpelijk in het licht van de door betrokkene beklede functie en het feit dat hij zich niet op persoonlijke titel uitte, en mede in aanmerking nemende de toonzetting van de kritiek.

A-G De Bock wijst er in haar conclusie bij het arrest van de Hoge Raad over de ROC-docente op dat het EHRM tot iedere prijs lijkt te willen voorkomen dat mensen ontmoedigd worden om in de toekomst gebruik te maken van hun vrijheid van meningsuiting en dat een onderscheid wordt gemaakt tussen kritiek en beledigende uitlatingen, waarbij (alleen) de laatste categorie een sanctie kan rechtvaardigen. Daarmee is het uiten van kritiek op de werkgever door de werknemer in beginsel toelaatbaar, mits de fatsoensgrenzen niet worden overschreden. Het verschil tussen de ROC-kwestie en de zaak van de directeur/bestuurder is dat het in de laatstbedoelde kwestie lijkt te gaan om kritiek op de overheid en niet zozeer de eigen werkgever. Echter, het uiten van kritiek was niet het enige relevante punt, zoals blijkt uit het arrest van het Hof. Er was ook sprake van het handelen in strijd met interne regels, onder andere inzake dienstregelingen, en ik neem aan dat de brief aan de vicepresident van de Shipping Federation of Canada (potentieel) schadelijk was voor de werkgever, die betrokkene had opgedragen een excuusbrief te schrijven.

Al met al is de toetsing die het Hof hanteert streng, doch niet onbegrijpelijk.

5. Afwijkende toets bij ambtenaar?

Opmerkelijk is dat de uitkomst van de belangenafweging geheel anders was in een uitspraak van de rechtbank Zeeland-West-Brabant van 14 juni 2022.^[13] In deze zaak ging het om een afgewezen verzoek om ontbinding van de arbeidsovereenkomst met een ambtenaar die zich in nog veel scherpere bewoordingen had uitgelaten over onder meer het coronabeleid. Wellicht was deze afwijzing mede het gevolg van de enigszins onhandige opstelling van de werkgever (de gemeenschappelijke regeling Orionis Walcheren), die de betrokken ambtenaar onder meer verweet zich op de kieslijst voor Forum voor Democratie te hebben laten plaatsen, zulks onder de toevoeging dat een ontslag op staande voet voor de hand zou liggen, onder meer omdat het verkiezingsprogramma van deze partij kennelijk opriep tot opheffing van de eigen werkgever, Orionis

Walcheren. Hierdoor werd de discussie tussen partijen in de procedure enigszins vertroebeld, zo lijkt het.

In de betreffende zaak werd door de kantonrechter getoetst aan niet alleen artikel 7:611 BW (waarbij overigens verder geen aandacht werd besteed aan de EHRM-jurisprudentie), maar ook aan artikel 10 Ambtenarenwet 2017. Betrokkene was immers ambtenaar. Bij de toetsing aan de in dat artikel opgenomen “functioneringsnorm” werd (impliciet) getoetst aan de wegingsfactoren die zijn vermeld in de Aanwijzing externe contacten Rijksambtenaren, waaraan ook de Adviescommissie Grondrechten en Functie-uitoefening Ambtenaren (AGFA) pleegt te toetsen. Die wegingsfactoren zijn:

- a. De afstand tussen de functie van de ambtenaar en het beleidsterrein van de uitspraken.
- b. De politieke gevoeligheid van de materie.
- c. Het tijdstip waarop de uitspraken zijn gedaan.
- d. De wijze waarop de uitspraken zijn gedaan.
- e. De voorzienbaarheid van de schadelijkheid ten tijde van de uitspraken.
- f. De ernst en duur van de door de uitspraken ontstane problemen voor de functievervulling van de ambtenaar of het functioneren van openbare dienst, voor zover dit in verband staat met de functievervulling van de ambtenaar.

Zoals gezegd, werd niet getoetst aan de Herbai-criteria, hoewel dat op zichzelf wel voor de hand zou liggen. Sterker nog, rechtstreekse toetsing aan artikel 10 EVRM lijkt voor de hand liggend.^[14] Afgewacht zal moeten worden hoe deze toetsing in het vervolg uitpakt, ook in de zaak van de ROC-docente. Het ligt voor de hand dat daarbij ook een keer de vraag aan de orde komt of en in hoeverre een ontoelaatbare inbreuk op de vrijheid van meningsuiting door de werkgever gepaard kan gaan met beëindiging van de arbeidsrelatie wegens verstoorde arbeidsverhoudingen. In de literatuur wordt op dat punt een soort “Asscher escape” bepleit.^[15]

