

Sociale Media in het Arbeidsrecht

*De grenzen van de gezagsbevoegdheid van de werkgever
in het kader van sociale media.*



Afstudeerscriptie Rechtsgeleerdheid, accent Arbeidsrecht

***Naam: A.C.M. Martens
Studentnummer: S212893
Afstudeerdatum: 23 oktober 2013***

***Faculteit Rechtswetenschappen
Departement Sociaal Recht
Begeleider: mr. dr. S.F.H. Jellinghaus***

Voorwoord

Voor u ligt mijn afstudeerscriptie voor de Master Rechtsgeleerdheid, accent Arbeidsrecht. Na in eerste instantie te zijn begonnen aan de Master Rechtsgeleerdheid, accent Privaatrecht, ben ik afgelopen collegejaar overgestapt naar het accent arbeidsrecht, onder meer onder invloed van mijn stage bij Damen Advocatuur. Tijdens mijn stage ontdekte ik de groeiende interesse van arbeidsrechtjuristen in de invloed van sociale media op het arbeidsrecht. Toen ik later gevraagd werd een notitie te schrijven over Sociale Media in het arbeidsrecht, was voor mij duidelijk wat het onderwerp van mijn scriptie zou worden.

Op deze plaats wil ik graag mijn begeleider, mr. dr. S.F.H. Jellinghaus, bedanken voor zijn snelle en opbouwende kritiek op de verschillende concepten voor deze scriptie. Daarnaast gaat mijn dank uit naar mr. J.J.M. Damen en mevr. M. van Riel. Zij hebben mij niet alleen tweemaal de kans gegeven om kennis te maken met de arbeidsrechtspraktijk, maar ook heb ik met hen kunnen brainstormen over mijn scriptie. Bovendien wil ik hen, naast mijn vader en mijn broer, bedanken voor de correcties betreffende spelling en (juridisch) taalgebruik. Ook mijn vriend en de rest van mijn familie wil ik bedanken voor hun steeds getoonde interesse en vertrouwen in mijn afstuderen.

Met het schrijven van deze scriptie komt een eind aan mijn rechtenstudie, een studie welke ik met veel plezier heb gevolgd. Vele richtingen in het recht hebben mij gedurende de studie weten te boeien, waardoor ik er van overtuigd ben dat dit in de praktijk alleen nog maar interessanter en leuker kan worden. Ik ben er klaar voor!

Anne Martens

Etten-Leur, 19 september 2013.

Inhoudsopgave

1. Inleiding.....	5
1.1. Aanleiding	5
1.2. Probleemstelling en opzet van het onderzoek	5
2. Afbakening van het onderzoek.....	7
2.1. Sociale media	7
2.2. De arbeidsovereenkomst	8
2.2.1. <i>In dienst van</i>	10
2.2.2. <i>Loon</i>	10
2.2.3. <i>Arbeid</i>	11
2.2.4. <i>Gedurende een zekere tijd</i>	11
2.3. Conclusie	12
3. De gezagsbevoegdheid van werkgevers.....	13
3.1. De grondslag van de controlebevoegdheid van de werkgever.	13
3.2. Grondrechten in het arbeidsrecht	15
3.3. De controlebevoegdheid in relatie tot het recht op privacy.	18
3.3.1. <i>Het recht op privacy</i>	18
3.3.2. <i>Jurisprudentie Nederland</i>	19
3.3.3. <i>Jurisprudentie EHRM</i>	21
3.3.4. <i>Voorstel van Verordening Gegevensbescherming</i>	22
3.4. De controlebevoegdheid in relatie tot het recht op vrijheid van meningsuiting	23
3.4.1. <i>Vrijheid van meningsuiting</i>	23
3.4.2. <i>Jurisprudentie Nederland</i>	24
3.4.3. <i>Jurisprudentie EHRM</i>	25
3.5. Conclusie	26
4. De beëindiging van de arbeidsverhouding.....	28
4.1. Ontbinding bij de kantonrechter	28
4.2. Ontslag op staande voet	29
4.2.1. <i>Onverwijld</i>	30
4.2.2. <i>De dringende reden</i>	30
4.2.3. <i>Mededeling</i>	32

4.3.	Persoonlijke omstandigheden	32
4.4.	Conclusie	33
5.	Wat is de invloed van sociale media op het concurrentiebeding na beëindiging van de arbeidsverhouding?	34
5.1.	Het concurrentiebeding: een omschrijving	34
5.1.1.	<i>Het relatiebeding: een beperkt concurrentiebeding?</i>	35
5.1.2.	<i>Ontstaansvoorwaarden</i>	36
5.1.3.	<i>Kenmerken van het concurrentiebeding</i>	38
5.1.4.	<i>Vernietigingsrecht, schadeplichtigheid en vergoeding.</i>	41
5.2.	Jurisprudentie op het gebied van het concurrentiebeding	42
5.2.1.	<i>Concurrentie tijdens dienstverband</i>	43
5.2.2.	<i>Concurrentiebeding overeengekomen</i>	43
5.2.3.	<i>Concurrentie na einde dienstverband als onrechtmatige daad</i>	45
5.3.	Conclusie	46
6.	Conclusie	48
	Geraadpleegde en aangehaalde literatuur.....	50
	<i>Europese jurisprudentie</i>	56
	<i>Hoge Raad der Nederlanden</i>	56
	<i>Gerechtshoven</i>	57
	<i>Rechtbanken en Kantongerechten</i>	58
	Parlementaire stukken.....	62
	Electronische bronnen	62

1. Inleiding

1.1. Aanleiding

Sociale media hebben een steeds grotere invloed op het dagelijks leven. Dit speelt niet alleen in de privésfeer, ook in de arbeidsverhouding speelt het gebruik van sociale media een steeds grotere rol. Naast Facebook en Twitter, worden ook nieuwe diensten als LinkedIn en WhatsApp steeds groter. Facebook is zo succesvol dat het in mei 2012 naar de beurs is gegaan. Dat mensen in werktijd ook voor privé zaken op internet zitten, is niets nieuws meer en lijkt geaccepteerd. Toch kan het gebruik van sociale media grote spanning zetten op de arbeidsverhouding, niet alleen door overmatig gebruik tijdens werkuren, maar ook door wat de werknemer inhoudelijk zegt op sociale mediasites. Bekend is het voorbeeld van Cornald Maas, die ontslagen werd door de TROS na zijn bericht op Twitter over de 'exportproducten' van Nederland, waarbij hij Sieneke, Joran van der Sloot en de PVV noemde. De TROS vond deze tweet dermate beledigend, dat zij geen toekomst meer zag in voortzetting van de arbeidsverhouding.¹ Naast Cornald Maas zijn er nog talloze andere voorbeelden van werknemers die hun baan kwijtraakten naar aanleiding van het gebruik van sociale media.

Ook op beëindigde arbeidsverhoudingen kunnen sociale media een invloed hebben, met name als er een relatie- of concurrentiebeding geldt. De afgelopen jaren zijn vele uitspraken geweest omtrent het gebruik van sociale media tijdens of na afloop van de arbeidsverhouding. Mede hierdoor hebben ook tijdschriften er veel aandacht aan besteed. Persoonlijk vond ik deze uitspraken en artikelen erg interessant om te lezen. Veel mensen blijken sociale media te gebruiken zonder dat zij hiervan de consequenties (kunnen) overzien. Soms lijkt (achteraf) de consequentie duidelijk, bijvoorbeeld wanneer iemand zijn werkgever uitscheldt op Facebook, andere keren is de consequentie mijns inziens moeilijker te overzien. Bovendien is het concept sociale media een vrij nieuw fenomeen, wat blijft groeien. Veel werkgevers en werknemers lijken dan ook niet te weten hoe zij zich moeten gedragen ten aanzien van het gebruik van sociale media. Ook speelt de vraag hoe ver het gezag en de controlebevoegdheid van de werkgever hier gaan, mag een werkgever zomaar alles controleren? Welke consequenties mag bepaald gedrag hebben? Gezien de onduidelijkheid die lijkt te bestaan over deze kwesties en het voor werknemers en werkgevers belangrijk is om te weten wat wel en niet toegestaan is, loont het mijns inziens de moeite om hier onderzoek naar te doen.

1.2. Probleemstelling en opzet van het onderzoek

Bovenstaande beschrijving van de aanleiding voor het onderzoek levert de volgende onderzoeksvraag op:

Waar liggen de grenzen van de gezagsbevoegdheid van de werkgever ten aanzien van het gebruik van sociale media door de werknemer in relatie tot de beëindiging van de arbeidsovereenkomst en de beëindigde arbeidsovereenkomst?

Om tot een antwoord te komen op de hoofdvraag, zullen een aantal subvragen beantwoord dienen te worden. In een inleidend hoofdstuk (hoofdstuk 2) zal het onderwerp verder afgebakend worden, met name zal de vraag besproken worden wat kan worden verstaan onder sociale media en het

¹ <http://nos.nl/artikel/168357-tros-ontslaat-cornald-maas-om-tweet.html> .

begrip arbeidsverhouding. Ook zal ik bespreken waarom ik voor deze afbakening heb gekozen en waarom sommige delen, die wellicht ook vallen onder het ruimere onderwerp 'sociale media in het arbeidsrecht', achterwege worden gelaten. Na een algemene beschrijving van de problematiek, zullen de volgende subvragen aan bod komen:

- *Wat houdt de gezagsbevoegdheid van werkgevers in?*
- *Zijn er uit de rechtspraak nieuwe criteria te ontwikkelen voor een rechtmatige beëindiging van de arbeidsverhouding als gevolg van het gebruik van sociale media?*
- *Wat houdt de gezagsbevoegdheid van de werkgever in relatie tot het gebruik van sociale media ten aanzien van het concurrentiebeding in?*

De afzonderlijke deelvragen worden steeds in een apart hoofdstuk behandeld. Iedere deelvraag valt uiteen in meerdere paragrafen op basis waarvan de deelvraag beantwoord kan worden. Ieder hoofdstuk zal, vanzelfsprekend, afsluiten met een conclusie waarin antwoord wordt gegeven op de deelvraag.

Zo staat in het derde hoofdstuk de gezagsbevoegdheid van de werkgever centraal. Hier wordt besproken op welke basis een werkgever een gezags- en controlebevoegdheid heeft tegenover zijn werknemers en hoe de grondrechten van privacy en vrijheid van meningsuiting zich verhouden tot de controlebevoegdheid van de werknemer. Uiteraard zal dit in het licht van sociale media worden besproken. Ook zal hierbij het Voorstel van een verordening betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrij verkeer van die gegevens van de Europese Commissie besproken worden.

Het vierde hoofdstuk handelt over ontslag na het gebruik van sociale media. Kort worden relevante ontslagmogelijkheden besproken, waarna uit de jurisprudentie criteria worden gedestilleerd ten aanzien van ontslag op grond van het gebruik van sociale media. Het vijfde hoofdstuk zal handelen over het concurrentiebeding. Eerst zal het concurrentiebeding inhoudelijk besproken worden, daarna zal op basis van jurisprudentieonderzoek de invloed van sociale media op het beding worden besproken. Het geheel zal in hoofdstuk zes worden afgesloten met een conclusie, waarin antwoord wordt gegeven op de hoofdvraag.

2. Afbakening van het onderzoek

Om de probleemstelling van deze scriptie helder te krijgen, zal het probleem duidelijk afgebakend moeten worden. Allereerst is het daarom van belang te weten wat sociale media inhouden. Daarnaast is van belang te weten wat er verstaan wordt onder de arbeidsverhouding. In deze scriptie heb ik bewust gekozen mijzelf te richten op het onderzoek naar de beëindiging van en de beëindigde arbeidsrelatie. Ik heb, in het vooronderzoek voor deze scriptie, ook gekeken naar de invloed van sociale media op de totstandkoming van arbeidsovereenkomsten en de rol van sociale media tijdens de arbeidsovereenkomst, maar deze kanten trokken mij minder aan. Bij de vraag wat de rol is van sociale media in de totstandkoming van arbeidsverhoudingen zou vooral gekeken worden naar de mogelijkheden voor werkgevers om sollicitanten te screenen. Dit is mijns inziens (bijna) een gangbare praktijk, waarbij bovendien speelt dat wanneer deze screening problemen zou geven, bijna niet valt te bewijzen dat iemand afgewezen is op basis van inhoud welke hij op een sociale mediasite geplaatst heeft. Tijdens de arbeidsovereenkomst spelen sociale media uiteraard ook een rol, maar ik vond deze vooral interessant op het moment dat beëindiging van de arbeidsovereenkomst een serieuze optie werd voor de werkgever. Het bespreken van de invloed van sociale media op alle aspecten van de arbeidsverhouding gaat te ver voor deze scriptie, waardoor keuzes dienen te worden gemaakt. Nu de invloed van sociale media op de totstandkoming voor minder problemen zorgt in de praktijk, heb ik gekozen te kijken naar de beëindiging en de beëindigde arbeidsrelatie. Het maakt andere invalshoeken uiteraard niet minder interessant.

2.1. Sociale media

Bij de gedachte aan sociale media zullen bij veel mensen eerst de sociale netwerken opkomen, zoals Facebook, Myspace en Hyves. Het begrip sociale media bevat echter meer dan alleen de sociale netwerken, ook YouTube, Google Docs en Wikipedia vallen onder sociale media.² Bij een definitie van het begrip 'sociale media' komt niet meteen een duidelijk beeld naar boven, nu het begrip een bredere lading dekt dan alleen sociale netwerksites. Van Dale heeft het begrip sociale media (nog) niet opgenomen in zijn woordenboek, zodat ook hier geen duidelijke definitie uit voortvloeit. De reden dat er geen eenduidige definitie bestaat voor sociale media is dat men hierover nog geen overeenstemming heeft bereikt. Wel is kenmerkend voor sociale media dat het gaat om actieve media, de gebruikers bepalen de inhoud van de media die zij gebruiken.³ Bovendien gaat het om media welke op of via internet actief zijn.⁴ Veen omschrijft sociale media als *'een platform voor virtuele communicatie, ontmoetingen, transacties, informatie-uitwisseling, mobilisatie en participatie.'*⁵ Internet Adviesbureau Jungleminds trekt het begrip sociale media nog ruimer: *'Een verzameling van publieke media kanalen en tools waarmee iedereen makkelijk met elkaar kan communiceren.'*⁶ Na raadpleging van diverse bronnen omtrent sociale media kom ik tot de conclusie dat het bij sociale media draait om het uitwisselen van tekst, beeld en/of geluid aan een sociaal netwerk, met gebruikmaking van sociale mediawebsites of -diensten.⁷ Dit betekent dat websites

² Aantjes 2012, p. 62.

³ Veen 2009, p. 12, Veen gebruikt ook de benaming Web 2.0.

⁴ Huijskens 2010, p. 11.

⁵ Veen 2009, p. 40.

⁶ Jungle Minds 2012, p. 5.

⁷ O.a: Huijskens 2010, p. 11-12; <http://www.justitia.nl/socialmediarecht>; <http://www.social-media.nl/>; http://nl.wikipedia.org/wiki/Sociale_media; Van der Ham 2012, 7.

welke bedoeld zijn om mensen met elkaar in contact te laten komen, alsmede interactieve websites zoals YouTube en berichtendiensten als Hotmail en WhatsApp allen vallen onder het sociale media begrip.

Daarnaast is het interessant om te weten hoeveel mensen nu eigenlijk gebruik maken van sociale media. Een onderdeel van sociale media zijn de sociale netwerksites, zoals Hyves, Facebook en LinkedIn. Het Centraal Bureau voor de Statistiek (CBS) geeft aan dat van het totaal aantal internetters alleen al 91% van de categorie 16-25 jaar gebruik maakt van sociale netwerksites, in de categorie 25-55 is dit 54% en in de categorie 55-75 ongeveer 30%. Het CBS gebruikt als definitie voor sociale netwerken: *'berichten of nieuwtjes op een chatsite, het deelnemen aan een nieuwsgroep of een online discussieforum, het lezen van weblogs of blogs of het direct uitwisselen van tekstberichtjes'*.⁸ E-mailen valt hier niet onder aldus het CBS, al is dit nog wel het hoofdgebruik van internet. Bovendien heeft het CBS onderzocht dat inmiddels 40% van de bedrijven gebruik maakt van sociale media.⁹ Uit het onderzoek blijkt dat bedrijven sociale media met name gebruiken voor promotiedoeleinden, maar ook voor het intern uitwisselen van informatie en voor het verkrijgen van klantreacties. Het onderzoeksbureau Newcom Research & Consultancy doet jaarlijks onderzoek naar het gebruik van sociale media. Volgens het door hen uitgevoerde onderzoek 'Social Media Onderzoek 2013' hebben maar liefst 7,9 miljoen Nederlanders een account op Facebook, waarvan er 5 miljoen dagelijks actief op zijn, en zijn ongeveer 1,3 miljoen gebruikers dagelijks actief op Twitter. Men kan dus concluderen dat het gebruik van sociale media als vanzelfsprekend wordt aangemerkt.¹⁰

Gezien de hoeveelheid mensen die gebruik maakt van alleen al sociale netwerksites, is het niet verbazend dat ook bedrijven steeds meer geconfronteerd worden met sociale media, niet alleen omdat zij zelf actiever hierin worden, maar ook omdat een aanzienlijk gedeelte van hun werknemers actief zal zijn op sociale media. Nu steeds meer arbeidsverhoudingen te maken krijgen met sociale media, loont het mijns inziens de moeite om hier dieper naar te kijken om zo de (juridische) gevolgen duidelijk te krijgen. Dat is dan ook wat ik met dit onderzoek wil bereiken.

2.2. De arbeidsovereenkomst

In deze paragraaf zal de arbeidsovereenkomst verder uitgelegd worden, met name om de basis neer te leggen voor het verdere onderzoek in deze scriptie. Arbeidsrelatie, arbeidsverhouding en arbeidsovereenkomst zijn begrippen die veelvuldig door elkaar heen gebruikt worden als men het heeft over de relatie tussen werkgever en werknemer. Er zit echter wel verschil in de betekenissen van deze begrippen. In art. 7:610 lid 1 BW geeft de wetgever een definitie voor de arbeidsovereenkomst, namelijk: *'De arbeidsovereenkomst is de overeenkomst waarbij de ene partij, de werknemer, zich verbindt in dienst van de andere partij, de werkgever, tegen loon gedurende zekere tijd arbeid te verrichten.'* Het CBS neemt voor haar definitie van het begrip 'arbeidsovereenkomst' deze tekst geheel over. Voor het begrip 'arbeidsverhouding' gebruikt zij een andere definitie: *'Het samenstel van materiële en immateriële arbeidsvoorwaarden en van arbeidsomstandigheden: aard van het werk, sociale zekerheid, status van het werk, gezagsverhoudingen, werkklimaat, informatie en communicatie.'*¹¹ Deze laatste definitie geeft een brede interpretatie, verschillende aspecten welke komen kijken bij de arbeidsrelatie worden

⁸ CBS 2011-b.

⁹ CBS 2011-a.

¹⁰ www.marketingfacts.nl, 18 februari 2013: http://www.marketingfacts.nl/berichten/social-media-in-nederland-twitter-en-facebook-het-meest-actief-gebruikt?utm_source=twitter.com&utm_medium=tweetbutton .

¹¹ <http://www.cbs.nl/nl-NL/menu/methoden/begrippen/default.htm?conceptid=76> .

genoemd. De wetgever geeft in het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945 als definitie voor de arbeidsverhouding: ‘*de rechtsbetrekking tussen werkgever en werknemer*’.¹² Deze definitie kan gezien worden als een afgeleid begrip, men moet immers eerst weten wat de definities van de begrippen ‘werkgever’ en ‘werknemer’ zijn.¹³ De ‘werknemer’ wordt in art.1 onderdeel b BBA 1945 gedefinieerd als 1) degene die op basis van een arbeidsovereenkomst als bedoeld in art. 7:610 BW arbeid verricht, dan wel; 2) degene die persoonlijk arbeid verricht voor een ander, tenzij: hij de arbeid in de regel voor meer dan twee personen verricht, hij zich door meer dan twee andere personen laat bijstaan of deze arbeid voor hem een bijkomstige werkzaamheid is. De definitie van werkgever luidt ingevolge art. 1 onderdeel c BBA 1945: 1) degene voor wie een ander op basis van een arbeidsovereenkomst als bedoeld in art. 7:610 BW arbeid verricht, dan wel; 2) de natuurlijke of rechtspersoon, voor wie persoonlijk arbeid wordt verricht als genoemd in de omschrijving van het werknemersbegrip. Het begrip arbeidsverhouding wordt dus, mede, ingekleurd door art. 7:610 lid 1 BW.

Bij het beoordelen van een relatie als zijnde een arbeidsovereenkomst is niet alleen de formele vorm van de overeenkomst van belang, maar ook de bedoeling van partijen en de feitelijke omstandigheden. Een en ander volgt uit het arrest *Groen/Schoevers*.¹⁴ Dit houdt in dat indien de feitelijke uitvoering van een overeenkomst niet overeenstemt met de tussen partijen gemaakte afspraken, voorbij gegaan kan worden aan de contractuele afspraken en toch geoordeeld worden dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst.¹⁵ Blijkens het arrest *Van der Male/Den Hoedt* geldt ook de omgekeerde situatie; wanneer op schrift een arbeidsovereenkomst is gesloten maar de feitelijke uitvoering stemt hier niet mee overeen, dan zal hieraan voorbij gegaan kunnen worden.¹⁶ Indien er twijfel bestaat of sprake is van een arbeidsovereenkomst, kan gekeken worden naar de feitelijke uitvoering. Indien echter vaststaat dat sprake is van een arbeidsovereenkomst, zal niet getoetst worden aan het feitelijke uitvoeringscriterium.¹⁷ Dit betekent dat de vorm van de overeenkomst niet altijd bepalend is bij de beoordeling of sprake is van een arbeidsovereenkomst. Wel speelt de maatschappelijke positie van de betrokkene mee in de weging van de feitelijke situatie. Indien de maatschappelijke positie sterk is, zal eerder aangenomen worden dat de contractuele positie de juiste is. Is de maatschappelijke positie echter zwak, dan zal een rechter geneigd zijn meer belang te hechten aan de feitelijke situatie.¹⁸

In deze scriptie zullen, ten behoeve van de leesbaarheid, de begrippen arbeidsverhouding, arbeidsrelatie en arbeidsovereenkomst door elkaar gebruikt worden. Steeds wordt gedoeld op de situatie waarin een arbeidsovereenkomst bestaat tussen partijen, tenzij anders vermeld. Bij de beoordeling van een contractuele relatie als zijnde een arbeidsrelatie wordt, naast de bedoeling van partijen, gekeken naar de vier elementen welke uit art.7:610 lid 1 BW te destilleren zijn, namelijk: 1) in dienst van, 2) loon, 3) arbeid en 4) gedurende een zekere tijd.¹⁹ In deze paragraaf zullen deze elementen kort besproken worden.²⁰

¹² Art.1 sub d BBA 1945.

¹³ Van Drongelen en Van Rijs 2012, p. 31.

¹⁴ HR 14 november 1997, NJ 1998/149 (*Groen/Schoevers*); een uitwerking van dit arrest is te vinden in Ktr. Leiden, 14 september 2011, JAR 2011/232; de bedoeling van partijen speelt dus een rol, maar zij is niet doorslaggevend: HR 10 december 2004, JAR 2005/15.

¹⁵ Zwemmer 2012, p. 24.

¹⁶ HR 10 oktober 2003, NJ 2007/446 en JAR 2003/263 (*Van der Male/Den Hoedt*); zie ook Zwemmer 2012, p. 25.

¹⁷ Van Drongelen en Van Rijs 2012, p. 37.

¹⁸ Van Drongelen en Van Rijs 2012, p. 37.

¹⁹ Van Drongelen 2011-I, p. 31-32.

²⁰ Voor een uitgebreide uitleg wordt verwezen naar Van Drongelen 2011-I.

2.2.1. In dienst van

Met 'in dienst van' wordt bedoeld dat er een gezagsverhouding is.²¹ Deze gezagsverhouding wordt geacht kenmerkend te zijn voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst.²² In andere overeenkomsten van arbeid, zoals de overeenkomst tot aanneming van werk (art.7:750 BW e.v.) of de overeenkomst van opdracht (art.7:400 BW e.v), bestaat deze gezagsverhouding niet als zodanig. De gezagsverhouding heeft tot gevolg dat de werknemer niet zelfstandig zijn arbeid verricht. De werkgever mag hem hierin namelijk instructies geven, waarmee de werknemer ondergeschikt is aan de werkgever. Deze bevoegdheid is neergelegd in art. 7:660 BW, inhoudende dat de werknemer zich dient te houden aan de voorschriften omtrent de arbeid, door of namens de werkgever gegeven. Dit artikel neemt niet weg dat een groot deel van de werknemers hun werk zeer zelfstandig uitvoeren. De meeste werkgevers zullen een specialist, bijvoorbeeld een ICT'er, niet inhoudelijk aanwijzingen kunnen geven over zijn werk. Het gaat bij de instructiebevoegdheid echter niet uitsluitend over inhoudelijke aanwijzingen ten opzichte van de arbeid, maar (ook) over globale aanwijzingen en randvoorwaarden als werktijden en –plaats.²³ Deze voorschriften dienen echter wel te worden gegeven binnen de grenzen van algemeen verbindende voorschriften, de ondergeschiktheid is niet onbeperkt. De frase 'door of namens de werkgever' geeft aan dat het niet noodzakelijk is dat de werkgever in eigen persoon de voorschriften geeft, ook een leidinggevende of afdelingsmanager kan deze voorschriften stellen. De instructie- en controlebevoegdheid van de werkgever komt uitgebreid aan bod bij de beantwoording van subvraag 1.

2.2.2. Loon

De tegenprestatie van arbeid is loon. Ingevolge art.7:616 BW 'is de werkgever verplicht de werknemer zijn loon op de bepaalde tijd te voldoen'. Loon is hetgeen de werkgever verschuldigd is aan de werknemer als tegenprestatie voor de verrichte arbeid.²⁴ Indien er geen arbeid wordt verricht, is de werkgever geen loon verschuldigd, art. 7:627 BW. Op deze regeling bestaan echter uitzonderingen, bijvoorbeeld in geval van ziekte of wanneer het niet werken een oorzaak heeft welke in de risicosfeer van de werkgever ligt. De werkgever dient dan wel loon door te betalen. De uitzonderingen zijn neergelegd in art. 7:628 en 7:629 BW.

Wat onder loon verstaan mag worden, is uitgewerkt in art. 7:617 BW. Hierin is vastgelegd dat loon kan bestaan uit geld, maar ook uit een prestatie in natura (bijvoorbeeld het gebruik van een woning).²⁵ Wat het loon in een concrete situatie inhoudt is in grote mate door partijen zelf te beslissen; niet alleen kunnen zij afspreken waaruit het loon zal bestaan, maar ook wat de hoogte zal zijn. Zij worden in deze contractsvrijheid echter wel beperkt door de Wet Minimumloon (WML),²⁶ welke aangeeft welk loon er minimaal door de werkgever aan de werknemer betaald zou moeten worden. Dit minimumloon is leeftijdsgebonden en start bij 23 jaar.²⁷

²¹ Van Drongelen 2011-I, p. 32.

²² Bakels/Asscher-Vonk & Bouwens 2009, p. 12; Asser/Heerma van Voss 7-V 2012, nr. 19.

²³ HR 14 november 1997, NJ 1998/149 (*Groen/Schoevers*); zie ook Van Drongelen 2011-I, p. 33 en 81; Verhulp 2012 (T&C Arbeidsrecht), p. 10.

²⁴ HR 18 december 1953, NJ 1954/242 (*Zaal/Gossink*); zie uitgebreid hierover Van Slooten 1999, p. 75-89.

²⁵ Van Slooten 1999, p. 87-88.

²⁶ Van Drongelen 2011-I, p. 117.

²⁷ Op basis van het Besluit van 29 juni 1983, inhoudende vaststelling van een minimumjeugdloonregeling, *Stb.* 1983, 300 bestaat er ook een minimumjeugdloon, wat per leeftijd een percentage van het minimumloon betreft. Het minimumjeugdloon is weggelegd voor 15- tot 23-jarigen.

Het tijdstip van loonbetaling kan ook door partijen overeengekomen worden, zij het dat zij ook hierin wel te maken hebben met de grenzen van de wet. Zo moet op basis van art. 6:29 BW het verschuldigde loon over een overeengekomen periode in één geheel worden betaald.²⁸ Verder dient naar tijdruimte vastgesteld loon steeds na afloop van het tijdvak, zoals afgesproken in de arbeidsovereenkomst, te worden uitbetaald, art. 7:623 lid 1 BW. Wanneer de werkgever dit verzuimt, kan hij gesanctioneerd worden op basis van art. 7:625 BW, waarbij een wettelijke verhoging opgelegd kan worden, welke maximaal de helft van het verschuldigde bedrag kan belopen. Voor niet naar tijdruimte vastgesteld loon ('stuksloon') dient de werkgever aan te sluiten bij de termijnen voor de werknemers die wel een naar tijdruimte vastgesteld loon hebben, art. 7:624 BW.

