

‘De invloed van social media op de arbeidsrelatie tussen de werkgever en de werknemer’



Masterscriptie Rechtsgeleerdheid

Accent Privaatrecht (scriptie: Accent Arbeidsrecht)

Tilburg University (UvT)

Kevin Verstappen

Studentnummer ANR: 615718

Begeleider: Mr. Dr. W.G.M. Plessen

Tweede lezer: Mr. Dr. J.H. van Drongelen

Datum: mei 2014

‘De invloed van social media op de arbeidsrelatie tussen de werkgever en de werknemer’

Datum: 21 mei 2014

Naam: Kevin Verstappen
Studentnummer: 615718 (ANR)

Begeleider: Mr. Dr. W.G.M. Plessen
Tweede lezer: Mr. Dr. J.H. van Drongelen

Tilburg University (UvT)
Opleiding: Master Rechtsgeleerdheid, accent Privaatrecht
(scriptie: accent Arbeidsrecht)

Voorwoord

Voor u ligt mijn Masterscriptie ter afronding van de studie Rechtsgeleerdheid accent Privaatrecht, waarbij ik de scriptie heb geschreven in de richting van het accent Arbeidsrecht, aan de Universiteit van Tilburg. Het onderwerp van deze scriptie betreft 'De invloed van social media op de arbeidsrelatie tussen de werkgever en de werknemer'. Hierbij wordt gekeken naar het gebruik van social media tijdens de arbeidsovereenkomst, de invloed van social media op de beëindiging van de arbeidsovereenkomst en het gebruik van social media na de beëindiging van de arbeidsovereenkomst.

Dit onderwerp spreekt mij erg aan vanwege de actualiteit ervan en omdat ik gedurende mijn bachelor- en masteropleiding arbeidsrechtelijke vakken heb gevolgd, maar nog nooit zo diep op een bepaald onderwerp ben ingegaan. Verder spreekt dit onderwerp mij aan omdat met de komst van social media, werknemers steeds sneller en makkelijker contact kunnen leggen met de werkgever, leidinggevende, collega's, vrienden en zakelijke relaties. De snelheid van social media brengt het risico met zich mee dat de werknemer een foutieve handeling verricht of uitspraak doet die mogelijk grote gevolgen heeft voor de arbeidsrelatie.

Ik hoop door middel van deze scriptie een goede (juridische) bijdrage te leveren aan de reeds bestaande (juridische) kennis omtrent dit onderwerp.

Allereerst wil ik de heer Plessen, als eerste begeleider bij mijn scriptie, hartelijk danken voor zijn hulp, steun en advies tijdens mijn afstudeerperiode. Dankzij zijn expertise, kundigheid en enthousiasme heb ik deze Masterscriptie met goed gevolg kunnen schrijven. Daarnaast wil ik graag de heer Van Drongelen, als tweede lezer/beoordelaar, bedanken voor de ter beschikking gestelde tijd.

Voorts wil ik graag mijn ouders, mijn broer en mijn vriendin bedanken voor hun steun en toeverlaat gedurende de afgelopen jaren, tijdens mijn studie. Dankzij mijn ouders heb ik de mogelijkheid gekregen om na de opleiding HBO-Rechten aan de Juridische Hogeschool te 's-Hertogenbosch verder te studeren aan de Universiteit van Tilburg, om mijn Master Rechten (Rechtsgeleerdheid) te behalen.

Als laatste wil ik graag mr. Bob van Brink bedanken voor zijn input. De heer Van Brink heeft tijdens het schrijven van deze scriptie enkele waardevolle kritische opmerkingen geplaatst om mij te 'triggeren' deze scriptie tot in de perfectie uit te werken.

Ik wens u veel leesplezier,

Grathem, mei 2014

Kevin Verstappen

Inhoudsopgave

Afkortingenlijst	III
Hoofdstuk 1: Inleiding	7
1.1 Probleemanalyse	7
1.2 Onderzoeksdoel.....	8
1.3 Onderzoeksvraag.....	9
1.4 Methode en afbakening	10
Hoofdstuk 2. Social media tijdens de arbeidsovereenkomst	12
2.1 De grondrechten	13
2.2 Horizontale werking van grondrechten.....	14
2.3 Vrijheid van meningsuiting	17
2.3.1. Beperking vrijheid van meningsuiting	18
2.3.2. Vrijheid van meningsuiting, artikel 10 EVRM	19
2.3.2.1. Beperking vrijheid van meningsuiting (art. 10 EVRM).....	19
2.4 Recht op privacy	21
2.4.1. Artikel 10 Grondwet	21
2.4.2. Artikel 8 EVRM.....	21
2.4.3. Recht op privacy op de werkplek	21
2.5 Privétisering van arbeidstijd.....	23
2.6 Stimulering door de werkgever	25
2.7 Goed werkgever- en werknemerschap	30
2.8 Het instructierecht van de werkgever.....	31
2.8.1. Wettelijke basis van het instructierecht.....	31
2.8.2. De rechtmatige en redelijke gezagsuitoefening.....	32
2.8.3. De grenzen aan het instructierecht.....	34
2.8.3.1. De wettelijke grens.....	34
2.8.3.2. De overeenkomst als grens	35
2.8.4. Gezagsbevoegdheid buiten arbeidstijd	35
2.8.5. Sancties bij niet naleven van het instructierecht	37
2.9 Beperkingen in de arbeidsovereenkomst bedingen	39
2.9.1. Gebondenheid als uitgangspunt	39
2.9.2. Uitzonderingen: dwingend recht en rechterlijke vrijheid	41
2.9.3. Werknemersbelang	41
Hoofdstuk 3. Social media bij de beëindiging van de arbeidsovereenkomst	43
3.1 Het besloten en openbaar profiel	43

3.2 Kritiek op de bedrijfsvoering	45
3.2.1. Belediging	46
3.2.2. Social media privé en zakelijk.....	48
3.2.3. De klokkenluider.....	49
3.3 Het einde van de arbeidsovereenkomst	52
3.3.1. Ontslag op staande voet.....	53
3.3.2. De opzegging via het UWV	54
3.3.3. Ontbinding van de arbeidsovereenkomst door de kantonrechter	55
3.4 De geheimhoudingsplicht van werknemer	56
3.4.1. Geheimhouding in relatie tot het goed werknemerschap.....	57
3.4.2. Sancties.....	58
3.5 Hoofdpijnen uit de rechtspraak.....	58
3.5.1. De leidinggevende functionaris overtreedt de gedragscode	59
3.5.2. Goksites en seksueel getinte websites, in strijd met gedragscode.....	59
3.5.3. Interne discussie op forum zonder terecht gegeven ontslag.....	60
3.5.4. Werkgever grovelijk beledigen via Facebook.....	61
3.5.5. Negatief en discriminerend op Facebook, voorafgaande waarschuwing is nodig.....	62
3.5.6. Hardlooptijden op internet in strijd met re-integratie.....	63
3.5.7. Onderzoek naar aanleiding van bericht op Twitter.....	64
3.6 Conclusie rechtspraak	65
Hoofdstuk 4. Social media in strijd met een beding in de arbeidsovereenkomst	68
4.1 Het concurrentiebeding	68
4.2 Het relatiebeding.....	71
4.3 Hoofdpijnen uit de rechtspraak.....	71
4.3.1 Actief werven via social media	72
4.3.2. Geen overtreding van het relatiebeding via Twitter	73
4.3.3. Wel overtreding van het relatiebeding via Twitter	74
4.3.4. Overtreding van het relatiebeding door uitlatingen op Facebook.....	77
4.3.5. Overtreding van het relatiebeding via LinkedIn	77
4.3.6. Geen overtreding van het relatiebeding door social media.....	79
4.4 Conclusies rechtspraak.....	82
Hoofdstuk 5. Conclusies en aanbevelingen (arbeidsrecht en social media)	84
5.1 Conclusies.....	84
5.2 Aanbevelingen.....	92
Literatuurlijst	94

Afkortingenlijst

A-G	Advocaat Generaal
Art.	Artikel
BBA	Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen
BW	Burgerlijk Wetboek
B&W	Burgemeesters & Wethouders
CBP	College Bescherming Persoonsgegevens
E.a.	En andere
EHRM	Europees Hof voor de Rechten van de Mens
EVRM	Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de mens en de fundamentele Vrijheden
Grw.	Grondwet
Hof	Gerechtshof
HR	Hoge Raad
JAR	Jurisprudentie Arbeidsrecht
Jo.	Juncto
Ktr.	Kantonrechter
LJN	Landelijk Jurisprudentie Nummer
MvT	Memorie van Toelichting
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
Nr.	Nummer
OR	Ondernemingsraad
P.	Pagina (nummer)
Prg.	Praktijkgids
RAR	Rechtspraak Arbeidsrecht
Rb.	Rechtbank
Stb.	Staatsblad
Vzr.	Voorzieningenrechter
WBP	Wet Bescherming Persoonsgegevens
WOR	Wet op de Ondernemingsraden
WvSr	Wetboek van Strafrecht
WW	Werkloosheidswet

Hoofdstuk 1: Inleiding

Dit hoofdstuk behandelt als eerste de probleemanalyse, die de aanleiding is geweest tot het verrichten van dit onderzoek en het schrijven van deze scriptie. Vervolgens wordt het onderzoeksdoel behandeld. Dit wordt gevolgd door de onderzoeksvraag, bestaande uit de hoofdvraag- en subvragen. Dit hoofdstuk wordt afgesloten met de methode van onderzoek en afbakening van het onderzoek.

1.1 Probleemanalyse

De opkomst van internet, voornamelijk de opkomst van social media (zoals Facebook, LinkedIn en Twitter), heeft de afgelopen jaren in maatschappelijke zin veel teweeg gebracht.¹ Informatie is snel te vinden en met een enkele druk op de knop is alles voor iedereen toegankelijk. Het is altijd verstandig om er rekening mee te houden dat mensen jouw berichten, geplaatst op social media kunnen lezen; dus ook de werkgever kan meelesen. Social media is openbaar maar voelt privé. Dit kan tot gevolg hebben dat een door jou geplaatst Twitter bericht arbeidsrechtelijke gevolgen krijgt. Enkele voorbeelden van het gebruik van social media, met mogelijk arbeidsrechtelijke gevolgen zijn:

- Het overtreden van interne beleidsregels (een gedragscode) met betrekking tot het gebruik van social media tijdens arbeidstijd (het overtreden van een instructierecht van de werkgever).
- Het plaatsen van een bericht (op social media) over de werkgever, leidinggevende of collega met een beledigende inhoud.
- Op social media een mededeling doen die afbreuk doet aan de uitstraling, organisatie, het product of merk van de werkgever.
- Middels social media, al dan niet opzettelijk, geheime bedrijfsinformatie openbaar maken.
- Via social media (bijvoorbeeld LinkedIn) werknemers van je ex-werkgever benaderen om bij jou in dienst te treden, of zakelijke relaties van je ex-werkgever benaderen om producten/diensten van je nieuwe werkgever te betrekken.

Het algemene kader tussen werkgever en werknemer is de arbeidsrelatie op basis van een arbeidsovereenkomst. Hierbij heeft de werknemer het recht op de vrijheid van meningsuiting, zie artikel 7 Grondwet (hierna Grw.) en artikel 10 Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de mens en fundamentele Vrijheden (hierna EVRM). Verder moet men denken aan het recht van de werknemer om, op beperkte schaal, tijdens arbeidstijd, privé zaken (op internet) te zoeken (of te plaatsen) of telefonisch te regelen. Dit wordt ook wel privétisering van de arbeidstijd genoemd. De werkgever heeft het recht om aan de werknemer voorschriften op te leggen die ter bevordering van de goede orde in de onderneming strekken; hieruit blijkt de gezagsverhouding tussen de werkgever en de werknemer. Een dergelijke bevoegdheid wordt ook wel het instructierecht (of directierecht) genoemd, zie artikel 7:660 Burgerlijk Wetboek (hierna BW).² Verder heeft de werkgever het recht om tijdens of na de arbeidsovereenkomst een geheimhoudingsbepaling, relatie- en/of concurrentiebeding af te spreken, zie artikel 7:653 BW. Dit alles wordt overkoepeld door het algemene beginsel van het goed werkgever- en goed werknemerschap van artikel 7:611 BW.

Bovenstaande vraagstukken, die langzamerhand steeds meer in de rechtspraak aan de orde komen, leveren de nodige problemen op voor de werknemer, de werkgever en rechters in Nederland. Dit omdat er weinig tot geen literatuur beschikbaar is over dit onderwerp en in de

¹ Van der Ham 2012.

² Gerlach en Verboom 2007, p. 14; Van Drongelen, *Individueel arbeidsrecht deel 1, de overeenkomsten tot het verrichten van arbeid, vakantie en verlof*, Paris b.v. Zutphen 2007, te raadplegen via <<http://www.arbeidsrechter.nl/voorschriften-werkgever-aanwijzingen-instructies-naleven>> geraadpleegd op 10 april 2013.

reeds bestaande jurisprudentie vooralsnog geen vaste lijn te ontdekken is. De ontwikkeling van social media gaat snel, er is allang geen sprake meer van enkel en alleen internet en e-mail gebruik. Bovendien zijn werk en privé steeds minder strikt gescheiden, er is sprake van een zekere privétisering van de werkplek. Het probleem voor werknemers is dat men niet weet of (en zo ja, hoeveel) men tijdens arbeidstijd gebruik mag maken van social media en wat de mogelijke gevolgen kunnen zijn van het “negatief” gebruik van social media. Werknemers kunnen met hun uitlatingen schade toebrengen aan hun werkgever, het bedrijf, het product, de leidinggevende of de collega's. Het probleem voor werkgevers is dat men niet weet of men het gebruik van social media tijdens arbeidstijd mag beperken of zelfs kan verbieden, met als gevolg een beperking van de vrijheid van meningsuiting van de werknemer. Het probleem voor rechters, bij het foutief gebruik van social media door een werknemer, is dat men een afweging moet maken in welke gevallen de arbeidsrelatie kan worden ontbonden, met of zonder toekenning van een ontslagvergoeding of in welke gevallen het ontslag op staande voet terecht is gegeven. Een ander probleem waar rechters over moeten oordelen is of een (ex)werknemer een concurrentie- en/of relatiebeding overtreedt door het accepteren van een contactpersoon op LinkedIn (of Facebook), terwijl die personen al meerdere jaren (privé) met elkaar bevriend zijn. Het probleem is dat rechters niet weten bij welke gevallen, van het gebruik van social media, er sprake is van het overtreden van een recht van werkgever. Zo is Twitteren, waarbij men wordt 'gevolgd' door werknemers van de ex-werkgever, geen overtreding van het relatiebeding, zie paragraaf 4.3.2 van deze scriptie. Hierbij ging het om een algemeen verstuurd Twitterbericht. Zodra met het Twitterbericht direct contact wordt gezocht met een zakelijke relatie van de ex-werkgever, is er wel sprake van het overtreden van een relatiebeding, zie paragraaf 4.3.3.

Contact zoeken met werknemers van de ex-werkgever, via LinkedIn, levert tevens een overtreding van het relatiebeding op, zie paragraaf 4.3.5.³

Wegens bovenstaande problemen dienen rechters er rekening mee te houden dat het ene social medium een groter en ander bereik heeft dan het andere social medium. Rechters moeten zich rekenschap geven van de verschillende functies, verschillen in uiting en reikwijdtes van de verschillende social media.

Dit onderzoek dient duidelijkheid te verschaffen of het gebruik van social media, door de werknemer, van invloed kan zijn op de arbeidsrelatie met de werkgever. Dit is een leemte in de huidige literatuur en jurisprudentie waardoor het onduidelijkheid is voor werknemers, werkgevers en rechters in Nederland.

1.2 Onderzoeksdoel

Met de opkomst van het internet, daarmee gepaard de opkomst van social media, zijn de grenzen tussen werk en privé vervaagd. We zien steeds vaker dat in privétijd wordt gewerkt, terwijl de privécontacten via social media, tijdens de arbeidstijd worden gelegd en onderhouden. Grenzen vervagen en er ontbreken duidelijke regels. Wettelijk is er niets geregeld betreffende social media en de invloed ervan op een arbeidsrelatie. Het arbeidsrecht is onvoldoende concreet en onvoldoende transparant op het gebied van het gebruik van social media tijdens arbeidstijd al dan niet in combinatie met de vrijheid van meningsuiting en het recht op privacy. Ook de wetenschappelijke literatuur is schaars omdat het nog een nieuw en onbekend onderwerp binnen het arbeidsrecht is. Aan de ene kant is er sprake van vrijheid van meningsuiting van de werknemer, aan de andere kant is er het instructierecht van de werkgever. Dit alles wordt overkoepeld door het goed werknemer- en werkgeverschap van art. 7:611 BW. Daar waar gebruik wordt gemaakt van social media tijdens de arbeidstijd, gaat dit ten koste van de effectieve arbeidstijd. Daar waar gebruik wordt gemaakt van Twitter of

³ Vergelijk: Gerechtshof 's-Gravenhage 21 februari 2012, *LJN* BW0090, *JAR* 2012/129 met Rb. Vزر. Arnhem 24 november 2011, *LJN* BU7469, *JAR* 2012, 64 en Gerechtshof Amsterdam 24 juli 2008, *LJN* BG1032, *JAR* 2008/313.

LinkedIn, is de kans aanwezig dat dit strijdig is met een geheimhoudingsbepaling, concurrentie- of relatiebeding.

Op dit moment is er sprake van rechtersrecht. De rechters ontwikkelen zogezegd van geval tot geval een leerstuk. Maar ook dit staat nog in de kinderschoenen.

Het doel van deze scriptie is om onderzoek te verrichten naar reeds bestaande literatuur en jurisprudentie over de invloed van social media op een arbeidsrelatie. Hierbij worden drie fasen beschreven waarbij het gaat om de invloed van social media *tijdens* de arbeidsovereenkomst, de invloed van social media *bij de beëindiging* van de arbeidsovereenkomst en het gebruik van social media *na beëindiging* van de arbeidsovereenkomst. Hierbij wordt beschreven in welke gevallen (bij de toepassing van welk soort social media) de rechter een arbeidsrelatie wel of niet kan ontbinden al dan niet met toekenning van een ontslagvergoeding, zie artikel 7:685 BW juncto (hierna jo.) artikel 7:686 BW. Verder wordt beschreven in welke gevallen een ontslag op staande voet wegens het onjuist gebruik van social media terecht is gegeven, zie artikel 7:677 BW jo. artikel 7:678 BW. Tevens wordt in dit onderzoek beschreven in welke gevallen, bij het gebruik van welk soort social media, er sprake is van het overtreden van een instructierecht (zie artikel 7:660 BW), indien dit is ingesteld door de werkgever. Verder wordt beschreven in welke gevallen een (ex) werknemer handelt in strijd met een concurrentie- en/of een relatiebeding, zie artikel 7:653 BW.

Er wordt onderzoek verricht naar de reeds bestaande wetenschappelijke literatuur. Hierbij worden de verschillende meningen van schrijvers met elkaar beschreven en vergeleken. Tevens wordt er beschreven welke redenen de rechter ten grondslag legt aan de door hem gegeven uitspraak. Gepoogd wordt een lijn te ontdekken in de thans bekende uitspraken en dit af te zetten tegen de arbeidsrechtelijke achtergrond. Doordat rechters hierin momenteel geen vaste lijn hanteren wordt gepoogd in de scriptie een soort vaste lijn (een rode draad) te creëren die door rechters is toegepast en in de toekomst kan worden toegepast. Middels deze beoordeling wordt een soort rechtsregel (subregel) gecreëerd die bij toekomstige gevallen (waarbij social media van invloed is op de arbeidsrelatie) kan worden toegepast.

1.3 Onderzoeksvraag

Het is onbekend wat de invloed van social media is tijdens een arbeidsovereenkomst, bij de beëindiging van een arbeidsovereenkomst of na de beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Het is onbekend of het gebruik van social media door de werkgever legitiem kan worden beperkt of verboden. Het is onbekend of het gebruik van social media, door een werknemer, een grond voor ontslag (op staande voet) kan opleveren, of kan leiden tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst via de kantonrechter, al dan niet gepaard met een ontslagvergoeding.

Dit leidt tot de volgende hoofd onderzoeksvraag:

“In hoeverre is het gebruik van social media door de werknemer van invloed tijdens een arbeidsovereenkomst, bij de beëindiging van de arbeidsovereenkomst en na afloop van de arbeidsovereenkomst, wegens overtreding van een recht van de werkgever?”

Om tot een antwoord op deze hoofdvraag te komen, kan dit onderzoek worden verdeeld in drie hoofdonderwerpen, bestaande uit vier subvragen:

1. Het gebruik van social media *tijdens* de arbeidsovereenkomst.
 - Hoe legitiem is het gebruik van social media door een werknemer, tijdens de arbeidstijd, in het kader van de vrijheid van meningsuiting?
 - Wanneer en op welke manier kan een werkgever het gebruik van social media, tijdens de arbeidstijd, beperken of zelfs compleet verbieden?
2. De invloed van social media *op de beëindiging* van de arbeidsovereenkomst.
 - Onder welke omstandigheden kan het gebruik van social media, door de werknemer, leiden tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst?

3. Het gebruik van social media *na de beëindiging* van de arbeidsovereenkomst.

- Onder welke omstandigheden kan het gebruik van social media in strijd zijn met een recht van de werkgever, na afloop van de arbeidsovereenkomst?

1.4 Methode en afbakening

Deze scriptie wordt afgebakend om te voorkomen dat er te veel aandacht zal uitgaan naar eventuele randzaken, die opkomen bij het onderzoek naar de voornoemde hoofdonderzoeksvraag en subvragen. Dit om te voorkomen dat de scriptie te omvangrijk wordt en de aandacht wordt verlegd van de hoofdzaak naar bijzaken. Tijdens het onderzoek worden de werknemers in de publieke sector (beter bekend als de ambtenaren) buiten beschouwing gelaten, ik zal mij enkel beperken tot werknemers in de private sector. Met andere woorden, het onderzoek zal zich richten op werknemers die een arbeidsovereenkomst hebben met een werkgever krachtens titel 10 boek 7 van het Burgerlijk Wetboek. Hierbij gaat het om werknemers die ressorteren onder het Nederlandse rechtssysteem.

Bij het door mij te verrichten juridisch onderzoek zal ik gebruik maken van verschillende bronnen, zoals juridische boeken, juridische tijdschriften, juridische naslagwerken, jurisprudentie en annotaties.

Om een antwoord te kunnen geven op bovenstaande hoofd- en subvragen zullen in de navolgende hoofdstukken de volgende onderwerpen door mij aan een nader onderzoek worden onderworpen.

Allereerst wordt in hoofdstuk 2 de situatie besproken waarbij social media van invloed is tijdens de arbeidsovereenkomst. Dit hoofdstuk is te verdelen in twee delen (twee subvragen). Deel 1 gaat over de vraag hoe legitiem het gebruik van social media door een werknemer is, tijdens de arbeidstijd, in het kader van de vrijheid van meningsuiting. Hierbij wordt in paragraaf 2.1 ingegaan op de grondrechten van de werknemer. In paragraaf 2.2 wordt beschreven hoe deze grondrechten horizontale werking hebben. In paragraaf 2.3 wordt het grondrecht de vrijheid van meningsuiting beschreven, gevolgd door het grondrecht betreffende het recht op privacy in paragraaf 2.4. Paragraaf 2.5 behandelt de privétisering van de arbeidstijd en paragraaf 2.6 gaat over de stimulering, door de werkgever, tot het gebruik van social media.

Deel 2 van hoofdstuk 2 gaat over de vraag wanneer en op welke manier een werkgever het gebruik van social media, tijdens arbeidstijd, kan beperken of zelfs compleet verbieden. Hierbij wordt in paragraaf 2.7 het goed werkgever- en werknemerschap beschreven. Deze paragraaf wordt gevolgd door het instructierecht aan de zijde van de werkgever in paragraaf 2.8. De afsluitende paragraaf 2.9 behandelt de bevoegdheden van de werkgever tot het bedingen van beperkingen in de arbeidsovereenkomst.

In hoofdstuk 3 wordt de situatie besproken waarbij social media van invloed is op de beëindiging van de arbeidsovereenkomst. In dit hoofdstuk gaat het om de vraag bij welke omstandigheden het gebruik van social media, door de werknemer, kan leiden tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Hierbij wordt in paragraaf 3.1 onderscheid gemaakt tussen het besloten en het openbaar profiel. Paragraaf 3.2 behandelt de kritiek op de bedrijfsvoering waarbij wordt ingezoomd op het beledigen van de werkgever, het zakelijk of privé karakter van social media en de klokkenluider. Paragraaf 3.3 behandelt het einde van de arbeidsovereenkomst waarbij wordt ingezoomd op het ontslag op staande voet, de opzegging via het UWV en de ontbinding van de arbeidsovereenkomst door de kantonrechter. In paragraaf 3.4 wordt de geheimhoudingsplicht van de werknemer beschreven, dit in relatie tot het goed werknemerschap en de sancties op het overtreden daarvan.

In paragraaf 3.5 worden de hoofdlijnen uit de rechtspraak beschreven; de conclusies daarvan worden beschreven in paragraaf 3.6.

In hoofdstuk 4 wordt de situatie besproken waarbij het gaat over het gebruik van social media na de beëindiging van de arbeidsovereenkomst. In dit hoofdstuk gaat het om de vraag onder welke omstandigheden het gebruik van social media, na afloop van de arbeidsovereenkomst, in strijd kunnen zijn met een recht van de werkgever. Hierbij wordt in paragraaf 4.1 het concurrentiebeding beschreven, gevolgd door het relatiebeding in paragraaf 4.2. In paragraaf 4.3 worden de hoofdlijnen uit de rechtspraak beschreven en de conclusies daarvan worden behandeld in paragraaf 4.4.

Hoofdstuk 2. Social media tijdens de arbeidsovereenkomst

Dit hoofdstuk is te verdelen in twee delen. In het eerste deel worden de grondrechten met de daarbij behorende beperkingen van de werknemers besproken. Het tweede deel van het hoofdstuk behandelt de mogelijkheid van de werkgever om het gebruik van social media, tijdens arbeidstijd, te beperken of zelfs compleet te verbieden.

In deel één van dit hoofdstuk wordt eerst beschreven waar (in welke wetten en welke artikelen) de grondrechten van burgers worden behandeld. Hierbij wordt gekeken naar de Grondwet en het EVRM. Vervolgens wordt beschreven hoe de werking van grondrechten, van (traditioneel gezien) verticale werking, naar horizontale werking is verlopen. Hier wordt tevens het onderscheid beschreven tussen de toepassing van directe of indirecte horizontale werking van grondrechten. Vervolgens wordt de vrijheid van meningsuiting beschreven, zie art. 7 Grondwet en art. 10 EVRM, met de mogelijke beperkingen op deze vrijheid. Dit alles wordt gevolgd door een ander belangrijk grondrecht: het recht op privacy, beschreven in art. 10 Grw. en art. 8 EVRM, met de toepassing van het recht op privacy op de werkplek. Daarna wordt de privatisering van de arbeidstijd besproken om tot slot de situatie te beschrijven wanneer de werkgever het gebruik van social media stimuleert.

De vraag die in deel 1 van dit hoofdstuk wordt beantwoord is: Hoe legitiem is het gebruik van social media door een werknemer, tijdens arbeidstijd, in het kader van de vrijheid van meningsuiting?

In deel twee van dit hoofdstuk wordt eerst beschreven wat het goed werkgever- en werknemerschap van art. 7:611 BW inhoudt. Deze paragraaf wordt gevolgd door de bevoegdheid van de werkgever tot het geven van instructies (het instructierecht). Bij dit instructierecht wordt gekeken naar de wettelijke basis ervan (art. 7:660 BW), naar de rechtmatige en redelijke gezagsuitoefening en de grenzen aan het instructierecht. Deze grenzen worden gevormd door de wet en de overeenkomst tussen de werkgever en de werknemer. Vervolgens wordt de mogelijkheid van gezagsbevoegdheid buiten de arbeidstijd beschreven, waarna de mogelijke sancties volgen indien het instructierecht niet wordt nageleefd. Deze fase wordt afgesloten met het bespreken van de beperkingen van grondrechten die in de arbeidsovereenkomst zijn overeengekomen middels een geïncorporeerd beding bij de arbeidsovereenkomst.

De vraag die in deel 2 van dit hoofdstuk wordt beantwoord is: Wanneer en op welke manier kan een werkgever het gebruik van social media, tijdens de arbeidstijd, beperken of zelfs compleet verbieden?

Deel 1: Hoe legitiem is het gebruik van social media door een werknemer, tijdens de arbeidstijd, in het kader van de vrijheid van meningsuiting?

2.1 De grondrechten

In deze paragraaf worden de grondrechten genoemd in artikel 7 Grondwet (de vrijheid van meningsuiting) en artikel 10 Grondwet (de eerbiediging en bescherming van de persoonlijke levenssfeer, beter bekend als het recht op privacy) behandeld. Verder wordt ingegaan op de mogelijkheid om grondrechten te beperken.

De grondrechten hebben in het Nederlandse wettelijk systeem een plaats gekregen in hoofdstuk 1 van de Grondwet. De grondrechten worden ook wel mensenrechten genoemd. De grondrechten gelden voor iedereen, ongeacht leeftijd.⁴ Grondrechten die betrekking hebben op leven, vrijheid en eigendom worden de klassieke grondrechten genoemd. Naast de klassieke grondrechten kent de Grondwet ook sociale grondrechten. Deze grondrechten worden ook wel instructienormen genoemd, dit omdat deze verplichtingen opleggen aan de overheid.⁵ Het verschil tussen beide categorieën grondrechten is dat bij de klassieke grondrechten van de overheid wordt geëist na te laten hierop een inbreuk te maken (overheidsonthouding), terwijl bij sociale grondrechten juist van de overheid wordt geëist actief zorg te dragen voor de verwezenlijking van deze rechten (aanspraak op overheidsprestaties). Een tweede verschil tussen beide categorieën grondrechten is dat handhaving van de klassieke grondrechten middels een rechter mogelijk is. Een beroep bij de rechter op handhaving van de sociale grondrechten, indien de overheid in gebreke blijft waar het haar zorgplicht betreft, is in beginsel niet mogelijk.⁶

De grondrechten genoemd in artikel 7 Grw., betreffende de vrijheid van meningsuiting (zie tevens art. 10 EVRM) en artikel 10 Grw., betreffende de eerbiediging en bescherming van de persoonlijke levenssfeer (het recht op privacy, zie tevens art. 8 EVRM) zijn zogenaamde vrijheidsrechten, die onderdeel zijn van de klassieke grondrechten.⁷

De grondrechten kunnen worden beperkt volgens twee stelsels. Het eerste stelsel van beperkingen (inperkingen) kan via de Grondwet, dat uitgaat van formele legaliteit, waarbij het gaat om de beperking die is geformuleerd door de bevoegde regelgever. Het tweede stelsel van beperkingen kan via mensenrechtenverdragen, voornamelijk via het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de mens en de fundamentele Vrijheden (EVRM), dat zich voornamelijk richt op de noodzaak van beperkingen, waarbij het gaat om de vraag of de beperking werkelijk nodig en proportioneel is.⁸

Uit deze paragraaf kan worden geconcludeerd dat volgens de Grondwet beperkingen slechts zijn geoorloofd indien de Grondwet dat toelaat middels clausulering. De beperkingen zijn neergelegd in algemeen verbindende voorschriften (regelgeving) waarbij het zwaartepunt bij de formele wetgever ligt. Volgens het EVRM zijn de beperkingen slechts geoorloofd indien het verdrag dat toelaat middels clausulering. De beperkingen zijn neergelegd in te kennen normen (hierbij kan ook sprake zijn van jurisprudentie), de beperkingen voldoen aan de proportionaliteitseis, het noodzakelijkheidsvereiste en deze beperkingen (bij formele wet gesteld op grond van artikel 93 en 94 Grondwet) kunnen aan de bepalingen van het EVRM worden getoetst.⁹

⁴ Verheugt 2003, p. 41; Bovend'eert 2009, p. 4.

⁵ Verheugt 2003, p. 48; Bovend'eert 2009, p. 3.

⁶ Verheugt 2003, p. 48; Burkens 2006, p. 127; Vlemminx 2002, p. 8; Bovend'eert 2009, p. 3.

⁷ Verheugt 2003, p. 43 en 44.

⁸ Burkens 2006, p. 135.

⁹ Burkens 2006, p. 135 en 136; Bovend'eert 2009, p. 6.

2.2 Horizontale werking van grondrechten

In deze paragraaf wordt de horizontale werking van grondrechten, tussen burgers en particuliere organisaties, behandeld. Hierbij wordt een onderscheid gemaakt tussen indirecte en directe horizontale werking van grondrechten. Als laatste wordt ingegaan op de toegang voor het toepassen van grondrechten in het arbeidsrecht, dit vindt plaats via art. 3:12 BW jo. art. 6:248 BW jo. art. 7:611 BW.

Naar hun oorspronkelijke bedoeling hebben grondrechten enkel verticale werking, gericht op de gezagsrelatie tussen overheid en burger.¹⁰ Verticale werking is de werking in de rechtsbetrekking tussen overheid en burger, dit wordt gezien als de traditionele gelding van grondrechten.¹¹ Tegenwoordig is een in kracht en betekenis toenemende tendens ontstaan om de gelding van grondrechten te doen uitstrekken over rechtsbetrekkingen tussen burgers en particuliere organisaties. Juridisch geformuleerd is dit de horizontale werking van grondrechten.¹² Bij de horizontale werking van grondrechten wordt gedoeld op rechtsbetrekkingen tussen burgers onderling. Een belangrijk argument voor horizontale werking van grondrechten is dat een scherpe scheiding tussen publiek- en privaatrecht niet mogelijk is omdat al het recht uiteindelijk is terug te voeren op de grondrechten. Daarbij worden de grondrechten van burgers tegenwoordig niet enkel door de overheid, maar ook door anderen (burgers en particuliere organisaties) geschonden.¹³ De regering bleek niet in staat, of niet bereid per grondrecht aan te geven of, en zo ja, van welke vorm van horizontale werking sprake is.¹⁴ In welke mate de grondrechten horizontale werking tussen burgers hebben is aan de wetgever en aan de rechter, dus aan rechtsontwikkeling, overgelaten.

De horizontale werking van grondrechten roept (juridische) problemen op. In rechtsbetrekkingen tussen burgers onderling worden ontplooiing en zelfverwezenlijking gewaarborgd door de mogelijkheid van individuele wilsbestemming van burgers. Dit in het bijzonder door contractsvrijheid. Deze contractsvrijheid is in geen enkele nationale grondwet erkend als grondrecht. Zelfs de Hoge Raad (hierna HR) heeft geen enkele uitspraak gedaan over de 'wortels' van contractsvrijheid. Advocaat-Generaal Koopmans heeft in zijn conclusie bij het Valkenhorst-arrest¹⁵ hierover geschreven dat 'de gedachte van de autonomie van het individu, die aan een groot deel van ons vermogensrecht ten grondslag ligt, steunt op het bestaan van een persoonlijkheidsrecht'.¹⁶ De mogelijkheid tot uitoefening van grondrechten kan worden beperkt door verbintenisscheppende overeenkomsten. Bij de horizontale werking van grondrechten kan het voorkomen dat een gesloten overeenkomst in strijd is met een grondrecht. Zo kan zich de situatie voordoen dat een overeenkomst in strijd is met bijvoorbeeld artikel 7 Grw. (de vrijheid van meningsuiting) en daarom op grond van 'strijd met de wet' nietig is (conform artikel 3:40 BW). Toch is het algemene standpunt hierin dat dergelijke overeenkomsten wel mogelijk moeten zijn, ze zijn vrijwillig aangegaan en geven geen blijk van een onredelijke belangenafweging.¹⁷ Dus het oordeel dat daar waar een grondrecht wordt 'weg gecontracteerd' er per definitie sprake is van een nietige overeenkomst, is onjuist. Smits is zelfs van mening dat in beginsel door een burger tegenover een medeburger, vrijwillig afstand kan worden gedaan van een grondrecht.¹⁸

Andere problematiek, met de horizontale toepassing van grondrechten, is het botsen van de verschillende grondrechten. Het is dan aan de rechter om in dit soort gevallen de belangen

¹⁰ Smits 2003, p. 2.

¹¹ Van Grinsven & Geugjes 2007, p. 89; Bovend'eert 2009, p. 3; Burkens e.a. 2006, p. 140.

¹² Van Uden 2006, p. 1; Bovend'eert 2009, p. 3 en 4.

¹³ Smits 2003, p. 6; Vlemminx 2002, p. 175.

¹⁴ Bovend'eert 2009, p. 4.

¹⁵ HR 15 april 1994, NJ 1994, 608 (Valkenhorst).

¹⁶ Smits 2003, p. 30 en 31.

¹⁷ Burkens 2006, p. 140 en 141.

¹⁸ Smits 2003, p. 46.

tegen elkaar af te wegen en te bepalen welk grondrecht prevaleert. Hierbij zullen de omstandigheden van het geval bepalend zijn.¹⁹ De stelling van de ene burger zal zijn dat de ander hem in zijn grondrecht belemmert of beperkt, terwijl de stelling van de andere burger zal zijn dat hij tot zijn handelen gerechtigd is krachtens een aan hem toekomend grondrecht. De vraag is dan welk grondrecht voorrang heeft.²⁰ In sommige gevallen neemt de rechter geen horizontale werking aan, wanneer de vrijheid van andere burgers te zeer beperkt wordt.²¹ Volgens Smits dienen grondrechten in het privaatrecht niet meer te zijn dan een signaal. Het zou onjuist zijn om een geschil aan de hand van grondrechten te beslissen. Daarvoor zijn grondrechten te algemeen geformuleerd en onvoldoende toegespitst op toepassing in private rechtsverhoudingen. Bovendien is het risico aanwezig dat wanneer de ene partij zich beroept op een grondrecht, de wederpartij vrijwel altijd een ander grondrecht daar tegenover kan stellen.²²

Meestal gaat de rechter uit van indirecte horizontale werking (dit is de heersende opvatting), waarbij de rechter interpreteert aan de hand van open privaatrechtelijke begrippen zoals 'onrechtmatig' in artikel 6:162 BW, 'openbare orde en goede zeden' in artikel 3:40 BW en 'goed werkgeverschap' in artikel 7:611 BW. Aan de hand van deze begrippen pleegt de rechter een belangenafweging te maken waarbij de uitoefening van het grondrecht een zwaarwegend belang vormt dat de 'open' begrippen in de artikelen 'vorm geeft'.²³ Of zoals Smits het omschrijft: de kern van indirecte werking is dat private partijen worden gebonden door het gedachtegoed (de waarden) dat aan het grondrecht ten grondslag ligt en daardoor ook deel uitmaakt van de private rechtsorde.²⁴

In sommige gevallen is volgens de rechter sprake van directe horizontale werking. In dat geval past de rechter een grondrecht inclusief de beperkingsclausule rechtstreeks toe in de verhouding tussen burgers onderling.²⁵ Een conflict bij de directe werking is dat de beperkingssystematiek van de Grondwet een beperking slechts toelaat wanneer deze is gebaseerd op een specifieke formele wetsbepaling die de bevoegdheid tot die beperking verleent (een grondwettelijke beperkingsclausule).²⁶ Het beperken van grondrechten in de Grondwet kan middels een competentieregeling. Via de competentieregeling kijken we naar het woord 'wet' genoemd in het wetsartikel in de Grondwet, dat duidt op een wet in formele zin. Het beperken van grondrechten mag dan via een wet in formele zin. Staat in het wetsartikel in de Grondwet 'bij of krachtens' of het woord 'regel' of 'regelen' (of een vorm daarvan), dan is delegatie toegestaan.²⁷

De artikelen 6:162 BW, 3:40 BW en 7:611 BW voldoen niet aan deze eis. Dit sluit het aannemen van directe werking van grondrechten, door de civiele rechter, uit. Echter, in het arrest Goeree-Van Zijl²⁸ zag de Hoge Raad geen beletsel om de term 'wet' in te vullen met het onrechtmatig daad artikel.²⁹ De uitleg van de Hoge Raad was dat 'een beperking van een grondrecht op zodanige beperking kan worden gegrond, mede aan de hand van de in dat artikel besloten liggende normen die in het maatschappelijk verkeer betaamt jegens elkaar in acht te nemen.' Op deze manier kunnen clausules in grondrechten aanzienlijk worden opgerekt. Zo kan het voorkomen dat de clausule 'behoudens ieders verantwoordelijkheid

¹⁹ HR 21 januari 1994, NJ 1994, 473 (Panorama-arrest); HR 4 maart 1988, NJ 1989, 361 (*Borbon-Parma-arrest*).

²⁰ Burkens 2006, p. 141.

²¹ Gerechtshof 's-Hertogenbosch 13 januari 1984 AB 1984, 417, AA 1985, p. 273 (*Luchthaven Zuid-Limburg*).

²² Smits 2003, p. 55.

²³ Burkens 2006, p. 141 en 142; Vlemminx 2002, p. 176, 177, 194 en 195; Smits 2003, p. 8 en 14.

²⁴ Smits 2003, p. 23.

²⁵ Burkens 2006, p. 143; Bovend'eert 2009, p. 4.

²⁶ Bovend'eert 2009, p. 5.

²⁷ Bovend'eert 2009, p. 5.

²⁸ HR 2 februari 1990, NJ 1991, 289 (*Goeree-Van Zijl*).

²⁹ Vlemminx 2002, p. 196.

volgens de wet' van artikel 7 Grw. en 'behoudens bij of krachtens de wet te stellen beperkingen' van art. 10 Grw. worden ingevuld door open privaatrechtelijke normen genoemd in artikelen uit het Burgerlijk Wetboek. Het is aan de rechter om in het concrete geval te bepalen of een specifiek grondrecht tussen burgers van toepassing is.³⁰

De toegang voor het toepassen van grondrechten in het arbeidsrecht vindt plaats via artikel 3:12 BW waar in staat dat bij de vaststelling van wat redelijkheid en billijkheid inhoudt, rekening gehouden dient te worden met algemeen erkende rechtsbeginselen, met de in Nederland levende rechtsovertuigingen en met de maatschappelijke en persoonlijke belangen die bij het gegeven geval betrokken zijn. Hiertoe behoren ook de grondrechten. Dit wordt verder 'ingekleurd' door artikel 6:248 BW, de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid. Hierin staat dat een overeenkomst niet alleen de door partijen overeengekomen rechtsgevolgen heeft, maar ook die naar de aard van de overeenkomst uit de wet, gewoonte of eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeien. Hiertoe behoren de grondrechten. Via dat artikel komen we voor de verdere invulling van het arbeidsrechtelijk deel van de redelijkheid en billijkheid, via artikel 7:611 BW, uit bij het goed werkgever- en werknemerschap.³¹

Uit deze paragraaf kan worden geconcludeerd dat er tegenwoordig een toenemende tendens is ontstaan om de gelding van grondrechten te doen uitstrekken over rechtsbetrekkingen tussen burgers onderling (de horizontale werking van grondrechten). Dit omdat een scherpe scheiding van publiek- en privaatrecht niet mogelijk is omdat al het recht is terug te voeren op de grondrechten. De uitoefening van grondrechten kan door verbintenisscheppende overeenkomsten worden beperkt. Zo kan het voorkomen dat een gesloten overeenkomst, middels de horizontale werking van grondrechten, in strijd is met een grondrecht. Echter, omdat een dergelijke overeenkomst vrijwillig is aangegaan en geen blijk geeft van een onredelijke belangenafweging, is het standpunt dat een dergelijke overeenkomst wel mogelijk moet zijn. Een probleem, met de toepassing van horizontale grondrechten, is het botsen van de verschillende grondrechten. In een dergelijke zaak is het aan de rechter om de belangen tegen elkaar af te wegen om te zien welk grondrecht prevaleert boven het ander.