6. Klokkenluidersbescherming

In een andere juridische context kwam ook (impliciet) het aspect vrijheid van meningsuiting aan de orde in een uitspraak van de rechtbank Amsterdam van 31 mei 2023.^[16] Het betrof hier een verzoek om een voorlopige voorziening van een docent aan de UvA die zich beriep op klokkenluidersbescherming. Het verzoek werd afgewezen, omdat de UvA in voldoende mate erin was geslaagd om het wettelijk vermoeden dat sprake was van benadeling als klokkenluider te ontkrachten.^[17]

De voorzieningenrechter oordeelde dat de bescherming die aan klokkenluiders wordt geboden door artikel 7:658c BW (en de daarop gebaseerde interne klokkenluidersregeling) alleen ziet op maatregelen die het gevolg zijn van de klokkenluidersmelding. Dat gevolg was er in casu niet, omdat de door de werkgever genomen maatregelen niet zozeer het gevolg waren van de klokkenluidersmelding als wel van het gedrag van de betrokken werknemer. De voorzieningenrechter citeerde de UvA in de uitspraak met: “*Het doen van een klokkenluidersmelding is geen vrijbrief voor wangedrag*”. Dat wangedrag bestond in casu uit het tekeergaan tegen collega's en bestuurders, het op de man spelen en zich beledigend uitlaten, onder meer op Twitter, het plaatsen van portretfoto's op Twitter van tegenstanders met diskwalificerende teksten, het noemen van namen van studenten die actievoerden tegen de betreffende docent en dergelijke. De kantonrechter achtte dat allemaal in strijd met basale gedragsregels. Dat door de betrokken docent begrip werd gevraagd voor zijn frustratie, angst en radeloosheid ten gevolge van het “doorgeschooten wokisme” en dat hij spijt had betuigd voor zijn “vergeldingsimpuls”, mocht de docent niet baten. Volgens de voorzieningenrechter had hij iedere verantwoordelijkheid voor de escalatie van het conflict met de werkgever van de hand gewezen. Bovendien vormde een beledigende tweet enkele dagen voor de zitting het ultieme bewijs dat betrokkene nog steeds “op oorlogspad” was.

7. Ontslag wegens politieke gezindheid

Dat het daadwerkelijk voorkomt dat ontslag wordt verleend enkel vanwege de politieke gezindheid van een werknemer, blijkt tenslotte uit een uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 19 april 2023.^[18] De zaak betrof een proeftijdontslag van een medewerker secretariaat van een stichting, enkel vanwege het feit dat de medewerker in de sollicitatieprocedure had verzwegen dat hij fractiemedewerker was geweest voor de PVV-fractie in de gemeenteraad. De kantonrechter ging terecht over tot vernietiging van dat proeftijdontslag, onder verwijzing naar artikel 7:681, lid 1, onder c BW, in samenhang met de artikel 1, 5 en 8 Algemene wet gelijke behandeling. Voorts werd de werkgever ter informatie gewezen op het feit dat het haar wel vrij zou staan het einde van de arbeidsovereenkomst te initiëren op basis van gedrag of handelen van de werknemer tijdens het dienstverband als daaruit zou blijken dat zijn normen en waarden niet stroken met de wijze waarop de stichting zich positioneert.

Overigens werd de arbeidsovereenkomst wel ontbonden op de g-grond, onder toekenning van een billijke vergoeding, in verband met het feit dat de arbeidsrelatie verstoord was, met name ten gevolge van een onaangekondigd bezoek van de werknemer aan de werkgever, waarbij tegen de wil van de directeur opnames waren gemaakt en sprake was geweest van een intimiderende bejegening. Dit ondanks het feit dat betrokkene zich, aldus de kantonrechter, terecht onheus behandeld had gevoeld door het ontslag. Wat betrokkene volgens de kantonrechter niet kon worden verweten, was het feit dat hij onjuiste informatie over zijn arbeidsverleden had verstrekt, onder meer vanwege het feit dat het UWV kennelijk het advies had gegeven om bij zijn sollicitaties de vermelding van zijn betrokkenheid bij de PVV, voor zoveel mogelijk, achterwege te laten.