2.2.3. Arbeid

Ten einde loon te kunnen ontvangen, zal de werknemer – behoudens uitzonderingen zoals zwangerschap, ziekte of vrijstelling van werk - arbeid moeten verrichten. In art. 7:659 lid 1 BW is neergelegd dat de werknemer deze arbeid persoonlijk moet verrichten, hij mag niet een ander verzoeken zijn arbeid te verrichten, tenzij de werkgever hier uitdrukkelijk toestemming voor heeft gegeven.²⁹ De aard van de arbeid is niet van belang voor het arbeidsbegrip, het begrip dient ruim uitgelegd te worden.³⁰ In de rechtspraak is bepaald dat ook aanwezigheidsdiensten en slaapdiensten als arbeid in de zin van de arbeidstijdenwet (ATW) kunnen worden aangemerkt.³¹ Ook het Europese Hof van Justitie (HvJEG) heeft zich over deze kwestie uitgesproken, waarbij zij bepaalde dat wachtdiensten aangemerkt dienen te worden als arbeid indien verwacht wordt dat de werknemer aanwezig is. Indien een werknemer niet fysiek aanwezig hoeft te zijn maar slechts bereikbaar hoeft te zijn, dient deze tijd niet als arbeidstijd te worden aangemerkt.³² Het feit dat aanwezigheid als arbeidstijd gerekend dient te worden zegt echter niets over de beloning van deze arbeidstijd, deze mag wel anders zijn.³³ Ook is het van belang dat het gaat om arbeid welke ook daadwerkelijk als prestatie richting de werkgever gezien kan worden; een stageovereenkomst of een leer-arbeidsovereenkomst is hiermee niet hetzelfde als een arbeidsovereenkomst, nu het leerelement belangrijker is voor deze overeenkomst dan het arbeidselement.³⁴ Arbeid kan dus gezien worden als de reële tegenprestatie van een werknemer voor het ontvangen van loon.

2.2.4. Gedurende een zekere tijd

Het element 'gedurende zekere tijd' is het element waarover de minste discussies rijzen. Het gaat erom dat de arbeid niet incidenteel mag zijn, dan is er geen sprake van een arbeidsovereenkomst, maar eerder van een overeenkomst tot opdracht.³⁵

²⁸ Van Drongelen 2011-I, p. 99.

²⁹ Zie voor een interessant voorbeeld: Ktr. Zaandam, 8 november 2007, *RAR* 2008/23. In deze zaak werd een franchiseovereenkomst niet als arbeidsovereenkomst gezien, omdat eiser zijn arbeid niet persoonlijk verrichtte voor de gedaagde, maar voor zijn klanten. Dat eiser deze klanten wierf met tussenkomst van de franchisegever, deed hier niet aan af.

³⁰ Asser/Heerma van Voss 7-V 2012, nr. 21; Van Slooten 1999, p. 141.

³¹ Zie onder meer HR 15 maart.1991, *NJ* 1991/417 (over slaapdiensten); HR 25 maart.2011, *NJ* 2011/594 (*Gouden Kooi*), hierin werd deelname aan het televisieprogramma 'De Gouden Kooi' ook als arbeid beschouwd; wel is verschil in beloning toegestaan: Gerechtshof 's-Hertogenbosch 20 december 2011, *JAR* 2012/34.

³² HvJEG 3 oktober 2000, *JAR* 2000/251; zie ook HvJEG 9 september 2003, C 151/02 (*Jaeger*).

³³ HvJEG 11 januari 2007, *JAR* 2008/92.

³⁴ Van Drongelen 2011-I, p. 171; Verhulp 2012 (T&C), p. 9.

³⁵ Verhulp 2012 (T&C), p 9-10; Ktr. Utrecht 3 mei 2007, *JAR* 2007/181.

De arbeidsovereenkomst kan aangegaan worden voor verschillende tijdsduren. Partijen kunnen een overeenkomst voor bepaalde tijd of voor onbepaalde tijd sluiten. Bij een contract voor onbepaalde tijd is het niet duidelijk hoe lang de overeenkomst zal duren, wel is duidelijk dat er een einde zit aan de arbeidsovereenkomst. De overeenkomst kan worden beëindigd wanneer de werknemer elders gaat werken, wanneer een werkgever ophoudt te bestaan of bij pensionering van de werknemer. Deze tijdsduur ligt dus niet vast. Een contract voor bepaalde tijd eindigt door tijdsverloop of door het intreden van een ontbindende voorwaarde. Een contract wat puur door tijdsverloop eindigt, kan verschillende lengtes hebben. Vaak gaat het om een contract van een half jaar of een jaar, maar ook een aantal dagen of zelfs een aantal uur is niet ondenkbaar.³⁶ Een ontbindende voorwaarde kan bijvoorbeeld zijn dat een werknemer wordt aangetrokken ter vervanging van een zwangere collega. Op het moment dat deze werkneemster terugkomt van haar zwangerschaps- en bevallingsverlof, zal het contract van de vervangende werknemer eindigen. Ook kan een contract gesloten worden ten aanzien van een bepaald project; bij voltooiing van het project zal de arbeidsovereenkomst eindigen.

De wetgever heeft, om onzekerheid bij de werknemer te voorkomen, een limiet willen stellen aan het aantal contracten voor bepaalde tijd. In art. 7:668a BW heeft hij daarom de zogenoemde conversieregel opgenomen.³⁷ Deze regel houdt in dat een werknemer maximaal drie keer een contract voor bepaalde tijd mag krijgen, met als limiet 36 maanden. Wordt deze termijn oversteegen, dan ontstaat er van rechtswege een contract voor onbepaalde tijd.³⁸ Ook hier wordt de contractsvrijheid dus begrensd door de wet.

2.3. Conclusie

In dit hoofdstuk is de onderzoeksvraag afgebakend. Daarnaast zijn de verschillende elementen van de arbeidsovereenkomst kort uitgelegd. Het gezag van de werkgever is kenmerkend voor het bestaan van de arbeidsovereenkomst. Kijkend naar de hoofdvraag en de deelvragen is het van belang te weten wat het gezag inhoudt en waar de grenzen liggen van het gezag van de werkgever. Deze vragen zullen in het volgende hoofdstuk aan bod komen, waarna in de daarop volgende hoofdstukken de beëindiging van de arbeidsovereenkomst en het concurrentiebeding zullen worden besproken.

³⁶ Van Drongelen 2011-I, p. 214.

³⁷ Verhulp 2012 (T&C), p. 176-177.

³⁸ Behoudens uitzonderingen, zoals art.7:668a lid 3 BW en de van 9 juli 2010 tot 1 januari 2012 geldende regeling voor jongeren onder de 27 jaar, zij mochten 4 contracten (maximaal 48 maanden) aangeboden krijgen alvorens zij een contract voor bepaalde tijd zouden krijgen.

3. De gezagsbevoegdheid van werkgevers.

In dit hoofdstuk zal een antwoord gegeven worden op de eerste deelvraag, 'Wat houdt de gezagsbevoegdheid van werkgevers in?'. Om een antwoord te kunnen geven op de vraag is deze in een aantal aspecten opgesplitst. Allereerst wordt gekeken naar de basis van de gezagsbevoegdheid. Vervolgens wordt gekeken naar de werking van grondrechten in het arbeidsrecht, beter gezegd in hoeverre deze het instructierecht van de werkgever beperken. In de derde paragraaf wordt gekeken naar verhouding tussen de controlebevoegdheid en het recht op privacy, waarbij Nederlandse en Europese jurisprudentie besproken zal worden. Daarna zal een zelfde vergelijking gemaakt worden met het recht op vrijheid van meningsuiting. Het hoofdstuk zal worden afgesloten met een korte conclusie.

3.1. De grondslag van de controlebevoegdheid van de werkgever.

Op basis van art. 7:610 BW is de arbeidsovereenkomst '*de overeenkomst waarbij de ene partij, de werknemer, zich verbindt in dienst van de andere partij, de werkgever, tegen loon gedurende zekere tijd arbeid te verrichten*'. In hoofdstuk twee zijn de verschillende elementen van deze definitie uitgewerkt. De gezagsverhouding is hierbij kort aan bod gekomen. Op basis van art. 7:610 BW heeft de werkgever het recht om gezag uit te oefenen ten opzichte van de werknemer. Deze bevoegdheid is nader uitgewerkt in art. 7:660 BW, op basis waarvan de werkgever een instructiebevoegdheid heeft. Deze instructiebevoegdheid is een uitwerking van de gezagsverhouding, immers, omdat er een gezagsverhouding is, is het de werkgever geoorloofd voorschriften op te stellen. Bij de vraag of er sprake is van een gezagsverhouding is het niet van belang of de werkgever ook daadwerkelijk instructies geeft, voldoende is dat hij deze zou kunnen geven.³⁹ De instructies die de werkgever geeft op basis van art. 7:660 BW, kunnen gericht zijn aan een individuele werknemer, een groep van werknemers of aan alle werknemers.⁴⁰ Het geven van instructies is echter niet ongelimiteerd, de instructies mogen volgens het artikel niet in strijd zijn met algemeen verbindende voorschriften, zoals de arbeidstijdenwetgeving.

Een werkgever kan schriftelijk of mondeling instructies geven. Een mondelinge overeenstemming is uiteraard ook bindend, maar de bewijsproblematiek is hier groter. Bij een onduidelijk (mondeling) voorschrift dient de werkgever de werknemer eerst te waarschuwen alvorens hij kan sanctioneren.⁴¹ Het is dan ook verstandig dat afspraken, bijvoorbeeld over het gebruik van sociale media, schriftelijk worden vastgelegd.⁴² Als er geen voorschriften zijn gesteld, wil dit nog niet zeggen dat werknemers vrij zijn in hun gebruik van sociale media, nu de werknemer zich ingevolge art. 7:611 BW als een goed werknemer dient te gedragen. Wanneer hij dit nalaat, kan de werkgever hem met een beroep op dit artikel aanspreken. Indien er een schriftelijk voorschrift is, zal de werkgever consequent moeten handelen in het toezicht op de naleving ervan. Dit volgt onder meer uit het transparantiebeginsel uit de Wet bescherming persoonsgegevens.⁴³ Ook speelt het

³⁹ HR 28 september 1983, NJ 1984/92.

⁴⁰ Kamerstukken II 1993-1994, 23 438, nr. 3, p. 41.

⁴¹ Zie Ktr. 's-Gravenhage 3 oktober 2002, JAR 2002/269, waarin de werkgeefster geen richtlijnen had opgesteld, maar enig privégebruik wel accepteerde. Het ontbindingsverzoek werd hier afgewezen nu onvoldoende duidelijk was wat de werknemer mocht verwachten.

⁴² Zie ook Ktr. Utrecht 13 juli 2000, JAR 2000/199, waarin een ontbindingsverzoek (onder meer) werd afgewezen omdat de werkgeefster geen regels opgesteld had omtrent internetgebruik voor privédoeleinden.

⁴³ Kip & Klinckhamers 2008, 16; Ktr. Apeldoorn 6 september 2000, Prg. 2000, nr. 5561; Ktr. Amsterdam 26 april 2001, JAR 2001/101; Terstegge stelt dat dit ook volgt uit art. 8 EVRM, Terstegge 2002, p. 20.

verbod op willekeur. Indien er in zijn geheel geen beleid is vastgesteld, dan zal dit in beginsel ook niet aan de werknemer kunnen worden tegengeworpen.⁴⁴

Een werkgever kan, binnen het kader van de arbeidsovereenkomst, verschillende soorten van instructies geven, namelijk 'voorschriften omtrent het verrichten van de arbeid' en 'voorschriften, welke strekken ter bevordering van de goede orde in de onderneming van de werkgever'. In bepaalde gevallen is de werkgever zelfs verplicht om voorschriften te stellen omtrent het verrichten van de arbeid, ofwel arbeidsvoorschriften. Dit is met name het geval wanneer het de veiligheid van de werknemer aangaat, bijvoorbeeld in het geval van de veiligheid op een bouwplaats.⁴⁵ De ordevoorschriften daarentegen worden gegeven teneinde de goede orde in de onderneming te bewerkstelligen. Hierbij kan onder meer gedacht worden aan voorschriften omtrent het dragen van bedrijfskleding, roken en het gebruik van computers of mobiele telefoons.⁴⁶

Het instructierecht van art. 7:660 BW is ook de grondslag voor de controle en regulatie door de werkgever op het gebruik van internet en e-mail door de werknemer. Deze controlebevoegdheid is in beginsel niet ongelimiteerd⁴⁷, de werknemer heeft bijvoorbeeld ook op de werkplek recht op privacy.⁴⁸ Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) oordeelde in dit verband dat een inbreuk welke de werkgever maakt, dient te voldoen aan dezelfde wettelijke vereisten als een inbreuk door de overheid, zoals neergelegd in art. 10 lid 2 Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM). Dit betekent dat de werkgever een (rechtens te respecteren) belang moet hebben bij een inbreuk en bovendien moet deze inbreuk in een wettelijk kader passen. Groothuis wijst er m.i. terecht op dat het hierbij niet uitmaakt of de gegevens welke verzameld zijn openbaar gemaakt worden dan wel tegen de persoon gebruikt worden. De inbreuk zelf is van belang, niet de consequenties van deze inbreuk. De werkgever heeft naast het recht op privacy ook te maken met andere grondrechten van de werknemer, waarbij voor deze scriptie met name het recht op vrijheid van meningsuiting van belang is. De toepassing van deze grondrechten zal in de volgende paragrafen aan de orde komen.

De instructies welke de werkgever geeft, dienen redelijk te zijn. Met andere woorden, de werkgever dient zich als een 'goed werkgever' te gedragen. Andersom dient de werknemer zich als goed werknemer te gedragen, ofwel hij dient zich te gedragen zoals in het maatschappelijk verkeer betamelijk is.⁴⁹ Het goed werknemerschap en het goed werkgeverschap vloeien voort uit art. 7:611 BW. Het artikel bevat een open norm, wat betekent dat de norm ingekleurd wordt door de redelijkheid en billijkheid, alsmede proportionaliteit en subsidiariteit. Anders gezegd, men dient zich te gedragen zoals van een goed werknemer dan wel goed werkgever mag worden verwacht. Er wordt bijvoorbeeld gekeken of de instructies die de werkgever geeft dan wel de controles welke de werkgever uitvoert op basis van art. 7:660 BW redelijk zijn. Het artikel betekent echter ook dat een aantal regels duidelijk moet zijn voor werknemers en werkgevers, zonder dat zij hier uitdrukkelijk op dienen te worden gewezen. Een voorbeeld hiervan is diefstal, een werknemer behoort redelijkerwijs te weten dat diefstal niet is toegestaan, ook al staat dit wellicht niet letterlijk in de

⁴⁴ Rb. Haarlem (vzr.) 30 mei 2005, *JAR* 2005/261.

⁴⁵ In Hof Leeuwarden 29 juni 2010, *JAR* 2010/196 stelde de rechter dat de werkgevers regels omtrent het gebruik van een mobiele telefoon had moeten opstellen.

⁴⁶ Zie bijvoorbeeld Rb. 's-Gravenhage 23 mei 2001, *JAR* 2001/124; Ktr. Haarlem 15 november 2010, *JAR* 2010/283; Ktr. Enschede (vrz) 13 augustus 2010, *JAR* 2010/221; voor voorschriften welke te ver gingen: Ktr. Amersfoort 21 april 2008, *JAR* 2008/94.

⁴⁷ Uiteraard kan dit anders zijn wanneer duidelijke afspraken gemaakt zijn in verband met de controle door de werkgever. Wanneer de werknemer instemt met (vergaande) controlebevoegdheden, is dit geen probleem.

⁴⁸ EHRM 3 april 2007, nr 62617/00, NJCM 2007, nr. 7 m. nt. M. M. Groothuis (*Copland*).

⁴⁹ Kamerstukken II 1998/99, 25 426, nr. 3, p. 6.

arbeidsovereenkomst. Naast directe schade berokkenen aan de werkgever, zal een werknemer zich op basis van dit artikel ook moeten onthouden van het laten ontstaan van indirecte schade. Hij zal zich daarom moeten onthouden van uitspraken waardoor de werkgever zou kunnen worden geschaad. Dit kan ook zien op de uitlatingen van een werknemer op sociale media, immers, een werknemer die zijn werkgever op sociale media zwart maakt, gedraagt zich niet als een goed werknemer. Echter, ook wanneer een werknemer op sociale media extreme standpunten inneemt of standpunten welke niet overeenkomen met deze van de werkgever, zal hij kunnen handelen in strijd met het goed werknemerschap. Wat in een concreet geval ontoelaatbaar is, en welke consequenties daaraan verbonden mogen worden, zal afhangen van de omstandigheden van het geval en het beleid van de werkgever.

Bij de uitleg van art. 7:611 BW wordt onder meer gebruik gemaakt van grondrechten, deze werken via deze open norm van het artikel door in de arbeidsverhouding.⁵⁰ Een werkgever moet vervolgens een gerechtvaardigd belang hebben om inbreuk te maken op een grondrecht van de werknemer.⁵¹ Er vindt een weging plaats van wederzijdse belangen. Een werkgeversbelang kan hierbij onder meer ingekleurd worden door de werkzaamheden of 'identiteit' van de werkgever,⁵² bijvoorbeeld wanneer een werkgever een bepaalde levensovertuiging of religie aanhangt, zoals bij een non-profit organisatie of een onderwijsinstelling het geval kan zijn. Het afwegen van belangen houdt niet alleen in dat een werkgever niet onbepaald het gebruik van sociale media mag reguleren en controleren, maar ook dat hij rekening moet houden met proportionaliteit en subsidiariteit. Proportionaliteit betekent dat controle door de werkgever niet verder mag gaan dan nodig. Zo is een algemeen verbod op het gebruik van sociale media veelal niet toegestaan, omdat dit niet in relatie staat met het belang van de werkgever.⁵³ Subsidiariteit houdt in dat afgewogen dient te worden of het doel bereikt kan worden met een minder zware maatregel. Zo verdient het bijvoorbeeld de voorkeur om, wanneer dit mogelijk is, via technische hulpmiddelen bepaalde handelingen te voorkomen in plaats van controle achteraf.⁵⁴ De inbreuk op het grondrecht dient, met andere woorden, niet groter te zijn dan noodzakelijk.

3.2. Grondrechten in het arbeidsrecht

Grondrechten zijn zeer belangrijke, fundamentele rechten welke aan burgers toekomen. Zij worden veelal onderscheiden in klassieke en sociale grondrechten. Dit onderscheid lijkt te bestaan uit het verschil tussen onthouding aan de kant van de overheid (de individuele vrijheidsrechten, gericht op overheidsonthouding) en de zorgplichten van de overheid, waarbij de overheid de voorwaarden dient te scheppen, zoals bij het recht op onderwijs.⁵⁵ Het onderscheid klassiek-sociaal is echter niet altijd zo strikt te maken.⁵⁶ Zo kan de overheid ook geboden zijn om zich juist te mengen in de klassieke grondrechten, teneinde deze goed te laten werken.⁵⁷

⁵⁰ Verhulp 1996, p. 49. Op p. 57-48 is hierover enige kritiek opgenomen; Zie ook Asscher & Steenbruggen 2001, p. 1787.

⁵¹ Aantjes 2012, p. 64; Charbon 1999, 58; Terstegge 2002, p. 21.

⁵² Verhulp 1996, p. 64-68 heeft het hier over de 'gekleurde' werkgever; zie ook Nieuwenhuis & Hins 2010, p. 171.

⁵³ Thole & Engelfriet 2012, p. 8-9; Kolk & Verbruggen 2002, p. 4-5. Kolk & Verbruggen stellen dat het wellicht beter is om gebruik van internet en e-mail technisch onmogelijk te maken dan hierover voorschriften te maken, Kolk & Verbruggen 2002, p.5. Het is echter maar de vraag of dat in deze tijd van sociale media en smartphones mogelijk is.

⁵⁴ Zie hierover ook Charbon 1999, 58.

⁵⁵ Nieuwenhuis & Hins 2010, p. 35-37.

⁵⁶ Kroes 1998, p.231-233.

⁵⁷ Nieuwenhuis & Hins 2010, p. 37.

De grondrechten welke neergelegd zijn in de Grondwet werken in beginsel slechts verticaal, dat wil zeggen in de relatie overheid-burger.⁵⁸ Zij beogen immers de burger te beschermen tegen een onrechtmatige inbreuk van de overheid, welke verhouding doorgaans ongelijk is.⁵⁹ Ook in horizontale verhoudingen, dat wil zeggen in privaatrechtelijke verhoudingen, kan echter een ongelijke verhouding bestaan.⁶⁰ Dit besef is ook bij de grondwetgever gegroeid, waarna hij in 1983 uitdrukkelijk heeft erkend dat grondrechten ook horizontale werking hebben. De grondwetgever onderscheidt vijf verschillende gradaties van horizontale werking, welke gradaties overigens in de rechtspraak nauwelijks als zodanig naar voren komen.⁶¹ De minst vergaande variant van horizontale werking is die welke aan de wetgever een instructienorm oplegt, daarna komen de variant waarin de rechter het grondrecht een waarde dient te geven, de variant waarin het grondrecht zelfstandig een rechtsbelang uitdrukt waarmee de rechter in zijn belangenafweging rekening moet houden en de variant waarin de rechter slechts op zwaarwegende gronden mag afwijken van het grondrecht. De meest vergaande gradatie is wanneer er sprake is van directe horizontale werking. Dit houdt in dat het grondrecht volledig doorwerkt in de horizontale verhouding en zodoende alleen beperkt kan worden wanneer voldaan wordt aan de wettelijke beperkingsclausule. Veelal gebruikt men echter de tweedeling 'directe' en 'indirecte' werking. Een directe werking van grondrechten in privaatrechtelijke verhoudingen is tot dusver door de Hoge Raad niet aangenomen, ook al zou het volgens sommige auteurs wel wenselijk zijn.⁶² Ook in de verhouding werkgever-werknemer, waarbij de werknemer, als gevolg van de gezagsverhouding, ondergeschikt is aan de werkgever, is sprake van een ongelijke verhouding.⁶³ De werknemer geeft met het aangaan van een arbeidsovereenkomst, toestemming voor zijn ondergeschiktheid. Dit wil echter niet onomstotelijk zeggen dat hij zijn grondrechten (gedeeltelijk) wil opgeven.⁶⁴

Ook in internationale verdragen, zoals het EVRM en het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten (IVBPR) zijn grondrechten neergelegd. Vraag is of deze grondrechten ook in horizontale verhoudingen kunnen doorwerken. Internationale verdragen richten zich immers met name tot de aan het verdrag deelnemende staten.⁶⁵ Zo is in art. 1 EVRM bepaald dat lidstaten verantwoordelijk zijn voor schendingen van het verdrag, waardoor ook alleen zij aangesproken kunnen worden bij het EHRM. Een vordering indienen jegens de andere particulier bij het EHRM is niet mogelijk, men zal de staat aan moeten spreken, bijvoorbeeld omdat wetgeving ontbreekt dan wel ondeugdelijk is of omdat de rechterlijke macht tot een onjuiste beslissing is gekomen.⁶⁶ De overheid dient met andere woorden te voorkomen dat in een private verhouding een schending van grondrechten voorkomt. Dit kan zij onder meer bereiken door wetgeving uit te vaardigen.⁶⁷ Blijkens art. 93 Grondwet (Gw) kan een verdragsbepaling ook rechtstreeks via de nationale rechter doorwerken wanneer de bepaling naar haar inhoud een ieder kan binden. Ingevolge art. 94 Gw dienen met de verdragsbepaling strijdige wettelijke regelingen buiten toepassing te worden gelaten. Sinds het Verdrag van Lissabon dient niet alleen rekening te worden

⁵⁸ Zie onder meer Verhulp 1996, p. 15 en Verhey 1992, p. 13.

⁵⁹ Roozendaal 2011, p. 429; Verhulp 1996, p. 15; Kortmann 2008, p. 379-380.

⁶⁰ Verhey 1992, p. 174-177; Verhulp 1996, p. 19, 61 e.v.; Koevoets 2006, p. 17.

⁶¹ *Kamerstukken II 1975/76*, 13 872, nr. 3, p. 15-16; Van der Heijden 1988, p. 11-12; Loonstra & Zondag 2010, p. 249; Verhulp 1999, p. 17; Koevoets 2006, p. 15-16, Nieuwenhuis & Hins 2010, p. 173-174.

⁶² Zie hiervoor met name Verhulp 1996, p. 32-33 en Heerma van Voss 1991, p. 200.

⁶³ De Wolff 2007, 163-164.

⁶⁴ Nieuwenhuis & Hins 2010, p. 170.

⁶⁵ Verhulp 1996, p. 34-35.

⁶⁶ Nieuwenhuis & Hins 2010, p. 180-181.

⁶⁷ Een voorbeeld van dergelijke wetgeving is de Algemene wet gelijke behandeling.

gehouden met het EVRM, maar dienen rechterlijke instanties van de lidstaten ook in de geest van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie recht te spreken. Het Handvest heeft hiermee eenzelfde rechtskracht gekregen als de Verdragen, zoals het EVRM.⁶⁸ De voor deze scriptie relevante grondrechten, het recht op privacy en het recht op vrijheid van meningsuiting, hebben hiermee rechtstreekse werking. Zij werken ook door in horizontale verhoudingen.⁶⁹ De Hoge Raad heeft al in 1987 de horizontale werking van grondrechten erkend, zij het niet expliciet. Wel oordeelde hij dat een burger jegens een andere burger inbreuk kan maken op een grondrecht, waardoor een vordering op grond van de onrechtmatige daad van art. 6:162 BW mogelijk is. Een inbreuk op een grondrecht wordt dan ook vertaald naar een belang, waarbij de rechter met toepassing van privaatrechtelijke leerstukken als de redelijkheid en billijkheid een afweging maakt tussen de wederzijdse belangen en (grond)rechten.

De Hoge Raad heeft omtrent deze materie uitspraak gedaan in het *Parallell Entry*-arrest.⁷⁰ In dit arrest woog de Hoge Raad het recht op gelijke behandeling af tegen het belang van de werkgever om een ongelijk loon te betalen. De Hoge Raad bepaalde dat men naar twee vragen moet kijken, te weten is er sprake van ongelijke beloning voor gelijk werk en zo ja, is hier een rechtvaardiging voor. De eerste vraag wordt niet alleen ingevuld door de aard en omvang van de arbeid, maar ook door opleiding, ervaring en geschiktheid voor andere functies. Bij de tweede vraag wordt uitgegaan van een beleidsvrijheid van de werkgever, waarbij deze beperkt wordt door het verbod op willekeur, misbruik van omstandigheden en een te ruim genomen beleidsvrijheid. De ongelijkheid dient, met andere woorden, onaanvaardbaar te zijn naar maten van redelijkheid en billijkheid.

Grondrechten zijn niet overdraagbaar en er kan geen afstand van worden gedaan. Wel kan de burger instemmen met een beperking, bijvoorbeeld op grond van de contractsvrijheid.⁷¹ Dit speelt in het arbeidsrecht, waar de werknemer door het sluiten van een arbeidsovereenkomst een beperking van zijn grondrechten accepteert. Wanneer deze beperking echter onredelijk bezwarend is, dient deze buiten toepassing gelaten te worden. Of een beperking van een grondrecht onredelijk bezwarend is, zal afhangen van de omstandigheden van het geval. Hier komen de open normen van het goed werkgeverschap en de redelijkheid en billijkheid van de artt. 7:611 en 6:248 lid 2 BW om de hoek kijken, via deze open normen werken de grondrechten door.⁷² Er komt, met andere woorden, een belangenafweging aan te pas.⁷³ Hoe deze belangenafweging uitvalt, hangt steeds af van de omstandigheden van het geval.

Opmerkelijk is overigens dat veel werknemers tijdens een procedure geen beroep doen op de vrijheid van meningsuiting, ook al zou dit wellicht wel een kans van slagen hebben.⁷⁴ Ook op het recht van privacy wordt lang niet altijd een beroep gedaan waar dit wellicht wel mogelijk is.⁷⁵ Er lijkt dan ook sprake te zijn van een gebrek aan 'grondrechtenbewustzijn'.⁷⁶ Bovendien worden grondrechten in de overweging van rechters vaak niet als zodanig benoemd.⁷⁷ In de jurisprudentie die er is over dit recht, heeft zij vaak slechts een zijdelingse werking en wordt er alleen indirecte

⁶⁸ Lenaerts & Van Nuffel 2010, nr. 714, 717-719.

⁶⁹ Verhulp 1996, p. 35; Verhey 1994, p. 828 e.v.; Roozendaal 2011, p. 432; HR 19 januari 1987, NJ 1987/928 m. nt. E.A. Alkema (*Edamse bijstandsmoeder*); zie ook HR 21 januari 1994, NJ 1994/473; Nieuwenhuis & Hins 2010, p. 182.

⁷⁰ HR 19 maart 2004, JAR 2004/68 m.nt. Vegter (*Parallell Entry/KLM-VNV*); zie ook HR HR 8 april 1994, NJ 1994, 704 (*Agfa*).

⁷¹ Verhulp 1996, p. 42.