De rechter gaat meestal uit van indirecte horizontale werking (dit is de heersende opvatting). Hierbij interpreteert de rechter aan de hand van open privaatrechtelijke begrippen in de wet (zoals onrechtmatigheid uit art. 6:162 BW). Aan de hand van deze begrippen pleegt de rechter een belangenafweging te maken. In sommige gevallen gaat de rechter uit van directe horizontale werking. In zulke gevallen past de rechter het grondrecht inclusief de beperkingsclausule rechtstreeks toe tussen de burgers onderling. Het probleem bij directe werking is dat de beperkingssystematiek in de Grondwet een beperking slechts toelaat indien deze is gebaseerd op een specifieke formele wetsbepaling die deze beperking toestaat.

Als laatste kan uit deze paragraaf worden geconcludeerd dat de toegang voor het toepassen van grondrechten in het arbeidsrecht is te vinden via art. 3:12 BW (bij de vaststelling van wat redelijkheid en billijkheid inhoudt, dient rekening te worden gehouden met algemeen erkende rechtsbeginselen, de in Nederland levende rechtsovertuigingen en met maatschappelijke en persoonlijke belangen). Dit artikel wordt verder ingekleurd door art. 6:248 BW (de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid), om voor de verdere invulling van de redelijkheid en billijkheid binnen het arbeidsrecht uit te komen bij het goed werkgever- en werknemerschap (art. 7:611 BW).

³⁰ Smits 2003, p. 13.

³¹ Van Grinsven & Geugjes 2007, p. 89.

2.3 Vrijheid van meningsuiting

In deze paragraaf wordt de vrijheid van meningsuiting aan de zijde van de werknemer behandeld. Dit grondrecht is te vinden in art. 7 Grw. en art. 10 EVRM. Tevens wordt in deze paragraaf kort verwezen naar de (nieuwe) klokkenluidersregeling in Nederland, die verder wordt besproken in paragraaf 3.2.3.

Als laatste wordt in deze paragraaf de beperking van de vrijheid van meningsuiting behandeld, dit kan via art. 7:678 BW waarbij het gaat om het grovelijk beledigen of ernstig bedreigen van de werkgever of medewerkers of het overtreden van een geheimhoudingsbeding door bijzonderheden aangaande de onderneming bekend te maken.

De vrijheid van meningsuiting, art. 7 Grw., is een recht van de werknemer. In de arbeidsrelatie tussen de werkgever en de werknemer is de vrijheid van meningsuiting het uitgangspunt. Hierbij geldt dat beide partijen zich als goed werknemer en goed werkgever dienen te gedragen (art. 7:611 BW). Een werknemer mag echter, ondanks dit recht, niet alles zeggen en schrijven. Bij de beoordeling van de vraag of er sprake is van een gerechtvaardigde beperking van de vrijheid van meningsuiting, door de werkgever aan de werknemer opgelegd, of bij de beoordeling van de vraag of een werkgever terecht klaagt dat de werknemer over de schreef is gegaan, zal de rechter alle relevante feiten en omstandigheden moeten afwegen. De rechter past art. 7 Grw. niet rechtstreeks toe. Hij bekijkt en beoordeelt een aantal factoren zoals de aard en vorm van de uitingen, de ernst van de misstand, het karakter van de uiting en de mogelijke aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond. De belangen aan de zijde van werkgever zullen van voldoende gewicht dienen te zijn wil het (grond)recht van de werknemer worden ingeperkt.³² Volgens Verhulp is het in de wet opnemen van de vrijheid van meningsuiting in relatie met het arbeidsrecht, de beste garantie tegen willekeur en oncontroleerbare doorwerking. De Wit bepleit een oplossing binnen de grenzen van het goed werkgever- en werknemerschap via artikel 7:611 BW.³³

Als de mening van de werknemer niet overeen komt met het gevoerde beleid van de werkgever, moet de werknemer zich in zijn uitlatingen terughoudend opstellen ten opzichte van de buitenwereld, ondanks het feit dat de werknemer het recht op de vrijheid van meningsuiting van art. 7 Grw. heeft. Bij artikel 7 Grw. wordt voornamelijk gekeken naar lid 3, het openbaren van gedachten of gevoelens door andere middelen waarbij het gaat om uitingen door middel van internet (en social media).³⁴ Van een goede werknemer wordt verwacht dat hij eerst intern zaken aankaart, voordat hij in de buitenwereld treedt (waarbij de werknemer zich zal beroepen op de vrijheid van meningsuiting). Rechter kijkt naar de inhoud van de mededeling van de werknemer (indien deze onjuist of beledigend is) en men kijkt naar de wijze waarop die mededeling naar buiten is gebracht. Indien een (ontevreden) werknemer contact zoekt met de buitenwereld (denk aan berichtgeving via social media) over mogelijke misstanden binnen een bedrijf, in plaats van dit eerst aan te kaarten bij zijn directe leidinggevende of door de ondernemingsraad in te schakelen, trekt deze werknemer bij de rechter aan het kortste eind.³⁵

Wel kan het zo zijn dat een werknemer, die contact zoekt met de buitenwereld, arbeidsrechtelijke bescherming geniet van de zogenaamde klokkenluider. In Nederland bestaat sinds kort een wettelijke, algemeen aanvaarde, uniforme regeling ter arbeidsrechtelijke bescherming van een klokkenluider. Het gaat hier om de Wet Huis voor klokkenluiders.³⁶

³² Van Uden 2006, p. 1; Bovend'eert 2009, p. 24.

³³ Van Uden 2006, p. 6.

³⁴ Bovend'eert 2009, p. 23.

³⁵ Van Grinsven & Geugjes 2007, p. 89 en 90; HR 20 april 1990, NJ 1990,702, m.nt. P.A. Stein (Meijer/De Schelde).

³⁶ Kamerstukken II 2012/13, 33 258, nr. 6.

Middels deze wet heeft de Nationale ombudsman de taak van “huis” voor klokkenluiders gekregen waarbij klokkenluiders zich met misstanden bij “het huis” kunnen melden.

Rechters beoordelen, bij een klokkenluiderssituatie, een aantal (uit publicaties ontstane) aandachtspunten. Arbeidsrechtelijke bescherming voor een werknemer zou moeten gelden wanneer er sprake is van: een grove schending van wet- of regelgeving met een systematisch of terugkerend karakter, dan wel schending met ernstige gevolgen; het te goeder trouw aan de orde stellen van misstanden en op een juiste wijze aanhangig maken van de misstanden. Daarbij dient bij de bekendmaking door de werknemer de volgorde te worden gebruikt van een interne regeling, om vervolgens bij een bevoegde autoriteit melding te maken en tot slot openbaarmaking via media.³⁷ Voor meer informatie over klokkenluiders verwijs ik naar paragraaf 3.2.3 van deze scriptie.

2.3.1. Beperking vrijheid van meningsuiting

In artikel 7:678 BW staan dringende redenen genoemd die de werkgever kan aandragen om de arbeidsovereenkomst onverwijld op te zeggen (via art. 7:677 BW, het ontslag op staande voet). In artikel 7:678 BW staan twee expliciete beperkingen van de uitingsvrijheid van een werknemer vermeld. In lid 2 sub e staat beschreven dat een werknemer zijn werkgever (en medewerkers/collega's) niet grovelijk mag beledigen of ernstig bedreigen. Dus een bericht op social media (bijvoorbeeld een bericht op de tijdlijn van Facebook van een medewerker, waarin deze wordt beledigd of een Tweet via Twitter waarin de werkgever wordt bedreigd) is niet toegestaan en kan een grond voor opzegging wegens dringende reden zijn. Een beroep op de vrijheid van meningsuiting wordt in zo'n geval door de rechter verworpen.³⁸ Het staat een werknemer vrij zijn opvatting kenbaar te maken maar dit hoeft de werkgever niet te accepteren. De werknemer moet dan ook de consequenties accepteren van het gebruik maken van zijn vrijheid van meningsuiting, die beledigend is ten opzichte van de werkgever. Dit kan leiden tot een vertrouwensbreuk tussen de werkgever en de werknemer met als gevolg de ontbinding van de arbeidsovereenkomst met al dan niet de toekenning van een ontslagvergoeding.³⁹

Lid 2 sub i van art. 7:678 BW verbiedt een werknemer om bijzonderheden aangaande de onderneming, die hij geheim behoort te houden, bekend te maken. Hierbij gaat het om nagenoeg alle bedrijfsinformatie, ongeacht de wijze en het tijdstip waarop de informatie aan de werknemer ter kennis is gekomen. Welke bijzonderheden de werknemer geheim dient te houden volgt meestal uit een geheimhoudingsbeding (geheimhoudingsplicht) dat de werkgever met de werknemer is overeengekomen. Zie paragraaf 3.4 van deze scriptie voor de geheimhoudingsplicht. Een dergelijk geheimhoudingsbeding wordt door de werkgever vaak 'extra' afgesloten als waarschuwing voor de werknemer. Op deze manier wijst de werkgever de werknemer (nogmaals) op zijn geheimhouding. Met 'bekendmaken' wordt niet alleen bedoeld op algemeen bekendmaken (openbaar), hierbij gaat het ook om mededelingen aan iedereen voor wie het geheim behoorde te blijven. Dus een mededeling via een bericht op Facebook (al dan niet in een privé conversatie) of via LinkedIn, over een product van de werkgever is niet toegestaan.⁴⁰ De vrijheid van meningsuiting wordt door een geheimhoudingsbeding, zelfs nadat de arbeidsovereenkomst is geëindigd, beperkt. Dit komt door de postcontractuele werking van het geheimhoudingsbeding (deze postcontractuele werking is middels toepassing van het Haviltex-arrest bepaald).⁴¹ Een geheimhoudingsbeding ontnemt een (ex) werknemer niet zijn vrijheid van meningsuiting, het legt hem de door hem zelf aanvaarde beperkingen daarin op.⁴² De verplichting van de werknemer om zich te houden

³⁷ Rb. Ktr. Alkmaar 1 juli 2002, JAR 2002,157 r.o. 4.4; Van Uden 2006, p. 2; Rb. Amsterdam 9 juli 2003, JAR 2003, 191 (*Organong/Stiekema*).

³⁸ Rb. Ktr. Arnhem 19 maart 2012, *Prg.* 2012, 125 (*Blokker*).

³⁹ Van Uden 2006, p. 3; Rb. Ktr. Haarlem 10 februari 1998, LJV A19703, *Prg.* 1998, nr. 4971.

⁴⁰ Van Uden 2006, p. 1 en 2.

⁴¹ HR 13 maart 1981, LJV AG4158, *RvdW* 1981, 43 (*Haviltex*).

⁴² Van Uden 2006, p. 3; Rb. Amsterdam 16 augustus 1995, JAR 1995, 208 (*Greenpeace/Kotte*).

aan een geheimhoudingsbeding, overeengekomen met zijn werkgever, vloeit voort uit de verplichting om zich als een goed werknemer te gedragen.

2.3.2. Vrijheid van meningsuiting, artikel 10 EVRM

De vrijheid van meningsuiting vinden we niet alleen in de Grondwet, maar ook in internationale verdragen zoals het EVRM. Op grond van art. 93 en 94 Grw. zijn de bepalingen uit Verdragen, die 'een ieder verbindend zijn' rechtstreeks van toepassing binnen het Nederlandse rechtstelsel. Het verdragsrecht hoeft dus niet eerst te worden omgezet in nationale wetgeving om te spreken van gelding in de nationale rechtsorde.⁴³ Bepalingen in internationale verdragen (zoals het EVRM) omtrent de vrijheid van meningsuiting, zijn bepalingen met directe werking. Burgers kunnen er rechtstreeks een beroep op doen.⁴⁴ Bepalingen uit de wet die in strijd zijn met een 'ieder verbindende' verdragsbepaling dienen buiten toepassing te worden gelaten. Art. 120 Grw. bevat een toetsingsverbod dat inhoudt dat de Nederlandse rechter de grondwettigheid van wetten en verdragen niet beoordeelt, formele wetten mogen niet aan de grondwet worden getoetst. Ondanks dit toetsingsverbod is het voor de rechter wel mogelijk te toetsen aan grondrechten, opgenomen in internationale verdragen.

Art. 10 lid 1 EVRM waarborgt (voor 'een ieder') het recht om een mening te hebben en de vrijheid om denkbeelden of inlichtingen te ontvangen of te verstrekken. Art. 10 EVRM is ruimer dan art. 7 Grw, omdat het niet alleen uitingsvrijheid bevat maar ook de ontvangstvrijheid.⁴⁵ Art. 10 EVRM beschermt het hele communicatieproces van koesteren, ontvangen en doorgeven, daar waar art. 7 Grw. de nadruk legt op communicatiemiddelen.⁴⁶ Art. 10 EVRM beschermt het recht om een mening in vrijheid door te geven, het verspreidingsrecht. Niet alleen het uiten van een mening maar ook het verspreiden ervan valt onder dit artikel. Om het verspreiden van een mening te beperken moet worden voldaan aan de clause gesteld in art. 10 lid 2 EVRM.⁴⁷

2.3.2.1. Beperking vrijheid van meningsuiting (art. 10 EVRM)

Het EVRM kent twee algemene beperkingen, genoemd in art. 15 en art. 17 EVRM. Volgens art. 15 EVRM mogen verdragspartijen ten tijde van een noodtoestand, van alle grondrechtbepalingen met een beperkingsclausule afwijken. De beperking hoeft dan dus niet te voldoen aan de clausulering. De ernst van de situatie moet deze maatregelen strikt vereisen, art. 15 EVRM handhaaft voor de beperkingen ten tijde van de noodtoestand een eis van proportionaliteit.⁴⁸ De tweede beperking staat in art. 17 EVRM, hierin wordt het zogeheten 'misbruik van grondrechten' verboden. Personen die grondrechten van een ander willen vernietigen kunnen zich niet beroepen op bijvoorbeeld hun recht op de vrijheid van meningsuiting.⁴⁹

Het EHRM heeft in een aantal arresten het fundamentele belang van de vrijheid van meningsuiting onderstreept.⁵⁰ Het Europees Hof heeft een beslisschema gecreëerd, waarbij eerst wordt vastgesteld of sprake is van een maatregel die een beperking van de vrijheid van meningsuiting inhoudt. Indien dit het geval is (en dat is al snel het geval), gaat het Europees Hof bekijken of de beperking is voorzien bij wet (al dan niet in materiële wetgeving) en of deze beperking dient ter bescherming van een genoemd belang uit artikel 10 lid 2 EVRM. Vervolgens komt de beslissende vraag, de noodzakelijkheidstoets: is de beperking noodzakelijk in een democratische samenleving ter bescherming van de rechten van de

⁴³ Akkermans, Bax & Verhey 2005, p. 45.

⁴⁴ Van den Hoff 2011, p. 12.

⁴⁵ EHRM 26 april 1979, NJ 1980, 146 (*Sunday Times/Verenigd Koninkrijk*).

⁴⁶ Asscher 2002, p. 122.

⁴⁷ Dommering 2000, p. 180; De Meij e.a. 2000, p. 127.

⁴⁸ Hins & Nieuwenhuis 2010, p. 121.

⁴⁹ Hins & Nieuwenhuis 2010, p. 140.

⁵⁰ EHRM 26 april 1979, NJ 1980, 146 (*Sunday Times/Verenigd Koninkrijk*); EHRM 7 december 1976, NJ 1978, 236 (*Handyside*).

werkgever? Deze noodzakelijkheidstoets wordt ingekleurd door enerzijds de aanwezigheid van een maatschappelijke noodzaak en anderzijds dat de beperkende maatregel proportioneel is. Indien er geen sprake is van proportionaliteit tussen de opgelegde sanctie en het beschermde legitieme doel is er sprake van schending van artikel 10 EVRM.⁵¹ Het is dan niet toegestaan om inbreuk te maken op het recht van de vrijheid van meningsuiting via artikel 10 lid 2 EVRM. Dit indien er een legitiem doel mee wordt nagestreefd zoals het beschermen van de reputatie en rechten van anderen, zoals bijvoorbeeld van je werkgever.⁵²

Volgens het EHRM heeft de vrijheid van meningsuiting gelding binnen de arbeidsverhouding maar aan de zijde van de werknemer dient sprake te zijn van 'a duty of loyalty, reserve and discretion'.⁵³ Volgens het EHRM houdt deze discretie van de werknemer verband met het recht op 'protection of its reputation and commercial interests' aan de zijde van de werkgever. Door in dienst te treden bij de werkgever maakt de werknemer zich ondergeschikt aan de loyaliteit die hij in acht dient te nemen te opzichte van de werkgever.⁵⁴ Die loyaliteit betekent dat hij zich een beperking van de vrijheid van meningsuiting moet laten welgevalen. De informatie die de werknemer naar buiten brengt kan vertrouwelijke informatie zijn die een breder maatschappelijk belang raakt, vertrouwelijke informatie zonder een dergelijk breder maatschappelijk belang of niet-vertrouwelijke informatie. Het toepassen van een geheimhoudingsbeding geeft duidelijkheid over de grenzen van het naar buiten brengen van vertrouwelijke informatie, maar een werknemer kan zijn vrijheid van meningsuiting niet weg contracteren. De rechter toetst de contractuele beperking op evenredigheid.⁵⁵

Uit deze paragraaf kan worden geconcludeerd dat in de relatie tussen de werkgever en de werknemer, de vrijheid van meningsuiting (art. 7 Grw. jo. art. 10 lid 1 EVRM) als uitgangspunt dient. Art. 10 EVRM is ruimer geformuleerd dan art. 7 Grw., omdat het niet alleen de uitingsvrijheid bevat maar ook de ontvangstvrijheid.

Om een grondrecht van de werknemer te beperken (inperken) dienen de belangen aan de zijde van de werkgever van voldoende gewicht te zijn. Een dergelijke expliciete beperking van de uitingsvrijheid van een werknemer is te vinden in art. 7:678 lid 2 sub e BW. Dit artikel bepaalt dat een werknemer zijn werkgever en medewerknemers niet grovelijk mag beledigen of ernstig bedreigen. Een andere beperking van de uitingsvrijheid van een werknemer is te vinden in lid 2 sub i van datzelfde wetsartikel. Dit verbiedt een werknemer om bijzonderheden aangaande de onderneming, die hij geheim behoort te houden, bekend te maken. Dus een bericht op Facebook of LinkedIn (al dan niet in een privé conversatie), waarin de werkgever wordt beledigd of geheime productinformatie verschaft, is niet toegestaan.

Een werknemer is vrij om zijn opvattingen kenbaar te maken (in het kader van de vrijheid van meningsuiting), maar dit hoeft de werkgever niet te accepteren. Dit kan leiden tot een vertrouwensbreuk tussen de werkgever en de werknemer.

Het kan zijn dat een werknemer die contact zoekt met de buitenwereld, arbeidsrechtelijke bescherming geniet van een zogenaamde klokkenluider. Sinds kort bestaat in Nederland een wettelijke, algemeen aanvaarde uniforme regeling daarvoor.

⁵¹ EHRM 29 februari 2000, *LJN AD3149*, *NJ* 2001, 73 (*Fuentes/Spanje*).

⁵² EHRM 14 maart 2002, *JAR* 2002, 137.

⁵³ Laagland 2013, art. 7:611 BW aant. 6.3, p. 1; EHRM 12 februari 2008, *NJ* 2008, 305 m.nt. Alkema.

⁵⁴ Kip en Klinckhamers 2008, p. 3; EHRM 21 juli 2011, *NJ* 2012, 282 m.tn. Dommering; HR 26 oktober 2012, *RAR* 2013, 14, *NJ* 2013, 220 m.nt. Verhulp, *JAR* 2012, 113, m.nt. de Laat (*Quirijns/Theodoor Gillissen Bankiers*).

⁵⁵ Laagland 2013, art. 7:611 BW aant. 6.3, p. 1; Hof 's-Gravenhage 17 januari 2012, *JAR* 2012, 10 m.nt. Van Uden.

2.4 Recht op privacy

In deze paragraaf wordt het recht op privacy uit art. 10 Grw. en art. 8 EVRM behandeld. Deze artikelen gaan over de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer. Vervolgens wordt deze eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer (het recht op privacy) verder beschouwd op de werkplek, waarbij tevens wordt gekeken naar de mogelijkheid van de werkgever om de werknemer te controleren.

In het arbeidsrecht (lees: het verbintenissenrecht) is wettelijk niets geregeld omtrent het gebruik van social media en de bescherming van privacy van werknemers. Voor de bescherming van het recht op privacy dient te worden gekeken naar de Grondwet (art. 10 Grw.) en het Europees recht (art. 8 EVRM).⁵⁶

2.4.1. Artikel 10 Grondwet

Volgens art. 10 lid 1 Grw. heeft ieder recht op eerbiediging van zijn persoonlijke levenssfeer, behoudens bij of krachtens de wet te stellen beperkingen.⁵⁷ Naast de term 'persoonlijke levenssfeer' worden ook termen gebruikt als 'privacy' en 'privéleven'. Wat precies onder art. 10 Grw. valt is niet geheel duidelijk, dit terwijl art. 11 Grw. (onaantastbaarheid van het menselijk lichaam), art. 12 Grw. (huisrecht) en art. 13 Grw. (briefgeheim) wel specifiek een onderwerp beschrijven. Het recht van art. 10 Grw. zal verder door de wetgever maar vooral door de rechter gestalte moeten krijgen. Een inbreuk op het vastleggen of doorgeven van (persoons)gegevens, verkregen door de werkgever (of in opdracht van een werkgever) kan onder de strekking van dit artikel vallen. Dus het recht op privacy kan in de weg staan aan informatieverstrekking.⁵⁸

2.4.2. Artikel 8 EVRM

Het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer is tevens terug te vinden in art. 8 EVRM. In dit artikel staat dat 'ieder het recht heeft op eerbiediging van zijn privéleven'. Het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer is geen absoluut recht, inbreuk hierop moet worden getoetst aan de beperkingsgronden genoemd in lid 2 van dit wetsartikel.⁵⁹ Een beperking van art. 8 EVRM is slechts toelaatbaar indien het voldoet aan het noodzakelijkheidsvereiste. Wat betreft de proportionaliteitstoets (die wordt getoetst in dat concrete geval) wordt de inbreuk en het belang dat de overheidsmaatregel beoogt te dienen, afgewogen tegen de bescherming van de persoonlijke levenssfeer.⁶⁰

2.4.3. Recht op privacy op de werkplek

De persoonlijke levenssfeer kan ook op de werkplek worden geschonden. Van het recht op privéleven mogen beroeps- of bedrijfsmatige activiteiten niet worden uitgesloten.⁶¹

Een werknemer heeft het recht op privacy, ook tijdens arbeidstijd. Een telefoongesprek vanaf de werkplek valt onder het begrip 'privéleven' en 'correspondentie' van art. 8 lid 1 EVRM. Dit is ook van toepassing op verstuurde e-mails, privé conversaties via social media en overig internetgebruik op het werk. Dit recht van de werknemer wordt de privétisering van werktijd genoemd, zie paragraaf 2.5 van deze scriptie.⁶² Het controleren, middels het monitoren, van

⁵⁶ Tempelman en Hagenaars 2012, p. 2.

⁵⁷ Schuijt, in: *GS Onrechtmatige daad* VII.1.3.1 (online, laatst bijgewerkt op 1 juli 2013); HR 9 januari 1987, *NJ* 1987, 928.

⁵⁸ Bunschoten 2009, art. 10 Grw.

⁵⁹ Schuijt, in: *GS Onrechtmatige daad* VII.1.3.2 (online, laatst bijgewerkt op 1 juli 2013).

⁶⁰ Bunschoten 2009, art. 10 Grw.

⁶¹ Schuijt, in: *GS Onrechtmatige daad* VII.1.3.4.4 (online, laatst bijgewerkt op 1 juli 2013); EHRM 16 december 1992, *NJ* 1993, 400 (*Niemietz*); EHRM 25 juni 1997, *NJ* 1998, 506 (*Halford*); Laagland 2013, aant. 6.4, p. 1.

⁶² Laagland 2013, aant. 6.4, p. 1; EHRM 3 april 2007, *NJ* 2007, 617 m.nt. Dommering (*Copland/Verenigd Koninkrijk*); De Laat & De Vries 2012, p. 4.

(privé) conversaties via Facebook of andere vormen van social media zijn, in beginsel, niet zonder meer geoorloofd. Zelfs niet indien deze privé conversaties plaats vinden tijdens werktijd op computerapparatuur van de werkgever. Indien sprake is van social media die toegankelijk is voor iedereen (het openbaar delen van berichtgeving, publiekelijk) zal het controleren door een werkgever makkelijker te rechtvaardigen zijn. Voor het verschil tussen het besloten en het openbaar profiel verwijst ik naar paragraaf 3.1 van deze scriptie. Wanneer iedereen de berichten op social media kan lezen mag een werkgever dat ook. Indien daaruit wangedrag blijkt mag de werkgever op basis daarvan gepaste actie ondernemen. Indien een werknemer op zijn privé pagina van Facebook (herhaaldelijk) grove beledigingen uit jegens zijn leidinggevende (of collega's) kan deze werknemer wegens dringende reden worden ontslagen. Hierbij dient wel de kanttekening te worden gemaakt dat de leidinggevende die desbetreffende werknemer eerst moet aanspreken op diens wangedrag. Indien de werknemer door gaat met het beledigen, heeft hij een formele waarschuwing genegeerd, dan heeft de werknemer zich niet gedragen zoals dat van hem wordt verwacht volgens het goed werknemerschap (volgens art. 7:611 BW), met alle consequenties van dien. Indien een formele waarschuwing van de leidinggevende achterwege blijft, kan dat tot gevolg hebben dat het ontslag wegens dringende redenen, door de rechter niet wordt geaccepteerd.⁶³

Indien de werkgever een werknemer gaat controleren, waarbij geen openbare/publieke berichten worden gecontroleerd, maar privé berichten, zal sprake zijn van het verwerken van persoonsgegevens.⁶⁴ Kernvraag daarbij is of de werkgever een gerechtvaardigd belang heeft bij het uitvoeren van de controle tegenover het privacybelang van de werknemer. Dit belang van de werkgever kan, volgens de HR, zelfs zo ver gaan dat een drugstest een gerechtvaardigde inbreuk oplevert (proportioneel en subsidiair) op de privacy van een werknemer.⁶⁵

Het openen van de mailbox, af luisteren van de telefoon of het (laten) volgen van een werknemer zijn handelingen met het oog op het verzamelen van persoonsgegevens die vallen onder het bereik van de Wet bescherming persoonsgegevens (hierna Wbp). De Wbp is niet (speciaal) toegesneden op arbeidsverhoudingen.⁶⁶ De Wbp staat controlemaatregelen slechts toe indien er een serieus vermoeden bestaat van onrechtmatig gedrag, mits die controle beperkt is in tijd en waarneming en het bewijs (van de onrechtmatigheden) niet op een andere wijze (minder ingrijpend) kan worden verkregen. Verder blijkt dat een werkgever de zakelijke e-mailberichten van een werknemer eerder mag controleren dan de privé e-mailberichten.⁶⁷

In de rechtspraak is een belangrijke uitspraak van de Hoge Raad te vinden met betrekking tot het toelaten van bewijs verkregen in strijd met de Wbp. Zo oordeelde de Hoge Raad dat wil de werkgever een inbreuk op het recht op bescherming van het privéleven (art. 8 EVRM) mogen maken, er een concreet vermoeden moet bestaan dat de werknemer zich schuldig maakt aan strafbare feiten, die op geen andere wijze kunnen worden aangetoond. De werkgever moet een gerechtvaardigd belang hebben om het door hem ingezet middel te gebruiken. Hierbij hoeft de werkgever de werknemer niet vooraf te waarschuwen.⁶⁸ Is er geen sprake van zo'n concrete verdenking, dan is een inbreuk op de privacy dus niet geoorloofd. Het desondanks schenden van het privéleven betekent niet dat het bewijsmateriaal per definitie niet mag worden gebruikt. Wel dient de rechter, in het licht van art. 7:611 BW, de schending mee te

⁶³ Thole & Engelfriet 2012, p. 7; Rb. Ktr. Arnhem 19 maart 2012, *JAR* 2012, 97; Rb. (Arnhem) Ktr. Wageningen 11 april 2012, *Prg.* 2012, 150.

⁶⁴ Terstegge, p. 22 te raadplegen via <www.cbpweb.nl/Pages/av_21_Goed_werken_in_netwerken.aspx>, geraadpleegd op 9 december 2013.

⁶⁵ Thole & Engelfriet 2012, p. 7; EHRM 3 april 2007, *NJ* 2007, 617 m.nt. Dommering (*Copland/Verenigd Koninkrijk*); HR 14 september 2007, *LJN* BA5802, *JAR* 2007/250, *NJ* 2008, 334, met noot van Verhulp (*Hyatt*).

⁶⁶ De Laat & De Vries 2012, p. 7.

⁶⁷ Laagland 2013, aant. 6.4, p. 1; Rb. Ktr. Rotterdam 21 september 2011, *JAR* 2011, 271.

⁶⁸ HR 27 april 2001, *JAR* 2001, 95.

wegen bij de beoordeling van de opgelegde sanctie aan werknemer, dus een belangenafweging tussen goed werkgever- en goed werknemerschap.⁶⁹ Interessant is het feit dat een werknemer aansprakelijk kan worden gehouden voor de door de werkgever gemaakte onderzoekskosten op grond van art. 7:611 BW. Dit indien vast staat dat het onderzoek noodzakelijk was om de werknemer aansprakelijk te stellen en verdere schade (aan de zijde van werkgever) te beperken.⁷⁰

Een werkgever die gebruik maakt van zijn instructierecht (art. 7:660 BW, verder beschreven in paragraaf 2.8 van deze scriptie) kan in het gedrang komen met de privacy van de werknemer. De instructie van de werkgever is toegestaan indien er een dusdanig nauw verband bestaat met de aard van de werkzaamheden, dat het belang van de werknemer (het privéleven) opzij mag worden gezet door het belang van de werkgever. Wederom vindt hier een belangenafweging plaats op grond van art. 7:611 BW.⁷¹

Uit deze paragraaf kan worden geconcludeerd dat voor de bescherming van het recht op privacy dient te worden gekeken naar art. 10 Grw. en art. 8 EVRM. Een werknemer heeft het recht op privacy, ook tijdens arbeidstijd. Een telefoongesprek vanaf de werkplek, verstuurd e-mails, privé conversaties via social media en overig internetgebruik op het werk valt onder het begrip 'privéleven' en het begrip 'correspondentie' van art. 8 lid 1 EVRM. Dit recht van de werknemer wordt ook wel de privétisering van werktijd genoemd.

Het controleren, monitoren door de werkgever, van (privé) conversaties op social media zijn, in beginsel, niet zonder meer geoorloofd. Zelfs niet indien deze privé conversaties plaats vinden tijdens werktijd op computerapparatuur van de werkgever. Indien er sprake is van social media die voor iedereen toegankelijk is (het openbaar/publiekelijk delen van berichtgeving) is het controleren door een werkgever makkelijker te rechtvaardigen. Immers, wanneer de berichten op social media voor iedereen zichtbaar zijn, mag een werkgever deze ook lezen. Indien de werkgever geen openbare/publieke berichten gaat controleren maar privé berichten, zal er sprake zijn van het verwerken van persoonsgegevens. Kernvraag daarbij is of de werkgever een gerechtvaardigd belang heeft bij het uitvoeren van de controle tegenover het privacybelang van de werknemer.

2.5 Privétisering van arbeidstijd

In deze paragraaf wordt de privétisering van de arbeidstijd behandeld. Hierbij gaat het om het gebruik van e-mail, internet en social media tijdens arbeidstijd. Dit is ook wel de vervaging van de grens tussen werk en privé. Van belang hierbij is de uitspraak van het EHRM dat heeft bepaald dat een werknemer een 'reasonable expectation' mag hebben dat het 'private life' wordt gerespecteerd. Echter, volgens het Hyatt-arrest is het mogelijk dat een werkgever meer grip heeft op de privétijd van een werknemer.

Het gebruik van e-mail, internet en social media tijdens arbeidstijd, op de werkplek, voor privédoeleinden is tot zekere hoogte toegestaan. Uitgangspunt hierbij is dat wat vroeger werd gerekend tot het privé telefoontje met thuis of in het belang van het thuisfront, nu per e-mail mag plaats vinden. Daarentegen is het niet toegestaan als de werknemer tijdens werktijd, urenlang (per dag) op internet surft om bijvoorbeeld vakantiesites te bekijken of om Facebook, LinkedIn en Twitter bij te werken.⁷² Een werkgever kan zich in zekere zin bemoeien met het privéleven van de werknemer door direct in te grijpen (in de zin van het beperken of verbieden) van het gebruik van internet (of social media) door de werknemer, tijdens arbeidstijd. Een dergelijke bemoeienis door de werkgever berust op het bedrijfsbelang. Het doorbreken van de

⁶⁹ Laagland 2013, aant. 6.4, p. 1 en 2.

⁷⁰ Laagland 2013, aant. 6.4, p. 2; Rb. Ktr. Amsterdam 30 oktober 2012, *JAR* 2013, 20.

⁷¹ Laagland 2013, aant. 6.4, p. 2.

⁷² Van Grinsven & Geugjes 2007, p. 93; Rb. Ktr. Haarlem 16 juni 2000, *LJN* AG5277, Computerrecht 2001, p. 37.

grens tussen privé en werk, omdat het 'risico' van omstandigheden uit de privésfeer naar de werkgever is verplaatst, door digitalisering van de arbeidsplaats, betekent niet dat die grenzen door de werkgever mogen worden doorbroken door zich te bemoeien met de persoonlijke omstandigheden van de werknemer. Voor de werkgever bestaat de mogelijkheid om zich te bemoeien met deze vorm van privésfeer tijdens de arbeidstijd.⁷³

Zo is er de uitspraak van het EHRM, waarbij sprake was van het systematisch volgen van het telefoon-, e-mail- en internetgebruik van een werknemer. Het doel was om vast te stellen of de werknemer excessief gebruik maakte van deze middelen, tijdens arbeidstijd, voor persoonlijke doeleinden (in de privé sfeer). In deze casus werden de telefoongesprekken niet afgeluisterd, enkel werden de telefoonnummers, data, tijdstippen en duur geanalyseerd. Ook het internet- en e-mailgebruik werd enige tijd gemonitord. De desbetreffende werknemer klaagde over schending van het recht op respect voor het privéleven (art. 8 EVRM), waarbij de werknemer in het gelijk werd gesteld en een schadevergoeding ontving. Het Europees Hof oordeelde dat telefoongesprekken die tijdens de arbeidstijd werden gepleegd vallen onder 'private life'. Volgens het Europees Hof is het logisch dat e-mail- en internetgebruik, voor privé doeleinden, eveneens onder het begrip 'private life' vallen. Omdat de werkgever geen gedragscode had opgesteld omtrent het telefoon-, e-mail- en internetgebruik en de werknemer niet was gewaarschuwd dat het gebruik van deze communicatiemiddelen zou worden gemonitord, had de werknemer een 'reasonable expectation' dat het 'private life' zou worden gerespecteerd.⁷⁴

De vervaging van de grens tussen werk en privé kent niet enkel meer de dimensie in het voordeel van de werknemer. Een werkgever die in zijn onderneming meer te maken krijgt met de privétijd van de werknemer, tijdens de arbeidstijd, zal meer grip op die privétijd willen hebben.⁷⁵ Hierbij kan worden gewezen op het Hyatt-arrest, waarbij de werkgever een antidrugbeleid had ingesteld. Dit antidrugbeleid zou een ontoelaatbare inbreuk maken op de persoonlijke levenssfeer van werknemers. Dit omdat het privégebruik van drugs, tijdens het weekend of in de laatste drie dagen van de vakantie, tot ontslag kon leiden. Het doel van het antidrugbeleid betrof het behoud van de goede naam van de werkgever en aantrekkelijkheid voor de gasten door correct gedrag van haar werknemers, zonder negatieve invloed daarop als gevolg van drugs. Dat doel was volgens de HR legitiem en staat niet ter discussie, het antidrugbeleid met de daaruit voortvloeiende consequentie (ontslag) was toegestaan.⁷⁶

Voor een werkgever is het mogelijk om grenzen te stellen aan het gebruik van internet (social media) tijdens de arbeidstijd via het instructierecht van de werkgever; zie paragraaf 2.8 van deze scriptie, of in een (incorporatie)beding bij de arbeidsovereenkomst; zie paragraaf 2.9.

Verder bestaat er voor de werkgever de mogelijkheid om het gebruik van social media te stimuleren. Dit om meer bekendheid van het bedrijf en product te genereren.⁷⁷ Over de stimulering van het gebruik van social media, door werkgever, kom ik nog terug in paragraaf 2.6.

Uit deze paragraaf kan worden geconcludeerd dat het gebruik van e-mail, internet- en social media tijdens de werktijd, op de werkplek, voor privédoeleinden tot zekere hoogte is toegestaan (dit noemt men de privétisering van de arbeidstijd). Het is voor een werknemer niet toegestaan om tijdens arbeidstijd, urenlang (per dag) op internet te surfen om bijvoorbeeld vakanties te bekijken of om Facebook, LinkedIn en Twitter bij te werken. In een uitspraak bij

⁷³ Roozendaal 2011, p. 440.

⁷⁴ Heerma van Voss & Van Slooten 2008, p. 1; EHRM 3 april 2007, *NJ* 2007, 617, m.nt. Dommering; EHRM 25 juni 1997, *NJ* 1998, 506, m.nt. Boon (*Halford*).

⁷⁵ Heinsius 2008, p. 6033.

⁷⁶ Heerma van Voss & Van Slooten 2008, p. 2, 3 en 4; HR 14 september 2007, *JAR* 2007, 250 (*Hyatt*).

⁷⁷ Roozendaal 2011, p. 439; Tempelman en Hagenaars 2012, p. 2.

het EHRM, waar sprake was van het systematisch volgen van het telefoon-, e-mail- en internetgebruik van een werknemer met als doel vast te stellen of de werknemer excessief gebruik maakte van deze middelen, tijdens werktijd, voor privé doeleinden, oordeelde het Europees Hof dat de werknemer een 'reasonable expectation' mocht hebben dat zijn 'private life' zou worden gerespecteerd. Zelfs indien de telefoongesprekken niet werden afgeluisterd, maar enkel de telefoonnummers, data, tijdstippen en duur werden geanalyseerd, evenals het internet- en e-mailgebruik werd gemonitord (hetgeen in deze casus aan de hand was). Dit omdat de werkgever geen gedragscode had opgesteld omtrent het gebruik van telefoon, e-mail en internet en de werknemer vooraf niet was gewaarschuwd dat deze communicatiemiddelen door de werkgever zouden worden gemonitord.

2.6 Stimulering door de werkgever

In deze paragraaf wordt de situatie behandeld waarbij het gebruik van social media wordt gestimuleerd door de werkgever. Hierbij wordt gekeken naar de gevolgen voor de werknemer indien de werkgever wel een gedragscode hanteert (zie paragraaf 2.8 van deze scriptie voor het instructierecht van de werkgever), indien de werkgever geen gedragscode hanteert en indien de arbeidsrelatie tussen de werkgever en de werknemer reeds is beëindigd. In deze laatste situatie kan het voorkomen dat de werknemer een overeengekomen relatie- en/of concurrentiebeding (al dan niet in een vaststellingsovereenkomst overeengekomen) overtreedt.

Social media wordt zowel privé als zakelijk gebruikt. De wijze van het gebruik van social media krijgt een steeds belangrijkere rol in de arbeidsrelatie en is ook steeds vaker een punt van discussie tussen de werkgever en de werknemer. Er is een schemergebied in het arbeidsrecht tussen toelaatbaar gedrag en het moment waarop de grens van het toelaatbare wordt overschreden.

De werkgever kan het gebruik van social media, tijdens de arbeidstijd, stimuleren. Het gebruik van social media door werknemers stimuleert, zet aan tot nadenken en maakt werknemers innovatiever. Verder, en dat vinden werkgevers belangrijk, leidt het gebruik van social media tot meer contact met zakelijke relaties en andere (nieuwe) contacten met potentiële klanten. Daar liggen volop kansen voor de werkgever. Werkgevers zien social media als een marketing instrument.⁷⁸

Indien een werkgever het gebruik van social media stimuleert is het de zorg (van de werkgever) om goed te regelen (kaders stellen in een gedragscode) wat werknemers wél mogen doen en niet mogen doen uit naam van het bedrijf, via social media.⁷⁹ Zo mogen werknemers geen negatieve uitlatingen doen over het bedrijf, een collega (met naam en toenaam genoemd), de leidinggevende of het product.

Het stimuleren van het gebruik van social media door de werkgever kan eruit bestaan dat een werknemer op LinkedIn een profiel opent in naam van de werkgever (een profiel beginnen over het bedrijf). Ook is het mogelijk om via Twitter een klantenservice te beginnen waarmee men mensen publiekelijk te woord kan staan. Dergelijke vormen van het gebruik van social media kunnen goed zijn voor de reputatie, het imago en reclame van het bedrijf, maar dit kan ook tot problemen leiden. Denk bijvoorbeeld aan een werknemer die negatief reageert, tegenover een zeurende klant of in een groepsdiscussie (op bijvoorbeeld Facebook) waarbij klanten zich niet serieus genomen voelen.⁸⁰ Een kenmerk van social media is dat het open en voor iedereen vrij toegankelijk is (het is publiekelijk). Dit in tegenstelling tot contacten via de telefoon of aan de balie.

⁷⁸ Tempelman en Hagenaars 2012, p. 2.

⁷⁹ Tempelman en Hagenaars 2012, p. 8.

⁸⁰ Thole 2012, p. 8.

Indien een werkgever stimuleert (of zelfs eist) dat werknemers zich 'linken' met hun zakelijke contacten (via LinkedIn) bestaat het risico dat de werknemer verbonden is en blijft met die zakelijke relaties, ook na het einde van de arbeidsovereenkomst. Door de 'eis' van de werkgever tot het leggen van contact via social media stimuleert de werkgever dat het account van de werknemer, dat tot diens privé domein moet worden gerekend, gevuld is met zakelijke connecties. Het contact met de zakelijke relatie wordt meer privé in plaats van zakelijk, de grenzen vervagen.⁸¹

Uitlatingen van de werknemer, gedaan in de privésfeer, mogen (in beginsel) geen rol spelen in het arbeidsrecht. Dit omdat de privé uitlatingen (vaak) onder het recht op privacy en het recht op de vrijheid van meningsuiting vallen. Maar wanneer is een uitlating privé en wanneer is deze zakelijk? Volgens een voorzieningenrechter in Maastricht zijn conversaties gevoerd via social media (zoals op Facebook of LinkedIn) te beschouwen als privé, waarmee ze vallen onder het grondrecht van de vrijheid van meningsuiting. Tenzij uit het karakter van de conversaties ondubbelzinnig en duidelijk blijkt dat deze een zakelijk karakter hebben.⁸² Zie paragraaf 3.2.2 en paragraaf 4.3.6 van deze scriptie.

Ook kan het zo zijn dat een (ex)werknemer, door zich te 'connecten' (op LinkedIn) of door het 'volgen' (op Twitter) van een (zakelijke) relatie, een overeengekomen relatie- en/of concurrentiebeding schendt.⁸³ Zie paragraaf 4.3.5, paragraaf 4.3.2 en paragraaf 4.3.3 van deze scriptie.