8. Verschillen in toetsing of in uitkomst?

Arbeidsrechtelijke kwesties waarin het gaat om de vrijheid van meningsuiting zijn herhaaldelijk aan de orde en de verwachting is gerechtvaardigd dat dat in de toekomst zo blijft, alleen al vanwege het feit dat we ons bevinden in een gepolariseerde samenleving. Ook in de toekomst zal dus met grote regelmaat een afweging tussen belangen moeten worden gemaakt, in verband met de grondwettelijke vrijheid van meningsuiting. Daarbij geldt dat het voor ambtenaren geldende juridisch kader iets anders is, in die zin dat aan de hiervoor genoemde functioneringsnorm wordt getoetst. In het kader daarvan wordt soms impliciet of expliciet getoetst aan de hiervoor genoemde Aanwijzing externe contacten Rijksambtenaren. Het ligt voor de hand dat daarbij ook de Herbai-criteria worden genoemd.

Er kan niet zonder meer worden geconcludeerd dat de uitkomst van toetsing van inperking van grondrechten als vrijheid van meningsuiting een andere is, daar waar het gaat om ambtenaren. In het in de aanhef vermelde artikel over grondrechten werd reeds verwezen naar een uitspraak van de Centrale Raad van Beroep,^[19] waarin het ging om een strafontslag van een boekschrijvende provincieambtenaar. In de boekpublicatie had de ambtenaar zijn leidinggevende neergezet als niet integer, onbetrouwbaar en onbekwaam. Ook in die zaak werd getoetst aan de functioneringsnorm en werd het ontslag in stand gelaten. Als we deze casus vergelijken met die hiervoor genoemden, dan is er niets nieuws onder de zon. Echter, in materieel opzicht is er wel een belangrijk verschil, zeker ook als we vergelijken met de boekpublicerende ROC-docente. Immers, voor de provincieambtenaar gold dat er geen enkel uitkeringsrecht was verbonden aan het ontslag, zelfs geen WW-aanspraak. Afgewacht zal moeten worden hoe de materiële uitkomst zal zijn voor de ROC-docente, doch deze zal zeker niet slechter zijn, niet alleen vanwege de billijke vergoeding die in het gecasseerde arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden was toegekend. Ook in de kwestie van de directeur/bestuurder was de uitkomst in materiële zin beter, in die zin dat een transitievergoeding was toegekend door de kantonrechter en de beschikking door het Hof in stand werd gelaten.

Voetnoten

[1] Mr. J.J. Blanken is advocaat-partner Capra Advocaten.

[*] Opmerking redactie: door een samenloop van omstandigheden is in laat stadium ontdekt dat betrekkelijk

recent een bijdrage in TAR is gepubliceerd over een gelijke thematiek als behandeld in deze bijdrage (K. Vermeulen, Arbeidsrechtelijke sancties voor de boeschrjvende werknemer en ambtenaar, *TAR* 2022/120). In de thans gepubliceerde bijdrage gaat auteur Blanken ook in op een aantal andere aspecten, met name naar aanleiding van na de eerdere bijdrage verschenen rechtspraak.

[3] J.J. Blanken, Covid-19, grondrechten, ambtenaarschap en belangenafweging, *TAR* 2021/131.

[4] Hof Arnhem-Leeuwarden 19 april 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:3667.

[5] Zie Hoge Raad 7 oktober 2022, ECLI:NL:HR:2022:1402.

[6] Zie Hoge Raad 14 september 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA5802.

[7] Zie EHRM 12 september 2011, ECLI:NL:XX:2011:BU2789.

[8] Althans, in EHRM 7 juli 2022, ECLI:CE:ECHR:2020:0707DEC005746219 wordt dat wel gedaan.

[9] Zie EHRM 5 november 2019, ECLI:CE:ECHR:2019:1104JUD001160815.

[10] Zie Hof Amsterdam 20 april 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:1228.

[11] ECLI:NL:GHAMS:2023:1469.

[12] Zie in dit verband J.B.B. Heinen & P.J. Mauser, Een verstoorde arbeidsverhouding, maar geen ontslag?, *TAP* februari 2023, nr. 1, waarin betoogd wordt dat een vijfde criterium zou moeten worden toegevoegd, namelijk de aard van de werkgever en de arbeidsrelatie.

[13] Zie *JAR* 2022/186 m.nt. G.H. Boelens.

[14] Zie EHRM 15 juni 2021, ECLI:CE:ECHR:2021:0615 JUD003578619.

[15] Zie het in noot 10 bedoelde artikel, pag. 11.

[16] Zie ECLI:NL:RBAMS:2023:3388.

[17] De bewijslast voor het bestaan van causaal verband tussen een benadeling en de klokkenluidersmelding is namelijk met de inwerkingtreding van de Wet bescherming klokkenluiders per 18 februari 2023 verschoven van de werknemer naar de werkgever.

[18] Zie ECLI:NL:RBROT:2023:4211.

[19] Zie CRvB 7 januari 2010, ECLI:NL:CRVB:2010:BK9640.