⁷² Van der Heijden 1988, p. 14; Van der Heijden & Heerma van Voss 1990, p. 209; Heerma van Voss 1991, p. 200.

⁷³ Verhulp 1996, p. 46; Roozendaal 2011, p. 435.

⁷⁴ Van der Ham 2012, 7

⁷⁵ Zie voor een (beperkt) overzicht Kolk & Verbruggen 2002, p. 9.

⁷⁶ Van Uden 2006.

⁷⁷ Verhulp 1996, p. 71.

werking aangenomen. Wel kunnen er uit de jurisprudentie een aantal richtlijnen worden gedestilleerd. Hieronder zal dit verder uitgewerkt worden.

3.3. De controlebevoegdheid in relatie tot het recht op privacy.

3.3.1. Het recht op privacy

Het recht op privacy is neergelegd in verschillende wetten en verdragen. Zo is in de artt. 10 t/m 13 van de Grondwet (Gw) het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer weggelegd. Het recht is ook neergelegd in internationale verdragen, zoals in het Europees verdrag inzake de rechten van de Mens (art. 8 EVRM), het Internationaal verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (art. 17 IVBPR) en de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens (art. 12 UVRM). Ook in het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (het EU-Handvest), welke sinds 1 december 2009 juridisch bindend is, is het recht op privacy opgenomen. Het recht op privacy wordt in het Handvest over drie artikelen verspreid, art. 3 EU-Handvest handelt over de lichamelijke integriteit, art. 7 EU-Handvest handelt over de eerbiediging van het privé-leven en in art. 8 EU-Handvest komt de bescherming van persoonsgegevens aan bod. In het EU-Handvest wordt gebruik gemaakt van het begrip 'communicatie', in plaats van het engere begrip 'correspondentie'. De Europese wetgever beoogt hiermee in te spelen op de huidige technische ontwikkelingen.⁷⁸

Het recht op privacy behelst niet alleen de eerbiediging van iemands lichaam, geest, huis en briefgeheim, maar ook de bescherming van persoonsgegevens.⁷⁹ Het recht kan worden opgedeeld in vier soorten privacy: een ruimtelijke privacy, een relationele privacy, informationele privacy en lichamelijke integriteit.⁸⁰ Specifiek voor de arbeidsrelatie kan gezegd worden dat ruimtelijke privacy ziet op de eigen werkplek en het onderzoek hierop, de relationele privacy op vertrouwelijke communicatie (telefoon, e-mail en dergelijke), de informationele privacy op de verwerking van persoonsgegevens zoals in een personeelsdossier en de lichamelijke integriteit uit zich bijvoorbeeld in medische keuringen.⁸¹ De verwerking van persoonsgegevens, of beter gezegd de bescherming hiertegen, wordt ook door de Europese wetgever erg belangrijk gevonden. Het recht op bescherming van persoonsgegevens is dan ook neergelegd in art. 16 Verdrag omtrent de Werking van de Europese Unie. Bovendien ligt er op dit moment een concept EU-Verordening klaar omtrent dit onderwerp, waarbij later in dit hoofdstuk uitgebreider stilgestaan zal worden.

In Nederland kent men geen specifieke wettelijke bepaling waardoor de privacy van de werknemer is gewaarborgd. Wel is art. 10 Gw uitgewerkt in de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp), waar ook werkgevers zich aan dienen te houden. Dit houdt in dat de werkgever bij de verwerking van persoonsgegevens een 'welbepaald, uitdrukkelijk omschreven en gerechtvaardigd doel' dient te hebben (art. 7 Wbp). Bovendien mogen persoonsgegevens alleen worden verwerkt indien de betrokkene hier toestemming voor verleent en verwerking noodzakelijk is (art. 8 Wbp). Voor de arbeidsrelatie is met name art. 8 sub b en sub f Wbp van belang, waarin de voorwaarden staan dat verwerking van de persoonsgegevens noodzakelijk is voor de uitvoering van een overeenkomst (sub b) en dat de gegevensverwerking noodzakelijk is voor de behartiging van een gerechtvaardigd belang (sub f). Verschillende belangen van de werkgever zijn denkbaar: bijvoorbeeld

⁷⁸ Toelichting EU-Handvest, artikel 7; door de nieuwe technologieën is er ook een vernieuwde aandacht voor het recht op privacy: Van der Heijden & Heerma van Voss 1990, p. 212.

⁷⁹ Thole, van der Jagt en Roerdink 2010, p. 13.

⁸⁰ Verhulp 1999, p. 142-160; Terstegge 2000, p. 14.

⁸¹ Terstegge 2000, p. 14-15; Loonstra & Zondag 2010, p. 250-254.

het voorkomen van negatieve publiciteit, het beschermen van bedrijfsgeheimen en het beveiligen van een netwerk.⁸² Eventuele controlemaatregelen vallen dan ook onder eerdergenoemde bepalingen.⁸³ Voor werknemers is in dit kader art.27 lid 1 onder k en l Wet op de Ondernemingsraden (WOR) van belang, in welk artikel het instemmingsrecht van de ondernemingsraad staat beschreven. In HR Holland Casino is bepaald dat het recht op basis van deze artikelliden echter niet zo ver gaat dat de ondernemingsraad altijd een instemmingsrecht heeft bij toepassing van controlemaatregelen. Het instemmingsrecht ziet volgens de Hoge Raad op basis van de wetsgeschiedenis uitdrukkelijk op 'voorzieningen', wat ziet op personeelsvolg- en informatiesystemen; niet op de toepassing van persoonlijk toezicht, zonder dat hierbij gebruik is gemaakt van technische hulpmiddelen.⁸⁴ Wanneer er enkel sprake is van persoonlijk toezicht is instemming dus niet noodzakelijk. Ook bindt instemming van de ondernemingsraad de individuele werknemer niet.⁸⁵ Wel bevestigt een instemming door de ondernemingsraad het vermoeden van redelijkheid aan de zijde van de werkgever.⁸⁶

3.3.2. Jurisprudentie Nederland

Er zijn inmiddels verschillende vonnissen gewezen over de vraag hoe het recht op privacy zich verhoudt tot de controlebevoegdheid van de werkgever. Al in 1985 kwam bij de rechtbank Roermond een zaak voor betreffende cameratoezicht op de werkplek.⁸⁷ In deze zaak had de werkgever op een dusdanige manier camera's laten plaatsen, dat hij nagenoeg het gehele bedrijf kon observeren. De rechtbank en in hoger beroep het hof oordeelden dat de werkgever had gehandeld in strijd met het goed werkgeverschap nu een werknemer ook op de werkplek recht heeft op bescherming van zijn persoonlijke levenssfeer. Zij bepaalden dat dit recht evenwel kan wijken, indien het belang van de werkgever hierom vraagt. Bovendien moet de mogelijkheid van controle kenbaar zijn, het zogenoemde kenbaarheidsvereiste. Indien de werkgever zich hier niet aan houdt, handelt hij in strijd met het goed werkgeverschap.⁸⁸ Het belang van de werkgever weegt echter zwaarder dan het belang van de werknemer wanneer er -bijvoorbeeld- sprake is van (een vermoeden van) diefstal.⁸⁹ Dit speelde bijvoorbeeld in *HR Wennekes Lederwaren*.⁹⁰ In deze uitspraak was niet voldaan aan het kenbaarheidsvereiste. Toch keurde de rechter het gebruik van cameratoezicht goed, omdat het belang van de werkgever bij het vermoeden van een strafbaar feit dermate zwaarder woog dan het belang van de werknemer, dat heimelijk cameratoezicht toegestaan was. Ook indien er sprake is van een gerechtvaardigd vermoeden, bijvoorbeeld doordat er klachten zijn over een bepaalde werknemer, weegt het belang van de werkgever vaak zwaarder dan dat van de werknemer.⁹¹

⁸² Thole & van der Jagt 2011, p. 8.

⁸³ Zie ook Kolk & Verbruggen 2002, p. 7.

⁸⁴ HR 20 december 2002, *NJ* 2003/141, m. nt. Ma.

⁸⁵ Terstegge 2002, p. 23.

⁸⁶ HR 7 oktober 1988, *NJ* 1989/335 (*IBM*); zie ook HR 22 mei 1992, *NJ* 1992/607, *JAR* 1992/33; zie uitgebreid hierover: Jellinghaus en Zondag, Tekst en Commentaar bij artikel 7:613 BW

⁸⁷ Rb. Roermond 12 september 1985, *KG* 1985, nr. 299. Hoger beroep: Hof 's-Hertogenbosch 2 juli 1986, *NJ* 1987/451.

⁸⁸ Genoemd kenbaarheidsvereiste is inmiddels ook terug te vinden in de wet, namelijk in art.7 jo. art.8 sub a van de Wbp.

⁸⁹ Zie ook Asscher & Steenbruggen 2001, p. 1791 en Roelofs 2003, p. 23.

⁹⁰ HR 27 april 2001, *LJN* AB1347, *JAR* 2001/95 (*Wennekes Lederwaren*); Driessen 2012, p. 69-72, 74-75; Zie echter ook Ktr. Groningen 18 maart.2008, *LJN* BC8703, *RAR* 2008/80 en Rb. Rotterdam 6 augustus 2008, *LJN* BD 9713, *RAR* 2008/158. (ook in deze zaken was niet voldaan aan het kenbaarheidsvereiste).

⁹¹ Ktr. Leeuwarden 30 november 2010, *LJN* BO7535. In dit arrest was naar aanleiding van klachten een track en trace systeem geplaatst op de vrachtauto van een werknemer. Ook werden er vanaf de openbare weg waarnemingen gedaan. De rechter stelde dat het onderzoek gerechtvaardigd was nu er klachten waren en het belang van de werkgever, mede doordat de functie in de openbare ruimte vervuld werd, zwaarder diende te wegen dan het belang van de werknemer; het kan ook

In *KLM/Reinders*⁹² werd ontbinding van de arbeidsovereenkomst gevraagd op grond van het feit dat de werknemer vanaf zijn werk privé e-mailberichten had verstuurd. Hieronder waren ook e-mailberichten met pornografische inhoud. Bovendien had de werknemer 06-lijnen gebeld, waarvoor hij een 06-blokkade had omzeild. De werknemer stelde dat het bewijs onrechtmatig was verkregen, omdat in zijn afwezigheid zijn bureau was doorzocht, zijn computer was gehackt en er een diskette was gelezen welke hij als privé had gelabeld. De kantonrechter overwoog dat de werknemer inderdaad ook op het werk recht had op een bepaalde mate van privacy, zeker nu een steeds grotere 'privétisering' van werk plaatsvindt.⁹³ De werkgever heeft echter het recht om zijn netwerk te controleren op onheuse inhoud, zoals pornografisch en gewelddadig materiaal, waardoor het bewijs niet onrechtmatig was verkregen. De kantonrechter ging dan ook over tot ontbinding zonder vergoeding.

De gezagsbevoegdheid van de werkgever kan, in bepaalde gevallen, zich ook in vergaande mate uitstrekken naar het privéleven van de werknemer. Dit speelde bijvoorbeeld in het *Hyatt*-arrest⁹⁴, waarin de werknemster in haar vrije tijd drugs had gebruikt. De werkgever, het Hyatt hotel, had een streng anti-drugsbeleid en had in het kader hiervan ook trainingen georganiseerd. De werknemster had aan het einde van zo'n training een overeenkomst getekend waarin stond dat indien werknemster positief zou testen bij een (steekproefsgewijze) controle, ontslag zou volgen. Toen de werknemster positief testte, kreeg zij de mogelijkheid om mee te werken aan een rehabilitatie programma, ontslagen te worden of zelf ontslag te nemen. De werknemster vocht het ontslag aan, omdat zij van mening was dat het beleid van de werkgever tot een ontoelaatbare inbreuk op haar recht op privacy zou zijn. De Hoge Raad oordeelde echter dat de inbreuk toelaatbaar was, gezien het belang van de werkgever en het feit dat de werknemster zelf ingestemd had met het beleid. Een contractuele afspraak kan dus een legitieme beperking van het privacyrecht ten gevolg hebben, ook indien de inbreuk zeer ver zou gaan.

Interessant in verband met privacy op het internet zijn verder uitspraken van de rechtbank Arnhem, waarin de rechtbank oordeelde dat een Facebook profiel niet heeft te gelden als een privédomein.⁹⁵ De rechtbank overweegt dat berichten welke geplaatst worden op een Facebook-profiel, gedeeld kunnen worden door anderen, waardoor een bericht een openbaar karakter heeft. Een aldaar geplaatst bericht valt dan ook niet onder de privésfeer. Anders oordeelde de Voorzieningenrechter in Maastricht, nu hij stelde dat uitlatingen op sociale media in beginsel privé zijn. Dit is slechts anders wanneer uit de berichten duidelijk en ondubbelzinnig een zakelijk karakter blijkt.⁹⁶ Of een bericht op sociale media nu wel of niet privé is, is dus nog niet dubbelzinnig uitgemaakt. Mijns inziens is een bericht op sociale media niet snel als privé te bestempelen, gezien de mogelijkheid van kopiëren van berichten door anderen en de openbaarheid van een profiel. Dit wil echter niet zeggen dat dit altijd zo is, wanneer een werknemer een (zeer) beperkte groep personen toegang heeft gegeven tot zijn profiel, zal dit wellicht als een privédomein dienen te worden gezien. Een en ander hangt ook hier dus weer af van de omstandigheden van het geval.

voorkomen dat de werknemer rechtmatig een inbreuk maakt op het privéleven van de werkgever: Ktr. Hoorn 27 februari 2013, *JAR* 2013/96.

⁹² Ktr. Haarlem 16 juni 2000, *JAR* 2000/170 (*KLM/Reinders*). Zie ook: Ktr. Amsterdam 26 april 2001, *JAR* 2001/101.

⁹³ De term 'privétisering' werd in 1999 door Van der Heijden geïntroduceerd, Van der Heijden 1999.

⁹⁴ HR 14 september 2007, *JAR* 2007/250 (*Hyatt*).

⁹⁵ Ktr. Arnhem 19 maart 2012, *LJN* BV9483, *JAR* 2012/97 en Ktr. Arnhem 11 april 2012, *LJN* BW2006.

⁹⁶ Rb. Maastricht (vrz) 8 februari 2012, *LJN* BV 3122.

3.3.3. Jurisprudentie EHRM

Ook op Europees niveau zijn meerdere uitspraken geweest omtrent de reikwijdte van privacy in de arbeidsverhouding. In 1992 werd het eerste belangrijke arrest hieromtrent gewezen, namelijk *Niemietz tegen Duitsland*.⁹⁷ In dit arrest wilde de Duitse overheid het kantoor van de heer Niemietz, een advocaat, doorzoeken omdat zij op deze manier meer te weten dacht te kunnen komen over een verdachte in een strafzaak. Niemietz beriep zich op art.8 EVRM, maar de overheid was van mening dat het recht op privacy zich niet uitstreckte naar de werkvloer. In dit arrest oordeelde het EHRM dat men ook op de werkplek recht heeft op privacy op basis van het feit dat het recht op privacy inhoudt dat men ook bij het uitvoeren van zakelijke activiteiten relaties met andere mensen aan moet kunnen gaan. Bovendien is de lijn tussen zakelijk en privé niet altijd makkelijk te trekken. Daarom is ook op de werkplek een zekere mate van privacy noodzakelijk, welke privacy ook de werkgever in acht dient te nemen. Op de werkvloer kan privacy makkelijker beperkt worden dan in de privésituatie, maar ook dan zal er getoetst moeten worden aan proportionaliteit en subsidiariteit.⁹⁸ Later werd in de zaak *Halford tegen het Verenigd Koninkrijk*⁹⁹ bepaald dat werknemers een 'reasonable expectation of privacy' mogen hebben, tenzij uitdrukkelijk blijkt dat dit niet het geval is. Deze redelijke verwachting van privacy is een belangrijk criterium bij de beoordeling van een inbreuk.¹⁰⁰ Het betekent overigens niet dat men geen redelijke verwachting van privacy kan hebben indien men ingestemd heeft met gegevensverwerking. Het EHRM laat meestal verwerking van gegevens wel onder het privacyrecht vallen, maar zal bekijken wat de redelijke verwachting van de betrokkene mocht zijn. Indien de betrokkene bijvoorbeeld een publieke functie heeft, wordt aangenomen dat deze een ander verwachtingspatroon heeft van privacy en zal een inbreuk minder snel aangenomen worden.¹⁰¹

In 2007 kwam de eerste grote zaak omtrent de controle van elektronische communicatie voor het EHRM, *Copland tegen het Verenigd Koninkrijk*.¹⁰² Mevrouw Copland was werkzaam bij een school als persoonlijke assistent van het schoolhoofd. Zij ontdekte dat haar telefoongebruik en e-mailverkeer werden gemonitord. Niet alleen de hoeveelheid van het gebruik werd vastgelegd, maar ook details als tijd, data en telefoonnummer/ webadres. Het EHRM oordeelde dat deze controle een te ernstige inbreuk op het privacyrecht van Copland opleverde. Het EHRM stelt uitdrukkelijk dat ook e-mailverkeer onder het privacyrecht van art. 8 EVRM valt. Bovendien stelt het Hof dat private correspondentie niet alleen slaat op de inhoud, maar ook op de verkeersgegevens over gesprekken.¹⁰³ Hoewel Copland in dienst was van een overheidsorgaan, is het arrest ook toepasbaar in private verhoudingen.¹⁰⁴

Uit de rechtspraak van het EHRM kan geconcludeerd worden dat het recht op privacy een ruime werking heeft, en bovendien dynamisch werkt; indien er nieuwe technologieën ontstaan, worden deze ook onder de reikwijdte van art.8 EVRM gebracht. Een inbreuk op het privacyrecht dient kenbaar te zijn, in overeenstemming met de wet te zijn en er moet voldaan zijn aan de

⁹⁷ EHRM 16 december 1992, NJ 1993/400 m. nt. E.J. Dommering (*Niemietz*).

⁹⁸ Zie Dommering 2007, p. 6232-6234.

⁹⁹ EHRM 25 juni 1997, NJ 1998/506 (*Halford vs. Verenigd Koninkrijk*).

¹⁰⁰ Kranenborg 2007, p. 82.

¹⁰¹ Kranenborg 2007, p. 123.

¹⁰² EHRM 3 april 2007, nr 62617/00, NJCM 2007, nr. 7 m. nt. M. M. Groothuis (*Copland*).

¹⁰³ Zij verwijst hierbij naar EHRM 2 augustus 1984, NJ 1984/534 (*Malone*).

¹⁰⁴ Zie bijvoorbeeld de annotatie bij dit arrest van Groothuis (*NJCM Bulletin* 2007, nr. 7) waarin zij stelt dat wanneer een inbreuk ook in private verhoudingen niet bij wet is voorzien, geen sprake zal kunnen zijn van een legitieme inbreuk. Het is de vraag of de Wbp in dit geval voldoet als wettelijke voorzienbaarheid.

beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit. Dit betekent dat de inbreuk niet verder mag gaan dan noodzakelijk, de inbreuk moet proportioneel zijn, en dat gekeken dient te worden of het doel bereikt kan worden met een minder zwaar middel.

3.3.4. Voorstel van Verordening Gegevensbescherming

Op 25 januari 2012 heeft de Europese Commissie een voorstel ingediend voor een verordening betreffende de bescherming van individuen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens (hierna: het Voorstel). Blijkens het Voorstel is een verordening op dit gebied gewenst, nu uit art.8 EVRM volgt dat in iedere lidstaat eenzelfde niveau van bescherming van persoonsgegevens dient te gelden. De huidige privacyrichtlijn¹⁰⁵ voldoet niet meer aan de behoefte.¹⁰⁶ Onder meer speelt mee dat persoonsgegevens steeds vaker en sneller landsgrenzen overstijgen, waardoor het verwerken van persoonsgegevens een meer internationaal karakter krijgt. Daarnaast dateert de Richtlijn uit 1995, een moment waarop internet voor consumenten nog in de kinderschoenen stond. Onder meer de snelle ontwikkeling en populariteit van het internet maken dan ook een hernieuwing in privacywetgeving noodzakelijk. Bovendien is de Europese Commissie van oordeel dat een verordening een beter instrument is om gelijke regelgeving te garanderen dan een richtlijn, nu een verordening rechtstreeks toepasselijk is en rechtstreekse werking heeft. Een verordening is rechtstreeks toepasselijk omdat hij niet omgezet hoeft te worden in nationale wetgeving, de verordening behoort automatisch tot de hoogste normen van de interne rechtsorde van lidstaten. Rechtstreekse werking betekent dat een particulier zich voor de rechter op de verordening kan beroepen, de verordening kan echter niet alleen rechten maar ook plichten opleggen. De verordening werkt automatisch in de rechtsorde door, waarna het dient te gelden als een nationale wet.¹⁰⁷ Daarnaast is een verordening verbindend in al haar onderdelen, wat inhoudt dat zij een precieze en algemene regeling geeft, anders dan een richtlijn, welke verbindend is ten aanzien van het resultaat. Een verordening biedt dan ook concretere wetgeving dan een richtlijn.

Het Voorstel kent een aantal opmerkelijke vernieuwingen ten opzichte van de huidige richtlijn.¹⁰⁸ Twee hiervan zijn voor deze scriptie het meest van belang, de boetebevoegdheid voor toezichthouders en het recht vergeten te worden. De boetebevoegdheid is neergelegd in art. 79 van het Voorstel. De boetes zijn onderscheiden in geldsommen voor de overheidsinstanties en percentages voor ondernemingen. Er worden drie categorieën van boetes vastgelegd, €250.000,- of 0,5% van de omzet voor de lichtere vergrijpen, € 500.000,- of 1% voor de middencategorie en € 1.000.000,- of 2% voor de zwaarste categorie. Hierbij dient de opmerking gemaakt te worden dat de meeste overtredingen gesanctioneerd worden in de zwaarste categorie.

Een tweede opvallende nieuwigheid is het recht om te worden vergeten, wat is neergelegd in art. 17 van het Voorstel. Ingevolge dit recht kan de betrokkene aan de verwerker van de persoonsgegevens (de verantwoordelijke) vragen zijn gegevens uit te wissen. De verantwoordelijke moet in dat geval alle gegevens over deze persoon wissen, alsmede doorgeven aan derde instanties dat deze persoon om uitwissing gevraagd heeft. De betrokkene kan het verzoek indienen wanneer a) de verwerking van de gegevens niet langer meer noodzakelijk is in relatie met de doeleinden waartoe de gegevens verzameld werden, b) de toestemming tot verwerking wordt ingetrokken dan wel is

¹⁰⁵ Richtlijn bescherming persoonsgegevens (95/46/EC).

¹⁰⁶ http://www.eerstekamer.nl/eu/edossier/e120003_voorstel_voor_een

¹⁰⁷ Lenaerts & van Nuffel 2011, p. 590-593; Eijsbouts e.a. 2010, p. 55-56.

¹⁰⁸ De Laat & De Vries 2012, p. 19; Van der Sloot 2012, p. 250.

verlopen, c) de betrokkene bezwaar heeft tegen de verwerking of d) de verwerking op andere gronden niet voldoet aan het Voorstel. Uiteraard kent dit recht uitzonderingen, een interessante uitzondering hierbij is het recht op vrijheid van meningsuiting.¹⁰⁹ Dit wil zeggen dat indien persoonsgegevens, bijvoorbeeld een filmpje op internet, openbaar gemaakt zijn in het kader van de vrijheid van meningsuiting, deze niet gewist zal hoeven te worden. Dit feit, in relatie met het feit dat gegevens welke geplaatst worden op internet vrijwel niet weg te krijgen zijn, zorgt ervoor dat men de waarde van het 'recht te worden vergeten' kan betwijfelen.

3.4. De controlebevoegdheid in relatie tot het recht op vrijheid van meningsuiting

3.4.1. Vrijheid van meningsuiting

Het recht op vrijheid van meningsuiting is neergelegd in art. 11 EU-Handvest, art. 19 URVM, art. 10 EVRM, art. 19 IVBPR en art. 7 Gw. Het grondrecht zoals het in art.7 Gw is beschreven ziet met name op de vrijheid op het uiten van een mening, zonder toestemming vooraf van de overheid. Het recht bestaat uit twee kernrechten, enerzijds het recht om gedachten en gevoelens te openbaren en anderzijds het recht deze te uiten zonder censuur. De horizontale werking van het recht op vrijheid van meningsuiting is niet expliciet erkend door de Hoge Raad. Veeleer komt het recht, in horizontale gevallen, aan bod bij open privaatrechtelijke normen zoals de redelijkheid en billijkheid en het goed werkgeverschap.¹¹⁰ Het recht op vrijheid van meningsuiting wordt vormgegeven door deze wettelijke bepalingen, als ook door andere (formele) wetten. In art. 10 EVRM wordt een dimensie aan het recht op vrijheid van meningsuiting toegevoegd, namelijk de vrijheid om 'inlichtingen of denkbeelden te ontvangen'. Anders dan in art. 7 Gw is de ontvangstvrijheid uitdrukkelijk erkend. Ook wordt uitdrukkelijker niet alleen het uiten maar ook het verspreiden van een mening beschermd door art. 10 EVRM. Ook in het EU-Handvest spreekt men van het recht om 'inlichtingen of denkbeelden te ontvangen of te verstrekken'. Voor de verdere werking en de beperkingen wordt aangesloten bij art. 10 EVRM.¹¹¹

In de arbeidsverhouding is een grote rol weggelegd voor het goed werkgeverschap en het goed werknemerschap van art. 7:611 BW. Zoals eerder vermeld werkt ook het grondrecht van vrijheid van meningsuiting langs deze weg door in de arbeidsverhouding. Ook hier werkt het grondrecht dus door via algemene, vage normen.¹¹² Er zal steeds afgewogen dienen te worden of het handelen door de werknemer dan wel werkgever redelijk te noemen is, gezien in het licht van de voorgelegde feiten en omstandigheden.¹¹³ Dit maakt dat het moeilijk voorzienbaar is wat geaccepteerd moet worden en wat niet.

Ook art. 7:678 lid 2 BW speelt in de kwestie rond de vrijheid van meningsuiting een rol. In dit artikel is bepaald dat de werknemer zijn werkgever en medewerkers niet grovelijk mag beledigen (lid 2 sub e) en wordt de werknemer verboden bijzonderheden aangaande de onderneming welke hij behoort geheim te houden, openbaar te maken (lid 2 onder i).¹¹⁴ Vaak wordt door het tekenen van een geheimhoudingsverklaring een concrete invulling gegeven aan de vraag wat bijzonderheden zijn welke geheim gehouden dienen te worden. Interessant is hier wat dient te

¹⁰⁹ Van der Sloot 2012, p. 254.

¹¹⁰ Van Uden 2006.

¹¹¹ Toelichting EU-Handvest, toelichting bij artikel 11.

¹¹² Verhulp 1996, p. 190

¹¹³ Het recht op vrijheid van meningsuiting is niet absoluut, De Wolff 2007, p. 163.

¹¹⁴ Van der Grinten/Bouwens & Duk 2011, p. 61; Van Uden 2006.

gebeuren met werknemers welke misstanden bij hun werkgever aan het licht brengen, de zogenoemde klokkenluiders.¹¹⁵ Zij brengen immers op basis van het maatschappelijk belang gevoelige, vaak vertrouwelijke feiten naar buiten. Wanneer zij hiertoe over gaan, kunnen zij hun werkgever ernstige schade toebrengen. De klokkenluider zal dan ook moeten overwegen of er wellicht een minder bezwarende manier is om dergelijke misstanden aan de kaak te stellen. Aan de andere kant speelt dat de werknemer ondergeschikt is aan de werkgever, en hij zijn mond zal houden uit angst voor machtsmisbruik (bijvoorbeeld door het beëindigen van de arbeidsrelatie). De werknemer zal in dat geval immers aan moeten tonen dat hij benadeeld wordt omdat hij misstanden naar buiten heeft gebracht, wat de nodige problemen met zich kan brengen.¹¹⁶

3.4.2. Jurisprudentie Nederland

Een van de belangrijkste zaken, en tevens de enige waarin de Hoge Raad zich heeft uitgesproken over de vrijheid van meningsuiting in het arbeidsrecht is *Meijer/De Schelde*.¹¹⁷ De heer Meijer was lid van de ondernemingsraad van KMS De Schelde. In die hoedanigheid had hij informatie gekregen op basis waarvan hij oordeelde dat de rentabiliteit en continuïteit van de onderneming te wensen overliet. Hij zond hierover een brief aan de Minister van Economische Zaken, alsmede aan de pers. De Schelde ging direct na het verzenden van de brief over tot ontslag op staande voet. De heer Meijer riep de nietigheid van het ontslag in, en beriep zich hierbij op de vrijheid van meningsuiting. De enige begrenzing van dit recht was volgens hem zijn geheimhoudingsplicht. De heer Meijer stelde dat hij niet in strijd met deze plicht had gehandeld, nu hij de feiten waarop zijn conclusies gebaseerd waren niet had gepubliceerd, onder vermelding van het feit dat het hier om bedrijfsgeheimen ging. Directe werking van het grondrecht werd niet afgewezen, al erkent de Hoge Raad deze ook niet expliciet.¹¹⁸ Wel oordeelde de Hoge Raad dat met het prijsgeven van geheimen gelijkgesteld kon worden het openbaar maken van een conclusie die publiekelijk wordt getrokken uit geheime gegevens welke niet bekend worden gemaakt. De opvatting dat alleen de geheimhoudingsplicht in dit geval de vrijheid van meningsuiting kon begrenzen, werd als niet juist afgedaan. Het ontslag bleef dan ook in stand.