Indien de werknemer de gedragscode met betrekking tot social media overtreedt (ongeacht of de werkgever het gebruik van social media stimuleert) is het de vraag of de werknemer hiervoor gestraft kan en mag worden. Deze straf kan eruit bestaan dat de werknemer een formele waarschuwing krijgt, een loonsanctie krijgt opgelegd of, in het ergste geval, dat zich een dringende reden voordoet voor een ontslag op staande voet (het ultimatum remedium). Dit wordt bepaald aan de aard en ernst van hetgeen de werkgever als dringende reden aanmerkt. Een belangrijke factor hierbij is of de werknemer al eens (formeel) is gewaarschuwd. Indien dit het geval is dan vormt dat een verzwaarde omstandigheid bij de vraag of er sprake is van een terecht gegeven ontslag op staande voet.⁸⁴ Omdat de werkgever het gebruik van intranet (een digitaal forum enkel voor werknemers van de onderneming) of social media stimuleert, waarbij de werkgever zelf zijn werknemers uitnodigt tot het voeren van een discussie of het in contact treden met klanten, hoeft dit een ontslag op staande voet niet te rechtvaardigen, mits de uitlatingen van de werknemer binnen de grenzen blijven die zijn gesteld in de gedragscode en binnen de grens van de vrijheid van meningsuiting.⁸⁵ Zie paragraaf 3.5.3 van deze scriptie.

Onderstaand worden drie situaties beschreven die zich tijdens en na een arbeidsovereenkomst kunnen voordoen met betrekking tot de stimulering, door de werkgever, van het gebruik van social media.

1. De werkgever hanteert een gedragscode waarin de grenzen staan vermeld (kaders) met betrekking tot het gebruik van social media. Het is voor de werkgever noodzaak deze grenzen gedetailleerd en duidelijk te beschrijven. Zo is het voor de werknemers duidelijk wat wel en wat niet is toegestaan en voor de werkgever is het gemakkelijker om aantoonbaar te maken dat de werknemer een grens heeft overtreden, welke grens is overtreden en wat de sanctie is. Indien een werknemer gedurende de arbeidsovereenkomst een grens van de gedragscode overschrijdt, kan dat voor de

⁸¹ Van der Ham 2012, p. 3 en 4; Tempelman en Hagenaars 2012, p. 6.

⁸² Rb. Vزر. Maastricht 8 februari 2012, LJV BV3122; Thole en Engelfriet 2012, p. 11.

⁸³ Rb. Arnhem 8 maart 2011, JAR 2011, 127; Rb. Vزر. Arnhem 24 november 2011, JAR 2012, 64.

⁸⁴ Sagel en Verhulp 2005, p. 88 en 89.

⁸⁵ Rb. Vزر. Leeuwarden 6 april 2011, RAR 2011, 93.

werkgever een grond tot ontslag op staande voet zijn (het ultimum remedium). Dit dient vooraf te zijn gegaan door een (formele) waarschuwing, een schorsing of berisping. De keuze welke sanctie wordt gehanteerd hangt af van de ernst en frequentie van de overtreding. Het eindigen van de arbeidsovereenkomst zal gepaard gaan zonder enige vergoeding. Dit omdat de werknemer op voorhand wist, aan de hand van de gedragscode, wat wel en wat niet toelaatbaar was op het gebied van social media. Als er sprake is van een heldere gedragscode betreffende het internet, e-mail en social media gebruik tijdens of buiten de arbeidstijd, en deze gedragscode op de juiste wijze tot stand is gekomen (middels het instructierecht van de werkgever of via een geïncorporeerd beding), dan is werknemer daaraan gehouden. Als de gedragscode een sanctie voorschrijft of aangeeft, dan zal de rechter daar zeker naar kijken. De rechter zal ook altijd kijken naar de ernst van de overtreding en de gevolgen die de overtreding heeft gehad voor de werkgever (diens goede naam). Ook zal de rechter kijken hoe de werkgever omgaat met de gedragscode. Handhaaft hij de regels? Zijn de spelregels duidelijk? Zie paragraaf 3.5.1 van deze scriptie waarin de uitspraak van de kantonrechter te Emmen⁸⁶, over het overtreden van een gedragscode, wordt besproken. Verder zal de rechter kijken of de werkgever de werknemer eerst een (formele) waarschuwing heeft gegeven betreffende zijn gedrag. Vergelijk de uitspraak van de kantonrechter te Arnhem⁸⁷ waar geen laatste formele waarschuwing werd gegeven (zie paragraaf 3.5.5), met de uitspraak van de kantonrechter te Arnhem⁸⁸ (zie paragraaf 3.5.4) waar wel een laatste formele waarschuwing werd gegeven, middels een brief.

De mogelijkheid van controle op het gebruik van social media kan in de gedragscode worden vastgelegd, hetgeen de voorkeur geniet omdat het op voorhand voor beide partijen duidelijkheid schept.⁸⁹ Verder kan de werkgever zich bij de controle beroepen op de rechtvaardigingsgrond van art. 8 onder b WBP, 'noodzakelijke gegevensverwerking bij de uitvoering van de arbeidsovereenkomst'. Dit kan de werkgever indien hij het gebruik van social media door de werknemers stimuleert, en het onderdeel uitmaakt van de functionele activiteit, genoemd in de arbeidsovereenkomst (of een daarmee geïncorporeerd beding).

2. De werkgever hanteert géén gedragscode maar stimuleert het gebruik van social media onder de werknemers. Indien een werknemer zich op social media negatief uitlaat over het bedrijf, de leidinggevende, het product of een collega kan dat voor de werkgever een grond zijn om de arbeidsovereenkomst op te zeggen, te ontbinden of de werknemer op staande voet te ontslaan (het ultimum remedium). Er kan hierbij sprake zijn van een dusdanige verstoorde arbeidsrelatie dat het voor de werkgever onacceptabel is de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. In deze situatie maakt de werkgever geen gebruik van een gedragscode waarin de kaders (grenzen) worden aangegeven waarbinnen werknemers gebruik mogen maken van social media. Dit heeft tot gevolg dat de werknemer niet op voorhand kan worden gewaarschuwd, hetgeen bij een rechter zwaarder meeweegt. Zie paragraaf 2.8.5 van deze scriptie. Dit kan voor een rechter reden zijn om aan de ontslagen werknemer een ontslagvergoeding toe te kennen (de werkgever stimuleerde het gebruik van social media wel, maar stelde op voorhand geen grenzen aan dat gebruik). De toekenning van een dergelijke ontslagvergoeding kan door de rechter worden beperkt indien de werknemer op voorhand wist of behoorde te weten dat zijn handelen onacceptabel zou zijn voor de werkgever.⁹⁰

⁸⁶ Rb. Ktr. Emmen 23 januari 2002, *JAR* 2002, 73.

⁸⁷ Rb. Ktr. Arnhem 11 april 2012, *Prg.* 2012, 150.

⁸⁸ Rb. Ktr. Arnhem 19 maart 2012, *Prg.* 2012, 125 (*Blokker*).

⁸⁹ Thole 2012, p. 6.

⁹⁰ Rb. Ktr. Utrecht 13 juli 2000, *JAR* 2000, 199, m.nt. Verhulp; Rb. Ktr. Haarlem 3 april 2003, *JAR* 2003, 117.

3. Voorts is er nog de situatie denkbaar waarbij de werkgever en de werknemer al uit elkaar zijn (de arbeidsovereenkomst is reeds beëindigd) waarbij de ex-werknemer, door het gebruik van social media, een overtreding maakt op een concurrentie- en/of relatiebeding. Hierbij zijn, volgens de rechter, social media zoals Hyves, Twitter en Facebook primair bedoeld voor privé contacten (in de privésfeer van de betrokkenen) en dus niet voor het onderhouden van zakelijke contacten. Deze social media (in de privésfeer) vallen eerder onder het grondrecht van de vrijheid van meningsuiting, tenzij duidelijk en ondubbelzinnig voor eenieder het zakelijk karakter blijkt. Zo kan het dus voor komen dat een rechter een relatiebeding niet van toepassing verklaart bij de communicatie, via Hyves, tussen de ex-werknemer en de zakelijke contacten van de oud-werkgever.⁹¹ Zie paragraaf 4.3.6 van deze scriptie.

Het social medium LinkedIn wordt door rechters gezien als een zakelijk sociaal netwerk. Hierbij kan men mensen een uitnodiging sturen om van elkaars professionele netwerk lid te worden, hetgeen leidt tot een connectie na acceptatie van de uitnodiging. Deze acceptatie wordt gezien als een actieve handeling tot het maken van contact, hetgeen in strijd kan zijn met een relatiebeding.⁹² Zie paragraaf 4.3.5 van deze scriptie.

Rechters oordelen geheel anders over het gebruik van Twitter. Hierbij plaatst de gebruiker berichtjes en kan iedereen ervoor kiezen om iemand 'te volgen'. Dit wordt gezien als een eenzijdige actie vanuit de volger en niet specifiek geïnitieerd vanuit de eigenaar van het Twitteraccount. De gevolgde persoon (die de berichtjes plaatst) heeft hier verder geen invloed op, hij hoeft niemand actief een uitnodiging te sturen of actief een uitnodiging te accepteren. Overtreding van een concurrentie- en/of relatiebeding via Twitter wordt minder snel aangenomen.⁹³ Tenzij de ex-werknemer Twitterberichten verstuurt naar een specifiek genoemde zakelijke relatie van de ex-werkgever, dan is er wel sprake van een overtreding van het relatiebeding.⁹⁴ Zie paragraaf 4.3.2 en paragraaf 4.3.3 van deze scriptie.

Indien tijdens het uit elkaar gaan van de werkgever en de werknemer er duidelijke afspraken zijn gemaakt over het contact zoeken of (onder)houden met klanten (deze afspraken/grenzen/kaders worden meestal beschreven in een vaststellingsovereenkomst of in de arbeidsovereenkomst) en de ex-werknemer deze afspraak toch overtreedt, kan de werkgever de boete of dwangsom (vaak benoemd in het concurrentie- en/of relatiebeding) incasseren, onverminderd de werkelijke schade.

Uit deze paragraaf kan worden geconcludeerd dat er gekeken dient te worden naar de aard van het social medium, het soort communicatie en de wijze van initiëren daarvan. Een bericht op Hyves of Facebook met enkel persoonlijke communicatie over privé zaken zal niet snel een overtreding van het relatiebeding opleveren. Een (zakelijke) oproep op een zakelijk sociaal netwerk als LinkedIn of een direct bericht naar een zakelijke relatie van de ex-werkgever is een overtreding van het relatiebeding.⁹⁵

Het verdient de aanbeveling om bijvoorbeeld in het personeelshandboek of in een gedragscode vast te leggen dat indien het bedrijf bedrijfsmatig actief wil zijn op het gebied van social media, dat dit enkel plaatsvindt vanaf een account die onder beheer staat van het bedrijf.⁹⁶

⁹¹ Thole en Engelfriet 2012, p. 11 en 12; Rb. Vزر. Maastricht 8 februari 2012, *LJN* BV3122.

⁹² Thole en Engelfriet 2012, p. 11 en 12; Rb. Arnhem 8 maart 2011, *JAR* 2011, 127.

⁹³ Thole en Engelfriet 2012, p. 11 en 12; Ter Haseborg en Zillinger Molenaar 2013, p. 5; Hof 's-Gravenhage 21 februari 2012, *LJN* BW0090, *JAR* 2012, 129, *Prg.* 2012, 127, *RAR* 2012, 87.

⁹⁴ Rb. Arnhem 24 november 2011, *LJN* BU7469, *JAR* 2012, 64.

⁹⁵ Thole en Engelfriet 2012, p. 12 en 13; Rb. Arnhem 8 maart 2011, *JAR* 2011, 127.

⁹⁶ Thole 2012, p. 10 en 11; Thole en Engelfriet 2012, p. 11.

Een tweede aanbeveling is om in de arbeidsovereenkomst of bij het einde daarvan in de vaststellingsovereenkomst een 'opschoonbeding' op te nemen. Hierin wordt vermeld dat de werkgever en de werknemer, op de laatste werkdag gezamenlijk het LinkedIn account van de werknemer doornemen om zodoende 'verboden' relaties te verwijderen. De keuze voor het doornemen van het LinkedIn account is gelegen in het feit dat dit social medium door rechters wordt gezien als een zakelijk sociaal netwerk. Deze aanbeveling kan worden gekoppeld aan hoofdstuk 4 waarin de situatie wordt beschreven waarbij social media in strijd is met een beding in de arbeidsovereenkomst (zoals een concurrentie en/of een relatiebeding).

Deel 2: Wanneer en op welke manier kan een werkgever het gebruik van social media, tijdens arbeidstijd, beperken of zelfs compleet verbieden?

2.7 Goed werkgever- en werknemerschap

In deze paragraaf wordt het goed werkgever- en het goed werknemerschap van art. 7:611 BW behandeld. Dit wetsartikel wordt nader ingevuld via art. 3:12 BW, dat verder invulling krijgt via wetsartikelen betreffende de redelijkheid en billijkheid uit het algemeen verbintenissen- en overeenkomstenrecht.

Het recht van vrijheid van meningsuiting en het recht op privacy van de werknemer worden in het arbeidsrecht vertaald via het beginsel van goed werkgever- en werknemerschap, art. 7:611 BW. Dit artikel wordt gezien als een vage en open norm.⁹⁷ Voor de invulling van art. 7:611 BW kijken we eerst naar de gezichtspunten die invulling geven aan de redelijkheid en billijkheid, genoemd in art. 3:12 BW.⁹⁸ In art. 3:12 BW, dat verder invulling krijgt via art. 6:2 BW (verbintenissen in het algemeen) en art. 6:248 BW (overeenkomsten in het algemeen), staat dat de rechter, bij de vaststelling van de redelijkheid en billijkheid, rekening dient te houden met de algemeen erkende rechtsbeginselen, de in Nederland levende rechtsovertuigingen en met de maatschappelijke en persoonlijke belangen. Daartoe behoort ook te worden gekeken naar de grondrechten (zoals de vrijheid van meningsuiting en het recht op privacy). Er is geen sprake van onderlinge rangorde tussen voornoemde gezichtspunten.⁹⁹

De vermelding van art. 7:611 BW in de titel 10 Burgerlijk Wetboek 7, over de 'arbeidsovereenkomst', ten opzichte van art. 6:2 BW en art. 6:248 BW, is waardevol omdat de bepaling niet slechts ziet op de onderlinge bedoelingen van partijen, maar ook op de voor het arbeidsrecht relevante verhoudingen en ontwikkelingen. Artikel 7:611 BW kan worden gezien als een nadere concretisering van de eis van redelijkheid en billijkheid.¹⁰⁰

Artikel 7:611 BW kan fungeren als schakelartikel in de gevallen waarin horizontale werking van grondrechten niet zonder meer kan worden vastgesteld. Zoals al gezegd wordt art. 7:611 BW (mede) ingevuld door art. 3:12 BW, waarbij de grondrechten zoals de vrijheid van meningsuiting en het recht op privacy hun neerslag vinden in algemeen erkende rechtsbeginselen en de in Nederland levende rechtsovertuiging. Hierdoor kan de werking van grondrechten, via art. 7:611 BW, in de relatie tussen de werkgever en de werknemer worden toegepast. Het goed werkgeverschap betreft een concretisering van de redelijkheid en billijkheid in het arbeidsrecht. Dit werd door de Hoge Raad bevestigd door te stellen dat art. 6:711 BW in de daar bedoelde gevallen toegespitste formulering dezelfde norm tot uitdrukking brengt die met de eisen van redelijkheid en billijkheid worden aangeduid.¹⁰¹

Ten slotte heeft art. 7:611 BW vaak een soort 'restfunctie' (aanvullende werking). Veel omstandigheden die zich tijdens een arbeidsovereenkomst voordoen, zijn niet in de wet, cao of anderszins (denk aan gewoonte) tot in detail geregeld. Vaak wordt dan gekeken of de beslissing van de werkgever door de werknemer dient te worden uitgevoerd in het kader van een goed werkgever- en goed werknemerschap.¹⁰²

⁹⁷ Tempelman en Hagenars 2012, p. 4; Van Grinsven & Geugjes 2007, p. 63; Heerma van Voss 1999, p. 6.

⁹⁸ Laagland 2013, aant. 2.2; HR 5 maart 1999, JAR 1999, 73 (*Tulkens/FNV*); HR 30 januari 2004, JAR 2004, 68 (*Parallel Entry/KLM*).

⁹⁹ Nieuwenhuis 2011, p. 1596, 1597 en 3609; Laagland 2013, aant. 2.1; Verhulp 2013, par. 2; Heerma van Voss 1999, p. 6 en 16; Van Grinsven & Geugjes 2007, p. 89.

¹⁰⁰ Laagland 2013, aant. 2.2; *Kamerstukken II* 1993/94, 23 438, nr. B, p. 3; Heerma van Voss 1999, p. 14.

¹⁰¹ Nieuwenhuis 2011, p. 3609; Heerma van Voss 1999, p. 15; HR 8 april 1994, NJ 1994, 94 (*Agfa/Schoolderman*).

¹⁰² Nieuwenhuis 2011, p. 3609 en 3612; Laagland 2013, aant. 2.2.

Uit deze paragraaf kan worden geconcludeerd dat het recht op de vrijheid van meningsuiting en het recht op privacy (aan de zijde van de werknemer) in het arbeidsrecht kan worden vertaald via het goed werkgever- en goed werknemerschap (art. 7:611 BW). Voor de invulling van dit wetsartikel kijken we naar de gezichtspunten die invulling geven aan de redelijkheid en billijkheid van art. 3:12 BW, dat verder invulling krijgt via art. 6:2 BW jo. art. 6:248 BW. Bij de vaststelling van de redelijkheid en billijkheid dient rekening te worden gehouden met algemeen erkende rechtsbeginselen, de in Nederland levende rechtsovertuigingen en met de maatschappelijke en persoonlijke belangen. Daartoe behoort tevens naar grondrechten te worden gekeken. Het goed werkgever- en werknemerschap betreft een concretisering van de redelijkheid en billijkheid in het arbeidsrecht.

2.8 Het instructierecht van de werkgever

In deze paragraaf wordt het instructierecht van de werkgever behandeld, hetgeen te vinden is in art. 7:660 BW. Hierbij wordt gekeken naar de wettelijke basis van het instructierecht en de visie van de schrijvers Rood, Loonstra, Zondag, Heerma van Voss, Bouwens en Duk. Vervolgens wordt de rechtmatige en redelijke gezagsuitoefening behandeld met de mogelijkheid om ter controle van een gedragsregel aansluiting te zoeken bij vuistregels van het College bescherming persoonsgegevens. Vervolgens worden de grenzen van het instructierecht behandeld die bestaan uit de wettelijke grens en de overeenkomst (of een bijbehorend beding) als grens. Als laatste wordt de mogelijkheid tot gezagsbevoegdheid buiten de arbeidstijd behandeld waarbij het Hyatt-arrest van toepassing is, gevolgd door de sancties die kunnen worden gesteld op het niet naleven van het instructierecht.

Met de komst van het internet zijn de grenzen tussen werk en privé vervaagd. In privétijd wordt vaak gewerkt terwijl in werktijd vaak privécontacten op social media worden gelegd en/of onderhouden. Verder dient te worden opgemerkt dat de professionele en privécontacten op social media (zoals LinkedIn, Facebook en Twitter) volledig door elkaar heen lopen. Door het vervagen van deze grenzen en het ontbreken van duidelijke regels (bijvoorbeeld in arbeidsrechtelijke wetgeving) is het voor werknemers vaak niet duidelijk waar de grenzen van het toelaatbare liggen en bijvoorbeeld hoeveel tijd een werknemer tijdens arbeidstijd mag spenderen aan social media (of andere vormen van privétisering van de arbeidstijd).¹⁰³ Deze grens wordt voor werknemers bemoeilijkt indien de werkgever het gebruik van social media juist stimuleert, zie paragraaf 2.6 van deze scriptie.

2.8.1. Wettelijke basis van het instructierecht

Over de wettelijke basis van de instructiebevoegdheid van de werkgever zitten de juridische schrijvers niet op een lijn. Zo schrijft Rood¹⁰⁴ dat art. 7:660 BW bepaalt dat de werkgever bevoegd is de werknemer voorschriften op te leggen. Deze bevoegdheid is volgens hem de invulling van het begrip 'in dienst' van art. 7:610 BW. Volgens Loonstra en Zondag¹⁰⁵ beschrijft art. 7:660 BW hetgeen ook wel het instructierecht van werkgever wordt genoemd. Zowel de bevoegdheid van de werkgever tot gezagsuitoefening als het recht om instructies te geven (in het kader van bedrijfsvoering) is gebaseerd op de mogelijkheid om eenzijdig de wil van de werkgever aan de werknemer op te leggen. Volgens hen kan het uitvaardigen van een regeling inzake de controle van prestaties van werknemers worden gebaseerd op art. 7:660 BW. Volgens Heerma van Voss¹⁰⁶, Bouwens en Duk¹⁰⁷ is de instructiebevoegdheid gebaseerd op de arbeidsovereenkomst. Volgens hen is de instructiebevoegdheid gebaseerd op het werkgeversgezag dat wordt begrensd door art. 7:660 BW. De verplichting van de werknemer,

¹⁰³ Tempelman en Hagenaars 2012, p. 6.

¹⁰⁴ Rood 1998, p. 22 en 23.

¹⁰⁵ Loonstra & Zondag 2011, par. A, par. C2 en par. C5.

¹⁰⁶ Heerma van Voss 2011, p. 80 en 81.

¹⁰⁷ Bouwens & Duk 2011, p. 260.

volgens dat artikel, volgt uit de aard van het dienstverband. Bij de uitoefening van het gezag gaat het om concretiseren van verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst.¹⁰⁸

2.8.2. De rechtmatige en redelijke gezagsuitoefening

Tussen de werkgever en de werknemer bestaat een gezagsrelatie, die tot uiting komt in art. 7:610 BW en art. 7:660 BW.¹⁰⁹ De werknemer verbindt zich 'in dienst van' de werkgever, om tegen loon arbeid te verrichten. Deze gezagsverhouding geeft aan dat er sprake is van ondergeschiktheid waarbij de werknemer de (economisch) zwakkere partij is. De werkgever heeft, binnen bepaalde grenzen, te aanvaarden dat werknemers tijdens arbeidstijd hun privécontacten mogen onderhouden waarvan de werkgever de privacy dient te waarborgen. Dit is het recht op privétisering van de arbeidstijd, zie paragraaf 2.5 van deze scriptie.¹¹⁰ De werkgever heeft de bevoegdheid, op grond van art. 7:660 BW, om aan de werknemer instructies te geven.¹¹¹ De grammaticale begrenzing van dit wetsartikel heeft betrekking op de gezagsbevoegdheid en ziet toe op de arbeidsverrichting (lees de orde van de onderneming), de werkgever moet het bedrijf kunnen organiseren.¹¹² Middels de gezagsbevoegdheid van de werkgever wordt gekeken naar de regulering van gewenste en ongewenste handelingen van werknemers binnen het bedrijf. Het doel hiervan is het beperken van ongewenste handelingen die nadelige invloed op het functioneren van de werknemer kan uitoefenen.¹¹³ De werknemer wordt door de gezagsbevoegdheid van de werkgever beperkt in zijn handelingsvrijheid en in zijn vrijheid van meningsuiting.

De gezagsrelatie tussen de werkgever en de werknemer geeft de werkgever (middels zijn gezagsbevoegdheid uit het instructierecht, art. 7:660 BW) de bevoegdheid om regels te stellen omtrent het gebruik van social media tijdens arbeidstijd. Een werknemer dient, in zijn algemeenheid, positief te reageren op redelijke voorstellen van de werkgever, die verband houden met gewijzigde omstandigheden op het werk. Dus wanneer de werkgever gebruik maakt van zijn gezagsbevoegdheid, waarbij hij middels een gedragscode het gebruik van social media door de werknemers wenst te beperken of te verbieden, dienen de werknemers in zijn algemeenheid positief te reageren op een dergelijk redelijk voorstel. Werknemers mogen een dergelijk voorstel alleen afwijzen wanneer aanvaarding redelijkerwijs niet van hen kan worden gevergd.¹¹⁴ Een totaal verbod op het gebruik van social media is niet toegestaan, dat zou in strijd zijn met de vrijheid van meningsuiting en de plicht van de werkgever om redelijk privégebruik te gedogen.¹¹⁵ Hierbij kan worden verwezen naar de privétisering van werktijd, zie paragraaf 2.5.

Een werkgever heeft de bevoegdheid om de door hem gestelde regels (in een gedragscode) te controleren. Dit kan hij bijvoorbeeld doen door persoonsgegevens op sociale netwerksites te verzamelen en op basis daarvan represailles tegen de desbetreffende werknemer te nemen. De mogelijkheid van controle op het gebruik van social media kan in de gedragscode worden vastgelegd, hetgeen de voorkeur geniet omdat het op voorhand voor beide partijen duidelijkheid schept.¹¹⁶ Verder kan de werkgever zich bij de controle beroepen op de rechtvaardigingsgrond van art. 8 onder b WBP, 'noodzakelijke gegevensverwerking bij de uitvoering van de arbeidsovereenkomst'. Dit kan de werkgever indien hij het gebruik van social

¹⁰⁸ Pool 2012, p. 4 en 5.

¹⁰⁹ Nieuwenhuis 2011, p. 3602 en 3724.

¹¹⁰ Tempelman en Hagenaars 2012, p. 7; Thole 2012, p. 6; Kip en Klinckhamers 2008, p. 5.

¹¹¹ Asser/Heerma van Voss 7-V 2012, nr. 270.

¹¹² Roozendaal 2011, p. 300 en 316; Nieuwenhuis 2011, p. 3724; Thole 2012, p. 6.

¹¹³ Roozendaal 2011, p. 300 en 301; Tempelman en Hagenaars 2012, p. 7.

¹¹⁴ Van der Heijden 1999, p. 3; HR 26 juni 1998, JAR 1998, 199 (*Van der Lely/Taxi Hofman*); Asser/Heerma van Voss 7-V 2012, nr. 69.

¹¹⁵ Thole 2012, p. 8; Kip en Klinckhamers 2008, p.5; Rb. Ktr. Amsterdam 26 april 2001, JAR 2001, 101; Rb. Ktr. Haarlem 16 juni 2000, JAR 2000, 170.

¹¹⁶ Thole 2012, p. 6.

media door werknemers stimuleert, en het onderdeel uitmaakt van de functionele activiteit genoemd in de arbeidsovereenkomst.

Een andere reden voor de werkgever om te controleren op het gebruik van social media kan zijn gelegen in systeem- en netwerkbeveiliging, kosten en capaciteitsbeheersing, bescherming van bedrijfsgeheimen, het voorkomen van reputatieschade en het tegengaan van discriminatie en seksuele intimidatie.¹¹⁷

Bij de controle op de gedragscode (op het gebruik van social media) kan de werkgever aansluiting zoeken bij de vuistregels die zijn opgesteld door het College bescherming persoonsgegevens (hierna CBP). Daartoe is de werkgever niet verplicht, het is zijn eigen vrije keuze. De door het CBP opgestelde vuistregels hebben betrekking op het afluisteren van telefoongesprekken van werknemers en op de controle van het e-mail- en internetgebruik door werknemers.¹¹⁸ Indien de werkgever ervoor kiest om wel aansluiting te zoeken bij deze vuistregels komt dit de duidelijkheid richting de werknemer, over hetgeen wel en niet is toegestaan omtrent het gebruik van internet en social media, ten goede.

De vuistregels, opgesteld door het CBP, waaraan partijen zich kunnen houden zijn:

- Heldere en eenduidige regels opstellen die bepalen wat binnen de organisatie is toegestaan en verboden omtrent het gebruik van social media. Dit met instemming van de ondernemingsraad.
- De regels dienen voor de werknemer toegankelijk te zijn, bijvoorbeeld middels publicatie op het intranet van het bedrijf of via incorporatie bij de arbeidsovereenkomst (via een personeelshandboek).
- Het verboden gebruik van social media dient zoveel mogelijk softwarematig onmogelijk te worden gemaakt.
- Controle door de werkgever dient te worden beperkt tot vooraf geformuleerde doeleinden.¹¹⁹

Een belangrijk punt bij het uitvoeren van een controle is of de werkgever een gerechtvaardigd belang heeft dat een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van de werknemers rechtvaardigt. Het gerechtvaardigd belang van de werkgever dient te worden afgewogen tegen de privacybelangen van de betrokken werknemer.¹²⁰ Of de werkgever bij een dergelijke inbreuk een gerechtvaardigd belang heeft is afhankelijk van de vraag of de inbreuk makende handeling een legitiem doel dient en of zij een geschikt middel is om het doel te bereiken (noodzakelijkheid). Verder dient de inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van de werknemer evenredig te zijn in verhouding tot het belang van de werkgever bij het bereiken van het beoogde doel (proportionaliteit). Als laatste dient te worden gekeken of de werkgever het doel redelijkerwijs op een minder ingrijpende wijze kon bereiken (subsidiariteit).¹²¹

Bij het opstellen van een gedragscode is het verplicht om de ondernemingsraad (hierna OR) hierin te betrekken, dit middels instemming van de OR. Het gaat om een regeling inzake voorzieningen gericht op controle op aanwezigheid, gedrag of prestaties van de werknemers binnen de onderneming. Zie art. 27 lid 1 sub 1 onder I Wet op de Ondernemingsraden (hierna WOR), waarbij het gaat om een personeelscontrole systeem.¹²² Een dergelijke gedragscode kan ter toetsing worden voorgelegd aan het CBP, met als doelstelling een verklaring te

¹¹⁷ Thole 2012, p. 9.

¹¹⁸ Tempelman en Hagenars 2012, p. 4 en 5; Kip en Klinckhamers 2008, p. 6; College Bescherming Persoonsgegevens te raadplegen via <www.cbpweb.nl/Pages/inf_va_opnemen_telefoon.aspx> en Terstegge te raadplegen via <www.cbpweb.nl/Pages/av_21_Goed_werken_in_netwerken.aspx>, geraadpleegd op 9 december 2013.

¹¹⁹ Thole 2012, p. 9.

¹²⁰ Thole 2012, p. 7.

¹²¹ HR 14 september 2007, *LJN* BA5802, *NJ* 2008, 334, m.nt. Verhulp, r.o. 3.4.2. (*Hyatt*); Heerma van Voss & Van Slooten 2008, p. 3; Pool 2012, p. 7.

¹²² Roozendaal 2011, p. 308; Thole 2012, p. 9; Kip en Klinckhamers 2008, p. 6; Asser/Heerma van Voss 7-V 2012, nr. 560.

verkrijgen dat de regels opgenomen in de gedragscode een juiste uitwerking zijn van de regels in de Wet Bescherming Persoonsgegevens, zie art. 25 WBP.

2.8.3. De grenzen aan het instructierecht

Een belangrijke vraag bij de toepassing van het instructierecht van de werkgever is: welke grenzen zijn er aan het instructierecht (de gezagsbevoegdheid) gesteld? Dit omdat de gezagsuitoefening door een werkgever raakvlakken kan hebben met persoonlijke belangen van werknemers. Anders geformuleerd: hoe dienen de bedrijfsbelangen aan de zijde van de werkgever te worden afgewogen tegen de persoonlijke belangen van de werknemer.¹²³

Art. 7:660 BW geeft zelf aanwijzingen over die grenzen. De gezagsbevoegdheid van de werkgever is begrensd door de wet en door de overeenkomst tussen beide partijen. De voorschriften dienen toe te zien op het verrichten van de arbeid en het bevorderen van de goede orde in de onderneming.¹²⁴ Verder wordt de gezagsbevoegdheid gekoppeld aan het beginsel van het goed werkgeverschap beschreven in art. 7:611 BW.¹²⁵ Mijns inziens brengt het goed werknemerschap, beschreven in art. 7:611 BW, met zich mee dat de werknemer verplicht is zich te houden aan het gezag van de werkgever.

2.8.3.1. De wettelijke grens

De organisatie van een onderneming, en de gezagsbevoegdheid, ziet op de aspecten van het materiële aspect (dit gaat over de fysieke inrichting), het arbeidstijdenaspect en het gedragsaspect.¹²⁶

Wat betreft het materiële aspect kan de werkgever zijn gezagsbevoegdheid gebruiken om de werkplaats in te richten zoals hij dat wilt. De werkgever kiest de locatie, huisvesting, inrichting etc. De gezagsuitoefening van de werkgever wordt begrensd door persoonlijke belangen van de werknemer, men denke hierbij aan de veiligheid en lichamelijke integriteit. Wat betreft het arbeidstijdenaspect kan de werkgever zijn gezagsbevoegdheid gebruiken om de arbeidstijden te reguleren. De werkgever kan bepalen door wie, wanneer en hoe lang er gewerkt moet worden. Dit heeft betrekking op de arbeidsduur, patronen, verlof en vakantie.¹²⁷ In het kader van de afbakening van dit onderzoek ga ik niet verder in op de eerste twee aspecten.

Wat betreft het derde aspect, de zeggenschap over het gedrag, kan de werkgever binnen bepaalde grenzen bepalen wat de gewenste gang van zaken is binnen zijn onderneming. Dit kan betrekking hebben op aspecten van werkinstructies, pauze-regelingen, verantwoordingsregels, gebruik van kantoorartikelen of andere bedrijfseigendommen, gebruik van genotsmiddelen zoals tabak, drugs of alcohol, fatsoensnormen in relatie tot collega's, klanten of concurrenten, kledingvoorschriften en het gebruik van internet en e-mail. Dergelijke regels worden vaak collectief voorgeschreven en aangeduid als reglement of personeelsgids dat/die van toepassing is via een geïncorporeerd beding bij de arbeidsovereenkomst. Dit aspect van de gezagsbevoegdheid kan men beschrijven als het disciplineringsrecht, dat de persoonlijke belangen van werknemers kan raken. Deze persoonlijke belangen van de werknemer kunnen worden gevonden in zakelijke belangen, zoals loopbaanperspectieven, of het belang bij arbeidsparticipatie, maar deze kunnen ook worden gevonden in ideële belangen zoals werkplezier, eergevoel, goede naam en persoonlijke ontplooiing.¹²⁸

¹²³ Roozendaal 2011, p. 301.

¹²⁴ Heinsius 2008, p. 6034.

¹²⁵ Roozendaal 2011, p. 301; Thole 2012, p. 6 en 7.

¹²⁶ Roozendaal 2011, p. 302.

¹²⁷ Roozendaal 2011, p. 304.

¹²⁸ Roozendaal 2011, p. 306; Nieuwenhuis 2011, p. 3725.

2.8.3.2. De overeenkomst als grens

Naast de wettelijke grens van de gezagsbevoegdheid zijn er ook grenzen gesteld door de arbeidsovereenkomst. Partijen kunnen in de arbeidsovereenkomst, of een daaraan verbonden beding, de gezagsbevoegdheid van de werkgever invullen. Voor zover partijen afspraken maken is nadere invulling middels de gezagsbevoegdheid niet nodig en ook niet mogelijk. Wat partijen uitdrukkelijk overeenkomen kan de werkgever niet eenzijdig wijzigen zonder de regel te schenden: overeenkomsten dienen te worden nagekomen. Tenzij er sprake is van een eenzijdig wijzigingsbeding (art. 7:613 BW) waarbij de werkgever de bevoegdheid heeft om de in de arbeidsovereenkomst voorkomende arbeidsvoorwaarden te wijzigen, indien de werkgever een zodanig zwaarwichtig belang heeft dat het belang van de werknemer, dat door de wijziging wordt geschaad, daarvoor naar de maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken. Verder kan er sprake zijn van een HR Van der Lely/Taxi Hofman situatie die met zich meebrengt dat werknemers, op redelijke voorstellen van de werkgever, verband houdende met gewijzigde omstandigheden op het werk, in het algemeen positief behoren in te gaan. Werknemers mogen dergelijke voorstellen alleen afwijzen wanneer de aanvaarding daarvan redelijkerwijs niet van hen kan worden gevergd. Dit alles binnen het kader van het goed werkgever- en werknemerschap van art. 7:611 BW.¹²⁹

De precisering van de gezagsbevoegdheid in de arbeidsovereenkomst doet de draagwijdte van de gezagsbevoegdheid buiten de overeenkomst inkrimpen. Indien de arbeidsovereenkomst niets bepaalt over de gezagsbevoegdheid van de werkgever, kan dit worden ingevuld (door de werkgever) door middel van richtlijnen (aanwijzingen), die als geïncorporeerd beding moeten zijn opgenomen bij de arbeidsovereenkomst.¹³⁰ Met de ondertekening van de arbeidsovereenkomst wordt dan vastgesteld dat de werknemer tevens op de hoogte is van het gevoerde beleid, beschreven in richtlijnen en aanwijzingen van de werkgever.¹³¹ Een andere mogelijkheid is om de achteraf op schrift gestelde aanwijzingen en richtlijnen door alle medewerkers binnen de onderneming te laten ondertekenen. Op deze manier kan de werkgever altijd aantonen dat de werknemer kennis heeft genomen van de betreffende regeling.

In beginsel is de werkgever vrij om een richtlijn of aanwijzing die tot stand is gekomen middels gebruikmaking van zijn gezagsbevoegdheid, nadien te wijzigen. Echter, deze vrijheid is begrensd door het beginsel van goed werkgeverschap (art. 7:611 BW), de inhoud van het eenzijdig wijzigingsbeding, art. 7:613 BW (als dat er is) en HR Van der Lely/Taxi Hofman.¹³²

2.8.4. Gezagsbevoegdheid buiten arbeidstijd

De grenzen van de 'rechtmatige' gezagsbevoegdheid van de werkgever zullen doorgaans in de arbeidsovereenkomst besloten liggen. Dit omdat de werknemer zich verplicht arbeid te verrichten op een bepaalde locatie gedurende een bepaalde tijd. Het gaat dus om de afbakening van ruimte en tijd. De vraag die speelt is of het denkbaar is dat de gezagsbevoegdheid van de werkgever zich ook uitstrekt over het gedrag van de werknemer buiten de werktijd? Dit is mogelijk, zie bijvoorbeeld de verplichting van een zieke werknemer om voorschriften, van de werkgever, op te volgen om de re-integratie te bevorderen. Deze voorschriften kunnen zich ook uitstrekken buiten werktijd en werkplaats, zie art. 7:629 jo. 7:660a BW.¹³³

Verder is het mogelijk dat de wet gevolgen verbindt aan gedragingen van werknemers buiten werktijd. Art. 7:678 lid 2 BW bevat een lijst met misdragingen van werknemers die reeds kunnen worden aangemerkt als dringende reden voor ontslag op staande voet. Sommige van

¹²⁹ HR 26 juni 1998, JAR 1998, 199 (Van der Lely/Taxi Hofman).

¹³⁰ Roozendaal 2011, p. 310.

¹³¹ Roozendaal 2011, p. 315; HR 14 september 2007, JAR 2007, 250 (Hyatt); Pool 2012, p. 7; Heerma van Voss en Van Slooten 2008, p. 3.

¹³² Roozendaal 2011, p. 310 en 311.

¹³³ Roozendaal 2011, p. 317; Nieuwenhuis 2011, p. 3725.

deze gedragingen kunnen ook buiten werktijd plaats vinden, zoals dronkenschap (sub c), diefstal en bedrog (sub d) of de schending van een geheimhoudingsverplichting (sub i). De werknemer dient rekening te houden met de gerechtvaardigde belangen van de werkgever, ook buiten werktijd en werkplek. De vraag die blijft is of de werkgever de verplichting om met zijn belangen rekening te houden, buiten werktijd, op grond van de gezagsbevoegdheid op voorhand kan regelen en reguleren, of dat werkgever dit slechts achteraf kan sanctioneren op grond van de redelijkheid en billijkheid.¹³⁴ Bij de beantwoording van deze vraag vinden we een aanknopingspunt via de belangenafweging (tussen de werkgever en de werknemer).¹³⁵ Dient er veel belang te worden gehecht aan de vrije beschikking van de werknemer over zijn (eigen) privé tijd, tegenover het belang van de werkgever bij het reguleren van het gedrag van de werknemer in die privé tijd.¹³⁶ Het gaat hier om de afweging tussen organisatorisch belang bij de werkgever en het persoonlijk belang bij de werknemer. De Hoge Raad lijkt het bedrijfsbelang op dit punt al snel zwaarder te laten wegen. Zie bijvoorbeeld de uitspraak van de Hoge Raad waarin een beleid van een werkgever, waarbij de werknemers werden beperkt in het gebruik van alcohol en drugs in hun vrije tijd, werd goedgekeurd. Deze inbreuk op de privacy van de werknemer is volgens de HR gerechtvaardigd indien dit noodzakelijk is, de inbreuk een legitiem doel dient en het een geschikt middel is. Verder is de inbreuk gerechtvaardigd indien dit proportioneel is, waarbij wordt gekeken of de inbreuk op de levenssfeer van de werknemer evenredig is ten opzichte van het belang van de werkgever. Ten slotte is de inbreuk gerechtvaardigd indien het voldoet aan de subsidiariteit, waarbij wordt gekeken of het doel niet te bereiken is op een minder ingrijpende wijze.¹³⁷ Indien de gevolgen voor de werknemer (met als ultimum remedium het ontslag op staande voet) ingrijpend zijn, kan een afweging van de persoonlijke omstandigheden (van de werknemer) tegen de aard en ernst van de dringende reden (aangedragen door de werkgever) toch tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst leiden.¹³⁸ Zeker indien het gaat om een werknemer die, nadat hij herhaaldelijk door zijn werkgever is gewaarschuwd om zich te houden aan de gedragscode, opnieuw de gedragscode overtreedt en vervolgens op staande voet wordt ontslagen. Uitgangspunt is dat bij herhaling van het niet voldoen door de werknemer aan een redelijke opdracht (een gedragscode) van de werkgever, een dringende reden voor ontslag oplevert.¹³⁹ Daarnaast dient de werkgever op zijn minst aan te tonen dat het voorkomen van wangedrag van de werknemer in zijn privé tijd, een duidelijke band heeft met het bedrijfsbelang van de werkgever.¹⁴⁰

Wat betreft de waarschuwingsplicht dient de werkgever, die gebruik wilt maken van gezagsbevoegdheid buiten de arbeidstijd, een werknemer die zich overgeeft aan dronkenschap of ander liederlijk gedrag (art. 7:678 lid 2 sub c BW) eerst te waarschuwen. Deze waarschuwingsplicht staat vermeld in dat artikel. Indien de werknemer deze waarschuwing negeert kan pas sprake zijn van een dringende reden. Echter, deze waarschuwingsplicht (omschreven in het artikel zelf) is geen 'ijzeren regel'. Omdat een ontslag op staande voet een uiterste middel is, kan een waarschuwingsplicht ook in andere gevallen van toepassing zijn. Zie bijvoorbeeld rechtspraak van de Hoge Raad 20 juni 2003, waarbij de werknemer meermaals een gedragscode van de werkgever overtreedt.¹⁴¹

Een ander punt betreffende de grens van uitoefening van de gezagsbevoegdheid wordt gevormd door de redelijkheid, de grens die een goed werkgever in acht dient te nemen op

¹³⁴ Roozendaal 2011, p. 317; HR 15 november 1957, NJ 1958, 67 (*Baris/Riezenkamp*).

¹³⁵ Nieuwenhuis 2011, p. 3771.

¹³⁶ Nieuwenhuis 2011, p. 3772.

¹³⁷ Roozendaal 2011, p. 317 en 318; Heinsius 2008, p. 6034; HR 14 september 2007, JAR 2007, 250 (*Hyatt*); Heerma van Voss & Van Slooten 2008, p. 3; HR 14 maart 2008, JAR 2008, 110.

¹³⁸ Nieuwenhuis 2011, p. 3772; HR 12 februari 1999, NJ 1999, 643 m.nt. P.A. Stein.

¹³⁹ HR 20 juni 2003, NJ 2003, 523.

¹⁴⁰ Roozendaal 2011, p. 318.