Na het arrest van de Hoge Raad zijn er in de lagere rechtspraak nog vele vonnissen geweest omtrent de vrijheid van meningsuiting in het arbeidsrecht.¹¹⁹ Er kan hierbij worden onderscheiden in uitspraken welke handelen over de geheimhoudingsplicht en uitspraken welke handelen over belediging.¹²⁰ Zo is omtrent de geheimhoudingsplicht bepaald dat deze ook voortduurt na beëindiging van de arbeidsovereenkomst.¹²¹ Ook wanneer geen geheimhoudingsplicht is overeengekomen, kan de werknemer toch geboden zijn om voorzichtig met zijn recht van vrijheid van meningsuiting om te gaan. Dit volgt uit de aard van de arbeidsovereenkomst, en dan specifiek de zorgplicht welke is neergelegd in art. 7:611 BW, het goed werknemerschap.¹²² Dit wil echter niet zeggen dat een werknemer geen kritiek zou kunnen uiten op de werkgever, zeker wanneer het gaat om niet-vertrouwelijke gegevens dient een werkgever een bepaalde mate van kritiek te

¹¹⁵ Van der Grinten/Bouwens & Duk 2011, p. 61-62.

¹¹⁶ Verhulp 1996, p. 175-179 en p. 184-185.

¹¹⁷ HR 20 april 1990, *NJ* 1990, 702 m.nt. P.A. Stein (*Meijer/De Schelde*); zie ook de annotatie bij dit arrest van Heerma van Voss 1991.

¹¹⁸ Heerma van Voss 1991, p. 199.

¹¹⁹ Van Uden 2006.

¹²⁰ Van Uden onderscheidt in zijn artikel uit 2006 meerdere soorten uitspraken, maar ik acht deze twee het belangrijkste voor deze scriptie. Ik heb er daarom voor gekozen alleen deze twee aspecten verder uit te werken.

¹²¹ Rb Amsterdam 16 augustus 1995, *JAR* 1995/208 (*Greenpeace/Kotte*).

¹²² HR 20 april 1990, *NJ* 1990/702 (*Meijer/De Schelde*).

accepteren.¹²³ Uit de jurisprudentie rond klokkenluiders¹²⁴ blijkt dat van belang is of de werknemer zorgvuldig te werk is gegaan, dat wil zeggen, heeft hij zelf het belang van openbaring afgewogen tegen de mogelijke schade voor de werkgever, heeft hij de problemen intern aangekaart en heeft hij gekozen voor de minst schadelijke oplossing.

Omtrent belediging zijn vele vonnissen geweest, maar deze zaken zijn altijd erg afhankelijk van de omstandigheden van het geval.¹²⁵ Veelal wordt niet te zwaar getild aan de opmerkingen van de werknemer, ook omdat de werkgever niet in staat is te bewijzen dat er sprake is van (grovelijke) belediging. Veelal is er immers sprake van woord tegen woord. Anders wordt het wanneer er (schriftelijk) bewijs is van de belediging. Dit blijkt, onder meer, uit een uitspraak van de Kantonrechter in Arnhem.¹²⁶ De werknemer had in deze zaak beledigende uitlatingen over zijn werkgever gedaan op Facebook. De rechter oordeelde dat het hier ging om grove belediging, welke niet gerechtvaardigd kon worden door een beroep op vrijheid van meningsuiting, zoals de werknemer wel had betoogd. Dat de uitspraken inmiddels van Facebook waren verwijderd deed hier niet aan af.

3.4.3. Jurisprudentie EHRM

Over het recht op vrijheid van meningsuiting in het arbeidsrecht zijn niet veel Europese vonnissen geweest.¹²⁷ Lange tijd leek überhaupt geen rol weggelegd voor de vrijheid van meningsuiting in het arbeidsrecht. In 1995 werd echter het arrest *Vogt/Duitsland* gewezen.¹²⁸ In dit arrest werd een docente ontslagen, omdat zij lid was van een communistische partij. Het EHRM oordeelde dat dit onrechtmatig was tegenover de docente, en bepaalde uitdrukkelijk dat art.10 EVRM ook geldt in de arbeidsverhouding. Het Hof stelde dat hoewel de bezwaren van Duitsland wel relevant waren, het niet noodzakelijk was dat de docente ontslagen werd om haar politieke voorkeur. In 2000 werd in *Fuentes Bobo/Spanje* vonnis gewezen omtrent de uitingen van een werknemer jegens zijn werkgever. In deze zaak was een programmamaker ontslagen nadat hij, in het licht van een arbeidsconflict en een op handen zijnde reorganisatie, meermaals beledigende uitspraken had gedaan over zijn werkgever. Het EHRM oordeelde dat het ontslag niet noodzakelijk was, mede gezien de leeftijd, anciënniteit en het feit dat de uitspraken hem (gedeeltelijk) in de mond waren gelegd. Dat het ook anders kan blijkt uit *Diego Nafria/Spanje*.¹²⁹ Diego Nafria was een hoge ambtenaar bij een bank die ontslag had gekregen nadat hij een brief had gestuurd aan zijn superieuren waarin hij topfunctionarissen van de bank van fraude beschuldigde. Een afschrift van deze brief stuurde hij aan enkele collega's. Het EHRM vond ontslag een gerechtvaardigde sanctie, niet alleen vanwege het gebrek aan bewijs omtrent fraude en de toonzetting van de brief, maar ook omdat Diego Nafria vanuit zijn positie een grotere verantwoordelijkheid had en bovendien zijn uitingen weloverwogen had gedaan.

De Europese rechtspraak omtrent dit onderwerp is met slechts enkele uitspraken schaars, al

¹²³ Rb. Eindhoven 5 maart.2004, *JAR* 2004/103; zie ook Ktr. Maastricht 8 juli 2004, *JAR* 2004/214 en Ktr. Haarlem 10 februari 1998, *Prg* 1998, nr. 4971; Rb. Leeuwarden 6 april 2011, *RAR* 2011/93.

¹²⁴ Zie onder meer EHRM 14 maart 2002, *JAR* 2002/137 (*Diego Nafria/Spanje*); Ktr. Amsterdam 15 oktober 2004, *JAR* 2005/35; Ktr. Utrecht 27 december 2006, *JAR* 2007/74; Rb. Amsterdam 21 januari 2010, *JAR* 2010/66; Hof Amsterdam 14 juni 2011, *JAR* 2011/221.

¹²⁵ Van Uden 2006; zie ook Verhulp 1996, p. 132-133.

¹²⁶ Ktr. Arnhem 19 maart.2012, *LJN* BV9483, *JAR* 2012/97.

¹²⁷ Van der Heijden & Heerma van Voss 1990, p. 213.

¹²⁸ EHRM 26 september 1995, *NJ* 1996/545 m.nt. E. J. Dommering (*Vogt/Duitsland*).

¹²⁹ EHRM 14 maart.2002, *JAR* 2002/137 (*Diego Nafria/Spanje*).

kan niet gesteld worden dat art. 10 EVRM geen praktisch belang heeft in het arbeidsrecht. Van Uden stelt zelfs dat het zou lonen om vaker dit artikel in te roepen, omdat de noodzakelijkheidstoets die gedaan wordt bij het afwegen van de beperking er voor zorgt dat een nieuwe uitspraak in de trant van *Meijer/De Schelde* onwaarschijnlijk is.¹³⁰

3.5. Conclusie

In dit hoofdstuk is de eerste deelvraag behandeld, te weten: *‘Wat houdt de gezagsbevoegdheid van de werkgever in?’* De werknemer stemt door het aangaan van een arbeidsovereenkomst in met een bepaalde mate van ondergeschiktheid, waardoor de werkgever gezagsbevoegdheid heeft. De grondrechten van de werknemer kunnen hierdoor worden ingeperkt. De werkgever dient wel een belang te hebben bij het beperken van de grondrechten van de werknemer, wat m.i. al snel het geval is. Het valt aan te nemen dat zodra het gedrag van de werknemer raakt aan werk, de werkgever er zeggenschap over heeft.¹³¹ Immers, op dat moment kan de werkgever invloed ondervinden van gedrag of uitlatingen van een werknemer. Dit betekent voor het recht op vrijheid van meningsuiting dat de werkgever kan voorschrijven dat alleen op een bepaalde manier, alleen op bepaalde fora of in zijn geheel niet bericht mag worden over de onderneming. De werkgever dient er wel voor te zorgen dat de werknemer op de hoogte is van de regels, dit kan door een individuele overeenkomst, zoals in het Hyatt-arrest, maar het kan ook doordat de werknemer instemt met het van toepassing zijn van bepaalde reglementen of protocollen, zolang deze voor de werknemer kenbaar zijn. Met andere woorden, hij dient erop gewezen te worden. De instructies welke de werkgever stelt dienen wel proportioneel en subsidiair te zijn, waardoor een algeheel verbod niet snel toegelaten zal zijn. De werkgever kan de werknemer ook instrueren zich te onthouden van bepaalde uitspraken. Dit kunnen uitspraken zijn met betrekking tot het bedrijf, maar ook wanneer een werknemer er erg radicale standpunten op na houdt, kan een werkgever uitspraken hierover aan banden leggen. Deze instructies kunnen dus ook gelden buiten werktijd. Het belang van de werkgever op het geven van instructies kan bovendien vergroot worden door de functie van de werknemer. Indien een werknemer voor derden kenbaar is als zijnde werkzaam bij een bepaald bedrijf, zoals een notaris of een publiek persoon, kan de vrijheid van meningsuiting verder beperkt worden dan wanneer de werknemer voor derden niet aan het bedrijf te linken is.

De werkgever heeft vervolgens op basis van de gezagsbevoegdheid het recht te controleren of de werknemer zich ook daadwerkelijk aan de regels houdt. Hij dient zich hierbij wel te gedragen als een goed werkgever, wat onder meer betekent dat hij rekening moet houden met de proportionaliteit en subsidiariteit van zijn maatregel. Het door middel van een technische blokkade tegengaan van ongewenst gedrag verdient dan ook de voorkeur boven controle achteraf. Voor wat betreft controle op het gebruik van internet, zal veelal gebruik gemaakt worden van technische controle, waarbij gescreend wordt op het gebruiken van bepaalde termen op internet, of steekproefsgewijs controleren. Indien een werkgever echter het idee heeft dat het een privébericht betreft, dient hij zich afzijdig te houden. Indien de werkgever echter een (redelijk) vermoeden heeft dat de werknemer zich niet als een goed werknemer gedraagt, kan de werkgever hier aan voorbij gaan. Ingevolge de Wbp dient de werknemer echter wel te weten dat een controle mogelijk is en bovendien dient de inbreuk zo kort mogelijk te zijn. De werkgever zal dus niet langer dan noodzakelijk de werknemer intensief mogen controleren. Hoever de gezagsbevoegdheid in concrete

¹³⁰ Van Uden 2006.

¹³¹ Aantjes 2012, p. 64; Demuyne 2010, 74.

situaties gaat, zal aan bod komen in de volgende hoofdstukken, waarin gekeken wordt naar de beëindiging van de arbeidsverhouding en het concurrentiebeding.

4. De beëindiging van de arbeidsverhouding.

In de vorige hoofdstukken is gekeken naar de vereisten van een arbeidsovereenkomst en de controlebevoegdheid van de werkgever. In dit hoofdstuk wordt gekeken naar de eindfase van de arbeidsovereenkomst. De tweede deelvraag zal beantwoord worden, te weten *‘Zijn er uit de rechtspraak nieuwe criteria te ontwikkelen voor een rechtmatige beëindiging van de arbeidsverhouding naar aanleiding van het gebruik van sociale media?’* Teneinde een antwoord op deze vraag te kunnen geven zal ik eerst een algemene beschrijving geven van de voor deze scriptie twee belangrijkste beëindigingswijzen, namelijk het ontslag op staande voet en de ontbinding bij de kantonrechter. De andere wijzen van beëindiging, te weten de opzegging en de beëindiging met wederzijds goedvinden, zijn voor deze scriptie minder belangrijk, enerzijds omdat er bij deze beëindigingsmogelijkheden minder vaak sprake is van een dringende reden (welke ligt in de persoon zelf) en anderzijds omdat hier veelal geen rechter aan te pas komt. Bij deze algemene beschrijving zal ik ook de jurisprudentie van de afgelopen tien jaar welke specifiek genoemd is in relatie met het gebruik van sociale media behandelen. Ik heb gekozen voor de laatste tien jaar omdat hierin de opkomst van sociale media het grootst is. Het hoofdstuk zal worden afgesloten met een conclusie.

4.1. Ontbinding bij de kantonrechter¹³²

In art. 7:685 lid 1 BW is de mogelijkheid tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst opgenomen. Het artikel luidt als volgt: *‘Ieder der partijen is te allen tijde bevoegd zich tot de kantonrechter te wenden met het verzoek de arbeidsovereenkomst wegens gewichtige redenen te ontbinden. Elk beding waarbij deze bevoegdheid wordt uitgesloten of beperkt, is nietig. (...)’*. Beide partijen kunnen dus de rechter vragen de arbeidsovereenkomst zo spoedig mogelijk te beëindigen. De rechter is niet verplicht om het verzoek in te willigen, hij kan het verzoek ook afwijzen.¹³³ Ingevolge art. 7:685 lid 2 BW houden ‘gewichtige redenen’ in dat partijen ontbinding kunnen vragen omwille van een dringende reden als bedoeld in art. 7:677 BW, dan wel omwille van veranderingen in de omstandigheden waardoor een voortzetting niet meer gevegd kan worden. De meerwaarde van het opnemen van de dringende reden in dit artikellid, is dat de werkgever zich er ook op kan beroepen, ook al is hij –om wat voor reden dan ook- niet overgegaan tot het geven van onverwijld ontslag.¹³⁴ Bovendien is de werkgever in dit geval geen vergoeding verschuldigd, waarover later meer.¹³⁵

Onder de noemer ‘veranderingen in de omstandigheden’ kunnen allerlei zaken aan de orde komen. De meeste zaken kunnen onderverdeeld worden in een verstoorde arbeidsverhouding/vertrouwensbreuk, ongeschiktheid voor de functie of een bedrijfseconomische omstandigheid.¹³⁶ De verandering van de omstandigheden hoeft dus niet aan de werknemer te wijten te zijn. Wanneer de verandering voorzienbaar was, kan de werkgever zich er niet op beroepen.¹³⁷ De verstoorde arbeidsverhouding kan onder meer voortkomen uit het (overmatig) verrichten van privéactiviteiten tijdens het werk¹³⁸, maar ook door het gedrag van een werknemer in

¹³² Voor uitgebreide informatie over de ontbindingsprocedure, zie Dop 2012 en Van Drongelen 2011-III.

¹³³ Het merendeel van de verzoeken wordt echter wel ingewilligd: Dop 2012, p. 123; Kruit 2012, p. 39.

¹³⁴ Zie ook Asser/Heerma van Voss 7-V 2012, nr. 401; Van Drongelen e.a. 2011-III, p. 283.

¹³⁵ Dop 2012, p. 121.

¹³⁶ Kruit 2012, p. 57; Dop 2012, p. 123; ongeveer 60% van de zaken ziet op een verstoorde arbeidsverhouding: Kruit 2012, p. 227.

¹³⁷ Van Drongelen e.a. 2011-III, p. 286.

¹³⁸ Zie bijvoorbeeld Ktr. Enschede 2 december 2002, JAR 2002/196, waarin een werknemer in vier maanden voor € 4.800,- aan privégesprekken gevoerd had via de telefoon van zijn werkgever, zie ook Ktr. Zwolle 21 juni 2002, JAR 2002/196;

de privésfeer.¹³⁹ Een verandering in de omstandigheden kan zich ook voordoen doordat de werknemer zich niet heeft gedragen als een goed werknemer, bijvoorbeeld omdat hij niet wenst in te stemmen met redelijke voorschriften van de werkgever.¹⁴⁰ Wanneer een werkgever zijn verzoek stoelt op het feit dat de werknemer ongeschikt is voor zijn functie, zal hij dit aannemelijk moeten maken, met concrete bewijzen, zoals beoordelingen. Bovendien moet de werknemer kennis hebben van het standpunt van de werkgever en dient hij de kans hebben gekregen zijn functioneren te verbeteren, bijvoorbeeld door een verbeteringstraject.¹⁴¹ Bij een bedrijfseconomische omstandigheid ligt het meer voor de hand om een ontslagvergunning aan te vragen, maar ook bij een ontbindingsverzoek kan er een beroep op worden gedaan.¹⁴²

Wanneer de kantonrechter een ontbindingsverzoek op grond van gewijzigde omstandigheden gegrond acht, kan hij op grond van art. 7:685 lid 8 BW overgaan tot het toekennen van een vergoeding. De mogelijkheid van het toekennen van een vergoeding bestaat dus niet bij ontbinding op grond van een dringende reden.¹⁴³ Hoewel de vergoeding meestal toegekend zal worden aan de werknemer, is het niet uitgesloten dat een werkgever aanspraak maakt op vergoeding.¹⁴⁴ De vergoeding is een billijkheidsvergoeding.¹⁴⁵ Bij het bepalen van de hoogte wordt rekening gehouden met 'alle relevante feiten en omstandigheden'¹⁴⁶, zoals de duur van het dienstverband, de mate van verwijtbaarheid, de financiële positie van de werkgever, de leeftijd van de werknemer en diens positie op de arbeidsmarkt.¹⁴⁷ De kantonrechter is aldus (redelijk) vrij in het bepalen van de hoogte van de vergoeding. Om al te grote verschillen in vergoedingen te voorkomen, is er door de rechtspraak een richtlijn opgesteld,¹⁴⁸ welke bekend staat als 'de Kantonrechtersformule'.¹⁴⁹

4.2. Ontslag op staande voet¹⁵⁰

Het ontslag op staande voet is geregeld in art. 7:677 BW. Het luidt als volgt: '*leder der partijen is bevoegd de arbeidsovereenkomst onverwijld op te zeggen om een dringende reden, onder gelijke mededeling van die reden aan de wederpartij. (...)*'. Uit deze omschrijving kunnen drie voorwaarden worden gedestilleerd, het moet gaan om een 1) onverwijld ontslag, 2) op grond van een dringende reden (objectief en subjectief), 3) welke medegedeeld dient te worden. Deze criteria zullen hieronder behandeld worden. Hoewel ook de werknemer op staande voet ontslag kan nemen, richt ik mij in

overmatig internetgebruik werd niet aangenomen in Ktr, Rotterdam (vrz) 7 juni 2004, *JAR* 2004/156 en Rb. Sittard-Geleen 1 oktober 2009, *JAR* 2009/279.

¹³⁹ Zo werd in Ktr. 's-Hertogenbosch 6 juni 2007, *JAR* 2007/149 de arbeidsovereenkomst met de redacteur van het Katholiek Nieuwsblad ontbonden op grond van het feit dat hij een buitenechtelijke relatie had gehad en in scheiding lag met zijn vrouw; in Ktr. Breda 26 februari 2013, *JAR* 2013/99 werd het contract van een werknemer ontbonden wegens zijn (voorgenomen) lidmaatschap van motorclub Satudarah.

¹⁴⁰ Zie hierover uitgebreid De Wolff 2007, m.n. p. 26-32; zie ook Van Drongelen e.a. 2011-III, p. 292 over het niet aanvaarden van een in redelijkheid aangeboden wijziging van de arbeidsovereenkomst.

¹⁴¹ De Wolff 2007, p. 14-15.

¹⁴² Van Drongelen e.a. 2011-III, p. 286-287.

¹⁴³ Wel kan de werknemer wellicht aanspraak maken op een vergoeding op basis van wanprestatie. Zie hierover HR 1 december 1989, *NJ* 1990/451; Verhulp & Zondag 2008, p. 88; Dop 2012, 121.

¹⁴⁴ Dop 2012, p. 130; Ktr. Arnhem 1 augustus 2005, *JAR* 2005/208; Ktr. Amsterdam 8 september 2003, *JAR* 2003/230.

¹⁴⁵ Van Drongelen e.a. 2011-III, p. 299; zie voor een uitgebreide behandeling over de grondslag van de ontslagvergoeding Van der Vorm 2007.

¹⁴⁶ HR 24 oktober 1997, *JAR* 1997/248.

¹⁴⁷ Van Drongelen e.a. 2011-III, p. 300.

¹⁴⁸ Aanbevelingen voor procedures ex art. 7:685 BW.

¹⁴⁹ Zie voor een uitgebreide beschrijving Dop 2012, p. 125-132; Van Drongelen 2011-III, p. 302-314.

¹⁵⁰ Zie voor een uitgebreide bespreking van het ontslag op staande voet Dop 2012 en Van Drongelen 2011-III.

onderstaande met name op het ontslag op staande voet gegeven door de werkgever, nu dit voor deze scriptie het meest van belang is.

Wanneer de werkgever ontslag op staande voet geeft, hoeft hij geen rekening te houden met een opzegtermijn of met opzegverboden.¹⁵¹ Wanneer een werknemer het niet eens is met het ontslag op staande voet, kan hij proberen aan te tonen dat het ontslag niet op de rechtens juiste manier is gegeven.¹⁵² Het kan hierbij gaan om het ontbreken van een dringende reden, dan wel het niet onverwijld geven van die reden. Wanneer dit het geval is, is er sprake van een gewone opzegging, maar doordat deze niet juist is uitgevoerd, kan de werknemer de vernietigbaarheid inroepen of een schadevergoeding vragen. Daarnaast kan de werknemer een procedure starten op grond van het kennelijk onredelijk ontslag van art. 7:681 BW.¹⁵³ Op deze mogelijkheden zal de werknemer wel binnen korte tijd een beroep moeten doen, de rechtsvorderingen op basis van de artt. 7:677 lid 4 en 5 en 7:681 BW verjaren al na zes maanden, aldus art. 7:683 BW.

4.2.1. Onverwijld

De wetgever heeft met het woordje 'onverwijld' in art. 7:677 lid 1 BW aan willen geven dat de ontslag gevende partij iets ruimer de tijd heeft dan wanneer dit 'onmiddellijk' zou moeten.¹⁵⁴ Er is bijvoorbeeld tijd gelaten om enig onderzoek te doen naar de zaak, overleg te voeren over het ontslag en het inwinnen van juridisch advies.¹⁵⁵ De tijdsduur van deze zaken zal wel redelijk moeten zijn.¹⁵⁶ Wanneer een werknemer pas een maand na een beschuldiging van diefstal ontslagen wordt, kan er geen sprake zijn van een 'onverwijld' gegeven ontslag.¹⁵⁷ Het kan uiteraard wel zijn dat een werkgever pas een maand na dato ontdekt dat sprake is van een dringende reden, bijvoorbeeld dat een werknemer iets gestolen heeft. In dat geval dient het ontslag gegeven te worden 'onverwijld' na het moment dat de werkgever wist of had kunnen weten dat er sprake was van een dringende reden voor ontslag.¹⁵⁸

4.2.2. De dringende reden

De dringende reden is verder uitgewerkt in art. 7:678 lid 1 BW. Het moet gaan om 'zodanige daden, eigenschappen of gedragingen van de werknemer' dat in alle redelijkheid niet van de werkgever verwacht kan worden het dienstverband nog verder door te zetten. Het artikellid bepaalt niet alleen dat er objectief gezien sprake moet zijn van een dringende reden, ook subjectief gezien moet er sprake zijn van een dringende reden.¹⁵⁹ Een objectief dringende reden houdt in dat ieder weldenkend mens de reden als dringend ervaart. De subjectief dringende reden houdt in dat ook de betreffende werkgever de reden als dringend ervaart. Hier kan men denken aan de gewoonte dat een zakelijke telefoon ook voor privé doeleinden gebruikt mag worden of de manier waarop de

¹⁵¹ Verhulp & Zondag 2008, p.64.

¹⁵² Van Drongelen 2011-III, p. 243.

¹⁵³ Zie hierover ook Verhulp & Zondag 2008, p. 80-82.

¹⁵⁴ Kamerstukken II 1997/98, 25 263, nr 14, p. 8.

¹⁵⁵ HR 27 september 1996, *JAR* 1996/217; HR 25 oktober 1996, *JAR* 1996/233, Ktr. Gorinchem 22 oktober 2007, *Prg.* 2008, nr. 8.

¹⁵⁶ HR 15 februari 1980, *NJ* 1980/328 m. nt. P.A. Steijn; zie ook Van Drongelen 2011-III, p. 214.

¹⁵⁷ Ktr. Amsterdam 22 maart.2000, *JAR* 2000/154; zie ook Ktr. Utrecht 16 januari 2008, *Prg.* 2008, nr. 92; Ktr. Utrecht 2 juli 2008, *Prg.* 2008, nr. 135.

¹⁵⁸ HR 27 april 2010, *JAR* 2010/95; zie ook Van Drongelen 2011-III, p. 213.

¹⁵⁹ Van Drongelen 2011-III, p. 211.

werkgever met voorgaande gevallen is omgegaan.¹⁶⁰ Als bepaald gedrag immers gewoonlijk is in een bedrijf, dan zal ontslag op basis van dat gedrag alleen in uitzonderlijke gevallen rechtmatig worden bevonden. De subjectieve dringende reden hangt ook nauw samen met het vereiste van het onverwijld geven van ontslag, immers indien het ontslag niet onverwijld wordt gegeven, zal het ook niet als subjectief dringend worden ervaren.¹⁶¹

Een, niet limitatieve, opsomming van de objectief dringende reden is voor de werkgever opgenomen in art. 7:678 lid 2 BW.¹⁶² Gedacht kan worden aan misleiding,¹⁶³ belediging, diefstal en gedrag in strijd met de goede zeden. De goede zeden kwamen, onder meer, naar voren bij een uitspraak van de kantonrechter in Den Bosch.¹⁶⁴ De werknemer had een e-mailbericht naar collega's gestuurd met daarbij een pornografisch getinte bijlage. De werknemer werd op staande voet ontslagen, maar dit werd door de kantonrechter onredelijk geacht nu het ging om een bijlage welke humoristisch bedoeld was en blijkens (vele) verklaringen van collega's ook zo opgevat was. Er was dan ook geen sprake van een dringende reden. Voor wat belediging betreft geldt als regel dat de werkgever werkgerelateerde kritiek veelal dient te accepteren in verband met het recht op vrijheid van meningsuiting, maar andersoortige kritiek niet.¹⁶⁵ Belediging van collega's, al dan niet via sociale media, hoeft hij niet te accepteren.¹⁶⁶ Er kan ook sprake zijn van een objectieve dringende reden wanneer de werknemer geen verwijt treft.¹⁶⁷ Ook het gedrag van een werknemer in de privésituatie kan –in uitzonderingssituaties- zorgen voor een dringende reden voor ontslag.¹⁶⁸

Wat betreft de aard en de ernst van de gedraging, is van belang of de werkgever een beleid heeft, bijvoorbeeld met betrekking tot het (privé) gebruik van internet.¹⁶⁹ Wanneer een werkgever hierover geen of een onduidelijk beleid heeft vastgesteld, zal een dringende reden minder snel aangenomen worden, zeker indien geen waarschuwing is gegeven. Een ontbinding op grond van gewijzigde omstandigheden zonder toekenning van een vergoeding is dan een vaak gebruikte oplossing,¹⁷⁰ maar het verzoek kan ook, in relatie tot de overige omstandigheden, afgewezen worden.¹⁷¹ Ook de branche waarin iemand werkt of zijn functie kan hier invloed op hebben.¹⁷² Wat ook mee kan spelen is de vraag of de werknemer eerder al gewaarschuwd is voor de eventuele

¹⁶⁰ Van Drongelen 2011-III, p. 213.

¹⁶¹ Asser/Heerma van Voss 7-V 2012, nr. 376.

¹⁶² Voor de werknemer zijn deze redenen opgenomen in art. 7:679 BW. Omwille van de duidelijkheid wordt dit niet verder besproken in deze scriptie.

¹⁶³ Gedacht kan worden aan foutieve informatie op een cv: Ktr. Amsterdam 15 september 2008, *JAR* 2008/266; Ktr. Leiden 26 september 2007, *JAR* 2007/271. Een foutieve vermelding op LinkedIn werd echter niet als dringende reden aangemerkt, met name omdat de werknemer niet afgegaan was op de vermelde informatie: Hof 's-Hertogenbosch 4 januari 2011, *JAR* 2011/72.

¹⁶⁴ Ktr. 's-Hertogenbosch 16 december 2002, *JAR* 2003/28.

¹⁶⁵ EHRM 12 september 2011, *JAR* 2011/280 m. nt. I. J. de Laat; Ktr. Arnhem 19 maart.2012, *LJN* BV9483, *JAR* 2012/ 97.

¹⁶⁶ Ktr. Arnhem 11 april 2012, *LJN* BW2006, *Prg.* 2012, nr. 150; in dit geval betrof het belediging en discriminatie van een collega via Facebook; Ktr. Haarlem 26 maart.2008, *JAR* 2008/83, een zaak waarin een werknemer filmpjes op YouTube had gezet waarin te zien was hoe een collega getreiterd werd in verband met zijn seksuele geaardheid; Ktr. Nijmegen 3 maart.2005, *JAR* 2005/72.

¹⁶⁷ Asser/Heerma van Voss 7-V 2012, nr. 374; Zie bijvoorbeeld HR 29 september 2000, *JAR* 2000/223; Rb. Almelo 19 dec. 1979, *NJ* 1981/137; HR 3 maart.1989, *NJ* 1989/549 m. nt. P.A. Steijn.

¹⁶⁸ Zie HR 14 september 2007, *JAR* 2007/250 (*Hyatt*); zie ook Dop 2012, p. 100.

¹⁶⁹ Wanneer een duidelijk beleid is vastgesteld, volgt veelal ontbinding: Ktr. Haarlem 15 april 2004, *JAR* 2004/125; zie ook Ktr. Utrecht 31 oktober 2002, *JAR* 2002/289; Ktr. Tilburg 4 april 2007, *JAR* 2007/119.

¹⁷⁰ Ktr. Sittard 3 december 2002, *JAR* 2002/105; Ktr. Amsterdam 19 april 2002, *JAR* 2002/107; Ktr. Alkmaar 27 juni 2002, *JAR* 2002/171; Ktr. Venlo 27 juni 2003, *JAR* 2003/217.

¹⁷¹ In Ktr. Eindhoven 17 september 2002, *JAR* 2003/77 werd het verzoek afgewezen omdat een waarschuwing meer op zijn plaats was geweest gezien de duur van het dienstverband en het feit dat het slechts om een klein aantal bestanden ging; zie ook Ktr. 's-Gravenhage 3 oktober 2002, *JAR* 2002/269.

¹⁷² Dop 2012, p. 101; zie ook Ktr. Middelburg (vrz) 20 december 2012, *JAR* 2013/82, waarin een afdelingschef terecht ontslag op staande voet kreeg nadat hij twee broden en een pak sap mee naar huis had genomen zonder te betalen.

consequenties van zijn gedrag. Het kan hierbij gaan om een gedraging 'welke de emmer doet overlopen'.¹⁷³ Het is bij het ontslag op staande voet wel belangrijk dat een werkgever iedere werknemer hetzelfde behandelt.¹⁷⁴

4.2.3. Mededeling

De dringende reden moet worden medegedeeld aan de werknemer, zodat de werknemer kan beoordelen of de gegeven reden juist is en of hij zich kan vinden in de dringendheid van de reden.¹⁷⁵ Op deze manier kan hij zijn verdere handelwijze bepalen. Wanneer het voor de werknemer onomstotelijk duidelijk is of zou moeten zijn wat de reden is voor het ontslag op staande voet, hoeft de reden niet gelijktijdig te worden medegedeeld.¹⁷⁶ Het ontslag op staande voet kan ook voorwaardelijk gegeven worden. Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer een werknemer bij voorbaat stelt een bepaalde dag niet te komen werken, terwijl hij geen vrij krijgt van de werkgever. Wanneer de werknemer in dat geval niet komt werken, kan de werkgever rechtsgeldig ontslag op staande voet geven.¹⁷⁷

4.3. Persoonlijke omstandigheden

Een ontslag op staande voet dan wel een ontbinding op grond van een dringende reden heeft zeer grote gevolgen voor de werknemer - hij verliest bijvoorbeeld het recht op een Werkloosheidsuitkering-¹⁷⁸, waardoor de werkgever rekening moet houden met de persoonlijke omstandigheden van de werknemer.¹⁷⁹ De Hoge Raad heeft bepaald dat de persoonlijke omstandigheden ertoe kunnen leiden dat een ontslag op staande voet een te zware sanctie is. Bij het geven van een ontslag op staande voet dient de aard en de ernst van de dringende reden afgezet te worden tegen de aard van de dienstbetrekking,¹⁸⁰ de duur daarvan, de manier waarop de werknemer tijdens het dienstverband gefunctioneerd heeft en de persoonlijke omstandigheden zoals de leeftijd en de gevolgen van het ontslag op staande voet.¹⁸¹ Er komt, met andere woorden, een belangenafweging te pas aan het al dan niet bestaan van een dringende reden.¹⁸² Een mooi voorbeeld hiervan is te vinden in een zaak welke diende bij de kantonrechter in Haarlem.¹⁸³ De werknemer had tijdens werktijd veelvuldig (homo) chatrooms en pornografische websites bezocht, hij had e-mailberichten met pornografische inhoud verstuurd en ontvangen en hij had dergelijke afbeeldingen opgeslagen op de computer. Hoewel de werkgever een beleid had omtrent internetgebruik en ook overigens het internetgebruik van de werknemer alle proporties te buiten

¹⁷³ Rb. Amsterdam 27 augustus 1997, *JAR* 1997/210; Het hoeft hierbij niet te gaan om een zelfde soort gedraging: HR 15 februari 1991, *NJ* 1991/340.

¹⁷⁴ Ktr. Heerenveen 20 januari 2010, *JAR* 2010/44.

¹⁷⁵ Van Drongelen 2011-III, p. 215; Verhulp & Zondag 2008, p. 69-70.

¹⁷⁶ HR 23 april 1993, *JAR* 1993/121.

¹⁷⁷ HR 28 april 1995, *JAR* 1995/111.

¹⁷⁸ Verhulp & Zondag 2008, p. 63; Asser/Heerma van Voss 7-V 2012, nr. 371.

¹⁷⁹ Asser/Heerma van Voss 7-V 2012, nr. 372.

¹⁸⁰ Een mooi voorbeeld hiervan vind men in Ktr Emmen 23 januari 2002, *JAR* 2002/73 waarin een HR-manager naar het oordeel van de kantonrechter terecht op staande voet werd ontslagen, nu hij contactpersoon t.a.v. seksuele intimidatie was en veelvuldig pornografische websites bezocht en afbeeldingen van deze websites had gedownload; zie voor vergelijkbare uitspraken: Ktr. Tilburg 12 juni 2003, *JAR* 2003/176 en Ktr. Delft 4 september 2003, *JAR* 2003/231.

¹⁸¹ HR 12 februari 1999, *JAR* 1999/102, r.o. 4.4; zie ook HR 21 januari 2000, *JAR* 2000/45; HR 22 februari 2002, *JAR* 2002/81; Ktr. Haarlem 2 januari 2008, *JAR* 2008/26; Ktr. Lelystad 17 juli 2002, *JAR* 2002/194

¹⁸² Van Drongelen 2011-III, p. 215-216.

¹⁸³ Ktr. Haarlem 3 april 2003, *JAR* 2003/117.

ging, willigde de kantonrechter het ontbindingsverzoek van de werkgever niet in. Met name lag dit in het feit dat de werknemer een onberispelijke staat van dienst had, hij een dienstverband had van 33 jaar, het internetgedrag een tijdspanne kende van één jaar en het feit dat het internetgebruik geen invloed had op de werkzaamheden. Wat ook van belang was, was de privésituatie van de werknemer, welke een aaneenschakeling was van tragische gebeurtenissen en bovendien worstelde de man met het feit dat hij homoseksueel bleek te zijn, waardoor hij in een geestelijke crisis terecht was gekomen.¹⁸⁴ De werknemer erkende daarbij zijn foutieve gedrag en was in behandeling voor zijn problemen. Het meewegen van de persoonlijke omstandigheden heeft tot gevolg dat zelfs wanneer de ernst van de gedraging overduidelijk is, zoals bij het bekijken van kinderpornografie, een dringende reden –in uitzonderlijke gevallen- toch als te zwaar beoordeeld kan worden.¹⁸⁵

4.4. Conclusie

Wat opvalt aan de jurisprudentie, gerelateerd aan sociale media, van de afgelopen tien jaar is dat het merendeel van de uitspraken gaat over gebruik van sociale media in relatie tot pornografie. Het gaat dan over het bekijken, opslaan of verzenden van pornografisch materiaal via het computernetwerk van de werkgever. De werkgever heeft, zoals in het vorige hoofdstuk geconcludeerd werd, het recht om het internetgebruik van zijn werknemers te controleren. Wanneer een werknemer via een bedrijfsnetwerk grensoverschrijdend gedrag vertoont, kan de werkgever hier actie op ondernemen. Vaak wenst de werkgever te ontbinden op basis van een dringende reden, dan wel verzoekt hij een oordeel over een ontslag op staande voet. Of ontbonden wordt hangt echter van verschillende omstandigheden af. Zoals hiervoor al gesteld, is er een duidelijk toetsingskader aangelegd voor de vraag wanneer er sprake is van een dringende reden en dit toetsingskader is ook in de jurisprudentie rondom sociale media steeds terug te vinden. Zo wordt de duur van het dienstverband, de aard van de dienstbetrekking en de manier waarop deze ingevuld is, afgezet tegen de aard en de ernst van de gedraging van de werknemer. De manier waarop de werkgever aan de informatie komt speelt vaak een ondergeschikte rol. Er wordt niet snel gesproken over een schending van het recht op privacy, nu de werknemer door het tekenen van de arbeidsovereenkomst instemt met een beperking van dit recht. Dit neemt echter niet weg dat de werkgever rekening dient te houden met de persoonlijke omstandigheden van de werknemer.

Naar mijn mening heeft de opkomst van sociale media als zodanig niet gezorgd voor andere criteria in het kader van een ontslag op staande voet dan wel ontbinding. De invloed van sociale media op de beëindiging van de arbeidsverhouding is hiermee juridisch inhoudelijk niet groot geweest, al is het uiteraard wel zo dat -zeker in de begintijd van internet- de mogelijkheden van sociale media zorgden voor een kwantitatief groot aantal uitspraken. Belangrijke factor is mijns inziens dat werknemers thuis vaak niet over internet beschikten, waardoor men alleen via de werkgever toegang tot internet had. Inmiddels heeft vrijwel iedereen in privé toegang tot internet en weten (de meeste) werknemers van de gevaren van internetgebruik op computers van de werkgever, waardoor het gedeelte rondom (bijvoorbeeld) pornografie een stuk minder relevant is geworden. Waar meer nadruk op lijkt te gaan liggen is hetgeen de werknemer doet en zegt op internet alsmede met wie de werknemer contacten onderhoudt via internet.

¹⁸⁴ In Ktr. Zaandam 15 december 2005, *JAR* 2006/7 oordeelde de rechter dat de werknemer, welke onder invloed van een psychische stoornis een 'onaanvaardbaar' e-mailbericht had gestuurd, beschermd diende te worden en ontbinding daardoor een te zware sanctie was, ondanks het laakbare gedrag van de werknemer.

¹⁸⁵ Ktr. Sittard 21 december 2001, *JAR* 2002/28; Ktr. Haarlem 22 maart.2002, *JAR* 2002/55; wel volgde in beide gevallen ontbinding op basis van een verandering in de omstandigheden.

5. Wat is de invloed van sociale media op het concurrentiebeding na beëindiging van de arbeidsverhouding?

In dit hoofdstuk wordt de derde deelvraag van deze scriptie besproken, namelijk *‘Wat houdt de gezagsbevoegdheid van de werkgever in relatie tot het sociale media ten aanzien van het concurrentiebeding in?’*. Zoals eerder in het inleidend hoofdstuk uiteen gezet spelen sociale media een steeds grotere rol in de samenleving, en dus ook in de arbeidsverhouding. Sociale media maken het onderhouden van contacten steeds makkelijker, bovendien krijgen mensen een steeds grotere kring van personen met wie zij, al dan niet actief, contact hebben. Het komt met regelmaat voor dat werknemers via sociale media contacten aangaan met relaties van de werkgevers en zolang de werknemer nog steeds werkzaam is bij de werkgever zal dit niet snel een probleem opleveren. Wel kan men zich afvragen hoe het zit na beëindiging van het dienstverband. Het kan uiteraard voorkomen dat een werknemer bij een concurrent in dienst treedt via contacten welke gelegd zijn via sociale media. Ook kan het voorkomen dat een ex-werknemer concurrerende activiteiten ontwikkelt en adverteert via sociale media. Dit laat vragen rijzen als: mag een werknemer ook na einde dienstverband contact leggen met een relatie van de (ex) werkgever? Gaat het relatiebeding zover dat een werknemer zijn bestaande contacten met relaties van de (ex) werkgever dient te verbreken na beëindiging van zijn dienstverband? Overtreedt men het relatiebeding al bij het aangaan van een relatie of is hier meer voor nodig? In hoeverre speelt art. 7:611 BW en de redelijkheid en billijkheid hier? Op deze vragen zal ik bij deze deelvraag, na het geven van een omschrijving van het concurrentiebeding, door middel van jurisprudentieonderzoek een antwoord proberen te geven.

5.1. Het concurrentiebeding: een omschrijving

Ieder heeft recht op een vrije arbeidskeuze. Dit recht is niet alleen in art. 19 lid 3 Gw, maar ook in art. 23 lid 1 UVRM, art. 1 ESH, art. 6 lid 1 IVESCR en artt. 29-31 EU Handvest neergelegd.¹⁸⁶ Het recht houdt in dat ieder het recht heeft om vrijelijk het werk naar zijn keuze te kunnen uitvoeren. Dit recht kan botsen met de belangen van de werkgever, bijvoorbeeld doordat de werkgever kennis en gedane investeringen veilig wil stellen door een werknemer langere tijd aan zich te binden of wil voorkomen dat bedrijfsgevoelige informatie in handen komt van concurrerende bedrijven. Ook zal een werkgever willen voorkomen dat een werknemer na het einde van zijn dienstverband klanten meeneemt naar een nieuwe baan.¹⁸⁷ Het concurrentiebeding kan hierbij een oplossing bieden, ook al is het wel een beperking van het vrije recht op arbeidskeuze. Het beding belemmert niet alleen het overstappen van een werknemer naar een concurrent, maar kan ook een belemmering vormen voor een andere werkgever de werknemer in dienst te nemen of voor een werknemer om een eigen bedrijf te starten.¹⁸⁸

Het concurrentiebeding is een beding wat werkgever en werknemer met elkaar overeen kunnen komen. Het concurrentiebeding wordt expliciet door de wetgever gereguleerd in een wet op formele zin, te weten art. 7:653 BW, waardoor het valt onder de in art. 19 lid 3 Gw toegestane beperkingen. Het feit dat het beding uitdrukkelijk door de wetgever is voorzien van een wettelijke

¹⁸⁶ Loonstra & Zondag 2010, p. 204.

¹⁸⁷ De werkgever dient wel een te respecteren belang te hebben, het alleen willen binden van personeel in een tijd van krapte op de arbeidsmarkt is geen gerechtvaardigd belang, Hof Arnhem 24 juli 2007, *JAR* 2007/207.

¹⁸⁸ Asscher-Vonk 2004, p. 18-19.

regeling, maakt dat het onder de zogenoemde bijzondere bedingen valt.¹⁸⁹ Andere bijzondere bedingen zijn het eenzijdig wijzigingsbeding (art. 7:613 BW), het boetebeding (art. 7:650-7:651 BW) en het proeftijdbeding (art. 7: 652 BW). Het concurrentiebeding is opgenomen in art. 7:653 lid 1 BW, welk artikel luidt: *‘Een beding tussen de werkgever en de werknemer waarbij deze laatste wordt beperkt in zijn bevoegdheid om na het einde van de overeenkomst op zekere wijze werkzaam te zijn, is slechts geldig, indien de werkgever dit schriftelijk is overeengekomen met een meerderjarige werknemer’*. Uit deze definiëring blijkt dat er twee formele ontstaansvoorwaarden zijn, namelijk 1) schriftelijkheid en 2) meerderjarigheid van de werknemer.¹⁹⁰ Ook kunnen drie kenmerken worden gedestilleerd, te weten 1) een werkgever-werknemer relatie, 2) na het einde van de overeenkomst en 3) op zekere wijze werkzaam zijn.¹⁹¹ Al deze punten worden, na bespreking van het relatiebeding, kort besproken.

5.1.1. Het relatiebeding: een beperkt concurrentiebeding?

Het relatiebeding kan worden omschreven als het beding dat het de (ex) werknemer verbiedt om na beëindiging van de arbeidsovereenkomst gedurende een zekere tijd contacten te onderhouden of te zoeken met cliënten van de (ex) werkgever.¹⁹² De relaties kunnen nader gespecificeerd zijn, maar dit hoeft niet het geval te zijn.¹⁹³ Er bestaan verschillende opvattingen over wat de status van het relatiebeding is.¹⁹⁴ De meeste auteurs vatten het relatiebeding op als vallend onder art. 7:653 lid 1 BW, waarbij zij er op wijzen dat beide bedingen zien op de manier waarop de (ex) werknemer werkzaam is na beëindiging van zijn arbeidscontract.¹⁹⁵ De Kantonrechter in Leeuwarden besliste in 2008 echter dat een relatiebeding niet hetzelfde is als een concurrentiebeding, nu een relatiebeding anders dan een concurrentiebeding niet stelt dat een werknemer niet bij een concurrerend bedrijf in dienst mag treden, het gaat slechts om het niet mogen benaderen van relaties van de (ex) werkgever.¹⁹⁶ Ook de wetgever leek in 2004 in een wetsvoorstel om deze reden een relatiebeding niet te willen vereenzelvigen met een concurrentiebeding.¹⁹⁷ Het wetsvoorstel werd echter verworpen, onder meer omdat er geen eenduidige mening omtrent het relatiebeding was.¹⁹⁸ In overige rechtspraak wordt met enige regelmaat een concurrentiebeding omgezet in een relatiebeding omdat dit minder beperkend zou zijn¹⁹⁹ en worden dezelfde vormvereisten van

¹⁸⁹ Van Drongelen 2011-II, p. 19.

¹⁹⁰ Asscher-Vonk 2004, p. 17; Quist 2004, p. 7.

¹⁹¹ Zie hiervoor ook Van Drongelen 2011-II, p. 45.

¹⁹² Heerma van Voss & Van der Heijden 2000, p. 1552.

¹⁹³ Van Drongelen 2011-II, p. 55.

¹⁹⁴ Dop 2012, p. 187; Van Drongelen 2011-II, p. 55.

¹⁹⁵ Zie bijvoorbeeld Bolte 2001, p. 20-21; Van Stigt Thans 2005, p. 1792; Van der Grinten/Bouwens & Duk 2011, p. 211; Michielsen 2004, p. 41; Asscher-Vonk 2004, p. 33; Kingma 2005, p. 84; Quist 2004, p. 42; Heerma van Voss 2011, p. 82.

¹⁹⁶ Ktr. Leeuwarden 17 juni 2008, *Prg.* 2008, nr. 126 (zie met name r.o. 4.1); zie ook Ktr. Utrecht 24 juni 2003, *KG* 2003/199, waarin de kantonrechter oordeelde dat het relatiebeding een beperktere strekking heeft dan een concurrentiebeding en dat daardoor ook niet dezelfde vormvereisten gelden; Ktr. Amsterdam 2 februari 2001, *JAR* 2001/59; Ktr. Eindhoven 3 maart 2009, *JAR* 2009/134.

¹⁹⁷ Kamerstukken I, 2004/2005 28 167, C (memorie van antwoord), p. 6, 11-12.

¹⁹⁸ Asser/Heerma van Voss 7-V 2012, nr. 221.

¹⁹⁹ Fruytier 2012, p. 17; Zie bijvoorbeeld Ktr. Leeuwarden 16 november 2007, *JAR* 2008/2, waarin de kantonrechter in ro. 3.3 stelt dat een relatiebeding volgens bestendige rechtspraak aan te merken is als een concurrentiebeding met beperkte werking; omzetting is niet altijd mogelijk: Pres. Rb. Breda 18 augustus 1999, *JAR* 1999/189. Soms zal het niet meewerken aan het beperken van het concurrentiebeding tot een relatiebeding door de werkgever onredelijk worden geacht: Ktr. Amsterdam 21 september 1999, *JAR* 1999/218; De Wolff 2007, p. 158.

toepassing verklaard, wat erop duidt dat het relatiebeding onder art. 7:653 lid 1 BW valt.²⁰⁰ Zeker is dat het relatiebeding wel degelijk invloed heeft op de manier waarop een (ex) werknemer na beëindiging van zijn dienstverband werkzaam is. Het relatiebeding is echter beperkter dan het concurrentiebeding, nu de werkingssfeer wordt beperkt tot relaties van de werkgever. Niet alle concurrerende activiteiten worden verboden, het wordt de werknemer slechts verboden om contact te onderhouden met de relaties van de werkgever.²⁰¹ Het gaat echter niet alleen om werken bij een relatie van de ex werkgever, maar ook over het op andere manieren contact onderhouden met deze relaties. Mijns inziens valt het relatiebeding dan ook onder 'op een zekere wijze werkzaam zijn', de arbeidsvrijheid van de werknemer wordt immers beperkt, waardoor het onder de werking van art. 7:653 lid 1 BW valt.²⁰²

5.1.2. Ontstaansvoorwaarden

Om een concurrentiebeding geldend te laten zijn, dient deze schriftelijk overeengekomen te worden²⁰³ en dient deze te zijn aangegaan met een meerderjarige werknemer. Enige discussie heeft gespeeld over de vraag wanneer een werknemer meerderjarig moet worden geacht, maar over het algemeen wordt aangenomen dat men voor de uitleg van het meerderjarigheidscriterium aan dient te sluiten bij de wetsbepaling van art. 7:612 lid 1 BW,²⁰⁴ waarin wordt bepaald: '*een minderjarige die de leeftijd van zestien jaren heeft bereikt, is bekwaam tot het aangaan van een arbeidsovereenkomst. Hij staat in alles wat betrekking heeft op die arbeidsovereenkomst met een meerderjarige gelijk (...)*'. Door de zinsnede 'alles wat betrekking heeft op die arbeidsovereenkomst', wordt aangenomen dat ook het concurrentiebeding onder deze bepaling valt.²⁰⁵ Zoals hiervoor gesteld, dient naast meerderjarigheid van de werknemer ook te zijn voldaan aan het schriftelijkheidsvereiste. Het schriftelijkheidsvereiste komt voort uit het feit dat het concurrentiebeding een dusdanig persoonlijk en bezwendend karakter heeft dat de werknemer dit beding bewust aan dient te gaan.²⁰⁶ Het is dan ook bedoeld als een beschermingswaarborg voor de werknemer.²⁰⁷ Naar aanleiding van oudere rechtspraak nam men daarom aan dat het niet voldoende was indien een concurrentiebeding slechts vermeld stond in algemene arbeidsvoorwaarden of een personeelsreglement.²⁰⁸ In *Philips/Oostendorp* stelde de Hoge Raad²⁰⁹ echter dat ook voldaan is aan het schriftelijkheidsvereiste wanneer een concurrentiebeding is opgenomen in een *bijgevoegde* arbeidsvoorwaardengids en de werknemer tekent voor het van toepassing laten zijn van deze gids. Dat niet vermeld wordt dat met ondertekening een concurrentiebeding overeengekomen wordt is niet nodig. Het arrest van 2008 is een opmerkelijke stap van de Hoge Raad, nu dit indruist tegen de wetsgeschiedenis en zijn eerdere rechtspraak.²¹⁰ De vraag is dan ook of deze stap niet een stap terug is, nu de werknemer minder

²⁰⁰ Michielsen 2004, p. 43; Kinga 2005, p. 84, zie onder meer Rb 's-Gravenhage 8 december 1999, *JAR* 2000/11; Ktr. 's-Gravenhage 31 maart.2003, *JAR* 2003/132; Hof 's-Gravenhage 2 september 2005, *JAR* 2005/267; Hof Arnhem 25 juli 2006, *JAR* 2006/226. Zie anders: Ktr. Utrecht 24 juni 2003, *KG* 2003/199 en Ktr. Eindhoven 3 maart.2009, *JAR* 2009/134.

²⁰¹ Christe GS art.7:653 BW, aant. 21; Heerma van Voss 2011, p. 82.

²⁰² Dat de zinsnede 'op zekere wijze werkzaam zijn' ruim uitgelegd kan worden blijkt ook uit Verhulp 2012 (T&C), p. 119-120.

²⁰³ Akkoord gaan via e-mail geldt ook als schriftelijk overeengekomen: Rb. Dordrecht (vrz) 8 september 2011, *JAR* 2011/256.

²⁰⁴ Quist 2004, p. 11; Van Drongelen 2011-II, p. 43; zie voor de voorgaande discussie Loonstra 1999, p. 42-45.

²⁰⁵ Zie anders: Van der Grinten/Bouwens & Duk 2011, p. 210.

²⁰⁶ Kamerstukken II 1993/94, 23 438, nr 3, p. 35; Ambagtsheer 2008, 38; Loonstra 1999, p. 45.

²⁰⁷ Verhulp T&C 2012, p. 119.

²⁰⁸ Zie met name HR 31 maart.1978, *NJ* 1978/325 (*Goedegebuure/Dental Post*); Quist 2004, p. 8.

²⁰⁹ HR 28 maart.2008, *JAR* 2008/113 m. nt. M.S.A. Vegter (*Philips/Oostendorp*); Loonstra & Zondag 2010, p.206.

²¹⁰ Ambagtsheer 2008, 38; Kamerstukken II 1993/94, 23 438, nr. 3, p. 35

beschermd wordt. Mijns inziens is dit wel het geval, nu de werknemer vaak niet zal beseffen waar hij mee instemt, onder meer om het feit dat vele werknemers bijgevoegde voorwaarden niet doorlezen en vaak aan het begin van hun loopbaan (bij de betreffende werkgever) staan, waardoor zij zich minder daadkrachtig op zullen (durven) stellen.²¹¹

Een volgende vraag is of een eenmaal aangegaan concurrentiebeding steeds blijft gelden, dan wel of er situaties zijn waarin een concurrentiebeding opnieuw dient te worden overeengekomen. Allereerst speelt de vraag of er bij het (stilzwijgend) voortzetten van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd opnieuw een concurrentiebeding aangegaan dient te worden. Mijns inziens is dit niet het geval, nu art. 7:668 BW van toepassing is, welk artikel bepaalt: *'Indien de arbeidsovereenkomst na het verstrijken van de tijd zonder tegenspraak wordt voortgezet, wordt zij geacht voor dezelfde tijd (...) op de vroegere voorwaarden wederom te zijn aangegaan'*. De voortzetting zorgt er daarmee voor dat geen nieuwe overeenkomst nodig is.²¹² Anders kan het worden wanneer de arbeidsvoorwaarden veranderen of wanneer een contract voor bepaalde tijd wordt omgezet in een contract voor onbepaalde tijd.²¹³ De verschillende hoven en rechtbanken oordelen hier anders over. Er is dan ook een tweedeling te maken tussen de verschillende benaderingswijzen, de 'contractuele' en de 'institutionele'.²¹⁴ De eerste groep stelt dat bij een voortzetting van een arbeidsovereenkomst sprake is van een nieuwe overeenkomst, waardoor ook het concurrentiebeding opnieuw overeengekomen dient te worden.²¹⁵ De rechters welke vallen onder de tweede categorie kijken breder dan de arbeidsovereenkomst, zij kijken naar de arbeidsverhouding en oordelen op basis hiervan of een concurrentiebeding opnieuw overeengekomen had dienen te worden.²¹⁶ Wanneer er geen sprake is van een *stilzwijgende* voortzetting, omdat de werknemer bezwaar heeft gemaakt tegen een of meerdere voorwaarden, dient het concurrentiebeding opnieuw overeengekomen te worden.²¹⁷

Bovendien geldt dat wanneer een ingrijpende functiewijziging plaatsvindt, het overeenkomen van een nieuw concurrentiebeding noodzakelijk kan zijn.²¹⁸ Dit komt voort uit het *Brabant/van Uffelen-arrest*²¹⁹, waarin werd bepaald dat het concurrentiebeding opnieuw overeengekomen dient te worden indien er een dermate grote verandering heeft plaatsgevonden in de arbeidsverhouding, dat het concurrentiebeding aanmerkelijk zwaarder is gaan drukken op de werknemer.²²⁰ In 2007 heeft de Hoge Raad zich opnieuw uitgelaten over dit onderwerp in de *AVM-arresten*,²²¹ waarbij hij een toets formuleerde aan de hand waarvan kan worden vastgesteld of het concurrentiebeding aanmerkelijk zwaarder is gaan drukken. Bekeken moet worden of er een niet

²¹¹ Zie ook Sies 2011, p. 228.

²¹² Zie ook Loonstra 1999, p. 49; Loonstra & Zondag 2010, p. 207; Zie anders: Verheij 2011; Ktr. Emmen 11 september 1996, *JAR* 1996/209.

²¹³ Hof 's-Hertogenbosch 7 juni 2011, *JAR* 2011/206; Hof Amsterdam 14 augustus 2003, *JAR* 2003/224; Hof Amsterdam 26 maart.1998, *JAR* 1998/125; zie ook Ktr. Eindhoven 3 maart.2009, *JAR* 2009/134 en Ktr. Utrecht (vzr.) 29 januari 2009, *JAR* 2009/99. Voor een uitgebreide beschrijving: Sies 2011.