¹⁴¹ Nieuwenhuis 2011, p. 3772; HR 20 juni 2003, NJ 2003, 523.

grond van art. 7:611 BW.¹⁴² Daar staat tegenover dat de werknemer zich als een goed werknemer dient te gedragen. De Hoge Raad toetst aan de normen van goed werkgever- en werknemerschap, waarbij niet alleen rekening moet worden gehouden met de aard van de dienstbetrekking en van de overeengekomen arbeid, alsmede met overige omstandigheden van het geval. De Hoge Raad toetst ook aan 'de beoordelingsvrijheid die de werkgever, gezien de aard van zijn bedrijf en daarin te verrichten werkzaamheden ten aanzien van de organisatie en inrichting van die werkzaamheden toekomt'.¹⁴³ De Hoge Raad vindt marginale toetsing dus niet voldoende, maar wil wel benadrukken dat er ruimte moet blijven voor beoordelingsvrijheid van de werkgever.

Verder dient een zorgvuldig werkgever onderzoek te doen naar de belangen van de werknemer. De Hoge Raad neemt aan dat de werkgever de bezwaren van de werknemer dient aan te horen, mits deze bezwaren tijdig zijn aangevoerd.¹⁴⁴

Bij de persoonlijke belangen die voldoende zwaarwichtig zijn kijken we naar de doorwerking van grondrechten, voornamelijk de vrijheid van meningsuiting, het recht op privacy, persoonlijke expressie (denk aan kleding), geheimhoudingsbelangen, verrichten van nevenarbeid en gewetensbezwaren.¹⁴⁵ In lagere jurisprudentie wordt meer gewicht toegekend aan de persoonlijke belangen (van de werknemer) dan aan de bedrijfsbelangen (van de werkgever). Zo kunnen we signaleren dat er ook binnen de werktijd een zekere ruimte dient te zijn voor privétisering van de arbeidstijd, zoals even bellen of mailen met het thuisfront of de sociale contacten via social media bijwerken (zie paragraaf 2.5 van deze scriptie). De werkgever heeft, binnen bepaalde grenzen, te aanvaarden dat onder werktijd privé-contacten worden onderhouden, waarvan hij de privacy dient te waarborgen.¹⁴⁶ Dat neemt niet weg dat het voor een werkgever verstandig en gerechtvaardigd is om regels te stellen omtrent het beperken van privétisering van de werktijd.

2.8.5. Sancties bij niet naleven van het instructierecht

Het is voor beide partijen (zowel voor de werkgever als voor de werknemer) verstandig om de gevolgen van het niet naleven van het beleid, gesteld middels het instructierecht, tevens te vermelden in een gedragscode. Zo'n gedragscode vermeldt naast de normen (grenzen) dus ook de sancties bij het niet naleven daarvan. Een sanctie kan bestaan uit een (formele) waarschuwing, een schorsing, berisping of zelfs het ontslag (al dan niet op staande voet), dat wordt gezien als het ultimum remedium. Het voordeel van het opnemen van de sancties in de gedragscode is dat het op voorhand voor alle werknemers duidelijk is wat de gevolgen zijn bij het negeren van het instructierecht (lees: het negeren van de gedragscode).¹⁴⁷ Een overtreding van de gedragscode leidt ertoe dat een ontbindingsverzoek van de arbeidsovereenkomst eerder toewijsbaar is zonder toekenning van een schadevergoeding. Indien de werkgever geen gedragscode hanteert is het voor werknemers op voorhand moeilijk om te bepalen of het gebruik van social media (al dan niet tijdens de arbeidstijd) wordt toegestaan. Een ontbindingsverzoek kan worden afgewezen, zeker wanneer de werknemer niet eerst een (formele) waarschuwing, schorsing of berisping heeft ontvangen van de werkgever.¹⁴⁸

¹⁴² Nieuwenhuis 2011, p. 3609.

¹⁴³ Roozendaal 2011, p. 318 en 319; HR 1 juli 1993, NJ 1993, 667 m.nt. Stein (*Nuts/Hofman*); HR 31 mei 1991, NJ 1991, 679 (*Van den Berg/ Daniel de Brouwerstichting*).

¹⁴⁴ Roozendaal 2011, p. 319 en 320; HR 6 april 1979, NJ 1979, 492 m.nt. Stein; HR 13 maart 1981, NJ 1981, 513 m.nt. Stein.

¹⁴⁵ Roozendaal 2011, p. 320; Nieuwenhuis 2011, p. 3609.

¹⁴⁶ Rb. Ktr. Haarlem 16 juni 2000, JAR 2000, 170 m.nt. Verhulp; Rb. Ktr. Zwolle 21 juni 2002, JAR 2002, 196.

¹⁴⁷ Demuyck 2010, p. 3.

¹⁴⁸ Rb. Ktr. Rotterdam 10 april 2000, JAR 2000, 109; Rb. Ktr. Sittard 21 december 2001, JAR 2002, 38; Rb. Ktr. Utrecht 13 juli 2000, JAR 2000, 19; Rb. Ktr. Haarlem 3 april 2003, JAR 2003, 117.

Zoals reeds gezegd is het arbeidsrecht onvoldoende concreet en transparant op het gebied van de grondrechten van werknemers (de vrijheid van meningsuiting en de bescherming van de privacy) in relatie tot het gebruik van social media tijdens arbeidstijd. Enige handvaten voor het gebruik van social media en de grens van het toelaatbare kunnen worden gevonden in jurisprudentie, deze wordt verder beschreven en beoordeeld in paragraaf 3.5 van deze scriptie.

Uit deze paragraaf kan worden geconcludeerd dat de werkgever op grond van art. 7:660 BW een instructierecht heeft dat volgens Rood is gekoppeld aan het begrip 'in dienst' van art. 7:610. Volgens Loonstra en Zondag omvat het instructierecht van de werkgever zowel de gezagsuitoefening als het recht om instructies te geven. Volgens Heerma van Voss, Bouwens en Duk is het instructierecht gebaseerd op de arbeidsovereenkomst en het werkgeversgezag (dat door art. 7:660 BW wordt begrensd). Feit is dat er sprake is van een gezagsverhouding tussen de werknemer en de werkgever waarbij sprake is van ondergeschiktheid.

Zoals reeds beschreven heeft de werkgever, op grond van art. 7:660 BW, de mogelijkheid om aan de werknemer instructies te geven, ook betreffende het gebruik van social media tijdens werktijd/arbeidstijd. Dergelijke instructies worden meestal vastgelegd in een gedragscode. Bij het opstellen van een gedragscode is het verplicht om de ondernemingsraad hierin te betrekken, middels instemming van de OR.

Het doel van het instructierecht (een gedragscode) is het beperken van ongewenste handelingen die nadelige invloed op het functioneren van de werknemer kan hebben. Een totaal verbod op het gebruik van social media (vastgesteld in een gedragscode) is in strijd met de vrijheid van meningsuiting en de plicht van de werkgever om redelijk privégebruik te gedogen.

Bij de controle op de gedragscode (op het gebruik van social media) kan de werkgever aansluiting zoeken bij de vuistregels, opgesteld door het College bescherming persoonsgegevens (CBP), die dienen ter controle van telefoongesprekken, het e-mail- en internetgebruik van werknemers.

De gezagsbevoegdheid van de werkgever is begrensd door de wet en door de overeenkomst (of een daaraan verbonden beding) tussen beide partijen. Verder wordt de gezagsbevoegdheid gekoppeld aan het beginsel van goed werkgever- en werknemerschap, art. 7:611 BW.

Het is mogelijk dat de wet gevolgen verbindt aan gedragingen van werknemers die zich buiten werktijd voordoen. Art. 7:678 lid 2 BW bevat een lijst met misdragingen van werknemers die reeds kunnen worden aangemerkt als dringende reden voor ontslag op staande voet. Sommige van deze gedragingen kunnen ook buiten werktijd plaats vinden zoals dronkenschap, diefstal en bedrog of de schending van een geheimhoudingsverplichting. De werknemer dient rekening te houden met de gerechtvaardigde belangen van de werkgever, ook buiten werktijd en werkplek.

De vraag die blijft is of de werkgever de verplichting om met zijn belangen rekening te houden, buiten werktijd, op grond van de gezagsbevoegdheid op voorhand kan regelen en reguleren, of dat de werkgever dit slechts achteraf kan sanctioneren op grond van redelijkheid en billijkheid. Het gaat hier om de afweging tussen organisatorisch belang bij werkgever en het persoonlijk belang bij werknemer. De Hoge Raad lijkt het bedrijfsbelang op dit punt al snel zwaarder te laten wegen.

Het is voor zowel de werkgever als voor de werknemer verstandig om de gevolgen van het niet naleven van het beleid (de gedragscode), tevens vast te leggen in een gedragscode. Een sanctie kan bestaan uit een (formele) waarschuwing, een schorsing, berisping of zelfs het ontslag.

2.9 Beperkingen in de arbeidsovereenkomst bedingen

In deze paragraaf wordt de mogelijkheid tot beperkingen in de arbeidsovereenkomst middels een geïncorporeerd beding behandeld. Hierdoor kan een werknemer, in de individuele arbeidsovereenkomst, worden gebonden aan een door de werkgever vastgesteld reglement of andere collectieve regeling. Het uitgangspunt hierbij is gebondenheid, tenzij er sprake is van misbruik van omstandigheden, hetgeen de werknemer dient aan te tonen. Een geïncorporeerd beding kan nietig worden verklaard indien het in strijd is met een bepaalde rechtsregel (nietig wegens strijd met de wet).

In het licht van de scheiding tussen werk en privé is de vraag van belang in hoeverre een werknemer gehouden kan worden aan een contractuele bepaling waarin een deel van de persoonlijke vrijheid wordt beperkt of geraakt.¹⁴⁹ Het gaat dus om het inperken van de privétisering van de arbeidstijd middels een contract, via een beding dat is geïncorporeerd in de arbeidsovereenkomst. Bij het aangaan van een arbeidsovereenkomst of een beding speelt de contractsvrijheid (partijautonomie en zelfbeschikking) een grote rol. Contractsvrijheid staat voor de vrijheid om te onderhandelen en afspraken te maken met wie men wil en waarover men wil. Daarnaast speelt bij het aangaan van een arbeidsovereenkomst of een beding het beginsel van gebondenheid aan het contract een rol. Gebondenheid aan het contract houdt de verplichting in om zich aan de gemaakte afspraken te houden. De contractsvrijheid en gebondenheid aan het contract spelen in het arbeidsrecht een grote rol, dit omdat iedere persoon de vrijheid heeft om zich te ontplooiën in het maatschappelijk en economisch verkeer.¹⁵⁰

Een uitgangspunt voor de totstandkoming van een overeenkomst in het algemene contractenrecht, dat ook van toepassing is op het arbeidsrecht, is het vereiste van wilsovereenstemming. Door de structurele ongelijkheid (bestaande uit economische afhankelijkheid) tussen werkgever en werknemer is het echter de vraag in hoeverre er sprake is van wilsovereenstemming op alle punten genoemd in de arbeidsovereenkomst.

In het arbeidsrecht kennen we nog een andere bron voor tussen partijen geldende regelingen: de gezagsbevoegdheid van de werkgever. Voorschriften, gemaakt door de werkgever (beter bekend als een gedragscode), kunnen niet als onderdeel van het arbeidsrechtelijke contract tussen partijen worden aangemerkt.¹⁵¹ De gezagsbevoegdheid, beter bekend als het instructierecht van de werkgever (art. 7:660 BW) is reeds beschreven in paragraaf 2.8 van deze scriptie.

2.9.1. Gebondenheid als uitgangspunt

Er zijn geen bijzondere eisen gesteld aan de gebondenheid van partijen aan een door hen ondertekend (of mondeling overeengekomen) beding bij een arbeidsovereenkomst. Ook de Hoge Raad legt geen bijzondere maatstaven op voor bedingen bij een arbeidsovereenkomst, ook al wordt middels een dergelijk beding de economische en juridische machtsongelijkheid tussen de werkgever en de werknemer versterkt. Een dergelijk beding is voorts zonder meer geldig, echter, een beroep op het beding door de werknemer bij de rechter kan worden getoetst aan de redelijkheid en billijkheid.¹⁵²

Bij een beding kan de werknemer, in de individuele arbeidsovereenkomst, worden gebonden aan een door de werkgever (eenzijdig) vastgesteld reglement of andere collectieve regeling. Dit kan worden gezien als de 'werkgevers wil wordt wet' via de binding aan het beding in de arbeidsovereenkomst.¹⁵³ De werkgever die gebruik maakt van een gedragscode (met betrekking tot de beperking van het gebruik van social media) al dan niet van toepassing via

¹⁴⁹ Roozendaal 2011, p. 277.

¹⁵⁰ Roozendaal 2011, p. 250; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 41.

¹⁵¹ Roozendaal 2011, p. 277.

¹⁵² HR 7 oktober 1988, NJ 1989, 335 m.nt. PAS (IBM).

¹⁵³ Roozendaal 2011, p. 278; Asser/Heerma van Voss 7-V 2012, nr. 525 en 526; HR 4 mei 1956, NJ 1956, 299.

een beding bij de arbeidsovereenkomst, heeft over het algemeen een sterkere rechtspositie dan een werkgever die geen gedragscode heeft.¹⁵⁴

Een overeengekomen beding kan worden vernietigd indien sprake is van misbruik van omstandigheden, bijvoorbeeld in het geval van misbruik van economische machtsongelijkheid. Bij de vraag of van een dergelijk misbruik sprake is dienen de belangen van de werkgever en de werknemer te worden afgewogen.¹⁵⁵ In een dergelijk geval is het vaak de werknemer die stelt, en dient te bewijzen (art. 150 Rv), dat het door de werkgever opgelegde beding, door misbruik van omstandigheden, machtsongelijkheid met zich meebrengt. Volgens Roozendaal schrikt een dergelijk zware bewijslastpositie aan de zijde van de werknemer af om überhaupt stappen tegen de werkgever te ondernemen bij de rechter. Roozendaal is van mening dat de wetgever in dergelijke gevallen de bewijslast dient om te draaien in die zin dat een bezwaarlijk beding voor de werknemer wordt verondersteld niet in vrijheid te zijn ondertekend. Mijns inziens is deze omkeringsregel van de bewijslast niet geheel correct. Er is geen of onvoldoende reden om de bewijslast om te keren. Bij het sluiten van de arbeidsovereenkomst is de werknemer op de hoogte van welke bedingen gebruik worden gemaakt binnen het bedrijf. Indien de werknemer hier niet van op de hoogte is kan de werknemer er altijd naar vragen, voor of tijdens de arbeidsonderhandelingen. Indien een beding bij de arbeidsovereenkomst de (individuele) werknemer niet bevalt, heeft hij zelf de mogelijkheid om de arbeidsovereenkomst niet te tekenen; dit is het beginsel van contractsvrijheid. Indien de werknemer besluit de arbeidsovereenkomst wel te ondertekenen speelt het beginsel van gebondenheid aan het contract, waarbij de werknemer de verplichting heeft zich aan de gemaakte afspraken te houden. Het is natuurlijk wel denkbaar dat in een voorkomend geval de rechter een bewijsvermoeden hanteert dat voor tegenbewijs vatbaar is. Dat kan in de gevallen waarin een bepaald beding heel ver (te ver) ingrijpt in de privésfeer van de werknemer.

De Hoge Raad kent, in dergelijke gevallen, weinig gewicht toe aan de economische afhankelijkheid van werknemers. Wat tussen de werkgever en de werknemer heeft te gelden wordt bepaald door hetgeen hen, bij het sluiten van de overeenkomst, voor ogen stond. Hierbij wordt mede in aanmerking genomen de wijze waarop partijen feitelijk aan de overeenkomst uitvoering hebben gegeven (inhoud daaraan hebben gegeven). In het arrest HR Groen/Schroevens vond de HR dat sociale herkomst (een hoog genoten opleiding) er wel toe doet in het civiele recht.¹⁵⁶

De HR houdt vast aan het beginsel van gebondenheid aan het contract maar zoekt de voorwaarden voor een succesvol beroep eerder in factoren die op geestelijke afhankelijkheid in een specifiek geval duiden. Volgens de HR zal van misbruik van omstandigheden voornamelijk dan sprake zijn indien de werkgever wist of behoorde te weten dat de werknemer door bijzondere omstandigheden (zoals afhankelijkheid of onervarenheid) bewogen werd tot instemming met het beding.¹⁵⁷

¹⁵⁴ Tempelman en Hagenaars 2012, p. 7; Rb. Ktr. Eindhoven 17 september 2002, *JAR* 2003, 77; Rb. Ktr. 's-Gravenhage 3 oktober 2002, *JAR* 2002, 269; Rb. Ktr. Utrecht 13 juli 2000, *JAR* 2000, 199, m.nt. Verhulp.

¹⁵⁵ Roozendaal 2011, p. 279.

¹⁵⁶ HR 14 november 1997, *NJ* 1998, 149 (*Groen/Schroevens*).

¹⁵⁷ Roozendaal 2011, p. 279; HR 5 februari 1999, *NJ* 1999, 652 m.nt. PAS.

2.9.2. Uitzonderingen: dwingend recht en rechterlijke vrijheid

Het beginsel van contractsvrijheid en het beginsel van gebondenheid aan het contract werken in het voordeel van de (economisch) sterkere partij, (meestal) de werkgever. Dit omdat de werkgever misbruik kan maken van de economische afhankelijkheid van de werknemers. Vandaar dat het mogelijk is dat een beding nietig wordt verklaard indien het in strijd is met een bepaalde (dwingende) rechtsregel (nietig wegens strijd met het stelsel van de wet), ter bescherming van de afhankelijke werknemer.¹⁵⁸ In het geval van strijd met dwingend recht wordt het beginsel van gebondenheid aan het beding losgelaten. De werknemer hoeft voor een beroep op de nietigheid geen wilsgebrek (zoals bij misbruik van omstandigheden) aan te tonen.

De HR past het dwingend recht doorgaans toe, echter, het beschermingskarakter daarvan heeft de HR er niet toe bewogen om arbeidscontracten stelselmatig te toetsen om te bezien of de belangen van de werknemer voldoende beschermd zijn in een door hem ondertekend beding.¹⁵⁹

Een (geïncorporeerd) beding kan in strijd zijn met dwingend recht. Van een wetsartikel met dwingend recht mag bij overeenkomst niet van worden afgeweken. De rechter heeft een bepaalde vrijheid door de onbepaaldheid van vele uitdrukkingen in de wet, de zogenaamde vage normen. Dit komt door de mogelijkheid om deze wettelijke bepaling af te stemmen op maatschappelijke ontwikkelingen.¹⁶⁰ Een voorbeeld van een dergelijke 'vage norm' is het goed werkgever- en goed werknemerschap van art. 7:611 BW. Om de ontbindende voorwaarde, gesteld in het beding, te aanvaarden is vereist dat de gebeurtenis ter beëindiging van de overeenkomst, objectief is bepaald en niet afhankelijk is van de subjectieve wil of waardering van een partij. Een dergelijk subjectief beding wordt door de HR aangemerkt als vernietigbaar wegens strijd met het stelsel van de wet.¹⁶¹

2.9.3. Werknemersbelang

Indien een werknemer een (individuele) arbeidsovereenkomst afsluit met een werkgever waar een beding is bijgevoegd, inhoudende de beperking van privétisering van arbeidstijd, biedt de Hoge Raad bescherming aan de werknemer. Deze bescherming bestaat uit een bijzondere toets voor de gebondenheid aan het beding in de arbeidsovereenkomst. Voor een dergelijk beding geldt een verzwaarde informatie- of onderzoeksverplichting voor de werkgever. De werkgever dient zich er met redelijke mate van zorgvuldigheid van te verzekeren dat de werknemer instemt met de inhoud van het beding.¹⁶²

Het niet hanteren van een gedragscode door de werkgever, neemt niet weg dat er situaties zijn dat het voor de werknemer duidelijk moet zijn dat bepaalde gedragingen niet kunnen worden geaccepteerd op basis van het goed werknemerschap. Dit kan indien er bijvoorbeeld een risico ontstaat op aantasting van de goede naam van de werkgever.¹⁶³

Verder kan worden gekeken naar de functie en/of de positie van de werknemer binnen de organisatie, deze kan een rol spelen bij het vaststellen van het toelaatbare. Zo kan sprake zijn van een vertrouwensfunctie of een voorbeeldfunctie, denk aan een advocaat of een docent. Bij een dergelijke functie zal een werkgever minder kunnen en hoeven te accepteren indien

¹⁵⁸ Roozendaal 2011, p. 280.

¹⁵⁹ Roozendaal 2011, p. 282.

¹⁶⁰ Roozendaal 2011, p. 281 en 282; *Kamerstukken II* 1993/94, 23 438, nr. 3 p. 15.

¹⁶¹ Roozendaal 2011, p. 283; HR 24 mei 1996, *NJ* 1996, 685 m.nt. Stein (*Van Zijl/Koppen*); HR 1 februari 2002, *NJ* 2002, 607 m.nt. Heerma van Voss (*Monte/Bank*).

¹⁶² Roozendaal 2011, p. 286; HR 25 maart 1994, *NJ* 1994/390 (*Ritico*), in dit arrest kwam de werkgever de onderzoeksplicht niet na, waardoor de beëindigingsovereenkomst vernietigbaar is.

¹⁶³ Rb. Ktr. Alkmaar 27 juni 2002, *JAR* 2002, 171.

de werknemer zich niet houdt aan de regels zoals opgesteld in een beding.¹⁶⁴ Zie paragraaf 3.3.1 en paragraaf 3.5.1 van deze scriptie.

Uit deze paragraaf kan worden geconcludeerd dat de privétisering van arbeidstijd middels een contract, of een geïncorporeerd beding, kan worden ingeperkt. Bij een beding kan de werknemer, in de individuele arbeidsovereenkomst, gebonden worden aan een door de werkgever vastgesteld reglement of andere collectieve regeling. De HR houdt vast aan het beginsel van gebondenheid aan het contract. Volgens de HR zal van misbruik van omstandigheden voornamelijk dan sprake zijn indien de werkgever wist of behoorde te weten dat de werknemer door bijzondere omstandigheden (zoals afhankelijkheid of onervarenheid) bewogen werd tot instemming met het beding.

Het mogelijk is dat een beding nietig wordt verklaard indien het in strijd is met een bepaalde (dwingende) rechtsregel (nietig wegens strijd met het stelsel van de wet), ter bescherming van de afhankelijke werknemer.

Als laatste wordt geconcludeerd dat indien een werknemer een (individuele) arbeidsovereenkomst afsluit met een werkgever waar een beding is bijgevoegd, inhoudende de beperking van privétisering van arbeidstijd, de HR bescherming biedt aan de werknemer. Deze bescherming bestaat uit een bijzondere toets betreffende de gebondenheid aan het beding in de arbeidsovereenkomst.

¹⁶⁴ Tempelman en Hagenaars 2012, p. 8; Rb. Ktr. Emmen 23 januari 2002, *JAR* 2002, 73; Rb. Ktr. Tilburg 4 april 2007, *JAR* 2007, 119, in deze uitspraak ging het om een docent die en voorbeeldfunctie heeft waarbij ook nog eens een gedragscode van werkgever werd overtreden.

Hoofdstuk 3. Social media bij de beëindiging van de arbeidsovereenkomst

Daar waar het recht van meningsuiting van een werknemer in botsing komt met de belangen van de werkgever, zal de rechter een belangenafweging moeten maken. De aard van de gedane uitlating zal hierbij een grote rol spelen. Is het doel van de werknemer, door gebruik te maken van zijn recht, om een misstand aan de orde te stellen of om het imago van de werkgever te schaden door het doen van beledigende uitlatingen? Wellicht is er van geen van beide sprake, maar is de uitlating bedoeld als uiting van frustratie of grap? Er kunnen zich gevallen voordoen waarin de werknemer niet opzettelijk de werkgever wilt schaden.

In dit hoofdstuk wordt ingegaan op de vraag betreffende de invloed van social media op de arbeidsovereenkomst. Hierbij wordt gekeken naar de invloed van social media bij de beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Er wordt beschreven onder welke omstandigheden het gebruik van social media, door een werknemer, kan leiden tot het beëindigen van de arbeidsovereenkomst.

De vraag die in deze paragraaf wordt beantwoord is: Onder welke omstandigheden kan het gebruik van social media, door de werknemer, leiden tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst?

In dit hoofdstuk wordt als eerste een onderscheid gemaakt tussen het besloten en het openbaar profiel op social media. Deze paragraaf wordt gevolgd door een paragraaf waarin de mogelijkheid tot kritiek op de bedrijfsvoering wordt besproken. In die paragraaf wordt gekeken naar het beledigen van de werkgever, een leidinggevende of een collega. Verder wordt in die paragraaf beschreven dat social media, zowel privé als zakelijk, steeds meer “verweven” geraken. In de daarop volgende paragraaf wordt de positie en de bescherming van de klokkenluider beschreven.

De paragraaf over de klokkenluider wordt gevolgd door een paragraaf waarin drie manieren worden behandeld waarop een arbeidsovereenkomst tot een einde kan komen. Hierbij gaat het om het ontslag op staande voet, de opzegging van de arbeidsovereenkomst via het UWV en de ontbinding van de arbeidsovereenkomst door de kantonrechter. Deze paragraaf wordt gevolgd door een paragraaf die de geheimhoudingsplicht van de werknemer behandelt, waarbij de relatie tot het goed werknemerschap wordt besproken.

Dit hoofdstuk wordt afgesloten met een paragraaf, waarin de hoofdlijnen uit de rechtspraak worden besproken. In die paragraaf wordt de rechtspraak besproken met betrekking tot de invloed van social media op de beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Hierbij wordt gekeken naar rechtspraak die betrekking heeft op het overtreden van een gedragscode, gesteld door de werkgever (door goksites of seksueel getinte websites te bezoeken). Verder wordt rechtspraak besproken over het schofferen en ondermijnen van het gezag van een werkgever door een interne discussie op intranet. Voorts wordt gekeken naar het (grovelijk) beledigen, negatief gedrag en discrimineren op Facebook. Dit onderwerp wordt gevolgd door rechtspraak over het gevaar van het publiceren van gegevens en berichten op social media; zoals het publiceren van hardlooptijden terwijl de werknemer in de ziektewet zit, of het plaatsen van een bericht op Twitter waarna een onderzoek naar diefstal wordt gestart.

Het hoofdstuk wordt afgesloten met een concluderende paragraaf over de hoofdlijnen die worden getrokken uit de rechtspraakparagraaf.

3.1 Het besloten en openbaar profiel

In deze paragraaf wordt het verschil tussen een besloten en een openbaar profiel op social media besproken. Dit wordt ook wel vergeleken met uitspraken doen in je eigen woonkamer of in een openbare ruimte.

Social media, beter bekend als sociale netwerksites, worden ook wel profielensites genoemd. Dit omdat de gebruiker op deze sites een profiel aanmaakt waarop men informatie over zichzelf

plaatst, dit alles in een gestructureerd formaat. De gebruiker kan uitnodigingen versturen naar andere gebruikers, waarbij na acceptatie van de uitnodiging, het eigen profiel wordt gekoppeld aan het profiel van die ander. Na deze koppeling tussen de twee profielen is men 'vrienden' geworden op Facebook, men doet 'connecten' op LinkedIn en 'volgen' op Twitter. Op deze manier leggen de gebruikers van social media contact met elkaar. Dit kan met mensen die men reeds kent, maar dit contact kan ook worden gelegd met mensen buiten het reeds bestaande sociale netwerk, dus met willekeurige personen. In Nederland zijn Facebook en Twitter populaire social media die worden gezien als relatie netwerken. LinkedIn wordt meer gezien als een professioneel social medium.¹⁶⁵

Social media is een online communicatie platform dat het voor een individu mogelijk maakt een netwerk te creëren of aan een netwerk deel te nemen. Enkele kenmerken van social media zijn dat gebruikers hun profiel verstrekken om contacten te genereren. Verder voorzien social media in de mogelijkheid om het profiel te personaliseren, door het toevoegen van allerlei bestanden zoals films, foto's, (internet)links, tekstbestanden etc. Nog een kenmerk van social media is de communicatiemogelijkheid via e-mail, een chat-sessie, privé berichten, een tijdlijnbericht, een elektronisch bulletinbord etc. Een ander belangrijk kenmerk van social media is de mogelijkheid om contacten in de eerste, tweede of derde graad toe te voegen. Hierbij wordt de vriendenkring verder gerealiseerd. Het belangrijkste kenmerk (voor het social medium zelf) is het voorzien van advertenties. Met deze advertenties is het voor de sociale netwerken mogelijk, een bestaansrecht op te bouwen door het genereren van inkomsten.

Wat is het kenmerk van een besloten of een openbaar profiel? Hierbij wordt gekeken naar de verwerking van de persoonsgegevens. Enerzijds zijn er profielen die slechts toegankelijk zijn voor contactpersonen die de gebruiker zelf heeft gekozen (het besloten profiel). Anderzijds zijn er profielen die ook toegankelijk zijn voor anderen dan slechts de zelf gekozen contactpersonen (het openbaar profiel). Het onderscheid tussen het besloten en het openbaar profiel wordt gemaakt door de mate van openbaarheid van de gedane uitlatingen binnen een besloten of een openbaar profiel. De grens tussen een besloten en een openbaar profiel kan worden vergeleken met het doen van uitlatingen in de eigen huiskamer en het doen van uitlatingen in een openbare ruimte. Indien het profiel zodanig wordt beheerd dat geen willekeurige derde persoon toegang kan verkrijgen tot informatie op dat profiel, wordt gesproken van 'de huiskamer'. De gebruiker van het profiel heeft de privacy instelling dusdanig ingesteld dat slechts zijn eigen 'vrienden' de door hem verstrekte informatie kunnen inzien. Zodra willekeurige derden toegang kunnen verkrijgen tot de gedeelde informatie op het profiel, wordt gesproken van 'de openbare ruimte'. De gebruiker van het profiel heeft geen privacy instellingen ingesteld (hij heeft alles voor iedereen openbaar gesteld). De mate van openbaarheid van het profiel bepaalt in dezen de grens tussen een openbaar (publiek) en een besloten profiel.¹⁶⁶ Het 'gevaar' van een openbaar profiel is dat iedereen, dus ook je werkgever, kan meelezen in de openbare berichten op jouw profielsite. Zo bleek in een procedure over ingehouden loon, wegens onterechte ziekmelding, dat de werkgever uit de openbare Hyvespagina van de werknemer had afgeleid dat er geen sprake meer was van waterpokken (en de zichtbare gevolgen daarvan).¹⁶⁷

Uit deze paragraaf kan worden geconcludeerd dat er enerzijds sprake is van een besloten profiel (vergelijkbaar met uitlatingen doen in je eigen huiskamer). Bij dit besloten profiel kiest de gebruiker zelf de toegankelijkheid en de contactpersonen. Anderzijds bestaat het openbaar profiel (dit is vergelijkbaar met uitlatingen doen in een openbare ruimte). Het openbaar profiel is toegankelijk voor iedereen, ook voor anderen dan de zelf gekozen contactpersonen.

¹⁶⁵ Lodder e.a. 2010, p. 17 en 21.

¹⁶⁶ Tempelman en Hagenaars 2012, p. 3 en 4; Lodder e.a. 2010, p. 100-109.

¹⁶⁷ Thole 2012, p. 7; Rb. Breda 4 april 2012, LJN BW1629.

3.2 Kritiek op de bedrijfsvoering

In deze paragraaf wordt de kritiek op de bedrijfsvoering behandeld. Hierbij gaat het om het recht van de vrijheid van meningsuiting van de werknemer, tegenover de belangen van de werkgever. Daarbij wordt de werknemer gebonden door de grenzen van het goed werknemerschap van art. 7:611 BW, waardoor het beledigen van de werkgever of medewerkers (collega's) niet is toegestaan. Verder wordt in deze paragraaf de klokkenluider behandeld. Hierbij gaat het om een werknemer die op de hoogte is van misstanden bij de werkgever, die van zodanige aard zijn dat ingrijpen geboden is. Dit ingrijpen dient de werknemer te doen door eerst de zaak intern te bespreken. Zodra dit geen effect heeft is het voor de werknemer toegestaan om de zaak extern (vaak tegen de wil van de werkgever) te bespreken.

Daar waar het recht van meningsuiting van een werknemer in botsing komt met de belangen van de werkgever, zal de rechter een belangenafweging maken. De aard van de gedane uitlating kan hierbij een grote rol spelen. Een dergelijke uitlating kan de werknemer doen via social media, waarbij het doel van de werknemer kan zijn om een misstand aan de orde te brengen (de zogenaamde klokkenluider, die verderop in deze paragraaf wordt beschreven). Een ander doel, met het doen van een beledigende uitlating, kan zijn om het imago van de werkgever te schaden. Daarnaast kan het doel zijn om zich kritisch uit te laten over de bedrijfsvoering van de werkgever.

Bij de kantonrechter te Eindhoven betrof het een werknemer die zich tijdens een interview, voor de radio, een paar keer kritisch had uitgelaten over de werkwijze van de werkgever. De kantonrechter wees het ontbindingsverzoek van de werkgever af.

Uit deze uitspraak bleek dat van een werknemer een zekere loyaliteit mag worden verwacht, in overeenstemming met het goed werknemerschap, bij de uitvoering van de arbeidsovereenkomst. In beginsel dient de werknemer zich te onthouden van gedragingen en uitlatingen die een werkgever kunnen schaden. Echter, een werknemer mag opkomen voor zijn eigen rechten en belangen. Dit kan tot gevolg hebben dat een werknemer zich kritisch mag uitlaten in de media (of op social media) over arbeidsrechtelijke besluiten van de werkgever.

Volgens de rechter was het ontbindingsverzoek niet gerechtvaardigd omdat het recht van de werknemer, om zich kritisch uit te laten, niet opzij kon worden gezet door een beroep op de contractuele geheimhoudingsplicht van de werknemer. Zeker omdat de werknemer actief lid was van FNV Bondgenoten en in dit geval de vakbondsleden (en andere werknemers), die zich voor het collectieve belang inzetten, het werk onmogelijk zou worden gemaakt.¹⁶⁸

Er is een vergelijkbare zaak bekend waarbij, in het Leidsch Dagblad, uitspraken waren gepubliceerd van een werknemer die daarin vertelde over de overgang van de onderneming en de daaruit voortvloeiende dreiging van ontslagen voor een aantal medewerkers. De kantonrechter kon zich voorstellen dat de uitlatingen als onprettig werden ervaren door de werkgever. Echter, de uitlatingen waren niet van een dusdanige orde dat de non-actiefstelling van de werknemer hiermee werd gerechtvaardigd. Uit deze uitspraak bij de kantonrechter te Utrecht kan worden geconcludeerd dat een werknemer in beginsel vrij is om te communiceren over niet-vertrouwelijke informatie, mits het belang van werkgever niet wordt geschaad. Hierbij mag de werknemer een kritische houding aannemen ten opzichte van het arbeidsrechtelijk besluit van de werkgever, maar de werknemer mag de werkgever niet onnodig en op basis van onjuiste gronden in diskrediet brengen. Volgens de rechter was verder van belang dat de werkgever de werknemer nooit eerder had aangesproken op zijn uitlatingen in de media, middels een (formele) waarschuwing, schorsing of berisping.¹⁶⁹

¹⁶⁸ Rb. Ktr. Eindhoven 5 maart 2004, JAR 2004, 103.

¹⁶⁹ Rb. Ktr. Utrecht 31 mei 2010, JAR 2010, 155 (Roest/Albron).

Het is duidelijk dat werknemers kritiek mogen hebben op het door de werkgever gevoerde beleid. Volgens de kantonrechter te Haarlem dient de werkgever de kritiek van de werknemers, op het door hem gevoerde beleid te dulden maar hoeft de werkgever niet alles te accepteren. Uit deze uitspraak kan worden geconcludeerd dat indien de werknemer zich onnodig grievend heeft uitgelaten, waarna de werknemer de uitlatingen niet heeft terug genomen of een onverzoenlijke opstelling heeft gekozen, de werkgever dit niet hoeft te accepteren.¹⁷⁰ Indien het een zakelijk geschil over de verandering in de bedrijfsvoering betreft, dient de werkgever de kritiek eerder en meer te dulden. Dit geldt zeker indien de werkgever zijn werknemers heeft uitgenodigd om op een forum (online op intranet), een interne discussie te voeren over de bedrijfsvoering van de onderneming.¹⁷¹ Hierbij vraagt de werkgever om de mening van de werknemers, waarbij de werkgever (enige) kritiek dient te dulden. Zie paragraaf 3.5.3 van deze scriptie.

De wijze waarop kritiek wordt geleverd door een werknemer blijft in de praktijk zelden (puur) zakelijk. Een werknemer kan, door de wijze van het leveren van kritiek, verwijtbaar handelen, althans in strijd handelen met art. 7:611 BW (het goed werknemerschap). Dit kan leiden tot een vertrouwensbreuk tussen de werkgever en de werknemer waarbij een goede voortzetting van de arbeidsovereenkomst niet meer mogelijk is. Dit heeft tot gevolg dat er een einde kan komen aan de arbeidsovereenkomst middels een ontslag op staande voet (ultimum remedium), de opzegging bij het UWV (dit is een minder realistische mogelijkheid) of ontbinding bij de kantonrechter. Indien een werknemer kritiek levert op de raad van bestuur van de onderneming, middels een open brief, zonder deze kritiek eerst intern te bespreken, heeft de werknemer de vertrouwensbreuk aan zichzelf te wijten. Het gevolg hiervan is dat de werknemer geen toekenning van enige vergoeding toekomt.¹⁷²

3.2.1. Belediging

Een werknemer heeft op de werkvloer en daarbuiten (op social media) de vrijheid van meningsuiting. Deze vrijheid wordt onder meer beperkt door de gezagsverhouding tussen de werkgever en de werknemer, die volgt uit de arbeidsovereenkomst. Bovendien dient de werknemer zich te gedragen als een 'goed' werknemer, volgens art. 7:611 BW. Daardoor wordt het beledigen van de werkgever of collega's niet geaccepteerd. Het beledigen van de werkgever of collega's kan een dringende reden voor een ontslag op staande voet opleveren, zie art. 7: 678 lid 2 sub e BW jo. art. 7:677 BW. Het lastige voor een rechter in een dergelijke situatie is dat het vaak gaat om het woord van de een tegen het woord van de ander. Daarbij hoeven getuigenverklaringen niet per se betrouwbaar te zijn, gezien de afhankelijkheidssituatie waarin sommige getuigen zich bevinden. Denk maar eens aan de getuigenverklaring van een andere werknemer, afgegeven op aandringen van de werkgever (waarvan die werknemer economisch afhankelijk is). De rechter wordt dan geconfronteerd met twee tegengestelde verhalen waarvan hij de ware toedracht niet kan achterhalen. Wie het gelijk aan zijn zijde heeft is vaak, gelet op de beschikbare verklaringen, niet duidelijk.¹⁷³ Een ding dat wel vast staat is dat de werkrelatie tussen de werkgever en de werknemer verstoord is. De rechter zal dan meestal overgaan tot het ontbinden van de arbeidsovereenkomst, wegens gewichtige redenen (verandering van omstandigheden), zie art. 7:685 BW. Verhulp schrijft hierover dat beledigende uitlatingen een werknemer meestal niet al te zwaar worden aangerekend. De uitlatingen van een werknemer dienen te worden gezien als 'zodanig' en 'op zichzelf staand' die vaak geen ontslag op staande voet doen rechtvaardigen.¹⁷⁴

¹⁷⁰ Rb. Ktr. Haarlem 10 februari 1998, *Prg.* 1998, 4971; Rb. Ktr. Enschede 12 mei 2011, *Prg.* 2011, 162.

¹⁷¹ Laagland 2013, art. 7:611 BW aant. 6.3 p. 3; Rb. Vزر. Leeuwarden 6 april 2011, *RAR* 2011, 93; Rb. Ktr. Utrecht 31 mei 2010, *JAR* 2010, 155 (*Roest/Albron*).

¹⁷² Rb. Ktr. Maastricht 8 juli 2004, *JAR* 2004, 214.

¹⁷³ Rb. Ktr. Amsterdam 30 september 2011, *RAR* 2012, 7.

¹⁷⁴ Verhulp 1996, p. 132 en 133.

Een werknemer die zijn mening geeft over de werkgever, leidinggevende of collega dient daarbij de fatsoensnormen niet te overschrijden. Een werknemer die zijn werkgever, in een direct fysiek gesprek (face to face), uitmaakt voor bijvoorbeeld 'racist' of nog erger voor 'fucking hoer' overtreedt de fatsoensnormen, hij overschrijdt de grenzen van het acceptabele en kan rekenen op een terecht ontslag op staande voet.¹⁷⁵

De werknemer die via social media uitlatingen doet over zijn werkgever en/of leidinggevende, waarbij hij op Facebook berichten plaatst als 'hoerenbedrijf', 'kankerstreken', 'hoerenstumperd' en 'kankerhomo's' kan geen beroep doen op de vrijheid van meningsuiting. Ook via de weg van social media worden op zo'n moment fatsoensnormen geschonden. Uit rechtspraak van de kantonrechter te Arnhem kan worden geconcludeerd dat de vrijheid van meningsuiting wordt begrensd door de beginselen van zorgvuldigheid die de werknemer jegens de werkgever in acht dient te nemen. Volgens de rechter waren deze uitlatingen een grove belediging. Het feit dat de berichten inmiddels, door de werknemer, waren verwijderd, deed aan de verwijtbaarheid van het gedrag ook niets af. Dit gedrag (deze uitlatingen), waarvan de werknemer zich diende te onthouden en het feit dat de werknemer al eens eerder was gewaarschuwd, leverde een dringende reden voor ontslag op. De werknemer had de grenzen van het acceptabele ruimschoots overschreden.¹⁷⁶ Door het EHRM wordt onderscheid gemaakt tussen mondelinge en schriftelijke uitlatingen. Mondelinge uitlatingen zijn vaak spontaan (denk aan een radio-uitzending waarbij een werknemer wordt geïnterviewd). Hierbij kan de werknemer zich beroepen op de vrijheid van meningsuiting, terwijl het op schrift stellen van informatie of kritiek een weloverwogen besluit veronderstelt. Hierbij kan de werknemer zich niet/minder snel op de vrijheid van meningsuiting beroepen. Dus het plaatsen van bedrijfsgeheimen of het bedreigen van de leidinggevende op social media, is een op schrift gesteld weloverwogen besluit.¹⁷⁷

Daarentegen, een werknemer die een goede reden heeft om zijn werkgever, via social media, uit te maken voor 'dief' omdat de werkgever de gemaakte afspraken ten aanzien van de hoogte van het loon, een verhoging van het loon, onkostenvergoeding of andere kosten niet nakomt, staat bij een rechter wel sterker om zijn ontslag (op staande voet) aan te vechten. Uit rechtspraak van het hof te 's-Hertogenbosch kan worden geconcludeerd dat een uitlating, in het licht van de omstandigheden, niet zo ernstig hoeft te zijn dat het (per definitie) een dringende reden voor een ontslag op staande voet oplevert. Volgens het hof was de werknemer getergd wegens het onthouden van hetgeen hem was toegezegd voor zijn extra inzet. Dat de werknemer de houding van de werkgever had aangeduid als diefstal en de directeur had aangemerkt als dief, was in het licht van de omstandigheden niet dusdanig ernstig dat dit een dringende reden voor een ontslag op staande voet vormde. Het onthouden van hetgeen hem was toegezegd was volstrekt onrechtvaardig. Een dergelijk kwetsend taalgebruik zoals dat door de werknemer was gebruikt, zal in het algemeen de arbeidsverhouding (mogelijk) ernstig verstoren.¹⁷⁸

¹⁷⁵ Rb. Ktr. Amsterdam 30 september 2011, *RAR* 2012, 7; Rb. Ktr. Enschede 12 mei 2011, *Prg.* 2011, 162; Rb. Ktr. Arnhem 19 maart 2012, *JAR* 2012, 97.

¹⁷⁶ Rb. Ktr. Arnhem 19 maart 2012, *Prg.* 2012, 125.

¹⁷⁷ Laagland 2013, art. 7:611 BW aant. 6.3 p. 3; EHRM 14 maart 2002, *JAR* 2002, 137 m.nt. Vegter (*Diego Nafria/Spanje*); EHRM 29 februari 2000, *NJ* 2001, 73 m.nt. Dommerig (*Fuentes Bobo/Spanje*); EHRM 12 september 2011, *JAR* 2011, 280 m.nt. De Laat (*Palomo Sanchez e.a./Spanje*).

¹⁷⁸ Hof 's-Hertogenbosch 29 mei 2007, *RAR* 2008, 88.

3.2.2. Social media privé en zakelijk

Social media wordt tegenwoordig zowel privé als zakelijk gebruikt. De wijze van het gebruik van social media speelt een belangrijke rol in de arbeidsrelatie en is steeds meer een punt van discussie tussen de werknemer en de werkgever. Daar waar in social media uitlatingen worden gedaan met een privé of zakelijk karakter, bevindt zich een schemergebied in het arbeidsrecht tussen toelaatbaar gedrag en het moment waarop de grens van het toelaatbare wordt overschreden. Indien de grens van het toelaatbare wordt overschreden kan er sprake zijn van schade aan de belangen van de werkgever. Daarnaast kan het zo zijn dat het 'vrienden worden', 'volgen' of 'connecten' met een (zakelijke) relatie van de werkgever kan leiden tot schending van een overeengekomen relatie- en/of concurrentiebeding. Privé uitlatingen mogen, in beginsel, geen rol spelen in de arbeidsrechtelijke relatie tussen de werkgever en de werknemer. Dit omdat deze privé uitlatingen onder het recht op privacy van de werknemer vallen. Maar wanneer is er nog sprake van een privé uitlating en wanneer krijgt deze uitlating een zakelijk karakter? Hierover heeft de voorzieningenrechter te Maastricht op 8 februari 2012 uitspraak gedaan, zie paragraaf 4.3.6 van deze scriptie.¹⁷⁹ In deze zaak ging het om een dansleraar die na 5 jaar dienstverband ontslag nam om een eigen dansstudio te openen. De ex-werkgever vorderde nakoming van het overeengekomen relatie- en concurrentiebeding. Dit hield in dat de dansleraar geen les mocht geven in de gemeente, genoemd in het concurrentiebeding, en dat de dansleraar geen contact mocht hebben (onderhouden) met voormalige leden en leerlingen van de dansschool van de ex-werkgever. Volgens de voorzieningenrechter waren de conversaties via social media, zoals Hyves, Twitter en Facebook, te beschouwen als conversaties in de privésfeer, waarmee ze onder het grondrecht van de vrijheid van meningsuiting vielen. Tenzij uit het karakter van de conversaties, duidelijk en ondubbelzinnig, voor eenieder bleek dat deze een zakelijk karakter hadden. Volgens de rechter leidde het hebben van contact via social media, niet direct tot schending van het relatiebeding.

De werkgever heeft de mogelijkheid om via een social mediacode (gedragscode) het gedrag van werknemers te reguleren. Deze regulering kan plaatsvinden middels het instructierecht van de werkgever volgens art. 7:660 BW, zie paragraaf 2.8 van deze scriptie (het instructierecht van de werkgever). In een gedragscode kan worden opgenomen dat de werknemers geen (negatieve) uitlatingen mogen doen over het bedrijf, over (met naam en toenaam genoemde) leidinggevenden, collega's of het product. In deze social mediacode kan de werkgever ook regels stellen onder welke omstandigheden en onder welke voorwaarden een werknemer wel via social media, over het bedrijf of het product, naar buiten mag treden. Dit kan bijvoorbeeld als de werknemer vermeldt dat dit 'op persoonlijke titel' gebeurt en men geen geheime of gevoelige informatie via social media bespreekt. Eveneens kan in de social mediacode worden opgenomen dat geen rechten (lees: intellectuele eigendomsrechten) van derden mogen worden geschonden. Daarnaast kan van de werknemer worden verwacht dat als hij bedrijfsgerelateerde of zakelijke informatie op social media plaatst, dat deze informatie feitelijk correct is. Het vermelden van onjuiste of misleidende informatie op social media is onrechtmatig en onzorgvuldig jegens de werkgever, zoals bijvoorbeeld op een LinkedIn profiel ten onrechte stellen dat men advocaat is.¹⁸⁰

Een zeer veel gebruikt social medium is Facebook. Volgens de kantonrechter te Arnhem is Facebook slechts in beperkte mate privédomein.¹⁸¹ Dit omdat berichten op Facebook kunnen worden gedeeld met anderen (dan alleen met de vrienden), waarna ook anderen dan jouw eigen vrienden het bericht kunnen zien. Het privé-karakter van Facebook is betrekkelijk, zo ook het begrip 'vrienden'. Facebook is openbaar en dus 'publiekelijk'. Dit brengt met zich mee dat een beledigende uitlating over de werkgever of een collega, via Facebook, tot ontslag van de werknemer kan leiden. Dit is mede afhankelijk van het gegeven of de desbetreffende

¹⁷⁹ Rb. Vrz. Maastricht 8 februari 2012, LJN BV3122; Thole en Engelfriet 2012, p. 11.

¹⁸⁰ Thole 2012, p. 6; Hof 's-Hertogenbosch 4 januari 2011, JAR 2011, 72.

¹⁸¹ Rb. Ktr. Arnhem 19 maart 2012, JAR 2012, 97.

werknemer al eens is gewaarschuwd voor zijn gedrag. Een beroep op de vrijheid van meningsuiting heeft geen nut, de werknemer heeft uit art. 7:611 BW de voortvloeiende verplichting zich als een goed werknemer te gedragen. Ook het feit dat de leidinggevende (of een ander persoon die door de werknemer is beledigd) zijn excuses heeft geaccepteerd, staat niet in de weg aan het feit dat er sprake is van een dringende reden tot een ontslag op staande voet.

Het gedrag van een werknemer op social media is niet volledig te typeren als privé, waardoor er gevolgen kunnen ontstaan voor een werknemer in relatie tot de werkgever. Werknemers hebben geen onbegrensde vrijheid om zich via social media te uiten. Indien de werkgever de uitlatingen van de werknemer, via social media, binnen het arbeidsrecht wilt normeren, kan de werkgever daar verschillende juridische mogelijkheden voor aanwenden. Zo is bovenstaand in paragraaf 2.8 de mogelijkheid van de gezagsbevoegdheid van werkgever via het instructierecht besproken en in paragraaf 2.9 is de mogelijkheid van beperkingen in de arbeidsovereenkomst bedingen (het incorporatiebeding) aan de orde geweest.

3.2.3. De klokkenluider

Tussen de vrijheid van meningsuiting en de plichten die voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst staat de positie van de werknemer die op de hoogte is van misstanden bij de werkgever, die van zodanige aard zijn dat ingrijpen geboden is. Daarbij is de werknemer zelf niet in de positie om de misstand te beëindigen.¹⁸² Al enige tijd is bij de Tweede Kamer een initiatiefwetsvoorstel aanhangig (beter bekend als het Wetsvoorstel Huis voor klokkenluiders) onder welke omstandigheden een klokkenluider arbeidsrechtelijke bescherming dient te krijgen.¹⁸³ Deze wet beoogt te regelen dat de Nationale ombudsman de taak van “het Huis” voor klokkenluiders krijgt toegewezen, waar de klokkenluiders zich met misstanden kunnen melden.

Nauw verwant aan deze klokkenluidersbescherming, zoals wordt geconcludeerd uit een arrest van de HR, is de regeling van het goed werknemerschap (art. 7:611 BW).¹⁸⁴ De in dit artikel neergelegde verplichting brengt met zich mee dat de werknemer tegenover zijn werkgever is gehouden tot discretie en loyaliteit, ook indien de werknemer van mening is dat er binnen de organisatie sprake is van een misstand die in het algemeen belang dient te worden bestreden. Indien de werknemer informatie ter beschikking heeft gesteld aan derden ter bestrijding van de gestelde misstand, terwijl andere (voor de werkgever) minder schadelijke wegen open stonden, heeft de werknemer gehandeld in strijd met het goed werknemerschap. Tenzij de handelwijze van de werknemer strookt met de interne regelgeving van de werkgever, waarin staat dat het belang van de organisatie in dergelijke gevallen ondergeschikt mag worden gemaakt aan het belang van de cliënt. Daardoor wordt de gedraging van de werknemer, ter bescherming van het belang van de cliënt, gerechtvaardigd daar waar dat gedrag normaal gesproken ongeoorloofd zou zijn. Verder kan uit dit arrest van de HR worden geconcludeerd dat indien de gestelde misstand verband houdt met directieleden (van de werkgever), dat een interne melding (die in eerste instantie verplicht is) weinig effect heeft.

De Hoge Raad liet zich voor het eerst uit over een klokkenluider in het arrest Meijer/De Schelde.¹⁸⁵ In deze zaak ging het om een werknemer, tevens OR lid, die kritisch was over de wijze waarop de werkgever omging met de overheidssubsidie. De werknemer liet zijn kritische noot in een krant publiceren en werd op staande voet ontslagen. Dit ontslag werd volgens de HR terecht gegeven. Uit dit arrest kan worden geconcludeerd dat het verzenden en in de publiciteit brengen van een brief, het ontslag op staande voet rechtvaardigt (dan wel de

¹⁸² Laagland 2013, art. 7:611 BW aant. 6.3, p. 1.

¹⁸³ Benner 2013, p. 1; *Kamerstukken II* 2003/04, 28 990, nr. 5; *Kamerstukken II* 2012/13, 33 258 nr. 6.

¹⁸⁴ Benner 2013, p. 1; HR 26 oktober 2012, *RAR* 2013, 14, *NJ* 2013, 220 m.nt. Verhulp, *JAR* 2012, 113, m.nt. de Laat (*Quirijns/Theodoor Gillissen Bankiers*).

¹⁸⁵ Laagland 2013, art. 7:611 BW aant. 6.3, p. 1 en 2; HR 20 april 1990, *NJ* 1990, 702 m.nt. P.A. Stein (*Meijer/De Schelde*).

ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens wanprestatie). De opvatting dat de vrijheid van meningsuiting van de werknemer slechts wordt begrensd door de verplichtingen jegens de werkgever tot geheimhouding (middels een geheimhoudingsbeding) van vertrouwelijke informatie is niet correct. Een werknemer is op grond van zijn arbeidsovereenkomst tot meer discretie gehouden dan alleen op grond van een (specifiek) afgesproken geheimhoudingsplicht. Hierbij weegt de vrijheid van meningsuiting niet zwaarder dan de plicht tot geheimhouding (op grond van de arbeidsovereenkomst).¹⁸⁶

Volgens de kantonrechter te Alkmaar geniet een klokkenluider arbeidsrechtelijke bescherming indien er sprake is van grove schending van wet- of regelgeving, met een systematisch of terugkerend karakter of met ernstige gevolgen. Verder dient er sprake te zijn van het te goeder trouw aan de orde stellen van misstanden en van het op een juiste wijze aanhangig maken van die misstanden. Daarbij dient de werknemer eerst intern te klagen, waarna een gang naar een externe bevoegde autoriteit, via (social) media, een actiegroep of iets dergelijks is geoorloofd.¹⁸⁷

Indien de werknemer aanspraak wilt maken op de klokkenluidersbescherming dan dient hij zorgvuldig te werk te zijn gegaan. Hierbij dient te worden gekeken of het gaat om een zodanige misstand dat dit, in het algemeen belang, noodzakelijk is om het openbaar te maken. De geopenbaarde informatie moet een breder maatschappelijk belang raken dan enkel dat van de werknemer(s) van de onderneming. Pas dan kan worden gesproken van een klokkenluider.¹⁸⁸ Deze noodzakelijkheid wordt afgezet tegen de mogelijke schade aan de zijde van de werkgever. Indien de werknemer aan de werkgever opzettelijk schade wilt toebrengen, is de werkgever gerechtigd om een ontslag op staande voet te geven, indien alle omstandigheden van het geval in aanmerking genomen, van de werkgever in redelijkheid niet kan worden verwacht de arbeidsovereenkomst te laten voortduren.¹⁸⁹ Tevens is het van belang of de werknemer de zaak eerst intern aanhangig heeft gemaakt. Uit rechtspraak van het EHRM kan worden geconcludeerd dat het intern melden van een misstand als hoofdregel geldt terwijl het extern melden wordt gezien als uitzondering en uiterste middel (ultimum remedium).¹⁹⁰ Indien de werknemer de route van de interne procedure niet heeft gevolgd, betekent dit dat het ontslag op staande voet terecht is gegeven.¹⁹¹ Indien de handelwijze van de werknemer strookt met de interne regels binnen het bedrijf, die inhouden dat van de werknemer wordt verwacht dat hij het belang van de organisatie (de werkgever) onderhevig en ondergeschikt maakt aan het belang van een cliënt, dan valt de werknemer geen verwijt te maken. In deze zaak bij de HR betrof het de gedraging van een werknemer (die werd aangemerkt als klokkenluider), die conform de interne regels van de organisatie had gehandeld, waardoor hij met de misstanden, extern, naar buiten was getreden. Indien dit extern naar buiten treden heeft plaatsgevonden ter bescherming van het belang van de cliënt, wordt dit als gerechtvaardigd beschouwd.¹⁹²

In het geval van een klokkenluider, waarbij beide partijen het er over eens zijn dat een goede voortzetting van de arbeidsovereenkomst niet meer mogelijk is, kan deze door de kantonrechter worden ontbonden. Indien de klokkenluider correct heeft gehandeld en hem

¹⁸⁶ Kip en Klinckhamers 2008, p. 3.

¹⁸⁷ Rb. Ktr. Alkmaar 1 juli 2002, *JAR* 2002, 157.

¹⁸⁸ Laagland 2013, art. 7:611 BW aant. 6.3, p. 3; Rb. Ktr. Amsterdam 4 december 2001, *JAR* 2002, 35.

¹⁸⁹ Rb. Ktr. Amersfoort 27 december 2006, *JAR* 2007, 74.

¹⁹⁰ Benner 2013, p. 2; Laagland 2013, art. 7:611 BW aant. 6.3, p. 3; EHRM 21 juli 2011, *NJ* 2012, 282 m.nt. Dommering (*Heinisch/Duitsland*).

¹⁹¹ Rb. Alkmaar 28 februari 2002, *JAR* 2002, 61; Rb. Amsterdam 21 januari 2010, *JAR* 2010, 66; Rb. Ktr. Amersfoort 27 december 2006, *JAR* 2007, 74.

¹⁹² HR 26 oktober 2012, *RAR* 2013, 14, *NJ* 2013, 220 m.nt. Verhulp, *JAR* 2012, 113, m.nt. de Laat (*Quirijns/Theodoor Gillissen Bankiers*); Rb. Amsterdam 9 juli 2003, *JAR* 2003, 191; Rb. Ktr. Amsterdam 21 januari 2010, *JAR* 2010, 66; Rb. Ktr. Maastricht 8 juli 2004, *JAR* 2004, 214; Rb. Rotterdam 8 juni 2010, *LJN* BN0796.

geen verwijt kan worden gemaakt (waardoor de klokkenluider arbeidsrechtelijke bescherming geniet) wordt aan hem een vergoeding toegekend.¹⁹³

Zodra de werknemer heeft geprobeerd om de zaak intern aan te kaarten en op te lossen, waarbij hij de minst schadelijke weg voor de werkgever volgt, dan heeft de werknemer voldaan aan voornoemde zorgvuldigheidscriteria. De werknemer heeft een juiste afweging gemaakt in het conflict van plichten. Verder dient gekeken te worden naar de authenticiteit van de geopenbaarde informatie; de werknemer dient, voor zover mogelijk, te verifiëren of de informatie juist en betrouwbaar is. Er dient gekeken te worden naar het motief van de werknemer; gaat het om persoonlijke wrok of om eigenbelang, dan staat dit een bescherming van de werknemer in de weg. Tevens dient het nadeel dat werkgever ondervindt door de openbaarmaking te worden afgewogen tegen het te dienen openbaar belang.¹⁹⁴

Uit deze paragraaf kan worden geconcludeerd dat van een werknemer loyaliteit mag worden verwacht in de richting van zijn werkgever, op basis van art. 7:611 BW (het goed werknemerschap). De werknemer dient zich (in beginsel) te onthouden van gedragingen en uitlatingen die de werkgever schade kunnen toebrengen. Maar een werknemer mag opkomen voor zijn eigen rechten en belangen door zich kritisch uit te laten in/op (social) media over arbeidsrechtelijke besluiten van de werkgever. De werknemer is (in beginsel) vrij om te communiceren over niet-vertrouwelijke informatie zonder dat hij daarbij het belang aan de zijde van de werkgever schaadt door deze onnodig of op onjuiste gronden in diskrediet te brengen. Zodra de werknemer zich toch onnodig grievend heeft uitgelaten hoeft de werkgever dit niet te accepteren, hetgeen kan leiden tot een vertrouwensbreuk waarbij een goede voortzetting van de arbeidsovereenkomst niet meer mogelijk is. Kritiek van de werknemer op een zakelijk geschil of over de verandering in de bedrijfsvoering dient de werkgever eerder en meer te dulden. De vrijheid van meningsuiting van de werknemer wordt begrensd door de beginselen van zorgvuldigheid jegens de werkgever. Indien een werknemer de grenzen van het acceptabele ruimschoots heeft overtreden, waarbij de werknemer al een (formele) waarschuwing heeft mogen ontvangen, kan dit een dringende reden zijn voor een ontslag op staande voet (ultimum remedium). Het aanbieden van een excuus of het verwijderen van de berichten op social media doen aan de verwijtbaarheid van het gedrag niets af. Een ontslag op staande voet is niet van toepassing indien de werknemer kwetsende taal gebruikt jegens zijn werkgever omdat hem een salarisverhoging en/of emolumenten zijn onthouden die hem waren toegezegd. Dit omdat het kwetsend taalgebruik in het licht van de omstandigheden dient te worden gezien. Verder dient er onderscheid te worden gemaakt tussen mondelinge en schriftelijke uitlatingen. Mondelinge uitlatingen zijn vaak spontaan, waarbij een beroep op de vrijheid van meningsuiting eerder kan worden gedaan. Schriftelijke uitlatingen duiden op een weloverwogen besluit, waarbij de werknemer zich niet/minder snel op de vrijheid van meningsuiting kan beroepen.

Verder kan uit deze paragraaf worden geconcludeerd dat conversaties via social media, zoals Hyves, Twitter en Facebook dienen te worden beschouwd als geuit in de privésfeer, waarmee deze eerder vallen onder het grondrecht van de vrijheid van meningsuiting, tenzij uit het karakter van deze conversaties, duidelijk en ondubbelzinnig, voor eenieder een zakelijk karakter blijkt. Het social medium Facebook is slechts in beperkte mate privédomein. Dit omdat de geplaatste berichten op Facebook, door jouw vrienden op hun beurt kunnen worden gedeeld, waarna ook andere mensen (die niet tot jouw vrienden behoren) het bericht kunnen zien.

Als laatste kan uit deze paragraaf worden geconcludeerd dat een klokkenluider arbeidsrechtelijke bescherming geniet indien er sprake is van een grove schending van wet- of regelgeving en dit een systematisch of terugkerend karakter heeft of ernstige gevolgen kan hebben. Hierbij dient te worden bezien of het om een zodanige misstand gaat dat dit, in het algemeen belang, noodzakelijk is om openbaar te maken.

¹⁹³ Rb. Ktr. Maastricht 8 juli 2004, *JAR* 2004, 214.

¹⁹⁴ Laagland 2013, art. 7:611 BW aant. 6.3, p. 3.

Verder dient de misstand te goeder trouw aan de orde te worden gesteld en op een juiste wijze aanhangig te worden gemaakt. Dit houdt in; eerst intern aankaarten, dat is de hoofdregel. Deze hoofdregel wordt gevolgd door de gang naar een extern bevoegde autoriteit, dat is het ultimum remedium.

3.3 Het einde van de arbeidsovereenkomst

In deze paragraaf worden drie van de vijf manieren behandeld waarop een arbeidsovereenkomst kan eindigen. Hierbij wordt gekeken naar het ontslag op staande voet, de opzegging via het UWV en de ontbinding bij de kantonrechter.

Er zijn vijf manieren waarop een arbeidsovereenkomst kan eindigen, dit kan namelijk door (i) het einde van de arbeidsovereenkomst van rechtswege of door (ii) het einde van de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden tussen de werkgever en de werknemer. Maar een arbeidsovereenkomst kan ook eindigen door (iii) het ontslag op staande voet wegens een dringende reden, (iv) opzegging door de werkgever via de UWV procedure of (v) ontbinding van de arbeidsovereenkomst door de (kanton)rechter.¹⁹⁵

Bij een arbeidsovereenkomst die van rechtswege eindigt is geen handeling van de werkgever of de werknemer nodig, de overeenkomst eindigt vanzelf. Hiervan is sprake zodra een ontbindende voorwaarde wordt vervuld of een bepaalde tijd (afgesproken in de arbeidsovereenkomst) afloopt, zie art. 7:667 BW.¹⁹⁶ Verder eindigt een arbeidsovereenkomst van rechtswege indien de werknemer overlijdt, art. 7:674 BW.¹⁹⁷

Bij het einde van de arbeidsovereenkomst, met wederzijds goedvinden, komen de werkgever en de werknemer overeen dat de arbeidsovereenkomst moet eindigen. Het gaat om een aanbod, gevolgd door aanvaarding, volgens art. 6:217 BW. Beide partijen hebben daar hun motieven voor waarbij vaak een ontslagvergoeding (de gouden handdruk) wordt vastgesteld in de vaststellingsovereenkomst, zie art. 7:900 BW. Dit doen zij vaak om een onzekerheid of een geschil te beëindigen of te voorkomen.¹⁹⁸

Bij het ontslag op staande voet, de opzegging (via het UWV) of de ontbinding van de arbeidsovereenkomst (bij de kantonrechter) is sprake van één partij (vaak de werkgever) die, (vaak) tegen de zin van de andere partij, de arbeidsovereenkomst wilt laten eindigen. Bij de opzegging en de ontbinding van de arbeidsovereenkomst dient een onafhankelijke derde het ontslag te beoordelen. Bij de opzegging, verder beschreven in par 3.3.2, oordeelt het UWV over de opzegging, bij de ontbinding, verder beschreven in par 3.3.3, buigt de kantonrechter zich over de zaak.¹⁹⁹

¹⁹⁵ Er is sprake van een wetsvoorstel tot wijziging van het ontslagrecht waarbij de keuze tussen het UWV en de kantonrechter wordt beperkt, er ontstaat recht op een verplichte transitievergoeding, die is afhankelijk van de duur van het dienstverband, daaraan zit een maximum gekoppeld en er komt een mogelijkheid tot hoger beroep tegen de ontbinding. Zie 'Hoofdpijnennotitie aanpassing ontslagrecht en WW' te raadplegen via www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/ontslag/documenten-en-publicaties/notas/2012/06/18/hoofdpijnennotitie-aanpassing-ontslagrecht-en-ww.html en www.mt.nl/547/83148/arbeidsrecht/het-nieuwe-ontslagrecht-de-6-belangrijkste-wijzigingen.html, geraadpleegd op 5 mei 2014.

¹⁹⁶ Van Drongelen e.a. 2009, p. 39; Nieuwenhuis e.a. 2001, p. 3744.

¹⁹⁷ Beltzer e.a. 2003, p. 11; Van Drongelen e.a. 2009, p. 46; Nieuwenhuis e.a. 2011, p. 3764.

¹⁹⁸ Beltzer e.a. 2003, p. 11 en 15; Van Drongelen e.a. 2009, p. 36; Nieuwenhuis e.a. 2011, p. 3877.

¹⁹⁹ Beltzer e.a. 2003, p. 11.

3.3.1. Ontslag op staande voet

Het ontslag op staande voet is een zwaar middel dat de werkgever kan inzetten (een ultimum remedium), waarbij de arbeidsovereenkomst met onmiddellijke ingang eindigt. Volgens art. 7:677 BW is 'ieder der partijen bevoegd de arbeidsovereenkomst onverwijld op te zeggen wegens een dringende reden'.²⁰⁰

Art. 7:678 lid 2 BW bevat een aantal voorbeelden die een dringende reden voor een ontslag op staande voet kunnen opleveren. Denk hierbij aan werkweigering, dronkenschap en diefstal.²⁰¹ Voor dit onderzoek is art. 7:678 lid 2 sub e BW van belang, waarbij sprake is van een dringende reden indien de werknemer de werkgever, diens familieleden of huisgenoten, of zijn medewerkers (collega's) mishandelt, grovelijk beledigt of op ernstige wijze bedreigt. Vooral het grovelijk beledigen of op ernstige wijze bedreigen is tegenwoordig (mede) mogelijk door het gebruik van social media. Termen als 'dief', 'leugenaar' en 'bedrieger' en nog ernstigere vormen van grove beledigingen rechtvaardigen een ontslag op staande voet. Termen als 'ben je belazerd', 'ouwehoer', 'gezeik' of 'lig niet te zeiken' kunnen afhankelijk van de omstandigheden van het geval een dringende reden opleveren.²⁰²

Een andere dringende reden die een ontslag op staande voet kan opleveren, dat voor dit onderzoek van belang is, is te vinden in art. 7:678 lid 2 sub i BW. Hierbij gaat het om de werknemer die bijzonderheden over de huishouding of het bedrijf, die hij geheim behoort te houden, bekend maakt. Het gaat hierbij om het schenden van de geheimhoudingsverplichting. Deze schending kan ook plaatsvinden via social media door het plaatsen van een bericht, een foto of een ander document.²⁰³ Voor een verdere beschrijving van de geheimhoudingsverplichting verwijs ik naar paragraaf 3.4 van deze scriptie.

Bij het ontslag op staande voet wegens een dringende reden is de werkgever verplicht deze dringende reden direct mede te delen aan de werknemer, zie art. 7:677 BW 'onder gelijktijdige mededeling'. De werknemer heeft het recht om te weten waarom hij met onmiddellijke ingang wordt ontslagen. Volgens de HR dient het voor de werknemer 'volkomen duidelijk' te zijn.²⁰⁴ Volgens de HR heeft de mededeling van de dringende reden een processueel doel. De wederpartij moet zich over de mededeling van de opgegeven dringende reden kunnen beraden of hij dit als juist en dringend ervaart.²⁰⁵

Eerdere gedragingen van de werknemer, die niet zijn medegedeeld aan de werknemer, kunnen volgens de HR toch bijdragen aan de dringende reden tot ontslag.²⁰⁶

De beëindiging van de arbeidsovereenkomst wegens een dringende reden dient direct in te gaan, er moet sprake zijn van onverwijld opzegging, zie art. 7:677 lid 1 BW. De eis van onverwijldheid uit dit artikel wordt in art. 7:678 lid 1 BW verklaard doordat van de werkgever redelijkerwijze niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren.²⁰⁷ Indien het ontslag wegens een dringende reden niet onverwijld is gegeven, heeft dat tot gevolg dat het ontslag niet rechtsgeldig is. Een ontslag op staande voet, drie weken na de daadwerkelijke gebeurtenis, is niet rechtsgeldig.²⁰⁸

²⁰⁰ Sagel 2013, p. 386; Hof Den Haag 19 april 2011, *Prg.* 2011, 166; Hof Den Haag 30 oktober 2012, *JAR* 2013, 12, m.nt. Vegter.

²⁰¹ Van Drongelen e.a. 2009, p. 209.

²⁰² Van Drongelen e.a. 2009, p. 213.

²⁰³ Van Drongelen e.a. 2009, p. 217.

²⁰⁴ Van Grinsven & Geugjes 2007, p. 232; Verheugt 2003, p. 433; Van Drongelen e.a. 2009, p. 207; Nieuwenhuis e.a. 2011, p. 3768; Sagel 2013, p. 151, 153 en 154; HR 23 april 1993, *JAR* 1993, 121 (*Bakermans/Straalservice*).

²⁰⁵ Sagel en Verhulp 2005, p. 110; Sagel 2013, p. 154; HR 23 april 1993, *NJ* 1993, 504; HR 21 juni 1918, *NJ* 1918, 769.

²⁰⁶ Sagel 2013, p. 171; HR 6 november 1981, *NJ* 1982, 100.

²⁰⁷ Sagel en Verhulp 2005, p. 106; Sagel 2013, p. 15.

²⁰⁸ HR 27 september 1996, *NJ* 1997, 42; Van Grinsven & Geugjes 2007, p. 233; Van Drongelen e.a. 2009, p. 205; Sagel en Verhulp 2005, p. 107 en 108; HR 27 april 2001, *JAR* 2001, 95; HR 15 februari 1980, *NJ* 1980, 328 (*Gelderse Tramweg Maatschappij/X*); HR 18 mei 1984, *NJ* 1984, 720.

Of zich een dringende reden voordoet wordt bepaald volgens de aard en ernst van hetgeen de werkgever als dringende reden aanmerkt. Dit wordt in sterke mate gekleurd door de vraag of de werknemer al eens eerder is gewaarschuwd voor zijn wangedrag. Indien de werknemer voorafgaand al eens is gewaarschuwd (op individuele basis, een waarschuwing in het algemeen aan het hele personeelsbestand of middels een door de werkgever gestelde gedragscode/regels), dan vormt dat een verzwaarde omstandigheid bij de beoordeling of sprake is van een dringende reden tot een ontslag op staande voet.²⁰⁹

Een andere relevante factor bij de beoordeling van het bestaan van een dringende reden is de aard van de dienstbetrekking (aard van de functie). Bepaalde functies stellen hogere eisen aan de integriteit, normbesef en betrouwbaarheid van de werknemers die deze vervullen, dan 'reguliere' functies. Zo kunnen de werknemers in bepaalde vertrouwensfuncties (denk hierbij aan een beveiligingsbeambte, croupier, bankemployé maar ook winkelpersoneel) zich minder permitteren met betrekking tot de personen of goederen die aan hun zorg zijn toevertrouwd.²¹⁰ De aard van de functie kan met zich meebrengen dat juist de functie die de werknemer bekleedt, ook zonder veel uitleg, evident doet zijn dat bepaald gedrag en bepaalde handelingen ontoelaatbaar zijn. Een beleggingsmanager bij een pensioenfonds, voor wie (volgens het hof) 'betrouwbaarheid en onkreukbaarheid' onmisbaar zijn, moest begrijpen dat zijn werkgever het plegen van frauduleuze handelingen als een dringende reden tot een ontslag op staande voet aanmerkte.²¹¹

Naast vertrouwensfuncties kunnen werknemers ook voorbeeldfuncties hebben zoals die van leidinggevende of directeur. Een misdraging wordt bij een leidinggevende sterker aangerekend dan bij een ondergeschikte (het 'regulier' personeel). Bij leidinggevend personeel worden hogere eisen wat betreft integriteit en normbesef gesteld.²¹² Deze hogere eisen, gesteld aan voorbeeld- en vertrouwensfuncties, hoeven niet perse contractueel verankerd te zijn, dit vloeit voort uit het goed werknemerschap van art. 7:611 BW.²¹³ De leidinggevende, human resource werknemer, die tevens vertrouwenspersoon was voor de overige werknemers op het gebied van seksuele intimidatie, diende volgens de kantonrechter te Emmen strikt integer te zijn. Door het overtreden van het internet- en e-mailbeleid (dat mede door deze werknemer was opgesteld) en door het bezoeken van pornografische internetsites, had de werknemer zich onmogelijk gemaakt om nog geloofwaardig te zijn, zeker gezien het feit dat de werknemer vertrouwenspersoon was. Volgens de kantonrechter was de vertrouwensrelatie geschonden, de werknemer vervulde een voorbeeldfunctie voor het overige personeel. Hij heeft zich als leidinggevende en als vertrouwenspersoon ongeloofwaardig gemaakt, waardoor het ontslag op staande voet terecht is gegeven.²¹⁴ Zie paragraaf 3.5.1 van deze scriptie.

3.3.2. De opzegging via het UWV

Indien de werkgever het dienstverband met zijn werknemer wilt opzeggen, heeft hij voorafgaand toestemming nodig van het UWV (Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen). Art. 6 Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen (BBA) verbiedt de opzegging van de arbeidsverhouding zonder voorafgaande toestemming, dit is het algemene opzegverbod. In het geval van een onverwijld opzegging wegens een dringende reden (beter bekend als het ontslag op staande voet), behoeft de werkgever deze toestemming van het UWV niet, zie lid 2 van dit artikel. Indien de werkgever toch opzegt zonder toestemming

²⁰⁹ Sagel en Verhulp 2005, p. 88 en 89; Sagel 2013, p. 280; Rb. Ktr. Haarlem 16 november 2000, *JAR* 2001, 9.

²¹⁰ Sagel en Verhulp 2005, p. 90; Sagel 2013, p. 307; Rb. Ktr. Hilversum 28 september 1995, *Prg.* 1995, 4409; Rb. Ktr. Amsterdam 12 september 1996, *VV-nr.* 96-3922; Rb. Ktr. Helmond 10 februari 2003, *JAR* 2003, 80.

²¹¹ Sagel 2013, p. 165 en 166; Hof Den Haag 21 september 2007, *RAR* 2008, 8.

²¹² Sagel 2013, p. 306; Hof Den Haag 8 december 2006, *JAR* 2007, 45; Rb. Ktr. Roermond 20 mei 2009, *JAR* 2009, 192.

²¹³ Sagel 2013, p. 306; Rb. Ktr. Zwolle 28 januari 2011, *JAR* 2011, 103.

²¹⁴ Rb. Ktr. Emmen 23 januari 2002, *JAR* 2002, 73; Sagel en Verhulp 2005, p. 91; Sagel 2013, p. 306.

van het UWV, dan is deze opzegging vernietigbaar op grond van art. 9 BBA. De werknemer moet dat wel doen binnen zes maanden, na de dag waarop de opzegging is gedaan.²¹⁵

Naast de opzegging van de arbeidsovereenkomst wegens bedrijfseconomische gronden of arbeidsongeschiktheid is opzegging ook mogelijk op grond van andere redenen. Bijvoorbeeld als sprake is van een ernstig en duurzaam verstoorde arbeidsrelatie waarbij een herstel van de relatie niet mogelijk is. Verder kan er sprake zijn van verwijtbaar handelen van de werknemer of ongeschiktheid voor de functie, zie art. 5:1 Ontslagbesluit.

Bij verwijtbaar handelen van de werknemer buigt het UWV zich over de vraag of van de werkgever kan worden gevergd dat hij de werknemer in dienst houdt. Dit zijn vaak situaties waarbij de werkgever ook de mogelijkheid heeft om de werknemer op staande voet te ontslaan, maar de werkgever het ontslag op staande voet niet wilt of kan doen vanwege andere redenen gelegen in belangenafweging of het niet tijdig geven van het ontslag. Hierbij moet worden gedacht aan diefstal, bedreiging, belediging (van de werkgever of medewerknemers) of overtreding van de geheimhoudingsplicht (zie art. 7:678 BW).²¹⁶

Bij de aanvraag van de ontslagvergunning wegens disfunctioneren kijkt het UWV niet enkel naar het handelen van de werknemer, maar ook naar hetgeen de werkgever heeft gedaan om de situatie ten gunste te keren. Denk hierbij aan functioneringsgesprekken met bijbehorende verslaglegging, begeleiding en scholing.²¹⁷

3.3.3. Ontbinding van de arbeidsovereenkomst door de kantonrechter

Op grond van art. 7:685 BW kan de werkgever of de werknemer te allen tijde ontbinding van de arbeidsovereenkomst vragen bij de kantonrechter, zonder inachtneming van een opzegtermijn of einddatum.²¹⁸ De kantonrechter kan de arbeidsovereenkomst ontbinden wegens gewichtige redenen. Deze gewichtige redenen bestaan uit een dringende reden (art. 7:685 lid 2 BW jo. art. 7:677 lid 1 BW) of verandering van de omstandigheden.²¹⁹

Gewichtige redenen zijn dringende redenen, die een ontslag op staande voet zouden rechtvaardigen. Bij een dringende reden voor de werkgever en de werknemer moet sprake zijn van een situatie waardoor op grond van de redelijkheid niet kan worden gevergd dat de arbeidsovereenkomst voortduurt. Art. 7:678 lid 2 BW en art. 7:679 lid 2 BW geven een niet-uitputtende opsomming van voorbeelden die een ontslag op staande voet kunnen opleveren wegens een dringende reden.²²⁰ Dan rijst de vraag waarom er bij een bepaald gedrag of bepaalde omstandigheid die een reden kan zijn voor een ontslag op staande voet, de keuzemogelijkheid bestaat (en wordt gebruikt) om in een dergelijke situatie de kantonrechter de arbeidsovereenkomst te laten ontbinden. Een reden hiervoor kan zijn dat er niet meer wordt voldaan aan een (of meer) vereisten die gelden bij een ontslag op staande voet. Denk bijvoorbeeld aan het vereiste van het 'onverwijld' geven van het ontslag.²²¹

Verder kan ontbinding van de arbeidsovereenkomst door de kantonrechter worden gevraagd bij 'verandering van de omstandigheden'. Hieronder wordt verstaan alle mogelijke ontslaggronden die verband houden met de verandering in de persoonlijke toestand, vermogenstoestand of arbeidsomstandigheden en de verstoring van de arbeidsverhouding. Denk aan bedrijfseconomische of bedrijfsorganisatorische redenen, het niet of onvoldoende functioneren (disfunctioneren) van de werknemer, een verstoorde arbeidsrelatie, het gebrek aan vertrouwen, arbeidsongeschiktheid of het in strijd handelen met het goed werknemerschap (zoals seksuele intimidatie, fraude, belediging of bedreiging van de werkgever die eventueel via social media is geuit). De verandering dient van zodanige aard te

²¹⁵ Smits 2009, p. 18.

²¹⁶ Van Grinsven 2007, p. 212 en 213; Smits 2009, p. 26, 57 en 58.

²¹⁷ Van Grinsven 2007, p. 213.

²¹⁸ Nieuwenhuis e.a. 2011, p. 3789; Van Drongelen e.a. 2009, p. 267.

²¹⁹ Van Grinsven 2007, p. 242 en 244; Nieuwenhuis e.a. 2011, p. 3789; Van Drongelen e.a. 2009, p. 268; Beltzer e.a. 2003, p. 36, 37 en 38.

²²⁰ Van Drongelen e.a. 2009, p. 268 en 269; Beltzer e.a. 2003, p. 38 en 39.

²²¹ Van Drongelen e.a. 2009, p. 268 en 269.

zijn dat de arbeidsovereenkomst billijkheidshalve per direct of op (zeer) korte termijn moet eindigen.²²²

Uit deze paragraaf kan worden geconcludeerd dat het ontslag op staande voet een middel is dat de werkgever kan inzetten om de arbeidsovereenkomst met onmiddellijke ingang te laten eindigen (het ultimum remedium). Dit kan de werkgever doen indien de dringende reden bestaat vanwege het feit dat de werknemer de werkgever, diens familieleden of medewerkers (collega's) grovelijk beledigt of bedreigt, hetgeen ook kan plaatsvinden op social media. Een relevante factor hierbij kan de aard van de functie zijn, zoals een vertrouwensfunctie of een voorbeeldfunctie. Dit hoeft niet per se contractueel verankerd te zijn, dit vloeit voort uit het goed werknemerschap van art. 7:611 BW.

Een andere manier om de arbeidsovereenkomst te laten eindigen is middels de opzegging via het UWV (waarbij toestemming van het UWV is vereist) of de ontbinding bij de kantonrechter wegens gewichtige redenen bestaande uit een dringende reden of verandering van de omstandigheden.

3.4 De geheimhoudingsplicht van werknemer

De geheimhoudingsplicht is een plicht tot geheimhouding van gegevens die in vertrouwen zijn verstrekt of waarvan het vertrouwelijk karakter overduidelijk blijkt. Het is mogelijk dat werknemers een geheimhoudingsplicht hebben op grond van hun ambt, hun beroep of vanwege een wettelijk voorschrift dat de geheimhouding regelt. Verder kan geheimhouding ook worden afgesproken in een (arbeids)overeenkomst of daarbij behorend beding, in de cao of middels het instructierecht van art. 7:660 BW. Zie paragraaf 2.8 van deze scriptie voor een uitgebreide beschrijving van het instructierecht.²²³ Het geheimhoudingsbeding is niet specifiek geregeld in afdeling 10 van Boek 7 BW.²²⁴ Als er een dergelijke geheimhoudingsplicht wordt opgenomen in de arbeidsovereenkomst, geeft dit (meestal) aan: (i) welke gegevens er onder de geheimhoudingsplicht vallen, (ii) welke manier van bekendmaken niet is geoorloofd (mondeling, schriftelijk, per e-mail of alle andere denkbare manieren), hierbij wordt tegenwoordig ook vaak verwezen naar het delen van informatie via social media, (iii) hoe lang de plicht duurt (ook na de beëindiging van het dienstverband) en (iv) tegenover wie deze geheimhoudingsplicht geldt. Het overeenkomen van een geheimhoudingsbeding heeft (evenals een gedragscode) vaak een preventieve werking, in die zin dat werknemers op voorhand zijn gewaarschuwd.²²⁵

Het gaat om enerzijds gegevens die voor de werkgever van economische waarde zijn, die van invloed kunnen zijn op zijn concurrentiepositie en waarbij openbaarmaking de werkgever kan schaden. Dit wordt ook wel omschreven als de geheim te houden informatie. Anderzijds kan het gaan om gegevens die de werknemer toevallig heeft opgevangen en waarvan bekendmaking onrust teweeg brengt bij de overige werknemers of bij derden. Hierbij gaat het vaak om niet vertrouwelijke informatie die al openbaar is en niet valt onder een geheimhoudingsbeding. Hierbij kan men bijvoorbeeld denken aan gegevens uit gedeponeerde jaarrekeningen.²²⁶

De vraag of de werknemer in strijd heeft gehandeld met zijn geheimhoudingsplicht, dient de rechter te beantwoorden aan de hand van een belangenafweging, om te zien of de uitingen van de werknemer toelaatbaar zijn of niet. Het feit dat in de arbeidsovereenkomst een geheimhoudingsplicht is bedongen, zal in het kader van de belangenafweging niet altijd van

²²² Nieuwenhuis e.a. 2011, p. 3789, 3791 en 3792; Van Drongelen e.a. 2009, p. 270 en 271; Beltzer e.a. 2003, p. 40.

²²³ Even e.a. 2012, p. 169.

²²⁴ Even e.a. 2012, p. 164 en 165; Rb. Ktr. 28 april 1993, JAR 1993, 184.

²²⁵ Nieuwenhuis e.a. 2011, p. 3693.