²¹⁴ Verheij 2011, p. 22; Sies 2011, p. 229.

²¹⁵ Zie (onder meer) Hof Arnhem 31 mei 2011, *LJN* BQ7529; Ktr. Eindhoven 3 maart.2009, *JAR* 2009/134; Ktr. Helmond 3 november 2010, *JAR* 2010/301, *RAR* 2011/23.

²¹⁶ Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam 25 januari 2011, *JAR* 2011/149; Hof Leeuwarden 22 februari 2011, *JAR* 2011/89 *RAR* 2011/79; Hof 's-Hertogenbosch 7 juni 2011, *JAR* 2011/206; Hof Amsterdam 24 mei 2011, *JAR* 2011/166; Hof Amsterdam 14 juni 2011, *RAR* 2011/145.

²¹⁷ Ktr. Utrecht (vzr) 29 januari 2009, *JAR* 2009/99.

²¹⁸ Zie ook Verhulp 2012 (T&C), p. 120.

²¹⁹ HR 9 maart.1979, *NJ* 1979/467, m.n. PAS (*Brabant/Van Uffelen*).

²²⁰ Van der Grinten/Bouwens & Duk 2011, p. 212-213; Van der Flier 2012, p. 21.

²²¹ HR 5 januari 2007, *JAR* 2007/37 en 38, *NJ* 2008/502 m. nt. prof. mr. E. Verhulp (*AVM-arresten*); Driessen 2012, p. 54-61.

voorzienbare ingrijpende wijziging heeft plaatsgevonden,²²² of deze wijziging met zich brengt dat het concurrentiebeding aanmerkelijk zwaarder is gaan drukken²²³ en of de werknemer hierdoor wordt belemmerd in het vinden van een gelijkwaardige werkring.²²⁴ Wanneer dit het geval is dient het concurrentiebeding opnieuw schriftelijk overeengekomen te worden. Is dit niet gebeurd, dan zal de werkgever zich er niet op kunnen beroepen of slechts in beperkte mate.

Buiten het feit dat een concurrentiebeding zijn gelding verliest omdat het opnieuw overeengekomen had moeten worden doordat het zwaarder is gaan drukken, kan ook omwille van de redelijkheid en billijkheid als bedoeld in art. 6:648 lid 2 BW de werking van het concurrentiebeding komen te vervallen. De Hoge Raad heeft hierover in 2001²²⁵ uitdrukkelijk geoordeeld dat het niet voldoende is wanneer de redelijkheid en billijkheid het niet handhaven van het concurrentiebeding eisen. De toets is iets zwaarder, nu het wél handhaven van het concurrentiebeding volgens dit beding *onaanvaardbaar* moet zijn naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid. Dit was bijvoorbeeld het geval in twee zaken waar de werknemers dusdanig waren geschoffeerd en gekleineerd dat zij geen andere optie zagen dan ontslag op staande voet te nemen.²²⁶ De rechters oordeelden dat de werkgever in dermate grove mate zijn zorgplicht op basis van het goed werkgeverschap had geschonden en bovendien de werknemers niet had beschermd tegen agressie en geweld, hoewel hij daartoe wel wettelijk verplicht was, dat handhaving van het concurrentiebeding buiten alle proporties zou zijn.

5.1.3. Kenmerken van het concurrentiebeding

Een concurrentiebeding kan worden aangegaan tussen een werkgever en een werknemer. Werknemer betekent in dit geval een natuurlijk persoon, waardoor een concurrentiebeding niet aangegaan kan worden met een vennootschap, zoals een management B.V..²²⁷ De werknemer moet bovendien in dienst zijn van de werkgever.²²⁸ Wanneer een arbeidsrelatie afgerond is, kan geen concurrentiebeding als bedoeld in art. 7:653 lid 1 BW meer opgesteld worden.²²⁹ Zoals hiervoor uiteengezet, wordt het tegengaan van concurrentie tijdens de arbeidsovereenkomst gereguleerd door art. 7:611 BW. Ten slotte ziet het concurrentiebeding op het 'op een zekere wijze werkzaam zijn'. Onder werkzaam zijn wordt over het algemeen aangenomen dat het gaat om beroepsactiviteiten van de werknemer,²³⁰ ook moet er sprake zijn van een feitelijke situatie waar men zich op beroept.²³¹ Of het hebben van een financieel belang ook valt onder de zinsnede is niet onomstotelijk duidelijk, vaak gaat het hierbij ook om de omstandigheden van het geval.²³² Wat er precies verstaan moet worden onder 'op een zekere wijze werkzaam zijn' dienen partijen samen

²²² Rb. Amsterdam 12 februari 2009, *JAR* 2009/87; Hof Arnhem 5 juni 2012, *JAR* 2012/202; Ktr. Eindhoven 21 juli 2011, *JAR* 2011/230; Ktr. Delft (vrz) 27 januari 2011, *JAR* 2011/100.

²²³ Hof 's-Hertogenbosch 27 november 2007, *JAR* 2008/12; Hof Amsterdam 23 oktober 2007, *JAR* 2008/68. Dat dit bij een overgang van onderneming niet hoefde was al eerder bepaald HR 23 oktober 1987, *NJ* 1988/235.

²²⁴ Van der Flier 2012, p. 21.

²²⁵ HR 14 december 2001, *JAR* 2002/18.

²²⁶ Ktr. Groenlo 23 september 2002, *JAR* 2003/3; Hof Arnhem 4 januari 2005, *JAR* 2005/46

²²⁷ HR 9 juli 1990, *NJ* 1991/215; Van Drongelen 2011-II, p. 45; zij kunnen uiteraard wel op basis van het algemene overeenkomstenrecht een concurrentiebeding overeenkomen.

²²⁸ Rb. Zutphen 18 februari 2009, *JAR* 2009/105.

²²⁹ Loonstra 1999, p. 18-19; Van Drongelen 2011-II, p. 45.

²³⁰ De kantonrechter in Leeuwarden bepaalde dat een vriendendienst echter ook een overtreding van het relatiebeding kan vormen: Ktr. Leeuwarden 16 november 2007, *JAR* 2008/2.

²³¹ Van Drongelen 2011-II, p. 46.

²³² Van Drongelen 2011-II, p. 46-47.

overeen te komen. In het beding dienen geldigheidsduur, geografische reikwijdte en functionele reikwijdte omschreven te worden.²³³ Voor wat betreft de duur is dit meestal een periode van een of twee jaar, maar langere periodes zijn niet ondenkbaar.²³⁴ De duur van het concurrentiebeding kan op grond van de redelijkheid en billijkheid beperkt worden, bijvoorbeeld doordat een werkneemster al enige tijd uit de roulatie is als gevolg van zwangerschapsverlof²³⁵ of wanneer er sprake is van een (zeer) kort dienstverband.²³⁶ Het hof in Amsterdam bepaalde hieromtrent in 2012²³⁷ dat het belang van de werkgever om een relatiebeding in stand te houden, zal afzwakken naar mate de werknemer langer uit dienst is. Het werd daarom niet redelijk geacht om een relatiebeding voor onbepaalde tijd te laten gelden, het belang van de werknemer om zonder enige beperking zijn werkzaamheden uit te kunnen oefenen zal op een zeker moment dienen te prevaleren. De geografische reikwijdte zal veelal ingegeven worden door het werkgebied van de werkgever. Het is hierbij niet ondenkbaar dat een werkgever over de gehele wereld werkzaam is, waardoor dit als geografische reikwijdte heeft te gelden. Wanneer een werkgever zich ambitieus opstelt en de gehele wereld als reikwijdte opneemt terwijl hij (tot nog toe) enkel werkzaam is in de Benelux, zal het beding uiteraard eerder voor vernietiging of beperking in aanmerking komen.²³⁸ De functionele reikwijdte dient duidelijk te maken welke werkzaamheden de werknemer wel of niet mag verrichten.²³⁹ Hoe ruimer deze omschrijving is, hoe meer hij de arbeidsvrijheid van de werknemer zal beperken. Of een dergelijke ruime omschrijving een rechterlijke toets zal doorstaan, hangt zeer van de omstandigheden van het geval af.²⁴⁰

Wat onder relaties moet worden verstaan is niet altijd duidelijk, het kan immers gaan om klanten van de werkgever, maar ook om een bedrijf wat diensten verleent aan de (ex) werkgever (zoals een schoonmaakbedrijf). Daarnaast kan de kring van relaties bij aanvang van het dienstverband een andere zijn dan bij beëindiging van het dienstverband. Dit is met name het geval wanneer een bedrijf groeit en naarmate een werknemer langer werkzaam is bij een bedrijf.²⁴¹ Het dilemma rond relaties was ook aanleiding voor een zaak welke in 2005 door de kantonrechter in Gouda werd beoordeeld.²⁴² In deze zaak stelde de werkgever dat niet alleen zijn directe relaties maar ook de relaties van het bedrijf waar de werknemer gedetacheerd was, onder het relatiebeding zouden vallen. De kantonrechter oordeelde echter, m.i. terecht, dat het begrip relaties veel te ver opgerekt zou worden indien ook deze 'derde relaties' meegenomen zouden worden. Relaties welke vallen onder het relatiebeding kunnen naar mijn mening alleen de relaties van de formele werkgever betreffen, dat de werknemer ergens anders gedetacheerd is doet daar niet aan af. Zouden deze relaties wel meetellen, dan zou dit het onwenselijke gevolg hebben dat de werknemer bij aanvang van de arbeidsovereenkomst de gevolgen helemaal niet kan voorzien. Bovendien hoeft dit ook niet

²³³ Loonstra & Zondag 2010, p. 203; Kamerstukken II 2001/02, 28 167, nr. 3, p. 1 en 3.

²³⁴ In Ktr. Brielle 13 mei 2008, *JAR* 2008/152 werd bijvoorbeeld een periode van vijf jaar redelijk geacht; zie ook Quist 2004, p. 12; Loonstra & Zondag 2010, p. 203.

²³⁵ Hof 's-Hertogenbosch 4 december 2007, *JAR* 2008/13.

²³⁶ Ktr. Helmond 25 februari 2002, *JAR* 2002/89; Ktr. Hilversum (vrz) 25 juli 2006, *JAR* 2006/218.

²³⁷ Hof Amsterdam 13 december 2011, *RAR* 2012/76.

²³⁸ Quist 2004, p. 12; de rechter kan het concurrentiebeding ook beperken tot bepaalde branches: Rb. Haarlem 10 oktober 2006, *JAR* 2006/298; Pres. Rb. 's-Gravenhage 11 augustus 1999, *JAR* 1999/247.

²³⁹ Quist 2004, p. 11.

²⁴⁰ Zie bijvoorbeeld Ktr. Arnhem, locatie Nijmegen 17 mei 2002, *JAR* 2002/178; Ktr. Rotterdam 18 november 2012, *RAR* 2012/35; Rb. Maastricht (vrz) 8 februari 2012, *LJN* BV3122.

²⁴¹ Michielsen 2004, p. 42; Bolte 2001, p. 20; zie voor een voorbeeld waarbij handhaving van het relatiebeding onredelijk bezwarend zou zijn nadat een cliënt van een advocatenkantoor gefuseerd zou zijn Rb. Haarlem (vzr.) 23 oktober 2007, *JAR* 2007/277.

²⁴² Ktr. Gouda 29 september 2005, *JAR* 2005/257.

via het relatiebeding geregeld te worden, nu de inlener de werknemer ook via de onrechtmatige daad aan kan spreken, zoals hierna aan bod zal komen. Doordat het begrip 'relaties' een vaag en ruim begrip is, wat bovendien in de loop der jaren kan veranderen, is het aan te bevelen dat dit begrip in de arbeidsovereenkomst gespecificeerd wordt.²⁴³ Van Stigt Thans betoogt hieromtrent dat er bij de uitleg en definiëring van het relatiebeding moet worden gekeken naar de ratio van dit beding.²⁴⁴ Hij verwoordt dit doel als '*het voorkomen dat een relatie (die veelal ook klant zal zijn) door toedoen van een (ex-) werknemer wegloopt*'. De werkgever heeft als te beschermen belang dat werknemers niet een zodanig contact onderhouden met een relatie dat de relatie de onderneming van de (ex)werkgever niet meer nodig heeft.²⁴⁵ Wanneer dit gebeurt ondervindt de (ex) werkgever immers schade.

In een concurrentiebeding wordt vaak een boete opgenomen welke de werknemer verbeurt bij overtreding van het concurrentiebeding. Deze boete is niet gebonden aan de regels omtrent het boetebeding.²⁴⁶ Dit betekent dat er geen bestemming voor de boete hoeft te zijn opgenomen in de bepaling. De boete welke is opgenomen kan door de rechter worden gematigd op grond van het algemene overeenkomstenrecht, en dan met name art. 6:94 BW.²⁴⁷ Hiervan kan bijvoorbeeld sprake zijn wanneer de boete disproportioneel hoog is in verhouding met het salaris van de werknemer.²⁴⁸ De werkgever mag de mogelijkheid van matiging niet contractueel uitsluiten, dit maakt het boetebeding nietig.²⁴⁹ Wel kan het concurrentiebeding voor het overige in stand blijven. De boete in het kader van overtreding van een relatiebeding leidt minder vaak tot jurisprudentie dan de boete bij een concurrentiebeding.²⁵⁰

Wanneer er onduidelijkheid bestaat over hoe een concurrentiebeding uitgelegd dient te worden, zal de rechter dit veelal uitleggen aan de hand van het Haviltex-criterium.²⁵¹ Dit betekent dat er niet alleen wordt gekeken naar de tekstuele uitleg, maar ook naar wat partijen over en weer van elkaar mochten verwachten.²⁵² Zo kan het voorkomen dat een concurrentiebeding met een ervaren leidinggevende meer tekstueel uitgelegd wordt dan wanneer deze gesloten zou zijn met een startende magazijnmedewerker. Blijft een beding ook dan onduidelijk, dan zal het de voorkeur verdienen het beding niet nadelig voor de werknemer uit te leggen.²⁵³ Vaststaat dat wanneer een werkgever een concurrentiebeding voor de rechter staande wil houden, hij het zo goed mogelijk af moet stemmen op de wederzijdse belangen tussen werkgever en werknemer. Doet hij dit niet, dan loopt hij het risico dat het beding geheel of gedeeltelijk vernietigd dan wel gematigd wordt, zoals in de volgende paragraaf zal blijken.

²⁴³ Bolte 2001, p. 20-23; Michielsen 2004, p. 42.

²⁴⁴ Van Stigt Thans 2005, p. 1792.

²⁴⁵ Van Stigt Thans 2005, p. 1793; Bolte 2001, p. 22-23.

²⁴⁶ HR 4 april 2003, *JAR* 2003/107.

²⁴⁷ Zie voor meer informatie hierover Broer & Rouwet 2011; Uitgebreid over dit onderwerp Loonstra 1999, p. 117, 127-137.

²⁴⁸ Ktr. Zaandam 27 juli 2006, *JAR* 2006/204.

²⁴⁹ Ktr. Dordrecht 18 mei 2006, *JAR* 2006/144.

²⁵⁰ Broer en Rouwet 2012, p. 18.

²⁵¹ HR 13 maart.1981, *NJ* 1981/635 (*Haviltex*); Van der Grinten/Bouwens & Duk 2011, p. 211; Fruytier 2012, p. 17; Hof Leeuwarden 3 mei 2006, *JAR* 2006/153; voor de uitleg van een boetebeding geldt ook het Haviltex-criterium: Ktr. Apeldoorn 24 maart.2004, *JAR* 2004/225.

²⁵² Hof Leeuwarden 23 maart.2005, *JAR* 2005/151; Ktr. Lelystad (vrz) 15 april 2009, *Prg.* 2009, nr. 86; Een vreemde eend in de bijt is hier Ktr. Zwolle 17 oktober 2006, *JAR* 2007/12., waarin de kantonrechter oordeelde dat het ontbreken van het woordje 'niet' voor rekening van de werkgever diende te komen.

²⁵³ Hof Leeuwarden 14 december 2005, *RAR* 2006/29.

5.1.4. Vernietigingsrecht, schadeplichtigheid en vergoeding.

In lid 2 van art. 7:653 BW is het vernietigingsrecht van de rechter opgenomen. Dit artikellid bepaalt over het concurrentiebeding: *'de rechter kan zulk een beding geheel of gedeeltelijk vernietigen op grond dat, in verhouding tot het te beschermen belang van de werkgever, de werknemer door dat beding onbillijk wordt benadeeld'*. Gedeeltelijke vernietiging ziet op het beperken van het concurrentiebeding in geografische reikwijdte, duur of functionele reikwijdte.²⁵⁴ Over het algemeen valt aan te nemen dat een relatiebeding niet snel voor beperking in aanmerking zal komen, nu het zelf al een beperking van het concurrentiebeding is.²⁵⁵ Wanneer niet te verwachten is dat de werkgever schade zal lijden door de werkzaamheden van de ex-werknemer, zal het concurrentiebeding veelal voor matiging in aanmerking komen. Zo kwam in 2012 een zaak voor de voorzieningenrechter in Maastricht,²⁵⁶ waarin een werkgever zijn ex werknemer (een dansleraar) aansprak omdat deze laatste het concurrentie- en relatiebeding zou hebben overtreden door het plaatsen van bepaalde berichten op Facebook. De kantonrechter oordeelde niet alleen dat conversaties via sociale media in beginsel privé zijn en vallen onder de vrijheid van meningsuiting, maar ook dat niet te verwachten was dat de werkgever noemenswaardige schade op zou lopen nu de werknemer danscursussen in veel meer verschillende dansstijlen aanbood dan de werkgever. Veelal zal de (gedeeltelijke) vernietiging dus voortkomen uit een bepaalde belangenafweging, maar ook kan het concurrentiebeding geheel of gedeeltelijk vernietigd worden indachtig de criteria van het 'zwaarder drukken criterium' als hiervoor beschreven.²⁵⁷ Met art. 7:653 lid 2 BW wordt beoogd het belang van de werknemer inzake zijn recht op vrije arbeidskeuze af te wegen tegen het belang van de werkgever op het in stand houden van het concurrentiebeding.²⁵⁸ Aan de kant van de werkgever kan meespelen dat hij geïnvesteerd heeft in de werknemer door bijvoorbeeld een opleiding te hebben gefinancierd en dat de werknemer gevoelige informatie in zijn bezit heeft over de werkgever zelf of de relaties van de werkgever²⁵⁹, maar ook een lang dienstverband of het feit dat een dienstverband is beëindigd op initiatief van de werknemer kan meewegen.²⁶⁰ De duur van het dienstverband of de beëindiging van het dienstverband op initiatief van de werkgever²⁶¹ kan ook een rol spelen aan de kant van de werknemer, evenals de mogelijkheid dat de werknemer elders een aanmerkelijke positieverbetering²⁶² zal ondergaan en de kans dat hij bij handhaving (ernstige) moeilijkheden zal ervaren om een passende werkring te vinden.²⁶³ In wiens voordeel een belangenafweging uit zal vallen is van tevoren soms moeilijk te voorspellen, vaak gaat het om de concrete omstandigheden

²⁵⁴ Zie bijvoorbeeld Ktr. Amsterdam 29 november 2007, *JAR* 2008/60, waarin een werknemer al enige tijd op non-actief had gestaan voor hij bij de concurrent in dienst trad. Het in dienst treden werd niet verboden, wel verbeurde hij een boete omdat hij dit zonder overleg met de werkgever had gedaan. Zie Rb. Rotterdam 17 december 2008, *JAR* 2009/70 voor een beperking in geografische reikwijdte en duur.

²⁵⁵ Van der Grinten/Bouwens & Duk 2011, p. 211; Loonstra & Zondag 2010, p. 214; Hof Amsterdam 16 juni 2009, *JAR* 2009/300.

²⁵⁶ Rb. Maastricht (vrz) 8 februari 2012, *LJN* BV3122.

²⁵⁷ HR 5 januari 2007, *JAR* 2007/37 en 38, *NJ* 2008/502 (*AVM-arresten*); zie ook Verhulp 2012 (T&C), p. 121.

²⁵⁸ Zie voor deze afweging onder meer: Ktr. Nijmegen 17 mei 2002, *JAR* 2002/178, waarin handhaving van het concurrentiebeding onevenredig bezwarend werd geacht.

²⁵⁹ Zie bijvoorbeeld Hof Arnhem 31 januari 2012, *JAR* 2012/66.

²⁶⁰ Verhulp 2012 (T&C), p. 121.

²⁶¹ Hof Arnhem 13 december 2005, *JAR* 2006/31.

²⁶² Hof 's-Gravenhage 8 mei 2008, *JAR* 2008/143; Zie voor een voorbeeld waarin de positieverbetering geen verschil maakte: Rb. Breda 5 juli 2006, *JAR* 2006/205.

²⁶³ Ktr. Enschede (vrz) 1 mei 2006, *JAR* 2006/124 handelt over een zaak waarin de werknemer (een advocaat) zijn eigen kantoor wilde starten. De rechter oordeelde dat in dit geval de arbeidsvrijheid van de werknemer diende te prevaleren, nu niet te verwachten was dat de werkgever noemenswaardige schade zou ondervinden.

van het geval, zoals wanneer een werkgever eerder het vertrouwen heeft gewekt geen beroep te zullen doen op het concurrentiebeding.²⁶⁴ Ook de redelijkheid en billijkheid als bedoeld in art. 6:248 lid 2 BW zullen hier een rol spelen.

Overigens is het zo dat wanneer een werkgever schadelijktig is geworden door het ontslag, hij op grond van art. 7:653 lid 3 BW geen beroep meer kan doen op het concurrentiebeding. Het schadelijktig ontslag is geregeld in art. 7:677 BW en ontstaat doordat de werkgever geen reden vermeldt bij ontslag op staande voet, opzegt tegen een andere dag dan zou moeten of de werknemer een reden geeft om ontslag te nemen. Dit laatste kan bijvoorbeeld voor komen wanneer een werknemer ontslag neemt omdat hij dusdanig gekleineerd wordt door de werkgever, dat hij geen andere mogelijkheid meer ziet.²⁶⁵ Wanneer sprake is van een kennelijk onredelijk ontslag als bedoeld in art. 7:681 BW, kan de rechter naar analogie art. 7:653 lid 3 BW toepassen, waardoor de werkgever het recht op beroep op het concurrentiebeding verspeelt.²⁶⁶ In geval van ontbinding als bedoeld in art. 7:685 BW hoeft geen sprake te zijn van verwijtbaarheid aan de kant van de werkgever, maar wanneer deze er is, wat zich uit in een hogere correctiefactor²⁶⁷, kan dit wel tot gevolg hebben dat de werkgever geen beroep meer kan doen op het concurrentiebeding.²⁶⁸

Art. 7:653 lid 4 BW ziet op de situatie waarin de werkgever een te respecteren groot belang op handhaving van het concurrentiebeding heeft, maar dit ook tot gevolg heeft dat de werknemer zwaar benadeeld wordt.²⁶⁹ De werkgever kan in dat geval opgelegd worden een vergoeding te betalen, om zo de nadelen van het concurrentiebeding te verminderen. Dit kan zich bijvoorbeeld uiten in een vergoeding welke dient om het loon of de uitkering aan te vullen in het geval de werknemer genoeg moet nemen met een (fors) minder salaris dan wanneer hij niet was geconfronteerd met het relatiebeding.²⁷⁰ De vergoeding heeft niet te gelden als een schadevergoeding, maar als een billijkheidsvergoeding, aangezien de werkgever een rechtens te respecteren belang heeft bij handhaving van het concurrentiebeding.²⁷¹ Wanneer de werknemer schadelijktig ontslag neemt (zie art. 7:677 BW), verspeelt hij het recht op de vergoeding van art. 7:653 lid 4 BW.²⁷²

5.2. Jurisprudentie op het gebied van het concurrentiebeding

In deze paragraaf zal jurisprudentie op het gebied van het concurrentiebeding worden besproken. De uitspraken zijn daarbij verdeeld in drie categorieën; concurrentie tijdens dienstverband, concurrentie na einde dienstverband met een overeengekomen concurrentiebeding en zonder dat een

²⁶⁴ Ktr. Amsterdam 16 november 2006, *JAR* 2007/5; Rb. Utrecht 16 mei 2006, *JAR* 2006/167.

²⁶⁵ Hof Arnhem 4 januari 2005, *JAR* 2005/46.

²⁶⁶ Zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 16 december 1992, *JAR* 1993/11; Rb. Amsterdam 4 oktober 1995, *JAR* 1995/230.

²⁶⁷ Zie hierover hoofdstuk 4.

²⁶⁸ Ktr. Hoorn 14 oktober 2002, *JAR* 2002/263; ook het beëindigen van een opdrachtovereenkomst op basis van ondeugdelijke gronden kan leiden tot een analoge toepassing van het artikelid: Hof Amsterdam 9 augustus 2011, *JAR* 2011/240.

²⁶⁹ Zie onder meer Rb. Rotterdam (vrz) 25 februari 2004, *JAR* 2004/199.

²⁷⁰ Verhulp 2012 (T&C), p. 122; zie onder meer Rb. Rotterdam 17 december 2008, *JAR* 2009/70 en Ktr. Breda (vrz) 1 april 2004, *JAR* 2004/124.

²⁷¹ In Ktr. Sittard-Geleen 8 juli 2009, *JAR* 2009/226 oordeelde de rechter dat een in hoogte oplopende vergoeding redelijk was, nu het concurrentiebeding een lange duur kende, langer zelfs dan het dienstverband. De werkgever kon door de oplopende vergoeding afwegen in hoeverre de vergoeding op zou wegen tegen zijn belang tot handhaving.

²⁷² Ook wanneer een werkgever een schadelijktig ontslag geeft kan de vergoeding komen te vervallen, nu op grond van art. 7:653 lid 3 BW het concurrentiebeding vervalt, aldus Ktr. Hoorn 14 oktober 2002, *JAR* 2002/263.

concurrentiebeding is overeengekomen.

5.2.1. Concurrentie tijdens dienstverband

Wanneer een werknemer al tijdens dienstverband concurrentie met zijn werkgever aangaat, kan de werkgever zich beroepen op art. 7:611 BW, het goed werknemerschap, of op de onrechtmatige daad als bedoeld in art. 6:162 BW.²⁷³ Of er al dan niet een concurrentiebeding is overeengekomen maakt hiervoor geen verschil. De afgelopen jaren zijn hier enkele uitspraken over gepubliceerd. Zo werd in 2006 een zaak aan de kanton-rechter in Amsterdam voorgelegd,²⁷⁴ waarin een werkneemster niet alleen actief had geholpen met het opzetten van een concurrerend bedrijf, dit had zij zelfs tijdens werktijd gedaan, met gebruik-making van de computerfaciliteiten en het netwerk van de werkgever. Bovendien had zij tijdens werktijd cliënten van de werkgever benaderd en bezoeken afgelegd ten bate van de nieuwe vennootschap. De kantonrechter oordeelde dat het ontslag naar aanleiding hiervan rechtmatig was. Het verweer van de werkneemster op een schending van haar privacy hield geen stand, nu zij dit alles had gedaan met gebruikmaking van de faciliteiten van de werkgever. Zij diende dan ook te begrijpen dat haar werkgever controle hierop uitoefende.

In 2009 is een dergelijke zaak ook, via de rechtbank en het Hof in Den Haag, door de Hoge Raad behandeld.²⁷⁵ In deze zaak had een werknemer een deel van zijn eigen bedrijf verkocht, waarna hij bij de koper in dienst trad op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Na enige tijd is de werknemer medegedeeld dat zijn contract niet verlengd zou worden. Hierna benaderde de werknemer, waarschijnlijk met het oog op het naderend einde van zijn dienstverband, klanten van de werkgever, waarop de werknemer op non-actief werd gezet. Na deze vrijstelling van werk, heeft de werknemer echter andere werknemers benaderd om bij hem in dienst te treden. De werkgever gaf hierop ontslag op staande voet. Het Hof oordeelt dat de werknemer terecht op staande voet is ontslagen, nu hij zich niet heeft gehouden aan de verplichtingen welke voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst, waaronder het goed werknemerschap. De werknemer heeft dan ook onrechtmatig gehandeld jegens de werkgever, waardoor het ontslag gerechtvaardigd is. De Hoge Raad gaat, met een beroep op art. 81 Wet op de rechterlijke organisatie, mee in deze stellingen.

Concurrentie tijdens dienstverband zal (vrijwel) altijd als onrechtmatig bestempeld worden, nu de werknemer zijn zorgplicht op basis van art. 7:611 BW in grove mate overschrijdt. Veelal weet de werknemer dat hij concurrerend bezig is, wat m.i. de verwerpelijke nog groter maakt. Of de werknemer de concurrerende activiteiten ontplooit in zijn privé-tijd of tijdens werktijd maakt wat mij betreft geen verschil, feit blijft dat de werknemer zijn werkgever schade zal (kunnen) berokkenen. Enkel wanneer de werkgever weet heeft van de plannen van de werknemer, en hiermee instemt, zal dit m.i. anders kunnen zijn.