²²⁶ Even e.a. 2012, p. 165 en 166; Rb. Amsterdam 19 augustus 1999, JAR 1999, 207.

doorslaggevende betekenis zijn. Er zal beoordeeld moeten worden of aan de zijde van de werkgever een zodanig groot belang aanwezig is om de uitlatingen van de werknemer te voorkomen, zodat dit een beperking van de vrijheid van meningsuiting (aan de zijde van de werknemer) rechtvaardigt.²²⁷

Zodra de werknemer bedrijfsgeheimen bekend maakt aan derden, ongeacht of hij dit mondeling, schriftelijk, per e-mail of social media doet, pleegt hij een wanprestatie. Dit omdat hij zijn verplichting uit de arbeidsovereenkomst niet nakomt. De werkgever kan de geleden schade, of het boetebedrag, bij de werknemer opeisen. Indien de werkgever geen boete koppelt aan het overtreden van het geheimhoudingsbeding heeft dit tot nadeel dat hij moet aantonen waaruit de geleden schade bestaat en hoe groot de schade is (de schade die is ontstaan door verspreiding van de informatie).²²⁸

Een overeengekomen geheimhoudingsbeding geldt zowel voor de duur van de arbeidsovereenkomst als na de beëindiging daarvan. Aan het geheimhoudingsbeding komt postcontractuele werking toe, ook indien dit niet uitdrukkelijk is opgenomen in het beding.²²⁹ Volgens de rechtbank te Amsterdam bestaat de verplichting tot geheimhouding na het einde van de arbeidsovereenkomst voor informatie die tijdens de duur van de arbeidsovereenkomst geheim moest blijven.²³⁰

3.4.1. Geheimhouding in relatie tot het goed werknemerschap

Een werknemer kan uitingen doen in de werksfeer, maar hij kan dit ook doen in de privésfeer (denk aan het delen van een gepatenteerd productgeheim van de werkgever via Facebook, Twitter of LinkedIn, tijdens of na de arbeidsovereenkomst). De werkgever komt niet het recht toe om, voorafgaand, toestemming te eisen en deze te verlenen of te weigeren omtrent een uiting van de werknemer, indien de uiting geen relatie heeft met de te verrichten arbeid (het gaat om een privé uiting). Dit is in strijd met art. 7 Grw. 'de vrijheid van meningsuiting' waarbij niemand voorafgaand toestemming nodig heeft om gedachten of gevoelens te openbaren. Indien de uiting van de werknemer wordt gedaan in het kader van het vervullen van de arbeid, of aanverwant is aan de arbeid, kan de werkgever wel eisen stellen. De verplichtingen vanuit het goed werknemerschap kunnen dan de werking van het grondrecht doorkruisen.²³¹

Indien de werkgever en de werknemer geen geheimhoudingsplicht overeenkomen in de arbeidsovereenkomst (of een daarbij behorend beding), in de cao of gedragsregels (een personeelsprotocol of handboek), wil dat nog niet zeggen dat de werknemer alles mag zeggen. Een werknemer heeft zich te gedragen zoals een goed werknemer betaamt (zie art. 7:611 BW), waardoor de werknemer zijn uitingen dient te beperken. Dit houdt in dat de werknemer zich tegenover de werkgever gehouden is tot discretie en loyaliteit in zijn mondelinge en schriftelijke communicatie met anderen (dus ook via e-mail en social media). Dit is ook het geval indien de werknemer van mening is dat er binnen de organisatie sprake is van een misstand die dient te worden bestreden in het algemeen belang.²³² De regeling omtrent de klokkenluider is reeds besproken in paragraaf 3.2.3.

Volgens de HR is een werknemer op grond van zijn arbeidsovereenkomst tot meer discretie gehouden dan alleen op grond van een geheimhoudingsbeding, dit vloeit voort uit het goed werknemerschap van art. 7:611 BW. Een (goed) werknemer respecteert dat vertrouwelijke

²²⁷ Rb. Amsterdam 9 juli 2003, *JAR* 2003, 191.

²²⁸ Nieuwenhuis e.a. 2011, p. 3692 en 3693; Even e.a. 2012, p. 172; Hof Leeuwarden 26 mei 2009, *JAR* 2009, 164 m.nt. Vegter en Knipschild.

²²⁹ Even e.a. 2012, p. 166 en 167; Laagland 2013, art. 7:611 BW aant. 9.3, p. 1; Rb. Amsterdam 16 augustus 1995, *JAR* 1995, 208.

²³⁰ Rb. Amsterdam 16 augustus 1995, *JAR* 1995, 208 (*Greenpeace/Kotte*).

²³¹ Even e.a. 2012, p. 166 en 167.

²³² Even e.a. 2012, p. 164 en 165; Hoge Raad 26 oktober 2012, *RAR* 2013, 14, *NJ* 2013, 220 m.nt. Verhulp, *JAR* 2012, 113, m.nt. de Laat (*Quirijns/Theodoor Gillissen Bankiers*).

informatie niet zomaar openbaar mag worden gemaakt en niet zomaar met derden mag worden gedeeld.²³³

3.4.2. Sancties

Indien de werknemer de geheimhoudingsplicht overtreedt kan dit een boete opleveren, die op voorhand is afgesproken in de arbeidsovereenkomst, zie art. 7:650 BW. Dit indien de voorschriften op de overtreding waarvan de boete is gesteld en het bedrag van de boete in de (arbeids)overeenkomst, incorporatiebeding (dat kan verwijzen naar een personeelsgids of handboek), cao of gedragscode (volgens het instructierecht) zijn vermeld. Van belang is dat dit schriftelijk moet worden aangegaan (zie art. 7:650 lid 2 BW).²³⁴

De rechter is bevoegd tot matiging van de opgelegde boete via art. 6:94 lid 1 BW, indien de 'billijkheid dit klaarblijkelijk' eist. Dit kan via art. 7:650 lid 8 BW, dat de algemene boeteregeling in art. 6:91-94 BW van overeenkomstige toepassing verklaard in de arbeidsovereenkomst.²³⁵

Verder kan de overtreding een dringende reden voor een ontslag op staande voet opleveren (op grond van art. 7:678 lid 2 sub i BW). Dit kan indien er sprake is van het bekendmaken van 'bijzonderheden aangaande de huishouding of het bedrijf van de werkgever, die werknemer geheim behoorde te houden', dit op grond van een geheimhoudingsbeding of het goed werknemerschap.²³⁶

Uit deze paragraaf kan worden geconcludeerd dat er aan een aantal voorwaarden moet worden voldaan wil er sprake zijn van een geheimhoudingsplicht. Zo moet de geheimhoudingsplicht uitdrukkelijk zijn overeengekomen, de voorschriften dienen de overtreding en daarbij behorende boete te beschrijven in de arbeidsovereenkomst of bijbehorend beding, in de cao of in gedragsregels (personeelshandboek). Tevens is een werknemer op grond van zijn arbeidsovereenkomst tot discretie gehouden, dit vloeit voort uit het goed werknemerschap van art. 7:611 BW.

De plicht tot geheimhouding heeft niet alleen betrekking op (bedrijf) geheimen maar ook op algemene gegevens. Een werkgever moet ervan uit kunnen gaan dat zijn eigen werknemers hem niet kunnen benadelen door middel van zijn eigen informatie.

Of een werknemer in strijd heeft gehandeld met een geheimhoudingsbeding wordt beantwoord via de belangenafweging. Hierbij gaat het niet om het feit dat er een geheimhouding is afgesproken, het gaat er om dat aan de zijde van de werkgever een zodanig groot belang aanwezig is om de uitlatingen van de werknemer te voorkomen (om de vrijheid van meningsuiting bij de werknemer te beperken).

De werknemer dient ervan op de hoogte te zijn dat een geheimhoudingsbeding postcontractuele werking heeft, zelfs indien deze werking niet uitdrukkelijk is overeengekomen en/of opgenomen.

3.5 Hoofdpijnen uit de rechtspraak

In deze paragraaf behandel ik de hoofdpijnen uit de rechtspraak besproken met betrekking tot het gebruik van social media. Hierbij gaat het om het overtreden van een gedragscode met betrekking tot het gebruik van social media binnen de organisatie maar ook het bezoeken van goksites en seksueel getinte websites. Ook kan er sprake zijn van een (interne) discussie waarbij een werknemer kritische en cynische uitlatingen doet over het beleid van de werkgever. Verder wordt gekeken naar het grovelijk beledigen, discrimineren of andere negatieve (racistische) berichtgeving over de werkgever, leidinggevende of collega's via social media. Vervolgens wordt rechtspraak besproken die betrekking heeft op een werknemer die

²³³ HR 20 april 1990, NJ 1990, 702 m.nt. P.A. Stein (*Meijer/De Schelde*); Rb. Vزر. Leeuwarden 6 april 2011, RAR 2011, 93.

²³⁴ Even e.a. 2012, p. 163; Jacobs e.a. 2009, p. 65.

²³⁵ Jacobs e.a. 2009, p. 64; Nieuwenhuis e.a. 2011, p. 3693 en 3695.

²³⁶ Even e.a. 2012, p. 164 en 168.

gegevens op internet plaatst waaruit blijkt dat hij in strijd handelt met het re-integratieplan. De laatste rechtspraak heeft betrekking op een nader ingesteld onderzoek binnen de werkgever, naar aanleiding van een bericht op het social medium Twitter.

De conclusies uit deze paragraaf worden beschreven in paragraaf 3.6.

3.5.1. De leidinggevende functionaris overtreedt de gedragscode

Bij de kantonrechter te Emmen²³⁷ betrof het een werknemer met een leidinggevende, human resource, functie binnen het bedrijf die tevens vertrouwenspersoon op het gebied van seksuele intimidatie was voor de overige werknemers. De werknemer was daarnaast verantwoordelijk voor het vastgestelde internet- en e-mailbeleid. In dit beleid werd vermeld dat het verboden was om internet te gebruiken voor illegale of onethische doeleinden, zoals het bekijken van pornografisch materiaal (zie rov. 1.3). Een dergelijk internet- en e-mailbeleid (vaak in de vorm van een gedragscode, tot stand gekomen via het instructierecht van de werkgever) bevat vaak ook regels omtrent het gebruik van social media.

Intern onderzoek wees uit dat bestanden met pornografische benamingen, die zijn aangetroffen op diverse computers van medewerkers, afkomstig waren van de computer van de betreffende werknemer, die dit naar de andere computers had gekopieerd op het moment dat hij, met zijn eigen inlogcode, daarop werkte. Verder wees het intern onderzoek uit dat deze werknemer een internetlink naar een porno gerelateerde site op zijn eigen computer had geplaatst die hij regelmatig, tijdens arbeidstijd, heeft bezocht (zie rov. 1.5).

Volgens de kantonrechter dient een leidinggevende functionaris strikt integer te zijn. Dit houdt in dat de werknemer, ongeacht wat er in het internet- en e-mailbeleid van de werkgever stond, zich diende te onthouden van bezigheden (het bezoeken van porno gerelateerde internetsites) die in Nederland veelal nog steeds als immoreel worden ervaren (zie rov. 3.3). De werknemer heeft het onmogelijk gemaakt om nog geloofwaardig te zijn als leidinggevende personeelsfunctionaris en tevens vertrouwenspersoon op het gebied van seksuele intimidatie (rov. 3.4). De werknemer vervulde een voorbeeldfunctie. Voor een beschrijving van de begrippen voorbeeldfunctie en vertrouwensrelatie wordt verwezen naar paragraaf 3.3.1.

Uit deze uitspraak van de kantonrechter kan worden geconcludeerd dat het ontslag op staande voet, wegens een dringende reden (namelijk het overtreden van het internet- en e-mailbeleid van de werkgever in de vorm van een gedragscode, door het bekijken van pornografisch materiaal op internet), terecht is gegeven. Dit omdat er sprake is van schending van de vertrouwensrelatie. De leidinggevende functionaris dient strikt integer te zijn, waardoor voortzetting van de arbeidsovereenkomst onmogelijk is. De werknemer vervulde een voorbeeldfunctie en tevens was hij voor de medewerkers vertrouwenspersoon op het gebied van seksuele intimidatie. Deze positie is door zijn handelen ernstig geschaad (rov. 3.5 en 3.6).

3.5.2. Goksites en seksueel getinte websites, in strijd met gedragscode

Bij de kantonrechter te Arnhem²³⁸ betrof het een werknemer die, in arbeidstijd, meerdere malen, seksueel getinte internetsites heeft bezocht. Voorts erkende de werknemer dat hij veelvuldig, onder arbeidstijd, de site van Unibet (een internetsite waar met geld kan worden gewed op voetbaluitslagen) had bezocht. Het bezoeken van seksueel getinte websites en goksites was in strijd met het ICT-reglement (gedragscode) van de werkgever. Deze gedragscode was middels het instructierecht van de werkgever tot stand is gekomen. Van het bestaan van deze gedragscode en de inhoud daarvan was de werknemer op de hoogte. Voor een beschrijving van het begrip instructierecht en gedragscode zie paragraaf 2.8 van deze scriptie. Verder erkende de werknemer dat hij wist dat de werkgever pogingen deed om het

²³⁷ Rb. Ktr. Emmen 23 januari 2002, JAR 2002, 73.

²³⁸ Rb. Ktr. Arnhem 27 maart 2012, LJN BW0238.

privé internetgebruik tijdens de arbeidstijd te beperken door de toegang tot het internet op bepaalde computers te blokkeren (zie rov. 4.2).

Volgens de kantonrechter kon van de werkgever niet worden gevergd om de arbeidsovereenkomst met de betreffende werknemer voort te zetten. De kantonrechter ontbindt de arbeidsovereenkomst, wegens een dringende reden, zonder toekenning van enige vergoeding, omdat aan de ontbinding omstandigheden ten grondslag liggen die in de risicosfeer van de werknemer liggen (zie rov. 4.4). Voor een beschrijving van de ontbinding van de arbeidsovereenkomst door de kantonrechter wordt verwezen naar paragraaf 3.3.3.

Uit deze uitspraak van de kantonrechter kan worden geconcludeerd dat het overtreden van de gedragscode omtrent het gebruik van ICT tijdens de arbeidstijd (door het bezoeken van seksueel getinte internetsites en goksites) voldoende was om de arbeidsovereenkomst met de werknemer te laten ontbinden wegens gewichtige redenen. Dit omdat de werknemer op de hoogte was van de gedragscode waarmee hij willens en wetens in strijd heeft gehandeld en omdat de werknemer ervan op de hoogte was dat de werkgever het privé gebruik van internet, tijdens arbeidstijd, wilde indammen, hetgeen de werknemer meerdere malen heeft omzeild (rov. 4.2).

3.5.3. Interne discussie op forum zonder terecht gegeven ontslag

Bij de voorzieningenrechter te Leeuwarden²³⁹ betrof het een werknemer die via intranet (dit is een intern digitaal forum waarop medewerkers kunnen discussiëren door het plaatsen van reacties, zogenaamde posts, over diverse onderwerpen) de werkgever had geschoffeerd en het gezag had ondermijnd. Voor het gebruik van dit intranet was een gebruikersreglement opgesteld (een gedragscode) waarin stond dat de geplaatste berichten respectvol dienden te zijn ten aanzien van andere gebruikers. Kwetsende berichten, stemmingmakerij, discriminerende berichten, seksistische opmerkingen of iedere andere vorm van beledigingen waren niet toegestaan (zie rov. 2.3).

De werknemer had van dit intranet gebruik gemaakt om zijn ongenoegen kenbaar te maken over een nieuw werk- en pauzerooster. Naar aanleiding daarvan heeft de werknemer een gesprek gehad met de voorzitter van de Raad van Bestuur, de directe leidinggevende en de regiomanager. Dit gesprek dient te worden gezien als een (formele) waarschuwing voor werknemer. Voor het begrip formele waarschuwing wordt verwezen naar paragraaf 2.4.3 en paragraaf 2.6 van deze scriptie. Vervolgens vond, wederom naar aanleiding van nieuwe (negatieve) posts op het intranet, een tweede gesprek plaats met de werkgever. Dit gesprek diende wederom te worden gezien als een (formele) waarschuwing voor de werknemer. Deze waarschuwing werd enkele weken later opgevolgd door een week schorsing van de werkzaamheden wegens het wederom plaatsen van (negatieve) posts op het intranet (zie rov. 2.5, rov. 2.7 en rov. 2.10). Volgens de werkgever had de werknemer door aldus te handelen, grove plichten veronachtzaamd die uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiden. Tevens had de werknemer in strijd met het goed werknemerschap (art. 7:611 BW) gehandeld. Volgens de werkgever hield het recht op de vrijheid van meningsuiting niet in dat een werknemer zijn werkgever (stelselmatig) mocht schofferen en het gezag ondermijnen. Volgens de werkgever leverde het gedrag van de werknemer een dringende reden voor een ontslag op staande voet op (zie rov. 3.3).

Volgens de werknemer had hij met zijn posts het werkgeversgezag niet willen ondermijnen. Hij had enkel willen reageren op een reactie van een collega. Evenmin had de werknemer zich beledigend, discriminerend of anderszins ontoelaatbaar geuit, hij had enkel een verschil van inzicht over de arbeidsvoorwaarden aan de orde gesteld. Dit deed hij op grond van het (grond)recht van de vrijheid van meningsuiting, waarbij het de werknemer vrij stond zijn visie, ook indien deze strijdig was met die van de werkgever, te uiten (zie rov. 3.2).

²³⁹ Rb. Vr. Leeuwarden 6 april 2011, RAR 2011, 93.

Volgens de voorzieningenrechter was een ontslag op staande voet in dit geval een niet proportionele sanctie. Temeer omdat tegen enkele andere medewerkers, die zich op het forum eveneens in negatieve zin hadden uitgelaten over het beleid, niet een dergelijke verstreckende sanctie werd getroffen (rov. 4.6). Voor het ontslag op staande voet zie paragraaf 3.3.1 van deze scriptie.

Uit deze uitspraak van de voorzieningenrechter kan worden geconcludeerd dat de werknemer zich kritisch en soms ook cynische heeft uitgelaten, alsmede de continuering van dergelijke uitlatingen, na door de werkgever met niet mis te verstane bewoordingen te zijn gesommeerd deze uitlatingen achterwege te laten (de formele waarschuwingen), de grens van het goed werknemerschap heeft opgezocht (zie rov. 4.4).

Echter, deze gedragingen van de werknemer vormen niet de situatie dat er sprake is van een dringende reden voor een rechtsgeldig ontslag op staande voet (in de zin van art. 7:678 lid 1 BW). Volgens de voorzieningenrechter dient de werkgever bepaalde mate van kritiek van werknemers op het door hem gevoerde beleid te accepteren. Werknemers mogen, op grond van het recht van de vrijheid van meningsuiting, kritiek hebben op het door de werkgever gevoerde beleid. Deze kritische uitingen dienen gericht te zijn op een verandering in de bedrijfsvoering. In deze zaak is verder nog het feit dat de uitlatingen door de werknemer zijn geuit op een (intern) forum (het intranet) dat door de werkgever zelf in het leven is geroepen van belang. Hiermee heeft de werkgever zijn werknemers uitgenodigd tot het voeren van interne discussies, zeker gezien het feit dat dit forum enkel voor werknemers toegankelijk was (zie rov. 4.5).

3.5.4. Werkgever grovelijk beledigen via Facebook

In een zaak voor de kantonrechter te Arnhem²⁴⁰ betrof het een werknemer die, zijn leidinggevende en werkgever, via Facebook grovelijk beledigde en zich negatief had uitgelaten. De werkgever had de werknemer daarvoor per brief een (formele) waarschuwing gestuurd, en had hem laten weten dat zijn gedrag onacceptabel was. Amper twee weken later plaatste de werknemer wederom een bericht op Facebook waarin hij de werkgever uitmaakte voor 'hoerenbedrijf' en zijn leidinggevende uitmaakte voor 'gore achter de ellebogen Nijmeegse nep wout'. Verder stond in het betreffende Facebookbericht: 'je kunt aan die kkkstreken (kankerstreken) van hem wel merken dat hij uit Nijmegen komt en wout is geweest de hoerenstumperd, ooit komt mijn dag en geloof me dan staan ze te janken kkhomo's (kankerhomo's)'. Volgens de werknemer viel deze berichtgeving onder de vrijheid van meningsuiting (zie rov. 2.2). Voor de vrijheid van meningsuiting wordt verwezen naar paragraaf 2.3 van deze scriptie.

Voor de werkgever was deze handelwijze volstrekt ontoelaatbaar en onacceptabel. Volgens de werkgever waren de grenzen, verbonden aan de vrijheid van meningsuiting, in alle redelijkheid overschreden. Het betreffende Facebookbericht was voor de werkgever de bekende 'druppel die de emmer deed overlopen', mede gezien de eerdere incidenten, waardoor de werknemer binnen de organisatie niet meer was te handhaven. Volgens de werkgever gedroeg de werknemer zich niet zoals een goed werknemer betaamt (volgens art. 7:611 BW), waardoor de werknemer per direct werd geschorst van de werkzaamheden en verdere maatregelen ter beëindiging van het dienstverband werden getroffen (zie rov. 2.2). Voor een beschrijving van het goed werkgever- en goed werknemerschap wordt verwezen naar paragraaf 2.7 van deze scriptie.

De werkgever verzocht de kantonrechter om de arbeidsovereenkomst te ontbinden primair wegens dringende redenen, zijnde tevens gewichtige redenen in de zin der wet, subsidiair wegens wijziging van de omstandigheden zijnde tevens gewichtige redenen (art. 7:685 BW).

²⁴⁰ Rb. Ktr. Arnhem 19 maart 2012, *Prg.* 2012, 125 (*Blokker*).

Volgens de werkgever diende geen vergoeding te worden toegekend aan de werknemer omdat de billijkheid dat niet rechtvaardigde (rov. 2.3).

De kantonrechter ontbond de arbeidsovereenkomst wegens dringende redenen (primaire grondslag), met onmiddellijke ingang. Dit omdat de werknemer was gewaarschuwd (middels een brief die als formele waarschuwing gold), waarbij van de werkgever niet kon worden gevergd de arbeidsovereenkomst met de werknemer voort te zetten. Het verzoek tot toekenning van enige vergoeding werd afgewezen.

Uit deze uitspraak van de kantonrechter kan worden geconcludeerd dat de door de werknemer, over zijn werkgever en leidinggevende, geplaatste berichten op Facebook de grens van de vrijheid van meningsuiting heeft overschreden. Deze vrijheid wordt begrensd door de beginselen van zorgvuldigheid die de werknemer in acht dient te nemen.

Vanuit het goed werknemerschap had de werknemer deze berichten niet behoren te plaatsen. De werknemer heeft gehandeld in strijd met art. 7:611 BW (zie paragraaf 2.7 waarin het goed werkgever- en goed werknemerschap van art. 7:611 BW wordt beschreven). Het feit dat de directe leidinggevende de excuses van de werknemer heeft geaccepteerd en het feit dat de werknemer de berichten van Facebook heeft verwijderd staat de dringende reden in de zin der wet niet in de weg (dat is mosterd na de maaltijd). Het argument van de werknemer dat Facebook privé domein is, is volgens de kantonrechter onjuist. Het privé karakter van Facebook is, net zoals het begrip 'vrienden' op Facebook, betrekkelijk. Daarnaast miskent de werknemer het risico dat zijn berichten op Facebook door anderen kunnen worden 'gedeeld' (de rechter gebruikt hier het woord re-tweeten, mijns inziens is dat de term die bij Twitter dient te worden gebruikt, bij Facebook spreekt men van berichten 'delen'). Het risico van berichten delen is dat ook anderen dan jouw 'vrienden' het bericht kunnen lezen.

3.5.5. Negatief en discriminerend op Facebook, voorafgaande waarschuwing is nodig

Bij een andere zaak van de kantonrechter te Arnhem²⁴¹ betrof het een werknemer die, een week nadat was geconstateerd dat hij in het bijzijn van een klant over de planning van de werkgever had gemopperd, een contractverlenging voor één jaar kreeg. Amper een maand na deze contractverlenging kwam wederom een klacht binnen over deze werknemer. Hij zou (ongevraagd) snoep uit een kast bij een klant hebben genomen. Als laatste werd geconstateerd dat deze werknemer op zijn Facebookpagina zeer negatief en discriminerend was over het bedrijf en de collega's. Hij plaatste berichten als: 'ja hoor mag je morgen weer met die zwarte mee, jesus zeg gvd (godverdomme) moet lekker doorgaan zo dan ben ik er gauw klaar mee'. 'Het is getint en het werkt niet hard'? 'Pfff is deze werkdag al om? Ik wil verlost worden van deze mongool wat een gek zeg' (zie rov. 2.3, 2.4 en 2.5).

De werknemer ontving een brief van de werkgever waarin deze drie incidenten stonden beschreven. Verder gaf de werkgever aan dat dergelijke uitlatingen op Facebook uiterst beschadigend kunnen werken voor collega's. Als laatste beschreef deze brief dat door de berichten op Facebook, ook de werkgever in een kwaad daglicht werd geplaatst. Volgens de werkgever was er sprake van een ernstige vertrouwensbreuk die het gevolg had dat van de werkgever in alle redelijkheid niet kon worden verwacht dat de arbeidsovereenkomst nog langer zou voortduren. Vandaar dat de werkgever de kantonrechter heeft verzocht om de arbeidsovereenkomst te ontbinden. Primair wegens een dringende reden en subsidiair op grond van gewijzigde omstandigheden (zie rov. 2.7 en 3.2).

De arbeidsovereenkomst werd door de kantonrechter ontbonden wegens verandering in de omstandigheden (volgens art. 7:685 BW), waarbij een vergoeding voor de werknemer werd vastgesteld volgens de kantonrechtersformule met correctiefactor C=1 (zie rov. 4.7).

²⁴¹ Rb. Ktr. Arnhem 11 april 2012, *Prg.* 2012, 150.

Volgens de kantonrechter had de werkgever er niet zwaar aan getild dat de werknemer in het bijzijn van een klant had gemopperd over de planning van de werkgever. Dit omdat de werkgever de werknemer enkele dagen erna een contractverlenging aanbood (rov 4.3 en 4.4). Het snoepjes-incident, waarbij de werknemer ongevraagd snoepjes uit de kast van een klant pakte, was volgens de rechter onvoldoende aannemelijk gemaakt. Dit omdat het hier een verklaring 'van horen zeggen' betrof waaraan de kantonrechter geen doorslaggevende betekenis toekende (rov. 4.4).

Uit deze uitspraak bij de kantonrechter kan worden geconcludeerd dat vast staat dat de werknemer zich zeer negatief en discriminerend over collega's heeft uitgelaten op Facebook. Met dat gedrag heeft de werknemer zeer laakbaar gehandeld (rov. 4.4). Echter, in het verleden is niet zodanig veel op de werknemer aan te merken geweest dat kan worden aangenomen dat de berichten op Facebook de spreekwoordelijke 'druppel' is die de 'emmer doet overlopen'. De uitlatingen op Facebook zijn niet voldoende om een dringende reden voor een ontslag op staande voet (volgens art. 7:678 BW), zonder eerst een laatste (formele) waarschuwing te geven. Die (formele) waarschuwing is in deze zaak niet aan de werknemer gegeven (zie rov. 4.5).

3.5.6. Hardlooptijden op internet in strijd met re-integratie

In deze zaak voor de kantonrechter te Groningen²⁴² betrof het een werknemer die arbeidsongeschikt was. De werkgever had, middels de bedrijfsarts, een functionele mogelijkheden lijst (FML) opgesteld waarna men tot de conclusie kwam dat de werknemer ongeschikt was tot het uitoefenen van zijn eigen werk, dat er onvoldoende tot weinig passend ander werk bij de eigen werkgever was en dat er werd ingezet op een re-integratie tweede spoor (dat is re-integratie bij een andere werkgever) (zie rov. 1.3 en 1.4).

De werkgever ontdekte dat de werknemer zeer regelmatig deelnam aan hardloopwedstrijden en marathonwedstrijden, zonder toestemming van de werkgever (rov. 1.7). De werknemer stond op internet vermeld als actieve hardloper van wedstrijden (marathons) van minimaal 10 kilometer met een individuele ranking en gemiddelde snelheid van 13 kilometer per uur. Uit individuele scorelijsten, van de werknemer van het afgelopen jaar, bleek dat hij vanaf zijn ziekmelding en gedurende de re-integratieperiode, gemiddeld twee keer per maand had deelgenomen aan een hardloopwedstrijd/marathon, variërend van 10 tot 42 kilometer.

Voor de volledigheid verwijs ik tevens naar het feit dat de werknemer, vanaf de openbare weg was gefilmd, terwijl hij op een steiger werkzaamheden (zware klussen) verrichtte aan zijn woning (onder andere het vervangen van de dakgoten), zonder toestemming van de werkgever (zie rov. 3.5, 3.9 en 3.10). Ook deze zware lichamelijke inspanning achtte de werkgever in strijd met de re-integratieverplichtingen van de werknemer.

Het rennen van de hardloopwedstrijden en de kluswerkzaamheden aan het huis, die volgens de werkgever beide in strijd waren met de re-integratieverplichting (waaronder begrepen het schenden van de mededelingsverplichting), hadden tot gevolg dat de werknemer op staande voet werd ontslagen (hetgeen bij brief werd bevestigd). De werknemer kampte met fysieke klachten waarvoor hij onder behandeling was bij een specialist. De medische klachten bestonden uit pijn in de polsen, handen, nek, schouders en knieën. De werknemer kampte met een constant zeurende pijn waarbij sprake was van toename van de klachten bij belasting van het lichaam (zie rov. 1.7). Het kon niet zo zijn dat de werknemer tijdens het rennen van marathons zijn lichaam zware inspanningen liet verrichten die het re-integratieproces belemmerden terwijl de werknemer anderzijds van zijn werkgever verlangde hem in dienst te houden onder doorbetaling van het loon.

²⁴² Rb. Ktr. Groningen 20 september 2013, JAR 2013, 254.

De werknemer in kwestie stelde dat hij zijn re-integratieverplichtingen niet had geschonden waarbij hij zich beriep op het arrest HR Vixia/Gerrits.²⁴³ Uit dat arrest bleek dat de weigering (of het verzuim) van een werknemer om de door de werkgever vastgestelde (redelijke) voorschriften omtrent de controle bij het ziekteverzuim na te leven, niet een dringende reden tot ontslag op staande voet kon opleveren (in de zin der wet van art. 7:677 lid 1 BW). In datzelfde arrest werd de mogelijkheid niet uitgesloten dat de niet-naleving van de voorschriften, gepaard met andere feiten en omstandigheden, in onderlinge samenhang, het oordeel wettigen dat er sprake was van een dringende reden tot een ontslag op staande voet (in de zin van art. 7:677 lid 1 BW). Dus het schenden van controlevoorschriften in samenhang met aanvullende omstandigheden kon een ontslag op staande voet wel rechtvaardigen (zie rov. 3.7).

De kantonrechter achtte dat de voormelde omstandigheden voor nadere bewijsvoering vatbaar waren en ook in een bodemprocedure door de werkgever moesten worden aangetoond. Zelfs in aanmerking genomen dat het ontslag op staande voet als ultimum remedium diende te gelden. De kantonrechter achtte het niet in voldoende mate waarschijnlijk dat de werknemer in een bodemprocedure in het gelijk zou worden gesteld ten aanzien van de nietigheid van het ontslag evenals de volledige doorbetaling van zijn loon (zie rov. 3.13).

Uit deze uitspraak bij de kantonrechter kan worden geconcludeerd dat bij de vraag of sprake is van een dringende reden voor een ontslag op staande voet alle omstandigheden van het geval dienen te worden afgewogen, waaronder de aard en de ernst van hetgeen de werkgever als dringende reden aanmerkt. Verder kijkt de rechter naar de aard van de dienstbetrekking, de duur daarvan en de wijze waarop de werknemer zijn dienstbetrekking heeft vervuld. Als laatste kijkt de rechter naar de persoonlijke omstandigheden van de werknemer zoals de leeftijd en de gevolgen van het ontslag op staande voet (rov. 3.4).

In deze uitspraak wordt gesproken over het publiceren van hardlooptijden op internet. Helaas wordt uit deze uitspraak niet duidelijk of het gaat om het publiceren van deze gegevens op social media. Maar met deze uitspraak wordt het gevaar van social media wederom onderstreept. Een werknemer die in de ziektewet zit wegens fysieke klachten, maar die vervolgens wel meermaals per maand hardlooptijden op Facebook of Twitter publiceert, loopt het risico dat de werkgever die berichten leest (of daarover wordt getipt door iemand). Dit met alle gevolgen van dien. Deze situatie is ook denkbaar bij een werknemer die zich op vrijdagochtend ziek meldt en de maandag erna nog steeds niet beter is gemeld, terwijl uit Facebook berichten (en/of foto's) blijkt dat deze werknemer op bijvoorbeeld vrijdag- en zaterdagavond wel is wezen stappen met vrienden.

3.5.7. Onderzoek naar aanleiding van bericht op Twitter

Deze uitspraak van de voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag²⁴⁴ hoort officieel niet in dit onderzoek thuis. Dit onderzoek is afgebakend waarbij niet wordt gekeken naar het ambtenarenrecht (zie par1.4). Echter, deze uitspraak is “te mooi” om niet te vermelden.

In deze zaak betrof het een verzoek tot een voorlopige voorziening als reactie op een disciplinaire straf, namelijk het ontslag, tussen een ambtenaar en het college van burgemeesters en wethouders (hierna B&W).

In deze zaak was een (nader) onderzoek ingesteld naar het vermoeden dat medewerkers van een gemeentelijk depot zich schuldig maakten aan diefstal dan wel verduistering van ingezamelde goederen vanaf dat depot. Dit onderzoek werd ingesteld naar aanleiding van een bericht op het social medium Twitter (zie rov. 2.4). Helaas wordt in deze uitspraak niet vermeld wat de exacte inhoud van dat bericht op Twitter was, wie dat bericht plaatste en wie de gemeente daarvan op de hoogte stelde.

²⁴³ HR 8 oktober 2004, NJ 2007, 480 (Vixia/Gerrits).

²⁴⁴ Rb. Den Haag 9 juli 2013, zaaknr. SGR 13/4191.

Het nader onderzoek bestond uit het discreet plaatsen van camera's met zicht op een deel van het depot. Uit de analyse van de camerabeelden bleek dat meerdere werknemers bezig waren met het verzamelen en afvoeren van materialen vanaf het gemeentelijk depot. Uit nadere gesprekken met deze medewerkers bleek dat zij (op grote schaal), zonder toestemming, goederen en materialen hadden meegenomen. Voorts bleek dat ook hun leidinggevend, zonder toestemming, goederen meenamen (zie rov. 2.6). Bij de persoon in deze kwestie bleek dat hij zelf computers, radio's en andere onderdelen, zonder toestemming van zijn leidinggevend had meegenomen (rov. 2.7).

Volgens de rechter waren er, mede naar aanleiding van het Twitter bericht, concrete aanwijzingen dat medewerkers goederen en materialen zonder toestemming van hun leidinggevend ongeoorloofd meenamen en deels te gelde maakten (diefstal en heling). Volgens de rechter was er sprake van plichtsverzuim. De leidinggevende in kwestie had niet adequaat en consequent hier tegen opgetreden (zie rov. 7.1 en 7.2). Gezien de aard en ernst van de verwijtbaarheid van de gedragingen was de voorzieningenrechter van mening dat de opgelegde sanctie, door B&W, namelijk disciplinair strafontslag, niet onevenredig was aan het gepleegde plichtsverzuim (zie rov. 7.6).

Uit deze uitspraak kan worden geconcludeerd dat werkgevers met hun werknemers "meelezen" op social media (of werkgevers worden door andere getipt over berichtgeving op social media). Dit kan tot gevolg hebben dat de werkgever een onderzoek start naar aanleiding van een bericht, met alle gevolgen van dien. Deze uitspraak kan fungeren als waarschuwing voor werkend Nederland.

3.6 Conclusie rechtspraak

In deze paragraaf behandel ik de conclusies, aan de hand van de rechtspraak beschreven in paragraaf 3.5. Middels deze opsomming en beschrijving wordt getracht vuistregels/subregels te creëren (een rode lijn te trekken) die van toepassing zijn op situaties waarbij social media van invloed kan zijn op de arbeidsrelatie tussen de werkgever en de werknemer, bij de beëindiging van de arbeidsovereenkomst.

Als eerste kan van invloed zijn, het overtreden van de gedragscode van een werkgever betreffende het internet- en e-mailbeleid, door het bekijken van pornografisch materiaal op internet, dit levert de schending van de vertrouwensrelatie op (zie paragraaf 3.3.1. van deze scriptie voor de vertrouwensrelatie). Dit geldt zeker voor een leidinggevende functionaris die strikt integer dient te zijn, zeker wanneer deze werknemer een voorbeeldfunctie vervulde en/of de werknemer vertrouwenspersoon was op het gebied van seksuele intimidatie. Deze voorbeeldfunctie is door zijn handelen ernstig geschaad.²⁴⁵

Als tweede kan van invloed zijn, wegens het overtreden van de gedragscode omtrent het gebruik van ICT tijdens de arbeidstijd (zoals het bezoeken van seksueel getinte internetsites en goksites als Unibet), het feit dat de werknemer op de hoogte was van de gedragscode waarmee hij willens en wetens in strijd heeft gehandeld.²⁴⁶

Als derde kan van invloed zijn het feit dat uitlatingen door de werknemer worden geuit op een (intern) forum (het intranet), dat door de werkgever in het leven is geroepen, waarmee de werkgever zijn werknemers heeft uitgenodigd tot het voeren van een interne discussie. In deze situatie is er geen sprake van een dringende reden voor een rechtsgeldig ontslag op staande voet.

Doordat de werknemer zich kritisch en soms ook cynisch heeft uitgelaten over de werkgever, heeft de werknemer de grens van het goed werknemerschap opgezocht, alsmede door de

²⁴⁵ Rb. Ktr. Emmen 23 januari 2002, JAR 2002, 73.

²⁴⁶ Rb. Ktr. Arnhem 27 maart 2012, LJN BW0238.

continuering van dergelijke uitlatingen, ook nadat de werknemer door de werkgever in niet mis te verstane bewoordingen is gesommeerde deze uitlatingen achterwege te laten (een formele waarschuwing).

Echter, de werkgever dient een bepaalde mate van kritiek van werknemers, op het door de werkgever gevoerde beleid, te accepteren, op grond van het recht van de vrijheid van meningsuiting (zie paragraaf 2.3 van deze scriptie voor de vrijheid van meningsuiting). Dit is zeker het geval indien deze kritiek geuit wordt op een forum dat enkel voor werknemers toegankelijk is (een voor het publiek afgeschermd intranet).²⁴⁷

Als vierde kan van invloed zijn het feit dat berichten die zijn geplaatst op social media (zoals Facebook, Twitter of LinkedIn), dus voor het publiek toegankelijk, over de werkgever, leidinggevende of collega, niet de vrijheid van meningsuiting op van toepassing is. De vrijheid van meningsuiting wordt begrensd door de beginselen van zorgvuldigheid die door de werknemer in acht dienen te worden genomen. Ook hier speelt het goed werknemerschap van art. 7:611 BW (zie paragraaf 2.7) een rol, de werknemer behoort geen negatieve berichten op social media te plaatsen. Social media is geen privé domein, het privé karakter van social media is 'betrekkelijk'. Dit omdat berichten kunnen worden gedeeld waardoor de berichten kunnen worden gelezen door andere mensen dan jouw 'vrienden'.²⁴⁸

Als vijfde kan van invloed zijn dat, indien een werknemer zich zeer negatief en discriminerend heeft uitgelaten op Facebook (dit kan ook op een ander social medium) over zijn collega's (werkgever of leidinggevende), deze werknemer zeer laakbaar handelt. Echter, indien de werknemer in het verleden van onbesproken gedrag is geweest (er is dan dus geen sprake van de 'druppel die de emmer doet overlopen') heeft dit tot gevolg dat er geen dringende reden voor een ontslag op staande voet is zonder dat eerst aan deze werknemer een (laatste) formele waarschuwing is gegeven (zie paragraaf 2.4.3 van deze scriptie).²⁴⁹

Als laatste kan van invloed zijn dat, bij de vraag of er sprake is van een ontslag op staande voet, de rechter alle omstandigheden van het geval dient af te wegen. Hierbij kijkt de rechter naar de aard en ernst van hetgeen de werkgever als dringende reden aanmerkt. Verder kijkt de rechter naar de aard en duur van de dienstbetrekking, en de wijze waarop de werknemer zijn dienstbetrekking heeft vervuld. Als laatste kijkt de rechter naar de persoonlijke omstandigheden aan de zijde van de werknemer; zoals zijn leeftijd en de (directe) gevolgen van het ontslag op staande voet.²⁵⁰

De conclusies uit deze paragraaf zijn dat er verschillende factoren van invloed kunnen zijn op de vraag of een ontslag op staande voet wegens een dringende reden terecht is gegeven, of de ontbinding van de arbeidsovereenkomst door de kantonrechter wegens gewichtige redenen wordt verleend.

Een factor die hierop van invloed kan zijn, waarnaar een rechter bij een dergelijke zaak kijkt, is of er sprake is van schending van een vertrouwensrelatie. Gaat het bijvoorbeeld om een leidinggevende die strikt integer dient te zijn omdat hij/zij een voorbeeldfunctie vervult of om een "gewone" werknemer?

Een andere factor kan worden gevonden in het feit dat de werknemer willens en wetens in strijd heeft gehandeld met een gedragscode waarvan hij op de hoogte was.

Weer een andere factor is gelegen in het feit dat de werknemer een bepaalde mate van kritiek mag leveren op de werkgever en op het door de werkgever gevoerde beleid. Dit dient de werkgever dan ook te accepteren, op grond van het recht van de vrijheid van meningsuiting aan de zijde van de werknemer. Zeker indien deze kritiek plaatsvindt op een intern, enkel voor werknemers toegankelijk (en dus niet voor het publiek), intranet (dat door de werkgever is

²⁴⁷ Rb. Vr. Leeuwarden 6 april 2011, *RAR* 2011, 93.

²⁴⁸ Rb. Ktr. Arnhem 19 maart 2012, *Prg.* 2012, 125 (*Blokker*).

²⁴⁹ Rb. Ktr. Arnhem 11 april 2012, *Prg.* 2012, 150.

²⁵⁰ Rb. Ktr. Groningen 20 september 2013, *JAR* 2013, 254.

ingeroepen). Deze vrijheid van meningsuiting hoeft de werkgever niet te accepteren indien de kritiek door de werknemer wordt geuit op een voor iedereen (publiekelijk) toegankelijk social medium. Dit omdat social media geen privédomein is.

Verder dient te worden gekeken naar de situatie waarin een werknemer op een voor publiek toegankelijk social medium zich negatief en/of discriminerend heeft uitgelaten, waarmee deze werknemer laakbaar heeft gehandeld. Echter, zonder dat eerst aan de werknemer een (laatste) formele waarschuwing is gegeven heeft de werkgever geen recht om deze werknemer op staande voet te ontslaan of de ontbinding bij de kantonrechter te verzoeken.

Bij dit laatste kijkt de rechter naar alle omstandigheden van het geval. Hierbij kijkt hij naar de aard en ernst van hetgeen de werkgever als dringende reden aanmerkt. Ook kijkt de rechter naar de aard, de duur en de wijze waarop de dienstbetrekking is ingevuld. Tot slot kijkt de rechter ook naar de persoonlijke omstandigheden zoals de leeftijd en de (directe) gevolgen voor de werknemer.

Hoofdstuk 4. Social media in strijd met een beding in de arbeidsovereenkomst

Zodra de arbeidsrelatie tussen de werknemer en de werkgever is geëindigd kan worden gekeken naar de contacten die de ex-werknemer, via social media, heeft opgebouwd. Het contact zoeken of het contact behouden/onderhouden met deze zakelijke relaties kan een overtreding opleveren van een door de werknemer en werkgever overeengekomen concurrentie- en/of relatiebeding. Dit beding kan door de ex-werknemer worden overtreden indien (i) de ex-werknemer de contacten van zijn ex-werkgever via social media benadert, of indien (ii) de ex-werknemer zijn 'eigen' contacten, die hij gedurende zijn arbeidsovereenkomst heeft opgebouwd, benadert via social media. Voornamelijk bij de tweede situatie is het de vraag aan wie de via social media opgebouwde contacten toebehoren, omdat deze tijdens het dienstverband zijn opgebouwd.

Een mogelijkheid om deze problematiek te verkleinen kan via een apart 'opschoonbeding' dat wordt opgenomen in de arbeidsovereenkomst. In dit beding wordt bepaald dat de werkgever en de werknemer op de laatste werkdag gezamenlijk het social media account van de werknemer doornemen en de zogenaamd 'verboden' relaties verwijderen. Dit 'opschoonbeding' is voornamelijk van toepassing op het LinkedIn account van de werknemer, dit omdat LinkedIn wordt gezien als een zakelijk social medium. Door het 'opschoonbeding' wordt het opschoonen van het social media account onderdeel van de 'exitprocedure' van de werknemer. Zodoende kan er, indien de werknemer en de werkgever in goede orde uit elkaar gaan, in goed onderling overleg over bepaalde twijfelgevallen van zakelijke contacten worden overlegd. Dit is altijd beter dan achteraf een juridische procedure te moeten voeren.²⁵¹

In onderstaand hoofdstuk wordt ingegaan op de vraag betreffende het gebruik van social media na de beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Er wordt beschreven op welke manier een werknemer, na afloop van de arbeidsovereenkomst, kan worden beperkt in het gebruik van social media (het contact maken of behouden/onderhouden met zakelijke klanten van de ex-werkgever). Verder wordt beschreven wat de consequenties zijn indien de werknemer zich niet houdt aan deze beperkingen.

De vraag die in deze paragraaf wordt beantwoord is: Onder welke omstandigheden kan het gebruik van social media in strijd zijn met een recht van de werkgever na afloop van de arbeidsovereenkomst?

In dit hoofdstuk wordt eerst een beschrijving gegeven van het (wettelijk geregeld) concurrentiebeding en het (niet wettelijk geregeld) relatiebeding. Vervolgens worden de hoofdlijnen uit de rechtspraak beschreven waarbij het gebruik van social media in strijd is met een recht van de werkgever na afloop van de arbeidsovereenkomst. Daarbij wordt eerst het begrip actief werven (via social media) beschreven. Vervolgens wordt gekeken naar de mogelijkheid tot het wel of niet overtreden van een relatiebeding via Twitter. Dit wordt gevolgd door een paragraaf die de overtreding van een relatiebeding via Facebook beschrijft en een paragraaf die de overtreding van een relatiebeding via LinkedIn beschrijft. In de laatste rechtspraak paragraaf wordt beschreven in welk geval geen sprake is van het overtreden van een relatiebeding via social media.

Het hoofdstuk wordt afgesloten met een concluderende paragraaf over de hoofdlijnen die kunnen worden getrokken uit de rechtspraak paragraaf.

4.1 Het concurrentiebeding

In deze paragraaf wordt het concurrentiebeding van art. 7:653 BW behandeld. Deze mogelijkheid van de werkgever, om de werknemer na afloop van zijn dienstverband te beperken in zijn bevoegdheid om na het einde van de arbeidsovereenkomst op zekere wijze werkzaam te zijn, wordt afgezet tegen het belang van de werknemer met zijn recht op de vrije

²⁵¹ Thole 2012, p. 12.

keuze van arbeid (volgens art. 19 lid 3 Grw.). Verder wordt in deze paragraaf een uitspraak van het gerechtshof behandeld waaruit blijkt dat een concurrentiebeding niet uitdrukkelijk in de individuele arbeidsovereenkomst hoeft te zijn opgenomen. Als laatste worden in deze paragraaf twee stromingen behandeld met betrekking tot de verlenging van de arbeidsovereenkomst en een daarbij behorend concurrentiebeding. Hierbij gaat het om de 'contractuele leer' en de 'ruime leer'. Dit wordt gevolgd door de mogelijkheid van de rechter om een concurrentiebeding geheel of gedeeltelijk te vernietigen.

Het is voor een werkgever vaak noodzaak om te voorkomen dat een ex-werknemer na het beëindigen van de arbeidsovereenkomst belangrijke bedrijfsgegevens of zakelijke relaties meeneemt naar een nieuwe werkgever, of deze zakelijke relaties zelfs gebruikt als zelfstandige ondernemer. Deze bescherming van belangrijke bedrijfsgegevens is om goodwill, kennis en de door de werkgever gedane investeringen veilig te stellen.²⁵² Hier tegenover staan de belangen van de ex-werknemer om na het einde van de arbeidsovereenkomst werkzaam te zijn bij een werkgever naar eigen keuze. Een van de kernbeginselen van ons overeenkomstenrecht, het beginsel van contractsvrijheid, zal het uitgangspunt moeten zijn. De achterliggende gedachte daarvan is dat iedere Nederlander recht heeft op vrije keuze van arbeid, hetgeen is neergelegd in art. 19 lid 3 Grw. Dit wettelijk recht kan bij wet of een daarop berustend voorschrift worden beperkt. Het recht op vrije keuze van arbeid kan middels een concurrentiebeding direct belemmerd worden. De gebruikte term 'bij of krachtens de wet' duidt erop dat de beperking herleidbaar dient te zijn tot een specifieke formele wetsbepaling die de bevoegdheid tot inperken verleent. Het recht op vrijheid van arbeidskeuze is een rechtstreeks werkend recht (en dus in rechte afdwingbaar), dit grondrecht heeft horizontale werking.²⁵³ Voor een omschrijving van horizontale werking van grondrechten wordt verwezen naar paragraaf 2.2 van deze scriptie. Een onderdeel van de contractsvrijheid is de mogelijkheid dat de werkgever en de werknemer een concurrentiebeding met elkaar afsluiten. Deze mogelijkheid is door de wetgever opgenomen in art. 7:653 lid 1 BW. Deze wettelijke bepaling is een (toegestane) beperking op art. 19 lid 3 Grw. (de vrijheid van arbeidskeuze).²⁵⁴ In het concurrentiebeding wordt niet alleen gekeken naar de aard van de werkzaamheden maar ook naar de tijdsduur (hoelang duurt het beding) en de plaats (een stad, een provincie of een deel van het land). Het concurrentiebeding moet dus een geldingsduur, geografische en functionele reikwijdte bevatten.²⁵⁵

Het gerechtshof te 's-Hertogenbosch vond dat een dergelijk beding niet uitdrukkelijk in de individuele arbeidsovereenkomst diende te zijn opgenomen. Ondertekening van een document dat verwees naar het concurrentiebeding was volgens het hof voldoende.²⁵⁶ Indien de werknemer een arbeidsovereenkomst ondertekende waarin werd verwezen naar algemene arbeidsvoorwaarden (die aan de werknemer schriftelijk ter beschikking waren gesteld) met daarin een concurrentiebeding opgenomen, was voldoende om aan het schriftelijkheidsvereiste te voldoen, waarna het concurrentiebeding geldig was (mits de werkgever ook aan de andere vereisten had voldaan).²⁵⁷

Er zijn in de rechtspraak twee stromingen te ontwaren met betrekking tot verlenging van de arbeidsovereenkomst en het concurrentiebeding. Volgens de eerste stroming, ook wel de 'contractuele leer' (de preciezen), is bij iedere (stilzwijgende) voortzetting of omzetting van de arbeidsovereenkomst sprake van een nieuwe arbeidsovereenkomst waardoor het concurrentiebeding opnieuw dient te worden overeengekomen. Volgens de tweede stroming, ook wel de 'ruime leer' (de rekkelijken), dient te worden gekeken naar de rechtsverhouding en

²⁵² Van Drongelen e.a. 2013, p. 43 en 44.

²⁵³ Van Drongelen e.a. 2013, p. 58; Nieuwenhuis e.a. 2011, p. 3699; HR 1 juli 1997, *JAR* 1997, 201.

²⁵⁴ Van Drongelen e.a. 2013, p. 43.

²⁵⁵ Van Drongelen e.a. 2013, p. 19, 21, 42, 47 en 48; Van Grinsven 2007, p. 85 en 86.

²⁵⁶ Hof 's-Hertogenbosch 4 mei 2004, *JAR* 2004, 286 m.nt. Knipschild.

²⁵⁷ Nieuwenhuis e.a. 2011, p. 3700; HR 28 maart 2008, *JAR* 2008, 113 m.nt. Vegter.

in hoeverre deze ingrijpend wordt gewijzigd waardoor het concurrentiebeding zwaarder is gaan drukken. Dit heeft tot gevolg dat het beding opnieuw schriftelijk dient te worden overeengekomen. De gerechtshoven hanteren de 'ruime leer' waardoor bij een verlenging van de arbeidsovereenkomst (voor bepaalde tijd of bij omzetting naar onbepaalde tijd) het in beginsel niet noodzaak is om het concurrentiebeding opnieuw schriftelijk vast te leggen. Dit is anders wanneer de verlenging (of voortzetting) van de arbeidsovereenkomst een zo ingrijpende wijziging van de arbeidsverhouding met zich meebrengt, dat het concurrentiebeding aanmerkelijk zwaarder is gaan drukken.²⁵⁸

De rechter kan op grond van art. 7:653 lid 2 BW een concurrentiebeding geheel of gedeeltelijk vernietigen. De reden is dat in verhouding tot het te beschermen belang aan de zijde van de werkgever, de werknemer door dat beding onbillijk wordt behandeld. Het gaat hierbij om een belangenafweging. Bij de gedeeltelijke vernietiging kan de rechter de tijdsduur van het concurrentiebeding terug brengen, de niet toegestane werkzaamheden beperken of ingrijpen in het geografisch gedeelte van het beding. De gedeeltelijke vernietiging van het concurrentiebeding, door de rechter, kan ook betrekking hebben op de daaraan gekoppelde boete. Op grond van art. 6:94 BW kan de rechter deze boete slechts matigen als deze evident onbillijk is.²⁵⁹

Uit deze paragraaf kan worden geconcludeerd dat een concurrentiebeding wordt overeengekomen om te voorkomen dat een ex-werknemer na het beëindigen van de arbeidsovereenkomst belangrijke bedrijfsgegevens of zakelijke relaties meeneemt naar een nieuwe werkgever of deze zakelijke relaties gebruikt als zelfstandig ondernemer. Tegenover dit belang van de werkgever staat het belang van de werknemer dat is neergelegd in art. 19 lid 3 Grw. (de vrije keuze van arbeid).

Verder kan uit deze paragraaf worden geconcludeerd dat een dergelijk beding niet uitdrukkelijk in de individuele arbeidsovereenkomst hoeft te zijn opgenomen. De ondertekening van een document (de arbeidsovereenkomst) dat verwijst naar algemene arbeidsvoorwaarden waarin een concurrentiebeding is opgenomen, is voldoende om de werknemer te binden.

Tevens kan uit deze paragraaf worden geconcludeerd dat er twee stromingen zijn met betrekking tot verlenging van de arbeidsovereenkomst en het daarbij behorende concurrentiebeding. Enerzijds is er de stroming van de 'contractuele leer'. Volgens deze stroming dient bij iedere (stilzwijgende) voortzetting of omzetting van de arbeidsovereenkomst het concurrentiebeding opnieuw te worden overeengekomen. Anderzijds is er de stroming van de 'ruime leer'. Volgens deze stroming dient te worden gekeken naar de rechtsverhouding en in hoeverre deze ingrijpend wordt gewijzigd waardoor het concurrentiebeding zwaarder gaat drukken (met als gevolg dat het concurrentiebeding opnieuw dient te worden overeengekomen). De stroming van de 'ruime leer' wordt door gerechtshoven gehanteerd. Om willekeur tegen te gaan verdient het de aanbeveling om de stroming van 'de ruime leer' tevens bij rechtbanken toe te passen en dit zelfs te verankeren in een wetsbepaling.

²⁵⁸ Ter Haseborg en Zillinger Molenaar 2013, p. 1; Hof Arnhem 21 augustus 2012, *LJN* BX4721; Hof Leeuwarden 10 april 2012, *LJN* BW1709; Hof Amsterdam 4 oktober 2011, *LJN* BU6406; Hof 's-Gravenhage 7 juni 2011, *LJN* BQ7639; Hof 's-Hertogenbosch 7 juni 2011, *JAR* 2011, 206.

²⁵⁹ Van Drongelen e.a. 2013, p. 52 en 54; Van Genderen e.a. 2012, p. 304 en 306; Van Grinsven 2007, p. 86; Nieuwenhuis e.a. 2011, p. 3701 en 3703; Hof Arnhem 9 juni 2009, *LJN* BI8778; Hof 's-Hertogenbosch 31 maart 2009, *LJN* B0670; Rb. Vrz. 's-Hertogenbosch 3 juli 2008, *LJN* BD7746; Rb. Ktr. Zwolle 22 december 2009, *LJN* B9047; Hof 's-Gravenhage 8 mei 2008, *JAR* 2008, 143; Rb. Ktr. Haarlem 11 februari 2009, *LJN* BH3468; Hof Leeuwarden 12 mei 2009, *LJN* B6762.

4.2 Het relatiebeding

In deze paragraaf wordt het relatiebeding behandeld. Het relatiebeding beperkt de werknemer indirect in de vrijheid van arbeidskeuze doordat de werknemer niet vrij is om contact op te nemen met zakelijke relaties van de ex-werkgever. Het relatiebeding is niet wettelijk geregeld. De strekking van het relatiebeding is dat de werknemer binnen een bepaalde tijd, na afloop van de arbeidsovereenkomst, geen contact mag hebben of zoeken met relaties (al dan niet specifiek aangegeven relaties) van de ex-werkgever.²⁶⁰

Daar waar bij een concurrentiebeding sprake is van directe belemmering van de vrijheid van arbeidskeuze is bij een relatiebeding sprake van indirecte belemmering van de vrijheid van arbeidskeuze. Dit omdat niet de arbeid zelf het onderwerp van het beding is, maar het gaat om het contact opnemen met relaties van de ex-werkgever.²⁶¹

Een relatiebeding hoeft niet enkel betrekking te hebben op klanten van de werkgever. Dit kan ook van toepassing zijn op opdrachtnemers of (schaars) personeel van de werkgever, met wie de werknemer na het einde van de arbeidsovereenkomst geen samenwerking mag aangaan (of zelfs geen contact mee mag hebben).²⁶²

Het is mogelijk dat een concurrentiebeding wordt gematigd tot een relatiebeding om de ex-werknemer zijn vrijheid van arbeidskeuze te geven.²⁶³

De manier waarop contact kan worden gezocht door de ex-werknemer met zakelijke relaties van de ex-werkgever gaat met de tijd mee. Daar waar dat contact voorheen bestond uit telefonisch contact, per brief of het opzoeken van de klant bestaat dat tegenwoordig uit contact per e-mail of social media (zoals via LinkedIn of Facebook).²⁶⁴

Indien het relatiebeding onredelijk bezwarend is voor de ex-werknemer, dan kan dit beding door de rechter worden vernietigd op grond van de redelijkheid en billijkheid (via art. 6:248 BW) zoals het hof in Amsterdam deed.²⁶⁵ Dit omdat (net zoals bij het concurrentiebeding) het relatiebeding steeds zwaarder gaat drukken op de werknemer. De kring van (ex)relaties van zowel de onderneming als van de werknemer wordt alsmaar groter naarmate de werknemer langer werkzaam is binnen die onderneming.²⁶⁶

Uit deze paragraaf kan worden geconcludeerd dat daar waar bij een concurrentiebeding sprake is van directe belemmering van de vrijheid van arbeidskeuze, is bij een relatiebeding sprake van indirecte belemmering van de vrijheid van arbeidskeuze. Dit omdat niet de arbeid zelf het onderwerp van het beding is, maar het gaat om het contact opnemen met relaties van de ex-werkgever. Verder kan worden geconcludeerd dat het mogelijk is dat een concurrentiebeding wordt gematigd tot een relatiebeding om de ex-werknemer zijn vrijheid van arbeidskeuze te geven. Als laatste kan worden geconcludeerd dat indien het relatiebeding onredelijk bezwarend is voor de ex-werknemer, dit beding door de rechter kan worden vernietigd op grond van de redelijkheid en billijkheid (via art. 6:248 BW).

4.3 Hoofdpijnen uit de rechtspraak

In deze paragraaf behandel ik de hoofdpijnen uit de rechtspraak met betrekking tot het gebruik van social media na de beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Hierbij gaat het om het overtreden van een concurrentie- en/of een relatiebeding dat tussen de werkgever en de

²⁶⁰ Van Drongelen e.a. 2013, p. 20 en 57; Asser/Heerma van Voss 7-V 2012, nr. 221.

²⁶¹ Van Drongelen e.a. 2013, p. 58; De Wolff 2010 p. 4.

²⁶² De Wolff 2010, p. 4.

²⁶³ Van Genderen e.a. 2012, p. 304 en 305; Hof Amsterdam 28 juli 2006, NJ 2006, 132; Rb. Ktr. Zaandam 16 maart 2010, LJN BM0542.

²⁶⁴ Van Drongelen e.a. 2013, p. 58.

²⁶⁵ Hof Amsterdam 8 maart 2001, JAR 2001, 66; Thole en Engelfriet 2012, p. 11.

²⁶⁶ Van Drongelen e.a. 2013, p. 58; HR 4 april 2003, JAR 2003, 107 (Ghisyan/LAN-Alyst).

werknemer is overeengekomen. Dit kan voorafgaand (bij de ondertekening van de arbeidsovereenkomst) zijn overeengekomen of achteraf zodra de werknemer en de werkgever besluiten de arbeidsovereenkomst te beëindigen (in een vaststellingsovereenkomst).

Onderstaand wordt beschreven wat precies wordt verstaan onder het actief werven via social media. Verder wordt beschreven wanneer een te beschermen belang, aan de zijde van de (ex) werkgever, dient te wijken indien de ex-werknemer onbillijk wordt benadeeld door een overeengekomen beding. Vervolgens wordt in deze paragraaf beschreven wanneer wel, en onder welke omstandigheden, het plaatsen van een Twitter bericht wordt gerekend tot het onderhouden van zakelijke contacten (met als gevolg, het overtreden van een relatiebeding). Daarna volgt een beschrijving van wat wordt verstaan onder normaal contact tussen vrienden (informeel, in de privésfeer) en de gevolgen wanneer dat contact een zakelijk karakter heeft. Als laatste wordt beschreven wat de gevolgen zijn indien de connectie tussen ex-werknemer en de zakelijke relatie reeds bestond ten tijde van de arbeidsovereenkomst en wat de gevolgen zijn als deze connectie pas tot stand is gekomen na afloop van de arbeidsovereenkomst.

De conclusies uit deze paragraaf worden beschreven in paragraaf 4.4.

4.3.1 Actief werven via social media

Bij het hof te Amsterdam ging het om de uitleg van 'actief werven' via social media.²⁶⁷ In deze zaak was er sprake van de partijen USG en YER die beide actief waren in de markt van werving en selectie van hoger opgeleid personeel. Op het moment dat een werknemer ontslag nam bij USG om vervolgens een arbeidsovereenkomst met YER te tekenen besloten USG en YER om een vaststellingsovereenkomst op te stellen. Dit omdat die desbetreffende werknemer een concurrentiebeding in zijn arbeidsovereenkomst had staan dat een dergelijke overstap verbood. In de vaststellingsovereenkomst (tussen USG en YER) werd bepaald dat het YER niet was toegestaan actief te werven onder medewerkers van USG. Het concurrentiebeding met de desbetreffende werknemer werd gematigd en tussen USG en YER werd een relatiebeding overeengekomen (zie rov. 3.2 en 3.3).

In datzelfde jaar, waarin de vaststellingsovereenkomst werd opgesteld, heeft een werknemer van YER vier werknemers van USG, via LinkedIn, uitgenodigd om eens van gedachten te wisselen over een mogelijke overstap naar YER. Deze vier benaderde werknemers hadden een account bij LinkedIn waarop men had aangegeven open te staan voor informatie over andere banen (zie rov. 3.4). Verder werd naar twee werknemers van USG via het social medium Hyves een bericht gestuurd met een functieprofiel, vanuit een Werving & Selectie Consultant van YER (zie rov. 3.6).

Volgens YER was het verzenden van e-mails door haar werknemers aan werknemers van USG niet te kwalificeren als 'actief werven' zoals omschreven in de vaststellingsovereenkomst. Volgens YER maakten deze e-mails onderdeel uit van een grotere hoeveelheid e-mails (circa honderd) die YER in die periode heeft verzonden aan mensen in de arbeidsbemiddelingsbranche. Verder voerde YER aan dat de werknemers van USG die waren benaderd, een account hadden op LinkedIn waarop men heeft aangegeven geïnteresseerd te zijn in 'job inquiries en career opportunities'. Hiermee gaven die werknemers aan open te staan voor een nieuwe baan of een nieuwe werkomgeving. Als laatste vermeldt YER dat de verzonden e-mails enkel bedoeld waren om eens van gedachten te wisselen (zie rov. 3.8).

Het gerechtshof stelde voorop dat het onvoldoende aannemelijk was dat de betrokken werknemers van USG, door op LinkedIn de genoemde functies te activeren, respectievelijk niet te deactiveren, daarmee te kennen gaven op zoek te zijn naar een andere baan. Zodra YER de werknemers individueel benaderde werden de werknemers van USG op het idee

²⁶⁷ Hof Amsterdam 24 juli 2008, JAR 2008, 313.

gebracht om te solliciteren, waartoe ze zonder uitnodiging niet zouden zijn overgegaan, aldus het gerechtshof (zie rov. 3.11).

Het gerechtshof was van oordeel dat hier sprake was van 'actief werven' omdat YER het initiatief nam om mensen op individuele basis te benaderen. Hiervan zou geen sprake zijn geweest indien men een advertentie voor een vacature in een dag- of vakblad had geplaatst. Tegenwoordig wordt een vacature online, op internet of via social media, geplaatst. Volgens het gerechtshof was bij 'actief werven' geen sprake van 'enig concreet op de desbetreffende persoon gesneden aanbod'. De verzonden 'algemene' e-mail (waarvan YER in die periode er circa honderd had verstuurd) kon worden aangemerkt als 'actief werven' waarmee YER toerekenbaar tekort was geschoten in de nakoming van de overeenkomst (zie rov. 3.13).

Als laatste merkte het gerechtshof op dat het op de weg van YER was gelegen alle bij haar/voor haar werkzame personen op de hoogte te stellen van het verbod uit de vaststellingsovereenkomst. Hieronder ressorteerde ook een stagiair die niet op de hoogte was van een naar alle relevante werknemers verzonden instructie om zich te onthouden van het werven van bij USG werkzame personen (zie rov. 3.18 en 3.19).

Uit deze uitspraak bij het hof te Amsterdam kan worden geconcludeerd dat onder actief werven wordt verstaan het initiatief nemen om mensen op individuele basis te benaderen via e-mail, Facebook of een ander social medium. Hierbij hoeft volgens het gerechtshof geen sprake te zijn van enig concreet op die desbetreffende persoon gesneden aanbod. Volgens het gerechtshof is het verzenden van een 'algemene' e-mail, Facebook of LinkedIn bericht voldoende om toerekenbaar tekort te schieten in de nakoming van een overeenkomst (waarin een relatiebeding is opgenomen). Het plaatsen van een advertentie voor een vacature in een dag- of vakblad, of tegenwoordig het plaatsen van een vacature online op internet of op social media, behoort volgens het gerechtshof niet tot actief werven. Hierbij gaat het dus niet om het toezenden van een algemene vacature aan bepaalde (geselecteerde) personen (vrienden van Facebook of connecties op LinkedIn) maar om het plaatsen van een algemene vacature (op jouw eigen profiel) die zichtbaar is voor alle vrienden en connecties.

4.3.2. Geen overtreding van het relatiebeding via Twitter

Bij het hof te 's-Gravenhage betrof het een werknemer die in de arbeidsovereenkomst was gebonden aan een concurrentiebeding.²⁶⁸ Dit beding had een duur van 12 maanden (na beëindiging van het dienstverband) voor een werknemer die voornemens was om een gelijksoortige functie bij een concurrent van de werkgever te bekleden of vanuit een eigen onderneming, binnen een straal van 45 kilometer van het huidige kantooradres van de ex-werkgever, een gelijksoortig product aan te bieden. Volgens het beding was een concurrent een organisatie die op hetzelfde gebied opereerde, te weten intermediaire personele dienstverlening van financiële medewerkers en interim financieel professionals en financieel consultancy (zie rov. 3.2).

De (ex) werknemer had zijn arbeidsovereenkomst opgezegd en was bij een concurrent in dienst getreden waarna de (ex) werknemer schorsing van het concurrentiebeding had gevorderd, hetgeen door de kantonrechter werd toegewezen (zie rov. 4 en 5). Hiertegen ging de ex-werkgever in hoger beroep, waarbij men vernietiging van het vonnis vorderde en een verklaring dat het overeengekomen concurrentiebeding ten volle zou worden gehandhaafd (zie rov. 6).

Volgens het gerechtshof was het voldoende aannemelijk dat de nieuwe werkgever een concurrent was van de ex-werkgever. Hoewel de werkwijze verschillend was en de markten elkaar niet volledig overlaptten 'visten beide partijen in dezelfde vijver' (zie rov. 7).

²⁶⁸ Hof 's-Gravenhage 21 februari 2012, *Prg.* 2012, 127, *RAR* 2012, 87, *JAR* 2012, 129 m.nt. Bungener.

De ex-werkgever had in beginsel het recht zich op het concurrentiebeding te beroepen. Dit zou niet het geval zijn indien in verhouding tot het te beschermen belang aan de zijde van ex-werkgever, de ex-werknemer onbillijk zou worden benadeeld door dat concurrentiebeding (zie rov. 9).

Volgens het gerechtshof was hier sprake van het feit dat bij het te beschermen belang (aan de zijde van de ex-werkgever) de ex-werknemer onbillijk werd benadeeld door het concurrentiebeding. Omdat de werknemer door de indiensttreding bij de concurrent zich kon verbeteren en ontwikkelen (door een positieverbetering) waarbij de werknemer een hoger salaris en omvangrijkere emolumenten verkreeg. Daarnaast had de werknemer meer carrièremogelijkheden. Het belang van de werknemer, om bij de concurrent werkzaam te zijn, woog dermate zwaar dat het belang van de ex-werkgever moest wijken (zie rov. 11, 12, 13 en 14). Het tussen partijen overeengekomen relatie- en geheimhoudingsbeding hield wel stand.

Doordat de werknemer een oproep plaatste op Twitter, in de richting van zzp'ers op het gebied van finance, begaf hij zich 'op glad ijs' met betrekking tot het relatiebeding. Echter, er was nog geen sprake van het 'onderhouden van zakelijke contacten' zoals dat door het relatiebeding werd verboden. Het 'volgen' op Twitter werd door de rechter gezien als een eenzijdige actie die vanuit de volger kwam. Een uitnodiging of een acceptatie van die volger was (anders dan bij Facebook of LinkedIn) niet nodig. Het ging bij een Twitterbericht om een moderne vorm van adverteren, die gericht was op gegadigden voor werk, die zich (doorgaans) bij meerdere bedrijven hadden ingeschreven om op de hoogte te worden gehouden van vacatures (zie rov. 14).

Uit deze uitspraak bij het gerechtshof kan worden geconcludeerd dat het te beschermen belang bij de (ex) werkgever, dient te wijken indien de ex-werknemer onbillijk wordt benadeeld door een tussen partijen overeengekomen concurrentiebeding. Het belang van de werknemer weegt dermate zwaar dat het belang van de (ex) werkgever dient te wijken. Dit omdat de ex-werknemer door de indiensttreding bij een andere werkgever (een concurrent van de ex-werkgever) zich financieel kan verbeteren (door een hoger salaris en andere omvangrijkere emolumenten) en zich verder kan ontwikkelen in zijn carrièremogelijkheden (door een positieverbetering).

Verder kan uit deze uitspraak bij het gerechtshof worden geconcludeerd dat het plaatsen van een bericht op Twitter niet wordt gerekend tot het onderhouden van zakelijke contacten (dat door een relatiebeding wordt verboden). Dit omdat het bij een Twitterbericht gaat om een moderne variant van adverteren en omdat het volgen op Twitter een eenzijdige actie is waarvoor geen acceptatie van een uitnodiging tot het volgen nodig is. Hierbij kan worden verwezen naar de uitspraak van het hof te Amsterdam²⁶⁹ die bepaalde dat het online plaatsen van een algemene vacature op social media (dus niet concreet op een desbetreffende persoon gesneden aanbod) niet behoort tot actief werven. Zie paragraaf 4.3.1.

4.3.3. Wel overtreding van het relatiebeding via Twitter

Bij de rechtbank te Arnhem betrof het de vraag of een ex-werknemer het relatiebeding met de ex-werkgever had overtreden door na afloop van de arbeidsovereenkomst correspondentie te hebben gehad via e-mail en Twitter, met zakelijke relaties.²⁷⁰

De werknemer had het dienstverband op 1 juli 2011 bij de werkgever beëindigd. De ex-werknemer was in dienst in de functie van Adviseur Werving & Selectie en had een in de arbeidsovereenkomst opgenomen relatiebeding (met bijbehorend boetebeding). De ex-werknemer was vervolgens als recruiter bij een nieuwe werkgever gaan werken (zie rov. 2.1).

²⁶⁹ Hof Amsterdam 24 juli 2008, JAR 2008, 313.

²⁷⁰ Rb. Vrz. Arnhem 24 november 2011, LJN BU7469, JAR 2012, 64.

In artikel 14 van de arbeidsovereenkomst was een relatiebeding opgenomen waarin stond dat de werknemer zich gedurende één jaar na einde dienstverband diende te onthouden van zakelijke contacten, op welke wijze en onder welke benaming dan ook, met relaties van de ex-werkgever. Relaties waren in dezen zakelijke relaties van de ex-werkgever waarmee op het moment van het einde van de arbeidsovereenkomst zaken werden gedaan of in de periode van twee jaar daaraan voorafgaand had gedaan. Zakelijke relaties (contacten) waren in dit verband het acquireren in de ruimste zin des woords dan wel betrokken zijn bij een dergelijke acquisitie met betrekking tot producten, artikelen dan wel diensten van ex-werkgever (zie rov. 2.2).

Enkele dagen voor het einde van zijn dienstverband had de ex-werknemer aan de zakelijke relaties (waaronder ook de heren X en Y) per e-mail laten weten dat hij per 1 juli 2011 niet meer werkzaam was bij de ex-werkgever (rov. 2.4). De heren X en Y stonden in de database van de ex-werkgever toen de ex-werknemer daar nog werkzaam was (zie rov. 2.3).

In aansluitende correspondentie met de heer X, per e-mail en Twitter, stelde de ex-werknemer aan X voor om op dezelfde voet verder te gaan en werd tevens gesproken over nieuwe functies voor de heer X (zie rov. 2.7 tot en met 2.12).

Tevens had de ex-werknemer nog contact gehad met de heer Y (op 30 juni 2011), weliswaar was dit contact nog voor het einde van het dienstverband (op 1 juli 2011) maar in deze e-mail bood de ex-werknemer aan om de heer Y in de nabije toekomst verder te helpen met het verkrijgen van een baan (zie rov. 2.13 en 4.2).

Volgens de ex-werknemer diende de vordering in het kort geding te worden afgewezen omdat er geen sprake was van de vereiste mate van waarschijnlijkheid dat de vordering van ex-werkgever in een bodemprocedure zou worden toegewezen. Volgens de ex-werknemer had hij de heer X niet benaderd, de heer X benaderde hem telkens. De heer X reageerde op berichten op social media (Twitter). Volgens de ex-werknemer behoorden hij en de zakelijke relatie (de heer X) tot dezelfde vriendenkring, zij beoefenen beiden fanatiek dezelfde hobby en hadden vorig jaar gelijktijdig hun huis verbouwd. Ze waren de afgelopen jaren bevriend geraakt (zie rov. 4.2).

Verder voerde de ex-werknemer aan dat het relatiebeding dusdanig onduidelijk was, zodat dit niet in het voordeel van ex-werkgever mocht worden uitgelegd. Volgens de ex-werknemer was het onduidelijk wat onder 'zakelijke contacten' diende te worden verstaan. Volgens de ex-werkgever ging het hierbij om zakelijke opdrachtgevers aan wie een werving- en selectiebedrijf iets verkoopt. Dat volgens de ex-werkgever onder het begrip 'zakelijke contacten' ook de niet-betalende particuliere klanten werden bedoeld, was volgens de ex-werknemer niet voor de hand liggend (zie rov. 4.3).

Volgens de ex-werkgever was het volstrekt helder wat onder 'zakelijke contacten' in het relatiebeding diende te worden verstaan. Dit mede omdat de ex-werknemer uit de opgemaakte daglijsten, waarin de voorstellen van een kandidaat werknemer aan een opdrachtgever werd aangetekend, als 'acquisitie kandidaat' had kunnen afleiden (zie rov. 4.4).

Volgens de voorzieningenrechter kon de vraag hoe in een schriftelijk contract de verhouding tussen partijen was geregeld en of dit contract enige leemte liet die diende te worden opgevuld, niet worden beantwoord op grond van enkel en alleen een zuiver taalkundige uitleg van bepalingen in dat contract. Het kwam aan op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Daarbij was mede van belang tot welke maatschappelijke kringen partijen behoorden en welke rechtskennis van de partijen kon worden verwacht (rov. 4.5).

Van een onduidelijk relatiebeding was volgens de rechter geen sprake. Bij plaatsing van een kandidaat ontving het werving- en selectiebedrijf een vergoeding van de opdrachtgever. Op die manier genereerde het bedrijf winst. Het kandidatenbestand was daarom van wezenlijk belang voor de ex-werkgever. Het lag dan ook voor de hand dat de ex-werkgever deze kandidatenlijst onder het relatiebeding had willen brengen. Onder 'zakelijke contacten' was ook het werven (acquireren) van kandidaten inbegrepen (zie rov. 4.6).

Uit de correspondentie via e-mail en Twitter bleek niet dat het slechts om normaal contact tussen vrienden over een nieuwe baan ging. Het opvragen van het CV van de heer X om daarmee aan de slag te gaan wees een heel andere richting op. Het was voldoende aannemelijk gemaakt dat de ex-werknemer het relatiebeding (via e-mail en Twitter correspondentie) had overtreden. Dit omdat de ex-werknemer aan de heer X had voorgesteld om op dezelfde voet verder te gaan. Er werd gesproken over verschillende functies en de ex-werknemer had het CV van X opgevraagd om daarmee aan de slag te gaan (rov. 4.7).

In welke mate, ten aanzien van hoeveel kandidaten en hoe vaak ex-werknemer het relatiebeding daadwerkelijk had overtreden en hoe vaak de overeengekomen boete was verbeurd, zou worden beantwoord in een bodemprocedure. Dit omdat nader onderzoek nodig was met mogelijk een of meerder getuigen (waarvoor in kort geding geen plaats was) zie rov. 4.7.

Uit deze uitspraak van de voorzieningenrechter kan worden geconcludeerd dat het corresponderen via e-mail en social media (in deze casus Twitter, maar dat kan ook via Facebook) met zakelijke contacten in strijd kan zijn met een overeengekomen relatiebeding. Deze strijdigheid met een relatiebeding is aanwezig indien blijkt dat het niet slechts gaat om het gebruikelijke (normaal) contact tussen vrienden. Een bericht (via social media) als 'Hey alles goed, stuur me jou CV eens dan kan ik voor je rondkijken' wordt eerder beschouwd als een overtreding van het relatiebeding dan bij een bericht als 'Hey alles goed, hoe was de vakantie?'

Hieruit kan worden geconcludeerd dat, gelet op de bewoording van de berichten, deze niet slechts kunnen worden gezien als informeel en vriendschappelijk contact. De berichten zijn niet enkel in de privésfeer bedoeld, de berichten hebben een duidelijk zakelijk karakter. Dit was ook het geval bij de zaak voor de rechtbank te Rotterdam²⁷¹, zie de volgende paragraaf 4.3.4.

Het verschil tussen de zaak bij het hof te 's-Gravenhage (zie voorgaande paragraaf 4.3.2.) en deze zaak bij de rechtbank te Arnhem is dat het bij deze zaak ging om direct Twittercontact tussen ex-werknemer en de zakelijke relatie. In de zaak bij het hof te 's-Gravenhage ging het om een algemeen verstuurd Twitterbericht naar alle volgers. Middels dat algemeen Twitterbericht was er geen sprake van het onderhouden van zakelijke contacten.

²⁷¹ Rb. Rotterdam 29 augustus 2012, *RAR* 2012, 166, *JAR* 2013, 26 m.nt. Bungener.

4.3.4. Overtreding van het relatiebeding door uitlatingen op Facebook

Bij de rechtbank te Rotterdam betrof het een werknemer die, laatstelijk de functie van directeur van een sport-/fitnessschool vervulde en dit dienstverband beëindigde.²⁷² In de tussentijd tussen de ex-werknemer en de ex-werkgever gesloten vaststellingsovereenkomst werd een concurrentie- en relatiebeding opgenomen. Het concurrentiebeding bepaalde dat de ex-werknemer voor een periode van 12 maanden in Rotterdam-Zuid geen concurrerende activiteiten mocht uitvoeren. In deze casus was geen sprake van overtreding van het concurrentiebeding, dit omdat dit beding enkel zag op het uitvoeren van concurrerende activiteiten in Rotterdam-Zuid, terwijl de nieuwe fitnessschool (waarbij de ex-werknemer was betrokken) in Rotterdam-Oost was gevestigd (zie rov. 5.3).

Het relatiebeding bepaalde dat de werknemer voor een periode van 12 maanden geen personeel of klanten van de ex-werkgever mocht benaderen voor zakelijke doeleinden (zie rov. 2.3). Hierbij had de ex-werknemer de aantekening laten maken dat hij voor privé/vriendschappelijke contacten het personeel en klanten wel wilde kunnen benaderen/spreken, evenals de klanten die hem vriendschappelijk benaderden voor een gesprek of bericht via social media (zie rov. 2.4 en 5.5).

De ex-werknemer was vervolgens betrokken bij de oprichting van een sport-/fitnessschool, waarna de ex-werkgever stelde dat de ex-werknemer middels berichten op de openbare Facebookpagina van de nieuwe fitnessschool in strijd met het relatiebeding had gehandeld (rov. 2.7). De ex-werknemer had een statusupdate van de nieuwe fitnessschool op zijn eigen (privé) Facebookaccount gedeeld. Verder had de ex-werknemer een bericht op de Facebookpagina van de nieuwe fitnessschool geplaatst.

De rechter was van mening dat de op Facebook weergegeven berichten niet konden worden gezien als slechts een poging van de ex-werknemer tot het doen van enkel een kennisgeving aan informele en vriendschappelijke contacten. Gelet op de bewoording van de berichten en de startfase van de nieuwe fitnessschool, was het duidelijk dat de ex-werknemer met het plaatsen/delen van de Facebookberichten had beoogd actief klanten te werven. De handelingen van de ex-werknemer konden niet geacht worden te zijn geschied in de privésfeer (waardoor deze onder het grondrecht van vrijheid van meningsuiting zouden kunnen vallen), maar dienden te worden aangemerkt als berichtgeving met een duidelijk zakelijk karakter. Daarmee had de ex-werknemer het relatiebeding met zijn ex-werkgever overtreden (rov. 5.7).

Uit deze uitspraak bij de rechter te Rotterdam kan worden geconcludeerd dat het van belang is in welke context het contact (de berichten op social media) dient te worden aangemerkt. Is er sprake van informeel en vriendschappelijk contact (in de privésfeer), of dienen de berichten, gelet op de bewoording ervan, te worden beschouwd als berichtgeving met een duidelijk zakelijk karakter waarmee een relatiebeding wordt overtreden. Dit was ook van toepassing bij de voorzieningenrechter te Arnhem²⁷³ zie de vorige paragraaf 4.3.3.

4.3.5. Overtreding van het relatiebeding via LinkedIn

Bij de rechtbank te Arnhem diende een zaak over het overtreden van een relatiebeding door het accepteren van een connectie op LinkedIn.²⁷⁴

De werknemer en de werkgever (Crypsys) waren, met wederzijds goedvinden, uit elkaar gegaan waarbij men een vaststellingsovereenkomst had opgesteld met daarin opgenomen een relatiebeding. Dit beding had de duur van één jaar waarbij meerdere specifieke relaties werden genoemd (waaronder Sophos) zie rov. 1.3.

²⁷² Rb. Rotterdam 29 augustus 2012, *RAR* 2012, 166, *JAR* 2013, 26 m.nt. Bungener.

²⁷³ Rb. Vrz. Arnhem 24 november 2011, *LJN* BU7469, *JAR* 2012, 64.

²⁷⁴ Rb. Arnhem 8 maart 2011, *JAR* 2011, 127.

Inmiddels was de ex-werknemer werkzaam bij een nieuwe werkgever (Exclusive Networks, hierna EN). Zowel Crypsys (ex-werkgever) als EN (nieuwe werkgever) hielden zich beide bezig met de verkoop van software. De werknemer was al eens door de voorzieningenrechter veroordeeld tot het betalen van een boete wegens het tweemaal overtreden van het relatiebeding omdat hij contact had met (werknemers van) Sophos. De voorzieningenrechter had het verweer van de ex-werknemer, dat het relatiebeding enkel zag op zakelijk contact met de genoemde relaties, verworpen. Uit de omschrijving van het relatiebeding bleek duidelijk dat ieder contact was verboden: "in welke hoedanigheid dan ook en een en ander in de ruimste zin des woords". In het relatiebeding was ook opgenomen dat het voor de ex-werknemer verboden was om contact te hebben 'als particulier' (zie rov. 1.5).

Crypsys wendde zich tot de rechter wegens het opnieuw overtreden van het relatiebeding waardoor sprake was van oneerlijke concurrentie (zie rov. 3). Deze overtreding had volgens Crypsys plaats gevonden door een e-mail, afkomstig van de ex-werknemer aan Sophos (zie rov. 1.7). Een tweede overtreding kwam volgens Crypsys tot stand door het deelnemen aan een lunch waar ook werknemers van Sophos bij aanwezig waren. Voor deze lunch had de ex-werknemer zich aangemeld bij zijn huidige werkgever (EN), tevens had de ex-werknemer voor de zekerheid toestemming gevraagd aan de directeur van de ex-werkgever. Die toestemming verkreeg de ex-werknemer niet (zie rov. 1.9). Een derde overtreding kwam volgens Crypsys tot stand omdat de ex-werknemer op LinkedIn was verbonden met een werknemer van Sophos (zie rov. 1.10).

De ex-werknemer erkende dat hij contact had gehad met Sophos over een offerte ten behoeve van de belastingdienst, hetgeen een overtreding van het relatiebeding opleverde. Het feit dat er binnen de nieuwe werkgever (EN) niemand anders was om de zaak te behandelen, veranderde niets aan dat oordeel (zie rov. 9).

Het aanmelden, bij zijn eigen werkgever (EN) om deel te nemen aan een lunch waar ook werknemers van Sophos aanwezig waren, kon volgens de rechter in alle redelijkheid niet worden gezien als overtreding van het relatiebeding. Dit omdat de ex-werknemer uiteindelijk niet had deelgenomen aan de lunch (zie rov. 10).

Het in contact komen met een werknemer van Sophos, via LinkedIn, was volgens de rechter wel een overtreding van het relatiebeding. Het verweer van de ex-werknemer dat het contact via LinkedIn reeds tot stand was gekomen in zijn periode bij de ex-werkgever en dat hij de contacten met de 'verboden relaties' sinds zijn vertrek slapend had gehouden werd verworpen. Dat de ex-werknemer in contact was gekomen met zakelijke contacten door zich te 'connecten' op LinkedIn, waarmee de ex-werknemer het relatiebeding overtrad, werd aangetoond middels een print screen (met datum vermelding) zie rov. 11.

De ex-werknemer vorderde (in reconventie) dat het relatiebeding met onmiddellijke ingang buiten werking werd gesteld of geschorst danwel Crypsys met onmiddellijke ingang te verbieden haar rechten uit het relatiebeding uit te oefenen. Dit wegens zijn relatief kort dienstverband bij de ex-werkgever en omdat het relatiebeding hem zwaar belemmerde in zijn werkzaamheden, onevenredig lang (zie rov. 6).