5.2.2. Concurrentiebeding overeengekomen

Zoals hierboven al wel blijkt, zijn de omstandigheden van het geval vaak bepalend voor het antwoord op de vraag of sprake is van een overtreding van het concurrentiebeding en of de werkgever deze terecht handhaaft. Het goed werkgeverschap, het goed werknemerschap en de redelijkheid en de

²⁷³ Quist stelt, met een beroep op Rb. Zutphen 5 augustus 1992, *KG* 1992/148 en Ktr. Rotterdam 4 november 1992, *Prg.* 1993, nr. 3796, zelfs dat dergelijk gedrag zonder meer onrechtmatig is, Quist 2004, p. 45.

²⁷⁴ Ktr. Amsterdam 5 januari 2006, *JAR* 2006/214; een vergelijkbare zaak: Ktr. Amersfoort 8 oktober 2009, *JAR* 2009/272.

²⁷⁵ HR 18 december 2009, *JAR* 2010/19.

billijkheid van art. 6:248 lid 2 BW komen hier bij kijken. De redelijkheid en billijkheid kwamen bijvoorbeeld naar voren in een uitspraak van het Hof Amsterdam uit 2001²⁷⁶, waarin het doorzetten van het relatiebeding in strijd met de redelijkheid en billijkheid werd geacht. De werknemer was bij een belangrijke relatie van de werkgever in dienst getreden, maar de rechter oordeelde dat handhaving onredelijk zou zijn, nu de werknemer betrekkelijk korte tijd bij de werkgever in dienst was, de klant niet weg zou gaan bij de werkgever en er sprake was van een aanmerkelijke verbetering van de positie²⁷⁷ van de werknemer. Er werd derhalve een afweging gemaakt tussen het belang van de werkgever om klanten en personeel te behouden en het belang van de werknemer van vrijheid van arbeidskeuze. Het belang van de werknemer werd in dit geval groter geacht, waardoor het relatiebeding diende te wijken.

Over het algemeen geldt echter uiteraard dat wanneer er een concurrentiebeding is overeengekomen, de werknemer hieraan gehouden zal worden. Voor het relatiebeding in het bijzonder geldt nog dat het niet uitmaakt wie het initiatief heeft genomen tot het onderhouden van contact, ook wanneer de relatie contact zoekt met de werknemer kan dit leiden tot een overtreding van het relatiebeding.²⁷⁸ Dat de werknemer de relaties zelf heeft aangedragen bij de ex-werkgever hoeft ook geen verschil te maken, want aangezien de relaties door het verloop van de tijd relaties van de werkgever zijn geworden, kan het contact met deze relaties onrechtmatig worden bevonden.²⁷⁹ In lijn met deze uitspraak zal het m.i. vervolgens aan de aard van het contact liggen of relaties ook verbroken dienen te worden bij beëindiging van het dienstverband. Indien een werknemer al vriendschappelijke betrekkingen had met een relatie van de werkgever voor deze partijen zakelijke relaties begonnen, zal het belang van de werknemer op voortzetting van deze relatie zwaarder drukken dan wanneer de werknemer en de relatie elkaar enkel kennen via de werkgever. Het is echter ook niet ondenkbaar dat relaties ook dan verbroken dienen te worden.

Om een beroep op het relatiebeding te kunnen doen, dient een relatie te zijn aangegaan met een relatie van de ex-werkgever. Het Hof 's-Gravenhage oordeelde in 2012 dat het enkel gevolgd worden op Twitter door een relatie van de ex-werkgever hier niet onder valt.²⁸⁰ Het hof overwoog hierbij dat het volgen van een persoon op Twitter niet valt onder 'zakelijke contacten onderhouden', nu je op Twitter, anders dan op LinkedIn²⁸¹ of Facebook, een 'volger' niet hoeft te accepteren, het was een eenzijdige actie vanuit de relatie van de werkgever. De kantonrechter zag Twitter dan ook als een moderne vorm van adverteren. Dit kan anders liggen wanneer een werknemer via Twitter een gesprek voert met een relatie van de ex-werkgever.²⁸² Het gaat in dit geval om het onderhouden van contact, waardoor sprake is van een schending van het relatiebeding. Interessant in deze context is een uitspraak van het Hof Amsterdam uit 2008,²⁸³ waarin omschreven werd wanneer men kan spreken van actief werven van personeel via LinkedIn of Hyves. Het hof stelde dat de mails die verstuurd werden naar een aantal medewerkers van de werkgever hen op het idee zouden kunnen brengen om te solliciteren, terwijl zij dit zonder deze mail wellicht niet zouden hebben gedaan. Nu

²⁷⁶ Hof Amsterdam 8 maart.2001, *JAR* 2001/66.

²⁷⁷ De positieverbetering komt ook in andere zaken naar voren: Ktr. Rotterdam 19 september 2003, *JAR* 2003/235; Hof 's-Gravenhage 2 september 2005, *JAR* 2005/267.

²⁷⁸ Ktr. Zwolle 7 april 2010, *JAR* 2010/152.

²⁷⁹ Hof Amsterdam 16 juni 2009, *JAR* 2009/300; zie ook Hof Amsterdam 15 oktober 1998, *JAR* 1998/237.

²⁸⁰ Hof 's-Gravenhage 21 februari 2012, *JAR* 2012/129, *RAR* 2012/87.

²⁸¹ Zie hiervoor Rb. Arnhem 8 maart.2011, *JAR* 2011/127, waarin het accepteren van een contact op LinkedIn als een overtreding van het relatiebeding werd gezien.

²⁸² Ktr. Arnhem 24 november 2011, *JAR* 2012/64.

²⁸³ Hof Amsterdam 24 juli 2008, *JAR* 2008/313; zie over het werven van personeel door oud personeel onder meer Rb. Rotterdam 18 december 2008, *JAR* 2009/34; Hof 's-Gravenhage 25 november 1997, *JAR* 1998/14; Loonstra & Zondag 2010, p. 220.

tussen partijen een relatiebeding overeengekomen was, werd het versturen van deze e-mailberichten als zijnde onrechtmatig beoordeeld. Hetzelfde geldt voor het werven van klanten via Facebook door een werknemer, wiens 'vrienden' onder meer klanten waren van zijn ex-werkgever.²⁸⁴ De rechter oordeelde dat de berichten van de werknemer een dermate zakelijk karakter hadden dat zij niet gezien konden worden als vallende onder de privésfeer. Er was dan ook sprake van een overtreding van het relatiebeding.

5.2.3. Concurrentie na einde dienstverband als onrechtmatige daad

Na beëindiging van de overeenkomst kan de werkgever in bepaalde gevallen ook via de onrechtmatige daad van art. 6:162 BW zijn (ex) werknemer aanspreken op zijn concurrerende gedrag.²⁸⁵ Ook het benaderen van relaties van de ex werkgever kan onrechtmatig zijn.²⁸⁶ Hierbij zal van belang zijn of de werknemer handelt in strijd met wat in het maatschappelijk verkeer betamelijk wordt geacht.²⁸⁷ Of dit het geval is, hangt af van de omstandigheden van het geval. Concurrentie alleen is niet voldoende, er moet sprake zijn van bijkomende omstandigheden.²⁸⁸ De toets is hierdoor zwaarder dan wanneer een concurrentiebeding overeengekomen is.²⁸⁹ Belangrijke factoren zijn het (stelselmatig) misbruik maken van kennis of gegevens welke bij de (ex) werkgever zijn opgedaan,²⁹⁰ het (stelselmatig) doen van onware, misleidende mededelingen over de (ex)werkgever en het (stelselmatig) uitspannen van relaties van de (ex)werkgever.²⁹¹ In het arrest *Boogaard/Vesta*²⁹² is aangegeven aan welke criteria men moet toetsen om te oordelen of een werknemer handelt in strijd met de maatschappelijke zorgvuldigheid. De werknemer dient na het einde van de contractuele relatie (1) duurzaam verbonden cliënten (2) te bewegen een bestaande overeenkomst op te zeggen en bij een ander een nieuwe overeenkomst aan te gaan (3) met gebruikmaking van kennis en informatie welke hij heeft opgedaan bij de oude werknemer.²⁹³ De criteria worden ingekleurd door de omstandigheden van het geval.

In een zaak uit 2004 bij het Hof Leeuwarden daagde een werkgever vier werknemers voor de rechter omdat zij klanten zouden hebben benaderd voor een nieuw op te richten bedrijf. Dit bedrijf werd opgericht door twee (oud)directeuren van de werkgever. De werknemers hadden rechtsgeldig hun contract opgezegd en zouden bij het nieuwe bedrijf in dienst treden. De werkgever betoogde dat de werknemers onrechtmatig hadden gehandeld door tijdens dienstverband een brief te sturen naar diverse relaties, waarin zij –onder meer- betoogden dat het beter was wanneer lopende dossiers bij de behandelaars bleven. Het Hof oordeelde echter dat dit niet onrechtmatig was, nu de werknemers deze brief hadden verzonden in opdracht van de twee vertrekkende directeuren, welke op dat

²⁸⁴ Rb. Rotterdam 29 augustus 2012, *JAR* 2013/26.

²⁸⁵ HR 5 december 1997, *NJ* 1998/223.

²⁸⁶ Christe GS art.7:653 BW, aant. 26; Loonstra & Zondag 2010, p. 218; Quist 2004, p. 45; Ktr. 's-Hertogenbosch 16 mei 2006, *JAR* 2006/145; Hof Arnhem 17 juli 2007, *JAR* 2007/194; Hof 's-Hertogenbosch 1 november 1971, *NJ* 1972/66; Hof Leeuwarden 17 september 1997, *Prg.* 1997, nr. 4854; benaderen tijdens dienstverband: Hof 's-Gravenhage 14 februari 1985, *Prg.* 1985, nr. 2409.

²⁸⁷ Art. 6:162 lid 2 BW; zie voor een duidelijke uiteenzetting Pres. Rb. Almelo 22 november 2000, *KG* 2001/3.

²⁸⁸ Van Bommel 2005; Loonstra & Zondag 2010, p. 218; Rb. 's-Gravenhage (vrz) 28 februari 2003, *JAR* 2003/85.

²⁸⁹ Zie ook Asscher-Vonk 2004, p. 17; Van Bommel 2005.

²⁹⁰ Hof Amsterdam 15 oktober 1998, *JAR* 1998/237; zie ook Pres. Rb. Rotterdam 9 juli 1998, *JAR* 1998/164 en Pres. Rb. Almelo 22 november 2000, *KG* 2001/3.

²⁹¹ Loonstra 1999, p. 26-27; Quist 2004, p. 46; Van Drongelen 2011-II, p. 54.

²⁹² HR 9 december 1955, *NJ* 1956/157 (*Boogaard/Vesta*); uitwerkingen hiervan: Rb. Zwolle 6 juli 2011, *RAR* 2011/168; Rb. Zwolle 16 oktober 2012, *LJN* BY7861; Rb. Oost-Nederland 23 januari 2013, *LJN* BZ0668; Hof Arnhem 29 mei 2012, *RAR* 2012/135.

²⁹³ Zie voor een uitgebreide bespreking Van Bommel 2005.

moment nog hun werkgever waren. Ook de indiensttreding bij het nieuwe bedrijf werd niet onrechtmatig geacht, nu er geen concurrentiebeding was overeengekomen en geen sprake was van bijkomstige omstandigheden. Dat de werknemers gebruik zouden maken van hun bij de werkgever opgedane kennis deed hier niet aan af, nu vrijwel iedere werknemer bij een overstap gebruikt maakt van eerder opgedane kennis, aldus het Hof.²⁹⁴ Ook een brief die twee ex werknemers verstuurd aan relaties van de werkgever werd, hoewel 'minder gelukkig', niet als een onrechtmatige handeling betiteld, nu niet duidelijk was geworden dat de werkgever ook daadwerkelijk schade had geleden.²⁹⁵

Een vordering kan ook voortvloeien uit het goed werknemerschap. Immers, wanneer een werknemer zijn werkgever schade toebrengt door relaties te benaderen, zal hij handelen in strijd met de zorgplicht welke uit art. 7:611 BW voortvloeit. Het zal van de omstandigheden van het geval afhangen wanneer dit het geval is. Immers, indien een ex- werknemer in dienst treedt bij een relatie van de ex-werkgever, welke werkzaam is in een andere branche, zal de ex-werkgever geen schade oplopen. Het is dus van belang dat er door de werkgever schade wordt opgelopen dan wel dat deze kans aannemelijk is. Zolang dit niet het geval is, zal een vordering op basis van art. 7:611 of 6:162 BW niet kunnen slagen.

Interessant is dat ook de nieuwe werkgever onrechtmatig kan handelen wanneer hij een werknemer van een concurrent in dienst neemt. Ook hier hangt een en ander af van de omstandigheden van het geval. Het enkele in dienst nemen van een werknemer van de concurrent is veelal niet voldoende.²⁹⁶ Wel kan het voldoende zijn dat de concurrent profiteert van de overstap doordat een klant mee overgaat²⁹⁷ en dat zij 'welbewust profiteert van de overstap' terwijl zij wist dat er een concurrentiebeding was overeengekomen.²⁹⁸ Het Hof Amsterdam gaat zelfs zo ver dat de nieuwe werkgever een onderzoeksplicht heeft ten aanzien van het bestaan van een concurrentiebeding bij de (potentiële) werknemer.²⁹⁹ Van Bommel omschrijft de criteria voor onrechtmatig handelen van de concurrent bij het werven van personeel onder werknemers van de werkgever als 1) stelselmatige benadering, 2) duurzame investering door de werkgever in de werknemers (bijvoorbeeld door een opleiding) en 3) gebruikmaking van gegevens van de werkgever, zoals het salaris.³⁰⁰ Slechts wanneer aan deze punten is voldaan, is sprake van een onrechtmatige daad aan de kant van de nieuwe werkgever.

5.3. Conclusie

De gezagsbevoegdheid van de werkgever geldt niet alleen tijdens de duur van de arbeidsovereenkomst, maar lijkt ook een soort nawerking te hebben. De werkgever kan immers ook regels opstellen voor het gedrag van de werknemer na einde dienstverband en bovendien heeft de werkgever de mogelijkheid te controleren of de werknemer zich aan deze regels houdt. Bij het controleren van de voormalig werknemer is het echter van belang dat (extra) rekening wordt

²⁹⁴ Zie voor een vergelijkbare conclusie Hof 's-Hertogenbosch 8 juni 2004, *JAR* 2004/236.

²⁹⁵ Ktr. Wageningen 10 april 2002, *Prg.* 2002, nr. 5885; eerder werd eenzelfde soort brief, zij het met meer expliciete inhoud, wel onrechtmatig geacht: Pres. Rb. Leeuwarden 17 april 2001, *KG* 2001/247; Rb. Almelo 16 maart 2007, *JAR* 2007/120.

²⁹⁶ Rb. Rotterdam 20 februari 2007, *JAR* 2007/84; zie ook Rb. Rotterdam 18 december 2008, *JAR* 2009/34; Van Bommel 2005, p. 62.

²⁹⁷ Hof Amsterdam (Arnhem) 20 november 2007, *JAR* 2008/35.

²⁹⁸ Rb. Amsterdam 23 oktober 2003, *JAR* 2003/276.

²⁹⁹ Hof Amsterdam 6 april 2006, *JAR* 2006/280.

³⁰⁰ Van Bommel 2005, p. 66; voor actief werven via sociale media zie Hof Amsterdam 24 juli 2008, *JAR* 2008/313. Deze uitspraak komt uitgebreider aan bod bij het relatiebeding.

gehouden met het privacyrecht van de werknemer. Na einde dienstverband heeft een werknemer (veelal) geen toegang meer tot het netwerksysteem van de werkgever, waardoor de werkgever niet via (geautomatiseerde) systeemcontroles kan controleren wat de ex-werknemer doet. Niettemin kan een werkgever wel op andere manieren erachter komen wat de werknemer doet en of hij een concurrentiebeding overtreedt. Zeker bij sociale media speelt dit een rol, nu dit een grijs gebied is qua privésfeer. Wanneer bijvoorbeeld een Facebook-profiel geheel afgeschermd is, zal controle niet toegestaan zijn, terwijl een openbare pagina of een openbare site als Twitter zich wel voor controle leent. Wanneer een sociale media-contact echter informatie doorspeelt aan de ex-werkgever, kan dit wel dienen als bewijs in een zaak.

Anderzijds werkt ook de zorgplicht welke voortvloeit uit art. 7:611 BW na; niet alleen tijdens maar ook na einde dienstverband dient de werknemer zich te gedragen als een goed werknemer en de werkgever als een goed werkgever. De werkgever heeft een ruime gezagsbevoegdheid, hij kan de werknemer m.i. zelfs gebieden bestaande contacten te verbreken bij einde dienstverband. Wanneer zich een persoonlijke relatie heeft ontwikkeld tussen de ex-werknemer en de relatie zal dit uiteraard een mee te wegen belang dienen te zijn, maar het neemt de bevoegdheid van de werkgever niet weg. Zijn belang dient enkel zwaarwegender te zijn.

Sociale media hebben naar mijn mening een grote invloed op het relatiebeding, wat niet onlogisch is, omdat sociale media bij uitstek een manier zijn om contacten te onderhouden. Ook speelt denk ik mee dat sociale media vaak (redelijk) openbaar zijn, waardoor het makkelijker is om te achterhalen of iemand contacten onderhoudt met relaties van de ex-werkgever. Ik denk dat met de opkomst van sociale media de positie van de werknemer die gebonden is aan een relatiebeding, kwetsbaarder is geworden. Het leggen van contact via sociale media is immers veel eenvoudiger en het onderhouden van contacten veelal oppervlakkiger dan bij contacten buiten sociale media, waardoor werknemers wellicht ook niet altijd de gevaren ervan inzien. Immers, met hoeveel connecties op sociale media heeft een persoon ook daadwerkelijk contact? Het relatiebeding wordt echter makkelijker geraakt, waardoor werkgevers wellicht ook sneller geneigd zijn een beroep te doen op schending van een concurrentiebeding. Of het contact vervolgens ook gezien wordt als een overtreding van het relatiebeding zal vervolgens veelal van de specifieke omstandigheden van het geval afhangen. Steeds spelen als criteria mee de ernst van de overtreding, de aard van het netwerk, de inhoud van de berichten en de wijze van communiceren.³⁰¹ Mijns inziens dient de (mogelijkheid van) schade voor de werkgever ook een belangrijke rol te spelen, wanneer een werknemer in een geheel andere branche gaat werken is er minder noodzaak tot beëindigen van bestaande relaties dan wanneer de werknemer in dezelfde branche werkzaam zal zijn. Steeds dient echter sprake te zijn van een belangenafweging, de wederzijdse belangen bepalen uiteindelijk wat in een concrete situatie is toegestaan.

³⁰¹ Zie hiervoor ook Aantjes 2012-2, p. 22.

6. Conclusie

In deze conclusie zal ik een antwoord geven op de hoofdvraag van deze scriptie, te weten: *Waar liggen de grenzen van de gezagsbevoegdheid van de werkgever ten aanzien van het gebruik van sociale media door de werknemer in relatie tot de beëindiging van de arbeidsovereenkomst en de beëindigde arbeidsovereenkomst?* Ten eerste kan ik concluderen dat de effecten van sociale media minder groot zijn dan ik aan het begin van het onderzoek had verwacht. Hoewel de samenleving meer en meer in aanraking komt met sociale media en menigeen problemen ziet in het gebruik van sociale media in relatie tot privacy (wat je online zet is er niet meer af te halen; privacy van gegevens, zoals recent rond het schandaal rond PRISM) en de vrijheid van meningsuiting (online gaat men verder dan face-to-face), lijkt dit in het arbeidsrecht niet te leiden tot (nieuwe) problemen. Weliswaar is er door gebruik van nieuwe technologieën meer mogelijk met betrekking tot controle van werknemers en is door een ‘privetisering’ van het werk een groter grijs gebied ontstaan in de scheiding tussen werk en privé, op de beëindiging van en de beëindigde arbeidsovereenkomst heeft dit niet geleid tot schokkende gevolgen. Het is mijns inziens meer een kwestie van nieuwe technologieën inpassen in bestaande kaders.

Ten aanzien van de controlebevoegdheid kan gesteld worden dat deze (terecht) ver gaat. Voor wat betreft het gebruik van sociale media op de werkplek geldt immers niet alleen dat het veelal via het netwerk van de werkgever zal gaan, maar ook vindt het gebruik plaats in de tijd van de werkgever, hij betaalt de werknemer om in deze tijd (inderdaad) te werken. Een werknemer die op sociale media zit, is (over het algemeen) niet bezig met werken. Het lijkt de normaalste zaak van de wereld dat een werknemer ook tijdens werktijd even zijn persoonlijke e-mail checkt, controleert of er nog interessante updates via Facebook of Twitter zijn en kijkt of hij nog berichten heeft ontvangen via WhatsApp. Al deze handelingen, hoe weinig tijd ze ook zullen beslaan, kunnen bij elkaar genomen alsnog een flinke omvang krijgen. Tijd welke niet wordt besteed aan werkzaamheden ten behoeve van de werkgever. Uiteraard staat hier ook wat tegenover: ook buiten werktijd krijgt menig werknemer sneller en vaker een bericht van de werkgever. De scheiding tussen werk en privé wordt dan ook vager. Kort genomen zou dit betekenen dat wanneer een werkgever de werknemer tijdens werktijd niet toe wil staan privéactiviteiten te verrichten, hij ook niet kan verwachten dat er in privétijd activiteiten voor de onderneming verricht worden.

De werkgever kan de werknemer gebieden zich op een bepaalde manier te gedragen op sociale media. Uiteraard dient de werkgever hier wel een belang bij te hebben, wanneer de bezigheden van de werknemer in geen enkele mate relateren aan de arbeidsverhouding, heeft de werkgever er ook geen zeggenschap over. Wanneer een persoon een belangrijke positie heeft binnen het bedrijf of voor buitenstaanders bekend is als werknemer van het bedrijf, zal de werkgever verdergaande instructies mogen geven dan wanneer dit niet het geval is. De werkgever kan dan bijvoorbeeld niet alleen opdragen niet over de onderneming te berichten maar ook dat hij bepaalde standpunten in zal moeten nemen dan wel moet nalaten deze in te nemen. Voor een zakelijk netwerk als LinkedIn geldt dat de werkgever kan voorschrijven hoe het profiel van de werknemer eruit dient te zien. LinkedIn is immers bedoeld is voor zakelijke contacten, waardoor de werkgever er baat bij heeft dat de werknemers van zijn bedrijf een zelfde opmaak hebben en dat bepaalde informatie wel of niet wordt gedeeld. Hoewel dit mijns inziens een grote inbreuk is op de persoonlijke levenssfeer van de werknemer, is deze wel te verdedigen gezien het belang van de werkgever. Belangrijk aspect hierbij is dat LinkedIn een zakelijk netwerk betreft, bij een (persoonlijke) Facebookpagina zal dit dan ook niet snel aan de orde zijn. Ook speelt hierbij een rol dat de

werknemer met het aangaan van een arbeidsovereenkomst instemt met een beperking van zijn grondrechten. De voorschriften en arbeidsvoorwaarden zullen hem dan al bekend zijn, hij moet dus kunnen inschatten wat wel en niet toegestaan is en op welke wijze.

Daarnaast heeft sociale media m.i. tot gevolg dat het relatiebeding vaker aan de orde is, nu via een open medium als sociale media veel sneller contacten gelegd worden tussen mensen. Nu sociale media de nadruk legt op contacten, kan de werkgever gebieden dat bepaalde contacten worden verbroken wanneer de werknemer uit dienst treedt bij het bedrijf. Hij kan dit met de werknemer overeenkomen bij het aangaan van het dienstverband of dit vastleggen in een sociale media-protocol, maar ook achteraf kan dit bewerkstelligd worden. Wanneer er echter niets is afgesproken, zal het voor de werkgever moeilijker zijn aan te tonen waarom een contact verbroken zou moeten worden. Is er echter een vermoeden van schade berokkenen aan de werkgever, al dan niet door overtreding van het concurrentiebeding, dan zal de werkgever eerder gelijk krijgen in zijn eis dat een contact verbroken dient te worden. Bij het ontslag heeft sociale media met name in de begintijd geleid tot een kwantitatieve groei van uitspraken, met name doordat veel werknemers thuis geen beschikking hadden over een computer dan wel internet. De laatste jaren lijken mensen zich meer bewust van de gevaren van internet, waardoor zij beter op zullen letten met, bijvoorbeeld, het bekijken en downloaden van onethisch materiaal via een door de werkgever ter beschikking gesteld netwerk. Een mooie overweging omtrent dit onderwerp vond ik de uitspraak van een kantonrechter, welke oordeelde dat het bekijken van een erotische getinte website niet anders is dan het hebben van een erotisch getint blad in een bureaula. Het toetsingskader bij offline gedrag is met andere woorden dezelfde als die bij online gedrag. Wat offline niet geaccepteerd hoeft te worden, hoeft online ook niet geaccepteerd te worden. Uiteraard speelt ook de bedrijfscultuur hierbij een rol.

Wat opvalt aan de grondrechten is dat zij verouderd zijn in hun bewoordingen. De nieuwe technologieën kunnen naar mijn mening wel ondergebracht worden onder de huidige terminologie, maar dit zal niet altijd even gemakkelijk zijn. Het vraagt, met andere woorden, om de nodige juridische creativiteit. Uiteraard kan men zich afvragen waarom het noodzakelijk zou zijn dat de bewoordingen van een grondrecht veranderd worden wanneer de nieuwe situaties ook erin gepast kunnen worden, maar het is m.i. van belang dat de wetgever, de volksvertegenwoordiging, zich uitlaat over deze kwestie. Nu is het vooral de rechterlijke macht die oordeelt wat wel of niet valt onder een bepaald grondrecht, terwijl zij geen democratische legitimatie heeft. De wetgever heeft deze wel, maar heeft –behoudens het instellen van een aantal commissies, van welke de aanbevelingen in de kast gelegd zijn- (nog) niet de verantwoordelijkheid genomen iets te veranderen aan de huidige situatie. Met het oog hierop is het wenselijk dat er een herziening volgt van de Grondwet, zoals dit ook met Europese verdragen al aan de orde is. Dit zal zorgen voor een effectieve en correcte toepassing van controlemiddelen ten aanzien van de grondrechten, ook in het arbeidsrecht.

Door de komst van sociale media is er een groter grijs gebied gekomen tussen werk en privé, waardoor ook (de grenzen van) de grondrechten eerder geraakt worden. Het is echter niet zo dat de spelregels in het arbeidsrecht zijn veranderd door de komst en het gebruik van sociale media. De online wereld is niet anders dan de offline wereld, ook al zit men in een andere wereld (de virtuele wereld), de consequenties van bepaald gedrag zijn hetzelfde. Voor de werkgever geldt in het bijzonder dat wat hij door technologie over kan laten nemen, ook zal moeten laten doen. De inbreuk op een grondrecht wordt zo het kleinst en daarmee zal hij eerder voldoen aan de vereisten voor een legitieme inbreuk.

Geraadpleegde en aangehaalde literatuur.

Asser/Heerma van Voss 7-V 2012

G.J.J. Heerma van Voss, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk recht: 7-V Arbeidsovereenkomst*, Deventer: Kluwer 2012

Aantjes 2012

M.J. Aantjes, 'Werk vinden en verliezen door Sociale Media', *TAP*, jaargang 5-2, p. 62-68

Aantjes 2012-2

M. Aantjes, 'Relatiebeding sneller overtreden door social media', *Advocatenblad* 2012 p.20-22

Ambagtsheer 2008

F.W.G. Ambagtsheer, 'Het schriftelijkheidsvereiste op z'n retour', *ArbeidsRecht* 2008, 38

Asscher-Vonk 2004

J.P. Asscher-Vonk, 'Bijzondere bedingen', *Ara* 2004-3

Asscher & Steenbruggen 2001

L.F. Asscher & W.A.M. Steenbruggen, 'Het e-mailgeheim op de werkplek', *NJB* 2001, p. 1787-1794

Bakels/Asscher-Vonk & Bouwens 2009

L.P. Asscher-Vonk en W.H.A.C.M. Bouwens, *Schets van het Nederlandse Arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2009

Van Bommel 2005

A.J.C. van Bommel, 'Als je van mijn klanten maar afblijft', *ArbeidIntegraal* 2005-2, p. 57-68

Bolte 2001

H.J. Bolte, 'Het relatiebeding op de korrel', *ArbeidsRecht* 2001, 34

Broer & Rouwet 2011

W.T. Broer & G.W. Rouwet, 'Het matigen van de concurrentiebedingboete, 'bijna uitgekristalliseerd'?', *TAP* 2012-1, p. 18-22

CBS 2011-a

CBS, 'Vier op de tien bedrijven gebruiken sociale media', *Webmagazine* 12 december 2011

CBS 2011-b

CBS, 'Nederlandse Jongeren zeer actief op sociale netwerken', *Webmagazine* 10 januari 2011

Charbon 1999

P. A. Charbon, 'Surfen en e-mailen in de tijd van de baas: wat mag de werkgever (niet) doen?', *ArbeidsRecht* 1999, 58

Christe GS art 7:653 BW

D. Christe, *Groene Serie Bijzondere overeenkomsten*, aantekeningen bij art 7:653 BW, Deventer: Kluwer

Demuynck 2010

D. Demuynck, 'Sociale netwerksites en arbeidsrecht: nieuwe technologie, nieuwe uitdagingen', *Computerrecht* 2010, 74

Dommering 2007

E.J. Dommering, Annotatie bij EHRM 3 april 2007 (Copland/Verenigd Koninkrijk), *NJ* 2007-50, nr. 617, p. 6232-6236

Dop 2012

J. Dop, *Handboek Ontslagrecht*, Apeldoorn (etc): Maklu 2012

Van Drongelen 2011-I

J. van Drongelen & W.J.P.M. Fase, *Individueel Arbeidsrecht (1) – de overeenkomsten tot verrichten van arbeid en vakantie en verlof*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2011

Van Drongelen 2011-II

J. van Drongelen e.a., *Individueel arbeidsrecht (2) – Bijzondere bedingen, Aansprakelijkheid, Gelijke behandeling, Overgang van de onderneming*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2011

Van Drongelen 2011-III

J. van Drongelen e.a., *Individueel arbeidsrecht (3) – Ontslagrecht*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2011

Van Drongelen & Van Rijs 2012

J. van Drongelen & A.D.M. van Rijs, *De ontslagpraktijk van het UWV*, Deventer: Kluwer 2012

Driessen 2012

M.J.A.C. Driessen e.a. (red.), *Het arbeidsrecht in 50 uitspraken*, Deventer: Kluwer 2012

Eijsbouts e.a. 2010

W.T. Eijsbouts e.a. (red.), *Europees Recht – Algemeen Deel*, Groningen: Europa Law Publishing 2010

Van der Flier 2012

J.G. van der Flier, 'Bezwijkt de werknemer onder het zwaarder drukkende concurrentiebeding?', *ArbeidsRecht* 2012, 14

Fruytier 2012

C. Fruytier, 'Vormgeving van het concurrentiebeding', *ArbeidsRecht* 2012, 13

Van der Grinten/Bouwens & Duk 2011

W.H.A.C.M. Bouwens & R.A.A. Duk, *Arbeidsovereenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2011

Groothuis 2007

M. Groothuis, 'EHRM 3 april 2007, Copland t. Verenigd Koninkrijk. Privacy van de werknemer en internet', *NJCM-Bulletin* 2007, 7

Van der Ham 2012

R.J. van der Ham, 'Werknemer1: 'werknemer2, mijn baas is echt 'n e*kel!''', *ArbeidsRecht* 2012, 7

Heerma van Voss 2011

G.J.J. Heerma van Voss, *Inleiding Nederlands sociaal recht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011

Heerma van Voss 1991

G.J.J. Heerma van Voss, 'Vrijheid van meningsuiting versus geheimhoudingsplicht werknemers', *NJCM-Bulletin* 1991 16-3, p. 198-207

Heerma van Voss & Van der Heijden 2000

G.J.J. Heerma van Voss & P.F. van der Heijden, 'Kroniek van het Sociaal Recht', *NJB* 2000-31

Van der Heijden 1999

P.F. van der Heijden, 'Revolutie in het Arbeidsrecht: privétisering', *ArbeidsRecht* 1999, nr. 8/9 (lustrumkatern)

Van der Heijden & Heerma van Voss 1990

P. F. van der Heijden & G. J. J. Heerma van Voss, 'Sociaal Recht en 40 jaar EVRM', (bijdrage aan 40 jaar Europees Verdrag voor de rechten van de mens), *NJCM-Bulletin* 1990, p. 209-223

Van der Heijden 1988

P.F. van der Heijden, *Grondrechten in de onderneming*, Deventer: Kluwer 1988

Huijskens 2010

C. Huijskens, *Code Sociale Media: Richtlijnen voor zakelijk gebruik*, Amsterdam: Bertram & De Leeuw 2010

Jellinghaus & Zondag, Tekst en Commentaar bij artikel 7:613 BW

Jungle Minds 2012

Jungle Minds, *Sociale Media Update 2012*, Oktober 2012

Kingma 2005

E.W. Kingma, 'Het relatiebeding, concurrentie voor het concurrentiebeding?', *ArbeidIntegraal* 2005-2, p. 83-86

Kip & Klinkckhamers 2008

C.C. Kip & J.W. Klinkckhamers, 'Digitaal dagboek van een werknemer: het weblog in arbeidsrechtelijk perspectief', *ArbeidsRecht* 2008, 16

Koevoets 2006

M.M. Koevoets, *Wangedrag van werknemers. De bevoegdheid van werkgevers tot opsporing en sanctionering* (diss. Rotterdam), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2006

Kolk & Verbruggen 2002

D. J. Kolk & M. Verbruggen, 'Het verborgen bestaan van de Wet bescherming persoonsgegevens', *ArbeidsRecht* 2002, 32

Kortmann 2008

C.J.A.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, Deventer: Kluwer 2008

Kranenburg 2007

H.R. Kranenburg, *Toegang tot documenten en bescherming van persoonsgegevens in de Europese Unie: over de openbaarheid van persoonsgegevens*, Deventer: Kluwer 2007

Kroes 1998

M. Kroes, *Werking en Doorwerking van Grondrechten*, Leiden: Stichting NJCM-Boekerij 1998

Kruit 2012

P. Kruit, *De ontbindingsbeschikking ex art. 7:685 BW getoetst*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2012

De Laat & De Vries 2012

I. de Laat en H. de Vries, 'De digitale werknemer: van grondrechten tot vergetelheid in de cloud', *ArbeidsRecht* 2012, 35

Lenaerts & Van Nuffel 2011

K. Lenaerts & P. van Nuffel, *Europees Recht*, Antwerpen: intersentia 2011

Loonstra & Zondag 2010

C.J. Loonstra & W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke Themata*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010

Loonstra 1999

C.J. Loonstra, *Het concurrentiebeding in de arbeidsovereenkomst*, Den Haag: Elsevier bedrijfsinformatie bv 1999

Michielsen 2004

Y. Michielsen, *Het concurrentiebeding: Handleiding voor de Praktijk*, Deventer: Kluwer 2004

Nieuwenhuis & Hins 2010

A.J. Nieuwenhuis & A.W. Hins, *Hoofdstukken Grondrechten*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2010

Quist 2004

J.P. Quist, *Het concurrentiebeding nader beschouwd. Een vergelijking tussen het (huidige en komende) Nederlands recht en de Belgische regeling*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004

Roelofs 2003

L.C. Roelofs, 'Verborgен cameratoezicht op de werkplek: straks nog toelaatbaar?', *ArbeidsRecht* 2003, 46

Roozendaal 2011

W.L. Roozendaal, *Werk en privé. De strijd om tijd in het arbeidsovereenkomstenrecht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2011

Sies 2011

R.C. Sies, 'Het schriftelijkheidsvereiste en het (non) concurrentiebeding bij (stilzwijgende) verlenging: Wie schrijft, die blijft', *TAP* 2011-6, p. 227-234

Van der Sloot 2012

B. van der Sloot, 'De nieuwe consumentenrechten in de Algemene verordening gegevensbescherming: vergeten worden, dataportabiliteit en profilering', *Tijdschrift voor Consumentenrecht en handelspraktijken* 2012-6, p. 250-259

Van Slooten 1999

J.M. van Slooten, *Arbeid en Loon* (diss. UvA), Deventer: Kluwer 1999

Van Stigt Thans 2005

E.H. van Stigt Thans, 'Relatiebeding versus het nieuwe non-concurrentiebeding: wie snapt het nog?', *NJB* 2005-34, p. 1792-1793

Terstegge 2000

J. Terstegge, *De nieuwe Wet bescherming persoonsgegevens: Handleiding voor de praktijk*, Alpen aan de Rijn: Samson 2000

Terstegge 2002

J.H.J. Terstegge, 'Goed werken in netwerken: Regels voor controle op e-mail en internetgebruik van werknemers', Den Haag: Sdu Grafisch bedrijf BV 2002

Thole & Engelfriet 2012

E.P.M. Thole & A. Engelfriet, 'Q&A over privacy, social media en de werkplek', *ArbeidsRecht* 2012, 34

Thole & van der Jagt 2011

E.P.P. Thole & F.C. van der Jagt, 'Twitterende werknemers en googelende werkgevers', *ArbeidsRecht* 2011, 39

Thole, van de Jagt & Roerdink 2010

E.P.M. Thole, F. van der Jagt & H. Roerdink, *50 vragen over privacy*, Deventer: Kluwer 2010

Van Uden 2006

F.C. van Uden, 'De ondraaglijke stilte van de vrijheid van meningsuiting in het arbeidsrecht', *ArbeidsRecht* 2006, 7

Veen 2009

W. Veen, *Homo Zappiens: opgroeien, leven en werken in een digitaal tijdperk*, Amsterdam: Pearson Education Benelux 2009

Verheij 2011

R.G. Verheij, 'Het voortgezette concurrentiebeding?!', *ArbeidsRecht* 2011, 48

Verhey 1992

L.F.M. Verhey, *Horizontale werking van grondrechten, in het bijzonder het recht op privacy* (diss. Utrecht), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992

Verhey 1994

L.F.M. Verhey, 'De horizontale werking van het IVBPR', (bijdrage in IVBPR special), *NJCM-Bulletin* 1994, p. 828-840

Verhulp 2012 (T&C)

E. Verhulp 2012, *Tekst en Commentaar Arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2012

Verhulp & Zondag 2008

E. Verhulp & W.A. Zondag, *Disfunctioneren en wangedrag van werknemers*, Deventer: Kluwer 2008.

Verhulp 1999

E. Verhulp, *Grondrechten in het arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 1999

Verhulp 1996

E. Verhulp, *Vrijheid van meningsuiting van werknemers en ambtenaren*, Den Haag: Sdu 1996

Van der Vorm 2007

H. van der Vorm, *De grondslag van de ontslagvergoeding. Een onderzoek naar de grondslag van en de gronden voor de toekenning van een ontslagvergoeding*, Tilburg: Celsus juridische uitgeverij 2007

De Wolff 2007

D.J.B. de Wolff, *Goedwerknemerschap. Een analyse van de verplichtingen van de werknemer in het licht van redelijkheid en billijkheid*, Deventer: Kluwer 2007

Zwemmer 2012

J.P.H. Zwemmer, *Pluraliteit van werkgeverschap*, Deventer: Kluwer 2012

Jurisprudentielijst

Europese jurisprudentie

EHRM 12 september 2011, *JAR* 2011/280 m. nt. I. J. de Laat
EHRM 3 april 2007, nr 62617/00, *NJCM* 2007, nr. 7 m. nt. M. M. Groothuis (*Copland*)
EHRM 14 maart 2002, *JAR* 2002/137 (*Diego Nafria/Spanje*)
EHRM 25 juni 1997, *NJ* 1998/506 (*Halford vs. Verenigd Koninkrijk*)
EHRM 26 september 1995, *NJ* 1996/545 m. nt. E. J. Dommering (*Vogt/Duitsland*)
EHRM 16 december 1992, *NJ* 1993/400 m. nt. E.J. Dommering (*Niemietz*)
EHRM 2 augustus 1984, *NJ* 1984/534 (*Malone*)

HvJEG 3 oktober 2000, *JAR* 2000/251
HvJEG 9 september 2003, C 151/02 (*Jaeger*)
HvJEG 11 januari 2007, *JAR* 2008/92

Hoge Raad der Nederlanden

HR 25 maart 2011, *NJ* 2011/594 (*Gouden Kooi*)
HR 27 april 2010, *JAR* 2010/95
HR 18 december 2009, *JAR* 2010/19
HR 28 maart 2008, *JAR* 2008/113 m. nt. M.S.A. Vegter (*Philips/Oostendorp*)
HR 14 september 2007, *JAR* 2007/250 (*Hyatt*)
HR 5 januari 2007, *JAR* 2007/37 en 38, *NJ* 2008/502 m. nt. Prof. E. Verhulp (*AVM-arresten*)
HR 10 december 2004, *JAR* 2005/15
HR 19 maart 2004, *JAR* 2004/68 m.nt. Vegter (*Parallel Entry/KLM-VNV*)
HR 10 oktober 2003, *NJ* 2007/446 en *JAR* 2003/263 (*Van der Male/Den Hoedt*)
HR 4 april 2003, *JAR* 2003/107
HR 20 december 2002, *NJ* 2003/141, m. nt. Ma.
HR 22 februari 2002, *JAR* 2002/81
HR 14 december 2001, *JAR* 2002/18
HR 27 april 2001, LJN AB1347, *JAR* 2001/95 (*Wennekes Lederwaren*)
HR 29 september 2000, *JAR* 2000/223
HR 21 januari 2000, *JAR* 2000/45
HR 12 februari 1999, *JAR* 1999/102
HR 5 december 1997, *NJ* 1998/223
HR 14 november 1997, *NJ* 1998/149 (*Groen/Schoevers*)
HR 24 oktober 1997, *JAR* 1997/248
HR 25 oktober 1996, *JAR* 1996/233
HR 27 september 1996, *JAR* 1996/217
HR 28 april 1995, *JAR* 1995/111
HR 8 april 1994, *NJ* 1994, 704 (*Agfa*)
HR 21 januari 1994, *NJ* 1994/473
HR 23 april 1993, *JAR* 1993/121
HR 22 mei 1992, *NJ* 1992/607, *JAR* 1992/33
HR 15 maart 1991, *NJ* 1991/417
HR 15 februari 1991, *NJ* 1991/340

HR 9 juli 1990, *NJ* 1991/215
HR 20 april 1990, *NJ* 1990/702 m. nt. P. A. Stein (*Meijer/De Schelde*)
HR 1 december 1989, *NJ* 1990/451
HR 3 maart 1989, *NJ* 1989/549 m. nt. P.A. Steijn
HR 7 oktober 1988, *NJ* 1989/335 (*IBM*)
HR 23 oktober 1987, *NJ* 1988/235
HR 19 januari 1987, *NJ* 1987/928 m. nt. E.A. Alkema (*Edamse bijstandsmoeder*)
HR 28 september 1983, *NJ* 1984/92
HR 13 maart 1981, *NJ* 1981/635 (*Haviltex*)
HR 15 februari 1980, *NJ* 1980/328 m. nt. P.A. Steijn
HR 9 maart 1979, *NJ* 1979/467, m.n. PAS (*Brabant/Van Uffelen*)
HR 31 maart 1978, *NJ* 1978/325 (*Goedegebuure/Dental Post*)
HR 9 december 1955, *NJ* 1956/157 (*Boogaard/Vesta*)
HR 18 december 1953, *NJ* 1954/242 (*Zaal/Gossink*)

Gerechtshoven

Hof Arnhem 5 juni 2012, *JAR* 2012/202
Hof Arnhem 29 mei 2012, *RAR* 2012/135
Hof 's-Gravenhage 21 februari 2012, *JAR* 2012/129, *RAR* 2012/87
Hof Arnhem 31 januari 2012, *JAR* 2012/66
Hof 's-Hertogenbosch 20 december 2011, *JAR* 2012/34
Hof Amsterdam 13 december 2011, *RAR* 2012/76
Hof Amsterdam 9 augustus 2011, *JAR* 2011/240
Hof Amsterdam 14 juni 2011, *JAR* 2011/221
Hof Amsterdam 14 juni 2011, *RAR* 2011/145
Hof 's-Hertogenbosch 7 juni 2011, *JAR* 2011/206
Hof Arnhem 31 mei 2011, *LJN* BQ7529
Hof Amsterdam 24 mei 2011, *JAR* 2011/166
Hof Leeuwarden 22 februari 2011, *JAR* 2011/89, *RAR* 2011/79
Hof Amsterdam 25 januari 2011, *JAR* 2011/149
Hof 's-Hertogenbosch 4 januari 2011, *JAR* 2011/72
Hof Leeuwarden 29 juni 2010, *JAR* 2010/196
Hof Amsterdam 16 juni 2009, *JAR* 2009/300
Hof Amsterdam 24 juli 2008, *JAR* 2008/313
Hof 's-Gravenhage 8 mei 2008, *JAR* 2008/143
Hof 's-Hertogenbosch 4 december 2007, *JAR* 2008/13
Hof 's-Hertogenbosch 27 november 2007, *JAR* 2008/12
Hof Amsterdam (Arnhem) 20 november 2007, *JAR* 2008/35
Hof Amsterdam 23 oktober 2007, *JAR* 2008/68
Hof Arnhem 24 juli 2007, *JAR* 2007/207
Hof Arnhem 17 juli 2007, *JAR* 2007/194
Hof Arnhem 25 juli 2006, *JAR* 2006/226
Hof Leeuwarden 3 mei 2006, *JAR* 2006/153
Hof Amsterdam 6 april 2006, *JAR* 2006/280
Hof Leeuwarden 14 december 2005, *RAR* 2006/29

Hof Arnhem 13 december 2005, *JAR* 2006/31
Hof 's-Gravenhage 2 september 2005, *JAR* 2005/267
Hof Leeuwarden 23 maart 2005, *JAR* 2005/151
Hof Arnhem 4 januari 2005, *JAR* 2005/46
Hof 's-Hertogenbosch 8 juni 2004, *JAR* 2004/236
Hof Amsterdam 14 augustus 2003, *JAR* 2003/224
Hof Amsterdam 8 maart 2001, *JAR* 2001/66
Hof Amsterdam 15 oktober 1998, *JAR* 1998/237
Hof Amsterdam 26 maart 1998, *JAR* 1998/125
Hof 's-Gravenhage 25 november 1997, *JAR* 1998/14
Hof Leeuwarden 17 september 1997, *Prg.* 1997, nr. 4854
Hof 's-Hertogenbosch 2 juli 1986, *NJ* 1987/451
Hof 's-Gravenhage 14 februari 1985, *Prg.* 1985, nr. 2409
Hof 's-Hertogenbosch 1 november 1971, *NJ* 1972/66

Rechtbanken en Kantongerechten

Ktr. Hoorn 27 februari 2013, *JAR* 2013/96
Ktr. Breda 26 februari 2013, *JAR* 2013/99
Rb. Oost-Nederland 23 januari 2013, *LJN* BZ0668
Ktr. Middelburg (vrz) 20 december 2012, *JAR* 2013/82
Ktr. Rotterdam 18 november 2012, *RAR* 2012/35
Rb. Zwolle 16 oktober 2012, *LJN* BY7861
Rb. Rotterdam 29 augustus 2012, *JAR* 2013/26
Ktr. Arnhem 11 april 2012, *LJN* BW2006, *Prg.* 2012, nr. 150
Ktr. Arnhem 19 maart 2012, *LJN* BV9483, *JAR* 2012/97
Rb. Maastricht (vrz) 8 februari 2012, *LJN* BV3122.
Ktr. Arnhem 24 november 2011, *JAR* 2012/64.
Ktr. Leiden, 14 september 2011, *JAR* 2011/232
Rb. Dordrecht (vrz) 8 september 2011, *JAR* 2011/256
Ktr. Eindhoven 21 juli 2011, *JAR* 2011/230
Ktr. Zwolle 6 juli 2011, *RAR* 2011/168.
Rb. Leeuwarden 6 april 2011, *RAR* 2011/93
Rb. Arnhem 8 maart 2011, *JAR* 2011/127
Ktr. Delft (vrz) 27 januari 2011, *JAR* 2011/100
Ktr. Leeuwarden 30 november 2010, *LJN* BO7535
Ktr. Haarlem 15 november 2010, *JAR* 2010/283
Ktr. Helmond 3 november 2010, *JAR* 2010/301, *RAR* 2011/23
Ktr. Enschede (vrz) 13 augustus 2010, *JAR* 2010/221
Ktr. Zwolle 7 april 2010, *JAR* 2010/152
Rb. Amsterdam 21 januari 2010, *JAR* 2010/66
Ktr. Heerenveen 20 januari 2010, *JAR* 2010/44
Ktr. Amersfoort 8 oktober 2009, *JAR* 2009/272
Rb. Sittard-Geleen 1 oktober 2009, *JAR* 2009/279
Ktr. Sittard-Geleen 8 juli 2009, *JAR* 2009/226
Ktr. Lelystad (vrz) 15 april 2009, *Prg.* 2009, nr. 86

Ktr. Eindhoven 3 maart 2009, *JAR* 2009/134
Rb. Zutphen 18 februari 2009, *JAR* 2009/105
Rb. Amsterdam 12 februari 2009, *JAR* 2009/87
Ktr. Utrecht (vzr.) 29 januari 2009, *JAR* 2009/99
Rb. Rotterdam 18 december 2008, *JAR* 2009/34
Rb. Rotterdam 17 december 2008, *JAR* 2009/70
Ktr. Amsterdam 15 september 2008, *JAR* 2008/266
Rb. Rotterdam 6 augustus 2008, *LJN* BD9713, *RAR* 2008/158
Ktr. Utrecht 2 juli 2008, *Prg.* 2008, nr. 135.
Ktr. Leeuwarden 17 juni 2008, *Prg.* 2008, nr. 126
Ktr. Brielle 13 mei 2008, *JAR* 2008/152
Ktr. Amersfoort 21 april 2008, *JAR* 2008/94
Ktr. Haarlem 26 maart 2008, *JAR* 2008/83
Ktr. Groningen 18 maart 2008, *LJN* BC8703, *RAR* 2008/80
Ktr. Utrecht 16 januari 2008, *Prg.* 2008/92
Ktr. Haarlem 2 januari 2008, *JAR* 2008/26
Ktr. Amsterdam 29 november 2007, *JAR* 2008/60
Ktr. Leeuwarden 16 november 2007, *JAR* 2008/2
Ktr. Zaandam, 8 november 2007, *RAR* 2008/23
Rb. Haarlem (vrz.) 23 oktober 2007, *JAR* 2007/277
Ktr. Gorinchem 22 oktober 2007, *Prg.* 2008, nr. 8
Ktr. Leiden 26 september 2007, *JAR* 2007/271
Ktr. 's-Hertogenbosch 6 juni 2007, *JAR* 2007/149
Ktr. Utrecht 3 mei 2007, *JAR* 2007/181
Ktr. Tilburg 4 april 2007, *JAR* 2007/119
Rb. Almelo 16 maart 2007, *JAR* 2007/120
Rb. Rotterdam 20 februari 2007, *JAR* 2007/84
Ktr. Utrecht 27 december 2006, *JAR* 2007/74
Ktr. Amsterdam 16 november 2006, *JAR* 2007/5
Ktr. Zwolle 17 oktober 2006, *JAR* 2007/12
Rb. Haarlem 10 oktober 2006, *JAR* 2006/298
Ktr. Zaandam 27 juli 2006, *JAR* 2006/204
Ktr. Hilversum (vrz) 25 juli 2006, *JAR* 2006/218
Rb. Breda 5 juli 2006, *JAR* 2006/205
Ktr. Dordrecht 18 mei 2006, *JAR* 2006/144
Rb. Utrecht 16 mei 2006, *JAR* 2006/167
Ktr. 's-Hertogenbosch 16 mei 2006, *JAR* 2006/145
Ktr. Enschede (vrz) 1 mei 2006, *JAR* 2006/124
Ktr. Amsterdam 5 januari 2006, *JAR* 2006/214
Ktr. Zaandam 15 december 2005, *JAR* 2006/7
Ktr. Gouda 29 september 2005, *JAR* 2005/257
Ktr. Arnhem 1 augustus 2005, *JAR* 2005/208
Rb. Haarlem (vzr.) 30 mei 2005, *JAR* 2005/261
Ktr. Nijmegen 3 maart 2005, *JAR* 2005/72
Ktr. Amsterdam 15 oktober 2004, *JAR* 2005/35

Ktr. Maastricht 8 juli 2004, *JAR* 2004/214
Ktr, Rotterdam (vrz) 7 juni 2004, *JAR* 2004/156
Ktr Haarlem 15 april 2004, *JAR* 2004/125
Ktr. Breda (vrz) 1 april 2004, *JAR* 2004/124
Ktr. Apeldoorn 24 maart 2004, *JAR* 2004/225
Rb. Eindhoven 5 maart 2004, *JAR* 2004/103
Rb. Rotterdam (vrz) 25 februari 2004, *JAR* 2004/199
Rb. Amsterdam 23 oktober 2003, *JAR* 2003/276
Ktr. Rotterdam 19 september 2003, *JAR* 2003/235
Ktr. Amsterdam 8 september 2003, *JAR* 2003/230
Ktr. Delft 4 september 2003, *JAR* 2003/231
Ktr. Venlo 27 juni 2003, *JAR* 2003/217
Ktr Tilburg 12 juni 2003, *JAR* 2003/176
Ktr. Utrecht 24 juni 2003, *KG* 2003/199
Ktr. Haarlem 3 april 2003, *JAR* 2003/117
Ktr. 's-Gravenhage 31 maart 2003, *JAR* 2003/132
Rb. 's-Gravenhage (vrz) 28 februari 2003, *JAR* 2003/85
Ktr. 's-Hertogenbosch 16 december 2002, *JAR* 2003/28
Ktr. Sittard 3 december 2002, *JAR* 2002/105
Ktr. Enschede 2 december 2002, *JAR* 2002/196
Ktr Utrecht 31 oktober 2002, *JAR* 2002/289
Ktr. Hoorn 14 oktober 2002, *JAR* 2002/263
Ktr. 's-Gravenhage 3 oktober 2002, *JAR* 2002/269
Ktr. Groenlo 23 september 2002, *JAR* 2003/3
Ktr. Eindhoven 17 september 2002, *JAR* 2003/77
Ktr. Lelystad 17 juli 2002, *JAR* 2002/194
Ktr. Alkmaar 27 juni 2002, *JAR* 2002/171
Ktr. Zwolle 21 juni 2002, *JAR* 2002/196
Ktr. Arnhem, locatie Nijmegen 17 mei 2002, *JAR* 2002/178
Ktr. Amsterdam 19 april 2002, *JAR* 2002/107
Ktr. Wageningen 10 april 2002, *Prg.* 2002, nr. 5885
Ktr. Haarlem 22 maart 2002, *JAR* 2002/55
Ktr. Helmond 25 februari 2002, *JAR* 2002/89
Ktr Emmen 23 januari 2002, *JAR* 2002/73
Ktr. Sittard 21 december 2001, *JAR* 2002/28
Rb. 's-Gravenhage 23 mei 2001, *JAR* 2001/124
Ktr. Amsterdam 26 april 2001, *JAR* 2001/101
Pres. Rb. Leeuwarden 17 april 2001, *KG* 2001/247
Ktr. Amsterdam 2 februari 2001, *JAR* 2001/59
Ktr. Utrecht 13 juli 2000, *JAR* 2000/199
Pres. Rb. Almelo 22 november 2000, *KG* 2001/3
Ktr. Apeldoorn 6 september 2000, *Prg.* 2000, nr. 5561
Ktr. Haarlem 16 juni 2000, *JAR* 2000/170 (*KLM/Reinders*)
Ktr. Amsterdam 22 maart 2000, *JAR* 2000/154
Rb 's-Gravenhage 8 december 1999, *JAR* 2000/11

Ktr. Amsterdam 21 september 1999, *JAR* 1999/218.
Pres. Rb. Breda 18 augustus 1999, *JAR* 1999/189
Pres. Rb. Den Haag 11 augustus 1999, *JAR* 199/247
Pres. Rb. Rotterdam 9 juli 1998, *JAR* 1998/164
Ktr. Haarlem 10 februari 1998, *Prg* 1998, nr. 4971
Rb. Amsterdam 27 augustus 1997, *JAR* 1997/210
Ktr. Emmen 11 september 1996, *JAR* 1996/209
Rb. Amsterdam 4 oktober 1995, *JAR* 1995/230
Rb. Amsterdam 16 augustus 1995, *JAR* 1995/208 (*Greenpeace/Kotte*)
Rb. Amsterdam 16 december 1992, *JAR* 1993/11
Ktr. Rotterdam 4 november 1992, *Prg.* 1993, nr. 3796
Rb. Zutphen 5 augustus 1992, *KG* 1992/148
Rb. Roermond 12 september 1985, *KG* 1985, nr. 299
Rb. Almelo 19 dec. 1979, *NJ* 1981/137

Parlementaire stukken

Kamerstukken I, 2004/05 28 167, C (memorie van antwoord)

Kamerstukken II 2001/02, 28 167, nr. 3

Kamerstukken II 1998/99, 25 426, nr. 3

Kamerstukken II 1997/98, 25 263, nr 14

Kamerstukken II 1993/94, 23 438, nr. 3

Kamerstukken II 1975/76, 13 872, nr. 3

Electronische bronnen

<http://nos.nl/artikel/168357-tros-ontslaat-cornald-maas-om-tweet.html> .

<http://www.justitia.nl/socialmediarecht>

<http://www.social-media.nl/>

http://nl.wikipedia.org/wiki/Sociale_media.

http://www.marketingfacts.nl/berichten/social-media-in-nederland-twitter-en-facebook-het-meest-actief-gebruikt?utm_source=twitter.com&utm_medium=tweetbutton

<http://www.cbs.nl/nl-NL/menu/methoden/begrippen/default.htm?conceptid=76>

http://www.eerstekamer.nl/eu/edossier/e120003_voorstel_voor_een