Volgens de rechter was er geen aanleiding om de duur van het relatiebeding te verkorten. De afspraken tussen beide partijen waren bij het sluiten van de vaststellingsovereenkomst gemaakt, dus op een moment dat beide partijen bekend waren met alle relevante omstandigheden zoals duur van de arbeidsrelatie, leeftijd van de vertrekkende werknemer, relevante relaties etc. Dit was volgens de rechter een heel andere situatie dan wanneer een relatiebeding (of enig ander beding) bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst werd afgesproken (omdat die omstandigheden dan nog niet bekend waren) zie rov. 23.

Voor de eis van de (ex) werknemer, tot matiging van de boete door de rechter volgens art. 6:94 lid 1 BW, was slechts plaats indien de billijkheid dit klaarblijkelijk eiste. Er diende sprake te zijn van een buitensporige en daarom onaanvaardbaar resultaat waarbij de rechter diende te letten op de verhouding tussen de werkelijke schade en de hoogte van de boete, maar ook de aard van de overeenkomst en de inhoud en strekking van het beding. In dit geval eiste de billijkheid klaarblijkelijk niet tot matiging van de boete, omdat de aard en ernst van de overtreding daar geen aanleiding toe gaven (zie rov. 13).

De vordering van de ex-werkgever (Crypsys) tot verlenging van de duur van het relatiebeding en verhoging van de boete werd door de rechter afgewezen, daarvoor bestond geen grond. Dit omdat partijen een contract met elkaar hadden gesloten waarin zij de duur van het relatiebeding hadden bepaald. Het was niet aan de rechter om een andere inhoud aan het beding te geven (zie rov. 15).

Uit deze uitspraak bij de rechter te Arnhem kan worden geconcludeerd dat contact (zoeken) via social media (in deze casus via LinkedIn, maar dit kan ook via Facebook) een overtreding is van een overeengekomen relatiebeding. Dat het contact via social media reeds wel of niet bestond ten tijde van de arbeidsovereenkomst met de ex-werkgever kan de ex-werknemer/werkgever aantonen aan de hand van een print screen waarop staat wanneer de connectie tot stand is gekomen.

Indien de connectie reeds bestond ten tijde van de arbeidsovereenkomst met de ex-werkgever dient de ex-werknemer de connectie 'slappend' te houden. Hierbij kan worden verwezen naar de uitspraak van de rechtbank te Arnhem²⁷⁵ (zie paragraaf 4.3.3.) en naar de uitspraak van de rechtbank te Rotterdam²⁷⁶ (zie paragraaf 4.3.4.). In deze uitspraken werd bepaald dat het van belang is in welke context het contact dient te worden aangemerkt. Bij 'slappend' contact kan worden gedacht aan vriendschappelijk en informeel contact (in de privésfeer). Berichten met een duidelijk zakelijk karakter (gelet op de bewoording ervan) levert een overtreding van het relatiebeding op.

Minder relevant, maar toch benoemd voor de volledigheid van dit onderzoek, kan verder uit deze uitspraak bij de rechter te Arnhem worden geconcludeerd dat het verkorten van de duur van een relatiebeding, of het matigen van de boete (verbonden aan dat relatiebeding) niet zomaar een taak voor de rechter is. Dit omdat het hierbij gaat om afspraken die zijn gemaakt tussen beide partijen (bij het sluiten van een vaststellingsovereenkomst, na afloop van de arbeidsovereenkomst) waarbij beide partijen bekend waren met alle relevante omstandigheden (zoals duur van de arbeidsrelatie, leeftijd van de werknemer, relevante zakelijke relaties etc.). Het boetebedrag kan door de rechter worden gematigd indien er sprake is van buitensporige en daarom onaanvaardbare resultaten, waarbij de rechter dient te letten op de verhouding tussen de werkelijke schade en de hoogte van de boete.

4.3.6. Geen overtreding van het relatiebeding door social media

Bij de rechtbank Maastricht diende een zaak over het al dan niet overtreden van een overeengekomen relatiebeding door het gebruik van social media.²⁷⁷

In deze zaak ging het tussen een dansschoolhouder (de werkgever, eiser) en een dansleraar (de werknemer, gedaagde). De werknemer was ooit als freelance dansleraar gestart waarna hij al snel vanuit arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, terecht was gekomen in de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Bij de arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd kwamen de werknemer en de werkgever telkens een concurrentiebeding en een relatiebeding

²⁷⁵ Rb. Vrz. Arnhem 24 november 2011, LJN BU7469, JAR 2012, 64.

²⁷⁶ Rb. Rotterdam 29 augustus 2012, RAR 2012, 166, JAR 2013, 26 m.nt. Bungener.

²⁷⁷ Rb. Vrz. Maastricht 8 februari 2012, LJN BV3122.

overeen. Bij de laatste arbeidsovereenkomst (voor onbepaalde tijd) was dit beding niet meer expliciet besproken en ook niet ondertekend.

Het concurrentiebeding hield in dat het de werknemer verboden was om gedurende een periode van twee jaar na beëindiging van de arbeidsovereenkomst, in de gemeente Stein een onderneming gelijk, gelijksoortig of aanverwant aan die van de werkgever te doen vestigen of te doen drijven dan wel direct of indirect financieel belang bij een dergelijke onderneming te doen hebben.

Het relatiebeding hield in dat de werknemer voor een periode van één jaar zich diende te onthouden om relaties, leden, leerlingen en/of opdrachtgevers van de werkgever (direct of indirect) te benaderen en met hen (op welke manier dan ook) zaken te doen en/of contacten te onderhouden. Onder relaties, leden, leerlingen en/of opdrachtgevers van de werkgever werden tevens potentiële relaties, leden, leerlingen en/of opdrachtgevers die voorkwamen in het (offerte) bestand van de werkgever verstaan. Het was de werknemer gedurende een jaar niet toegestaan leden van de werkgever over te nemen.

Het relatiebeding was niet van toepassing op leerlingen van de werkgever die door de werknemer waren aangeleverd. De werkgever en de werknemer hielden dit, middels een lijst die door beiden werd ondertekend, bij. Deze lijst bevatte maximaal 30 leerlingen (zie het kopje 'vaststaande feiten').

Op 22 september 2011 had de werknemer de arbeidsovereenkomst met de werkgever per 1 november 2011 opgezegd. Nog voor die tijd, namelijk op 24 oktober, had de werkgever de werknemer op non-actief gesteld en de toegang tot de dansschool ontzegd omdat de werkgever had geconstateerd dat de werknemer met ingang van 1 november een eigen dansschool begon, hetgeen in strijd zou zijn met het concurrentie- en het relatiebeding (zie kopje 'vaststaande feiten').

De voorzieningenrechter was van mening dat beide bedingen (het concurrentie- en het relatiebeding) wel golden. In de voorgaande (opeenvolgende) arbeidsovereenkomsten waren deze bedingen telkens wel opgenomen, waarvan de teksten van beide bedingen identiek waren. Dit komt overeen met de 'ruime leer' (de rekkelijken) bij de verlenging van een arbeidsovereenkomst en een bijbehorend concurrentiebeding, zie paragraaf 4.1 van deze scriptie. Er was verder geen aanknopingspunt waaruit bleek dat de werknemer, bij de omzetting van het dienstverband van bepaalde naar onbepaalde tijd, had geprotesteerd tegen handhaving van beide bedingen. De werknemer had onvoldoende onderbouwd dat beide bedingen zwaarder waren gaan drukken (zie kopje 'oordeel van de kantonrechter in conventie en in reconventie').

Wat betreft het concurrentiebeding (dat in deze casus, voor dit onderzoek minder relevant is omdat het geen betrekking heeft op social media) het volgende. Het overeengekomen concurrentiebeding was enkel van toepassing in de gemeente Stein. Beide partijen verschilden van mening of de nieuwe dansstudio (die werd geopend door de ex-werknemer) was gelegen in de gemeente Stein dan wel in de gemeente Beek. De vordering van de ex-werkgever om de ex-werknemer te veroordelen zijn activiteiten als dansleraar in de gemeente Stein te beëindigen kon niet worden toegewezen. De vordering van de ex-werknemer, om het concurrentiebeding geheel of gedeeltelijk teniet te verklaren werd eveneens afgewezen. Dit zou een te ver strekkende maatregel in het kader van een gevraagde voorlopige voorziening zijn. Omdat niet met grote mate van zekerheid kon worden gezegd dat de nieuwe dansstudio binnen de geografische reikwijdte van het concurrentiebeding viel, werd het concurrentiebeding geschorst, totdat in de bodemprocedure onherroepelijk werd beslist. Naar het voorlopige oordeel van de rechter was het aannemelijk dat de ex-werknemer door het concurrentiebeding onbillijk werd benadeeld in verhouding tot het te beschermen belang van

de ex-werkgever (het behoud van zijn positie binnen de markt). Zie het kopje 'oordeel van de kantonrechter in conventie en in reconventie'.

Wat betreft het relatiebeding het volgende. Uit de stellingen van de ex-werknemer begreep de rechter dat hij van mening was dat het relatiebeding te breed was geformuleerd. De rechter stelde vast dat de algemene strekking van het relatiebeding was om een ex-werknemer, gedurende een bepaalde periode, te verbieden om relaties van de ex-werkgever actief te benaderen, niet als zelfstandige dan wel in dienst van een concurrerend bedrijf. Het doel daarvan was dat de ex-werkgever de positie in de markt wenste te behouden waarbij hij niet hoefde te vrezen dat de ex-werknemer zijn verworven kennis van het bedrijf gebruikte om mogelijk relaties weg te kapen door bijvoorbeeld goedkopere tarieven te hanteren. De rechter was van mening dat het relatiebeding in deze zaak meer omvatte dan een algemeen gebruikelijk beding. Dit omdat het beding ook inhield dat het de ex-werknemer niet was toegestaan om potentiële relaties, leden leerlingen en/of opdrachtgevers te benaderen én omdat het de ex-werknemer niet was toegestaan om voor de periode van één jaar na beëindiging van het dienstverband, leden van de ex-werkgever over te nemen. Mogelijk nieuwe leden/leerlingen, die bij meerdere dansscholen informatie deden inwinnen over het lesgeld en de lestijden, mochten geen dansles nemen bij de nieuwe dansschool van de ex-werknemer. De huidige leden/leerlingen mochten voor diezelfde periode niet overstappen naar de nieuwe dansschool. Naar het oordeel van de rechter verzette deze gang van zaken zich tegen een (normale) eerlijke concurrentie waarbij de huidige- en nieuwe leerlingen werden beperkt in hun keuzevrijheid.

De belangrijkste conclusie, voor dit onderzoek, is dat volgens de rechter er verder geen concrete aanknopingspunten zijn waaruit blijkt dat de ex-werknemer leden/leerlingen van de ex-werkgever actief benaderd heeft om hen over te halen zich bij de nieuwe dansschool aan te sluiten. Uit de afgedrukte pagina's (print screens) afkomstig van Facebook, Hyves en Twitter blijkt wel dat de ex-werknemer contact heeft en onderhoudt met verschillende personen (leden/leerlingen). Volgens de rechter dienen de conversaties die via social media geschieden in beginsel beschouwd te worden als privé en dus vallende onder het grondrecht van de vrijheid van meningsuiting, tenzij daaruit duidelijk en ondubbelzinnig voor een ieder een zakelijk karakter blijkt (zie kopje 'oordeel van de kantonrechter in conventie en in reconventie').

Minder relevant, maar voor de volledigheid van dit onderzoek, kan verder uit deze uitspraak van de voorzieningenrechter worden geconcludeerd dat een beding (een relatie- en/of een concurrentiebeding) dat is overeengekomen in (opeenvolgende) arbeidsovereenkomsten, waarvan de tekst telkens identiek is, ook van toepassing is op een nieuwe arbeidsovereenkomst (voor onbepaalde tijd) waarbij dat beding niet specifiek is ondertekend. Dit wordt gezien als de 'ruime leer' (de rekkelijken). Dit is het geval indien de werknemer bij de omzetting van de arbeidsovereenkomst van bepaalde naar onbepaalde tijd, niet expliciet heeft geprotesteerd tegen handhaving van het beding omdat dit bijvoorbeeld zwaarder is gaan wegen.

Verder kan uit deze uitspraak van de voorzieningenrechter worden geconcludeerd dat indien een ex-werknemer reeds contact had en onderhoudt via social media met leden/leerlingen/zakelijke relaties en dit contact al bestaat voordat er een einde komt aan de arbeidsovereenkomst, er geen sprake is van actief benaderen (actief werven, zoals uitgelegd in de uitspraak van het hof te Amsterdam²⁷⁸, zie paragraaf 4.3.1.). Dit heeft tot gevolg dat een overeengekomen relatiebeding niet wordt overtreden zolang het contact (de conversaties) geschiedt in de privésfeer (waardoor deze vallen onder het grondrecht van de vrijheid van meningsuiting). De ex-werknemer dient de connectie 'slappend' te houden (zie de uitspraak van de rechtbank te Arnhem²⁷⁹, paragraaf 4.3.5.).

²⁷⁸ Hof Amsterdam 24 juli 2008, JAR 2008, 313.

²⁷⁹ Rb. Arnhem 8 maart 2011, JAR 2011, 127.

Tenzij uit dat contact ondubbelzinnig voor een ieder blijkt dat het een zakelijk karakter betreft, dan is er wel sprake van een overtreding van het relatiebeding. Zie de uitspraak van de voorzieningenrechter te Arnhem²⁸⁰ (paragraaf 4.3.3.) en de uitspraak van de rechtbank te Rotterdam²⁸¹ (paragraaf 4.3.4.).

4.4 Conclusies rechtspraak

In deze paragraaf behandel ik de conclusies, aan de hand van de rechtspraak beschreven in paragraaf 4.3. Middels deze opsomming en beschrijving wordt getracht vuistregels/subregels te creëren (een soort van rode lijn te trekken) die van toepassing is op situaties waarbij social media van invloed kan zijn na de beëindiging van de arbeidsovereenkomst, door bijvoorbeeld het overtreden van een overeengekomen concurrentie- en/of relatiebeding.

Als eerste wordt bepaald wat onder 'actief werven' dient te worden verstaan.

Volgens de rechter (het hof te Amsterdam²⁸²) wordt onder actief werven (waarmee een relatiebeding wordt overtreden) verstaan: het initiatief nemen om mensen op individuele basis te benaderen via e-mail of social media. Hierbij hoeft geen sprake te zijn van enig concreet op die desbetreffende persoon toegesneden aanbod. Het zenden van een algemene e-mail of een algemeen bericht via social media is voldoende om toerekenbaar tekort te schieten en in strijd te handelen met een relatiebeding.

Het plaatsen van een advertentie voor een vacature online op internet of op social media (zoals dat voorheen gebeurde in dag- of vakbladen) behoort niet tot actief werven. Dit omdat er dan geen sprake is van het toezenden van een algemene vacature aan een of meerdere bepaalde (geselecteerde) personen. Zie paragraaf 4.3.1.

Ten tweede dient een overeengekomen concurrentiebeding te wijken (en daarmee het te beschermen belang van de ex- werkgever) indien de ex-werknemer onbillijk wordt benadeeld. Volgens het hof te Den Haag²⁸³ is daarvan sprake indien de ex-werknemer door de indiensttreding bij een nieuwe werkgever zich financieel kan verbeteren (hoger salaris en omvangrijkere emolumenten) en/of de ex-werknemer zich verder kan ontwikkelen door een positieverbetering (meer carrièremogelijkheden). Zie paragraaf 4.3.2.

Ten derde wordt het plaatsen van een Twitter bericht niet gerekend tot het onderhouden van zakelijke contacten (dat door een relatiebeding wordt verboden), aldus het hof te Den Haag.²⁸⁴ Twitteren wordt gezien als een moderne variant van adverteren waarbij het volgen van iemand op Twitter een eenzijdige actie is waarvoor geen acceptatie van een uitnodiging tot het volgen is vereist. Zie paragraaf 4.3.2.

Dit is geheel anders bij het social medium Facebook. Bij dat social medium dienen mensen elkaar wel een uitnodiging te sturen, die vervolgens dient te worden geaccepteerd alvorens er sprake is van 'vrienden'.

Het gebruik van social media (dus ook Twitter) kan wel in strijd zijn met een relatiebeding indien het niet slechts gaat om normaal contact tussen vrienden. Hiervan in sprake zodra uit de bewoording van de berichten blijkt dat het contact niet slechts kan worden gezien als informeel en vriendschappelijk (in de privésfeer), maar deze een duidelijk zakelijk karakter hebben. Zie de uitspraak van de rechtbank te Arnhem²⁸⁵ in paragraaf 4.3.3. en de uitspraak van de rechtbank te Rotterdam²⁸⁶ in paragraaf 4.3.4. Ook maakt het een verschil of er sprake

²⁸⁰ Rb. Vزر. Arnhem 24 november 2011, LJV BU7469, JAR 2012, 64.

²⁸¹ Rb. Rotterdam 29 augustus 2012, RAR 2012, 166, JAR 2013, 26 m.nt. Bungener.

²⁸² Hof Amsterdam 24 juli 2008, JAR 2008, 313.

²⁸³ Hof 's-Gravenhage 21 februari 2012, Prg. 2012, 127, RAR 2012, 87, JAR 2012, 129 m.nt. Bungener.

²⁸⁴ Hof 's-Gravenhage 21 februari 2012, Prg. 2012, 127, RAR 2012, 87, JAR 2012, 129 m.nt. Bungener.

²⁸⁵ Rb. Vزر. Arnhem 24 november 2011, LJV BU7469, JAR 2012, 64.

²⁸⁶ Rb. Rotterdam 29 augustus 2012, RAR 2012, 166, JAR 2013, 26 m.nt. Bungener.

is van direct contact via social media (in bijvoorbeeld een privé conversatie) tussen een ex-werknemer en een zakelijke relatie, of er sprake is van een algemeen bericht, verstuurd via social media, dat door iedereen te lezen is. Zie de uitspraak van de voorzieningenrechter te Arnhem²⁸⁷, paragraaf 4.3.3.

Ten vierde is, volgens de rechter te Arnhem²⁸⁸, het contact zoeken (en onderhouden) via social media middels berichten (op Facebook en/of Twitter), een vriendschapsverzoek (op Facebook) of een connectie maken (op LinkedIn) een overtreding van een overeengekomen relatiebeding indien dit contact plaats vindt na afloop van een arbeidsovereenkomst. Indien de ex-werknemer en de zakelijke relatie reeds contact (vriendschap/connectie) hadden ten tijde van de arbeidsovereenkomst, dient de ex-werknemer dit na afloop van de arbeidsovereenkomst 'slapend' te houden om niet in strijd met een relatiebeding te handelen. Zie paragraaf 4.3.5. Omdat de connectie er al was tijdens de arbeidsovereenkomst is er geen sprake van actief werven (zoals uitgelegd in de uitspraak van het hof te Amsterdam²⁸⁹, zie paragraaf 4.3.1.). Onder slapend contact wordt gedacht aan vriendschappelijk en informeel contact (in de privésfeer) waarbij berichten met een duidelijk zakelijk karakter (gelet op de bewoording daarvan) niet zijn toegestaan en een overtreding van een relatiebeding oplevert. Zie de uitspraak van de rechtbank te Arnhem²⁹⁰, paragraaf 4.3.3., de uitspraak van de rechtbank te Rotterdam²⁹¹, paragraaf 4.3.4. en de uitspraak van de voorzieningenrechter te Maastricht²⁹² in paragraaf 4.3.6.

De conclusies uit deze paragraaf zijn dat er eerst dient te worden gekeken of het contact met de zakelijke relatie, via social media, reeds bestond ten tijde van de arbeidsovereenkomst of dat dit contact na afloop van de arbeidsovereenkomst tot stand is gekomen. Indien het contact reeds bestond ten tijde van de arbeidsovereenkomst wordt van de ex-werknemer verwacht dat hij dit contact met de zakelijke relatie van de ex-werkgever 'slapend' houdt.

Zodra dit contact pas na afloop van de arbeidsovereenkomst tot stand is gekomen kan er sprake zijn van actief werven door de ex-werknemer. Bij actief werven dient rekening te worden gehouden met het feit dat het plaatsen van een bericht op Twitter (in eerste instantie) niet wordt gerekend tot het onderhouden van zakelijke contacten. Dit omdat het volgen van iemand op Twitter een eenzijdige handeling vereist, er is geen sprake van het versturen van een uitnodiging of het accepteren daarvan (in tegenstelling tot Facebook of LinkedIn, waar dit wel is vereist om tot een connectie of contact te komen).

Het plaatsen van een bericht op Twitter (of andere social media) kan wel in strijd zijn met een overeengekomen beding zodra het niet gaat om normaal contact tussen vrienden. Hiervan is sprake indien uit de bewoording van de berichten blijkt dat het contact niet enkel in de privésfeer kan worden gezien (informeel en vriendschappelijk) maar er een duidelijk zakelijk karakter aan ten grondslag ligt. Ook maakt het verschil of er sprake is van direct contact via social media (het sturen van een privé bericht naar een vriend/connectie) of indirect contact door het sturen van een algemeen bericht dat door iedereen (alle vrienden/connecties) te lezen is (en dus niet specifiek naar een persoon is verstuurd).

²⁸⁷ Rb. V zr. Arnhem 24 november 2011, L J N BU7469, JAR 2012, 64.

²⁸⁸ Rb. Arnhem 8 maart 2011, JAR 2011, 127.

²⁸⁹ Hof Amsterdam 24 juli 2008, JAR 2008, 313.

²⁹⁰ Rb. V zr. Arnhem 24 november 2011, L J N BU7469, JAR 2012, 64.

²⁹¹ Rb. Rotterdam 29 augustus 2012, RAR 2012, 166, JAR 2013, 26 m.nt. Bungener.

²⁹² Rb. V zr. Maastricht 8 februari 2012, L J N BV3122.

Hoofdstuk 5. Conclusies en aanbevelingen (arbeidsrecht en social media)

In dit hoofdstuk worden de conclusies en aanbevelingen, aan de hand van bovenstaande scriptie, behandeld. In paragraaf 5.1 zullen de conclusies aan bod komen, gevolgd door de aanbevelingen in paragraaf 5.2.

5.1 Conclusies

Onderstaande conclusies dienen als antwoord op de centrale vraag van dit onderzoek. De centrale vraag luidt:

“In hoeverre is het gebruik van social media door de werknemer van invloed tijdens een arbeidsovereenkomst, bij de beëindiging van de arbeidsovereenkomst en na afloop van de arbeidsovereenkomst, wegens overtreding van een recht van de werkgever?”

Onderstaand zal per deelvraag een korte conclusie worden getrokken.

Het gebruik van social media tijdens de arbeidsovereenkomst:

Deelvraag 1: Hoe legitiem is het gebruik van social media door een werknemer, tijdens de arbeidstijd, in het kader van de vrijheid van meningsuiting?

- De (horizontale) grondrechten van de werknemer

Bij het antwoord op deze deelvraag wordt eerst gekeken naar de horizontale werking van grondrechten van de werknemer.

Bij de toepassing van de grondrechten van de werknemer kan worden geconcludeerd dat er tegenwoordig een toenemende tendens is ontstaan om de gelding van grondrechten te doen uitstrekken over rechtsbetrekkingen tussen burgers onderling (de horizontale werking van grondrechten). De uitoefening van grondrechten kan door verbintenisscheppende overeenkomsten worden beperkt. Zo kan het voorkomen dat een gesloten overeenkomst, middels de horizontale werking van grondrechten, in strijd is met een grondrecht. Echter, omdat een dergelijke overeenkomst vrijwillig is aangegaan en geen blijk geeft van een onredelijke belangenafweging, is het standpunt dat een dergelijke overeenkomst wel mogelijk moet zijn.

Wat betreft de grondrechten van de werknemer kan worden geconcludeerd dat beperkingen slechts zijn geoorloofd indien de Grondwet dat toelaat middels clausulering, de beperkingen zijn neergelegd in algemeen verbindende voorschriften (regelgeving) waarbij het zwaartepunt bij de formele wetgever ligt. Volgens het EVRM zijn de beperkingen van grondrechten slechts geoorloofd indien het verdrag dat toelaat middels clausulering, de beperkingen zijn neergelegd in te kennen normen (hierbij kan ook sprake zijn van jurisprudentie), de beperkingen voldoen aan de proportionaliteitseis, het noodzakelijkheidsvereiste en deze beperkingen (bij formele wet gesteld op grond van artikel 93 en 94 Grondwet) kunnen aan de bepalingen van het EVRM worden getoetst.

Met de toepassing van horizontale grondrechten, is de mogelijkheid aanwezig dat de verschillende grondrechten met elkaar botsen. In een dergelijke zaak is het aan de rechter om de belangen tegen elkaar af te wegen om te zien welk grondrecht prevaleert boven.

De rechter gaat meestal uit van indirecte horizontale werking (dit is de heersende opvatting). Hierbij interpreteert de rechter aan de hand van open privaatrechtelijke begrippen in de wet (zoals onrechtmatigheid uit art. 6:162 BW). In sommige gevallen gaat de rechter uit van directe horizontale werking. In zulke gevallen past de rechter het grondrecht, inclusief de beperkingsclausule, rechtstreeks toe tussen de burgers onderling. Het probleem bij directe werking is dat de beperkingssystematiek in de Grondwet een beperking slechts toelaat indien deze is gebaseerd op een specifieke formele wetsbepaling die deze beperking toestaat.

De toegang voor het toepassen van grondrechten in het arbeidsrecht is te vinden via art. 3:12 BW (bij de vaststelling van wat redelijkheid en billijkheid inhoudt, dient rekening te worden gehouden met algemeen erkende rechtsbeginselen, de in Nederland levende

rechtsovertuigingen en met maatschappelijke en persoonlijke belangen). Dit artikel wordt verder ingekleurd door art. 6:248 BW (de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid), om voor de verdere invulling van de redelijkheid en billijkheid binnen het arbeidsrecht uit te komen bij het goed werkgever- en werknemerschap (zie art. 6:711 BW).

- De vrijheid van meningsuiting en het recht op privacy van de werknemer

Uit het voorgaande blijkt dat er sprake is van horizontale werking van grondrechten tussen de werknemer en de werkgever. Twee grondrechten waarop een werknemer beroep kan doen, tegenover zijn werkgever, zijn de vrijheid van meningsuiting en het recht op privacy.

In de relatie tussen werkgever en werknemer dient de vrijheid van meningsuiting (art. 7 Grw. jo. art. 10 lid 1 EVRM) als uitgangspunt. Om een grondrecht van de werknemer te beperken (inperken) dienen de belangen aan de zijde van de werkgever van voldoende gewicht te zijn. Een dergelijke expliciete beperking van de uitingsvrijheid van een werknemer is te vinden in art. 7:678 lid 2 sub e BW. Dit artikel bepaalt dat een werknemer zijn werkgever en medewerkers niet grovelijk mag beledigen of ernstig bedreigen. Een andere beperking van de uitingsvrijheid van een werknemer is te vinden in lid 2 sub i van datzelfde wetsartikel. Dit verbiedt een werknemer om bijzonderheden aangaande de onderneming, die hij geheim behoort te houden, bekend te maken. Dus een bericht op Facebook of LinkedIn (al dan niet in een privé conversatie), waarin de werkgever wordt beledigd of dat handelt over geheimen betreffende het product of organisatie van de werkgever, is niet toegestaan. Een werknemer is vrij om zijn opvattingen kenbaar te maken (in het kader van de vrijheid van meningsuiting), maar dit hoeft de werkgever niet te accepteren.

In de relatie tussen de werkgever en de werknemer is nog een tweede grondrecht van toepassing. Hierbij gaat het om de bescherming van het recht op privacy, waarbij gekeken dient te worden naar art. 10 Grw. jo. art. 8 EVRM. Een werknemer heeft het recht op privacy, ook tijdens arbeidstijd. Een telefoongesprek vanaf de werkplek, verstuurde e-mails, privé conversaties via social media en overig internetgebruik (voor privédoeleinden) tijdens het werk ressorteert onder het begrip 'privéleven' en het begrip 'correspondentie' van art. 8 lid 1 EVRM. Dit recht van de werknemer wordt ook wel de privétisering van werktijd genoemd en is tot zekere hoogte toegestaan.

Het is een werknemer niet toegestaan om tijdens de arbeidstijd, urenlang (per dag) op internet te surfen om bijvoorbeeld vakanties te bekijken of om Facebook, LinkedIn en Twitter bij te werken. In een uitspraak bij het EHRM, waar sprake was van het systematisch volgen van het telefoon-, e-mail- en internetgebruik van een werknemer, met als doel vast te stellen of de werknemer excessief gebruik maakte van deze middelen, tijdens werktijd, voor privé doeleinden, oordeelde het Europees Hof dat de werknemer een 'reasonable expectation' mocht hebben dat zijn 'private life' zou worden gerespecteerd.

Deelvraag 2: Wanneer en op welke manier kan een werkgever het gebruik van social media, tijdens de arbeidstijd, beperken of zelfs compleet verbieden?

- Het goed werkgever- en goed werknemerschap

Bij het beantwoorden van deze deelvraag wordt eerst gekeken naar het goed werkgever- en goed werknemerschap.

Het recht van vrijheid van meningsuiting en het recht op privacy (aan de zijde van de werknemer) kan in het arbeidsrecht worden vertaald via het goed werkgever- en goed werknemerschap (art. 7:611 BW). Voor de invulling van dit wetsartikel kijken we naar de gezichtspunten die invulling geven aan de redelijkheid en billijkheid van art. 3:12 BW, dat verder invulling krijgt via art. 6:2 BW jo. art. 6:248 BW. Bij de vaststelling van de redelijkheid en billijkheid dient rekening te worden gehouden met algemeen erkende rechtsbeginselen, de in Nederland levende rechtsovertuigingen en met de maatschappelijke en persoonlijke belangen. Daartoe behoort tevens naar de grondrechten te worden gekeken. Het goed werkgever- en werknemerschap betreft een concretisering van de redelijkheid en billijkheid in het arbeidsrecht. Het gebruik van social media, door de werknemer, kan op basis van het goed werknemerschap worden beperkt door de werkgever. Van de werknemer wordt in het kader van de redelijkheid en billijkheid verwacht zich als een goed werknemer te gedragen.

- Het instructierecht van de werkgever

Naast het goed werknemer- en werkgeverschap kan de werkgever het gebruik van social media via het instructierecht beperken.

De werkgever heeft op grond van art. 7:660 BW een instructierecht dat volgens Rood is gekoppeld aan het begrip 'in dienst' van art. 7:610. Volgens Loonstra en Zondag omvat het instructierecht van de werkgever zowel de gezagsuitoefening als het recht om instructies te geven. Volgens Heerma van Voss, Bouwens en Duk is het instructierecht gebaseerd op de arbeidsovereenkomst en het werkgeversgezag (dat door art. 7:660 BW wordt begrensd). Feit is dat er sprake is van een gezagsverhouding tussen de werknemer en de werkgever waarbij sprake is van ondergeschiktheid. De werkgever heeft, op grond van art. 7:660 BW, de mogelijkheid om aan de werknemer instructies te geven, ook betreffende het gebruik van social media tijdens werktijd/arbeidstijd. Dergelijke instructies worden meestal vastgelegd in een gedragscode. Het doel van het instructierecht/een gedragscode is het beperken van ongewenste handelingen die nadelige invloed op het functioneren van de werknemer kunnen uitoefenen. Een totaal verbod op het gebruik van social media (vastgesteld in een gedragscode) is in strijd met de vrijheid van meningsuiting en de plicht van de werkgever om redelijk privégebruik te gedogen. De gezagsbevoegdheid van de werkgever is begrensd door de wet en door de overeenkomst (of een daaraan verbonden beding) tussen beide partijen. Verder wordt de gezagsbevoegdheid gekoppeld aan het beginsel van goed werkgever- en werknemerschap, art. 7:611 BW. De vraag die blijft is of de werkgever de verplichting om met zijn belangen rekening te houden, buiten werktijd, op grond van de gezagsbevoegdheid op voorhand kan regelen en reguleren, of dat de werkgever dit slechts achteraf kan sanctioneren op grond van de redelijkheid en billijkheid. Het gaat hier om de afweging tussen organisatorisch belang bij de werkgever en het persoonlijk belang bij de werknemer. De Hoge Raad lijkt het bedrijfsbelang op dit punt al snel zwaarder te laten wegen.

- Beperking in de arbeidsovereenkomst bedingen

Naast het goed werknemer- en werkgeverschap van art. 7:611 BW, waarop de redelijkheid en billijkheid een sterke invloed heeft en het instructierecht van de werkgever tot het vaststellen van een gedragscode, kan de privatisering van arbeidstijd middels een contract, of een geïncorporeerd beding, worden ingeperkt. Bij een beding kan de werknemer, in de individuele arbeidsovereenkomst, gebonden worden aan een door de werkgever vastgesteld reglement of andere collectieve regeling.

De invloed van social media op de beëindiging van de arbeidsovereenkomst:

Deelvraag 3: Onder welke omstandigheden kan het gebruik van social media, door de werknemer, leiden tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst?

- Het besloten en openbaar profiel

Bij het beantwoorden van deze deelvraag wordt eerst gekeken naar het verschil tussen het besloten en het openbaar profiel.

Er is enerzijds sprake van een besloten profiel (vergelijkbaar met uitlatingen doen in je eigen huiskamer), waarbij de gebruiker zelf de contactpersonen en de toegankelijkheid heeft gekozen. Anderzijds bestaat het openbaar profiel (uitlatingen doen in een openbare ruimte), dat toegankelijk is voor iedereen, ook anderen dan de zelf gekozen contactpersonen.

- Kritiek op de bedrijfsvoering

Op zowel een besloten als een openbaar profiel kan de werknemer kritiek uiten op de bedrijfsvoering.

Hierbij mag van een werknemer loyaliteit worden verwacht in de richting van zijn werkgever, op basis van art. 7:611 BW (het goed werknemerschap). De werknemer dient zich (in beginsel) te onthouden van gedragingen en uitlatingen die een werkgever schade kunnen toebrengen. Maar een werknemer mag opkomen voor zijn eigen rechten en belangen door zich via social media kritisch uit te laten over arbeidsrechtelijke besluiten van de werkgever. De werknemer is (in beginsel) vrij om te communiceren over niet-vertrouwelijke informatie zonder dat hij daarbij het belang aan de zijde van de werkgever schaadt door deze onnodig of op onjuiste gronden in diskrediet te brengen. Zodra de werknemer zich toch onnodig grievend heeft uitgelaten hoeft de werkgever dit niet te accepteren. Kritiek van de werknemer op een zakelijk geschil of over de verandering in de bedrijfsvoering dient een werkgever eerder en meer te dulden. Er dient onderscheid te worden gemaakt tussen mondelinge en schriftelijke uitlatingen. Mondelinge uitlatingen zijn vaak spontaan, waarbij een beroep op de vrijheid van meningsuiting kan worden gedaan. Schriftelijke uitlatingen duiden op een meer weloverwogen besluit, waarbij de werknemer zich niet/minder snel op de vrijheid van meningsuiting kan beroepen. Conversaties via social media als Twitter en Facebook behoren tot de privésfeer, waarmee deze vallen onder het grondrecht van de vrijheid van meningsuiting. Tenzij uit het karakter van deze conversaties, duidelijk en ondubbelzinnig, voor eenieder een zakelijk karakter blijkt.

Een klokkenluider die kritiek heeft op de bedrijfsvoering geniet arbeidsrechtelijke bescherming indien er sprake is van grove schending van wet- of regelgeving, dit een systematisch of terugkerend karakter heeft of ernstige gevolgen. Hierbij dient te worden gezien of het om een zodanige misstand gaat dat dit, in het algemeen belang, noodzakelijk is om openbaar te maken. Verder dient de misstand te goeder trouw aan de orde te worden gesteld en op een juiste wijze aanhangig te worden gemaakt. Dit houdt in dat de werknemer het feit eerst intern moet aankaarten, dat is de hoofdregel, gevolgd door de mogelijke gang naar een extern bevoegde autoriteit, dat is het ultimatum remedium.

- Het einde van de arbeidsovereenkomst

Indien de kritiek van de werknemer (op de bedrijfsvoering van de werkgever, op het bedrijf, de leidinggevende of een collega) dusdanig ernstig is dat het niet meer acceptabel is kan de werkgever ervoor kiezen de arbeidsovereenkomst met de werknemer te doen eindigen.

Het ontslag op staande voet (ultimatum remedium) is een middel dat de werkgever kan inzetten om de arbeidsovereenkomst met onmiddellijke ingang te laten eindigen. Dit kan de werkgever doen indien de dringende reden bestaat uit het feit dat de werknemer de werkgever, diens familieleden of medewerkers grovelijk beledigt of bedreigt, hetgeen ook kan plaats vinden op social media. Een relevante factor hierbij kan de aard van de functie zijn zoals een vertrouwensfunctie of een voorbeeldfunctie. Deze vertrouwens- of voorbeeldfunctie hoeft niet per se contractueel verankerd te zijn, dit vloeit voort uit het goed werknemerschap van art. 7:611 BW.

Een andere manier om de arbeidsovereenkomst te laten eindigen is middels de opzegging via het UWV (waarbij toestemming van het UWV is vereist) of door ontbinding bij de kantonrechter wegens gewichtige redenen, bestaande uit een dringende reden of verandering van de omstandigheden.

- De geheimhoudingsplicht van de werknemer

Naast het uiten van onacceptabele kritiek op de bedrijfsvoering (het ernstig beledigen of bedreigen van de werkgever, leidinggevende of een collega) kan de werknemer een geheimhoudingsplicht overtreden door geheime product- of bedrijfsinformatie via social media te delen. Deze overtreding van de geheimhoudingsplicht kan tot gevolg hebben dat de werkgever de arbeidsovereenkomst met de werknemer doet eindigen.

Er moet aan een aantal voorwaarden worden voldaan wil er sprake zijn van een geheimhoudingsplicht. Zo moet de geheimhoudingsplicht uitdrukkelijk zijn overeengekomen. De voorschriften dienen de overtreding en daarbij behorende boete te beschrijven in de arbeidsovereenkomst of bijbehorend beding, in de cao of in gedragsregels (personeelshandboek).

Naast een eventueel overeengekomen geheimhoudingsplicht is een werknemer tevens op grond van zijn arbeidsovereenkomst tot discretie gehouden. Dit vloeit voort uit het goed werknemerschap van art. 7:611 BW. Of een werknemer in strijd heeft gehandeld met een geheimhoudingsbeding wordt beantwoord via de belangenafweging. Hierbij gaat het niet om het feit dat er een geheimhouding is afgesproken, het gaat er om dat aan de zijde van de werkgever een zodanig groot belang aanwezig is om de uitlatingen van de werknemer te beperken of te voorkomen (waardoor de vrijheid van meningsuiting van de werknemer wordt beperkt). De werknemer dient ervan op de hoogte te zijn dan een geheimhoudingsbeding postcontractuele werking heeft, zelfs indien deze werking niet uitdrukkelijk is overeengekomen en/of opgenomen.

- De rechtspraak

Bij het overtreden van het internet- en e-mailbeleid van de werkgever in de vorm van een gedragscode, door het bekijken van bijvoorbeeld pornografisch materiaal op internet, is sprake van schending van de vertrouwensrelatie. Dit geldt zeker voor een leidinggevende functionaris die strikt integer dient te zijn, zeker wanneer deze werknemer een voorbeeldfunctie vervulde en/of de werknemer vertrouwenspersoon was op het gebied van seksuele intimidatie.

Bij het overtreden van de gedragscode omtrent het gebruik van ICT tijdens de arbeidstijd (zoals het bezoeken van seksueel getinte internetsites en goksites als Unibet), speelt het feit dat de werknemer op de hoogte was van de gedragscode waarmee hij willens en wetens in strijd heeft gehandeld een belangrijke rol.

Uitlatingen (kritiek) die door de werknemer zijn geuit op een (intern) forum (het intranet) dat door de werkgever zelf in het leven is geroepen, waarmee de werkgever zijn werknemers heeft uitgenodigd tot het voeren van een interne discussie, kan minder snel een situatie vormen tot een dringende reden voor een rechtsgeldig ontslag op staande voet.

De werknemer zoekt de grens van het goed werknemerschap op doordat de werknemer zich kritisch en soms ook cynisch uitlaat over de werkgever, alsmede door de continuering van dergelijke uitlatingen, ook nadat de werknemer door de werkgever in niet mis te verstane bewoordingen is gesommeerde deze uitlatingen achterwege te laten (een formele waarschuwing).

Echter, de werkgever dient een bepaalde mate van kritiek van werknemers, op het door de werkgever gevoerde beleid, te accepteren, op grond van het recht van de vrijheid van meningsuiting. Dit is zeker het geval indien deze kritiek gebeurt op een forum (intranet) dat enkel voor werknemers toegankelijk is.

Het feit dat berichten die zijn geplaatst op social media (zoals Facebook, Twitter of LinkedIn), voor het publiek toegankelijk, over de werkgever, leidinggevende of collega hebben niets te maken met de vrijheid van meningsuiting. De vrijheid van meningsuiting wordt begrensd door

de beginselen van zorgvuldigheid die door de werknemer in acht dienen te worden genomen. Ook hier speelt het goed werknemerschap van art. 7:611 BW een rol, de werknemer behoort geen negatieve berichten op social media te plaatsen. Social media is geen privédomein, het privé karakter van social media is 'betrekkelijk'. Dit omdat berichten kunnen worden gedeeld waardoor de berichten kunnen worden gelezen door andere mensen dan alleen jouw 'vrienden'.

Indien een werknemer zich zeer negatief en discriminerend heeft uitgelaten op Facebook (dit kan ook op een ander social medium) over zijn collega's (werkgever of leidinggevende), heeft deze werknemer zeer laakbaar gehandeld. Echter, indien met het oog op het verleden niet zodanig veel op de werknemer is aan te merken (er is dan dus geen sprake van de 'druppel die de emmer doet overlopen') heeft dit tot gevolg dat er geen dringende reden voor een ontslag op staande voet bestaat zonder dat eerst aan deze werknemer een (laatste) formele waarschuwing is gegeven.

De rechter dient alle omstandigheden van het geval af te wegen. Hierbij kijkt de rechter naar de aard en ernst van hetgeen de werkgever als dringende reden aanmerkt. Verder kijkt de rechter naar de aard van de dienstbetrekking, de duur en de wijze waarop de werknemer zijn dienstbetrekking heeft vervuld. Als laatste kijkt de rechter naar de persoonlijke omstandigheden aan de zijde van de werknemer zoals zijn leeftijd en de (directe) gevolgen van het ontslag op staande voet.

De conclusies uit deze paragraaf zijn dat er verschillende factoren van invloed kunnen zijn op de vraag of een ontslag op staande voet wegens een dringende reden terecht is gegeven, of de ontbinding van de arbeidsovereenkomst door de kantonrechter wegens gewichtige redenen wordt verleend.

Een factor die hierop van invloed kan zijn, waarnaar een rechter bij een dergelijke zaak kijkt, is of er sprake is van schending van een vertrouwensrelatie door een leidinggevende die strikt integer dient te zijn omdat hij/zij een voorbeeldfunctie vervult.

Een andere factor kan worden gevonden in het feit dat de werknemer willens en wetens in strijd heeft gehandeld met een gedragscode waarvan hij op de hoogte was.

Nog een andere factor is gelegen in het feit dat de werknemer een bepaalde mate van kritiek mag leveren op de werkgever en op het door de werkgever gevoerde beleid. Dit dient de werkgever dan ook te accepteren, op grond van het recht van de vrijheid van meningsuiting aan de zijde van de werknemer. Zeker indien deze kritiek gebeurt op een intern forum, enkel voor werknemers toegankelijk (en dus niet voor het publiek). Zeker indien dit forum op het intranet door de werkgever is ingeroepen om te kunnen discussiëren. De vrijheid van meningsuiting (van de werknemer) hoeft de werkgever niet te accepteren indien de kritiek door de werknemer wordt geuit op een voor iedereen (publiekelijk) toegankelijk social medium. Dit omdat social media geen privédomein is.

Verder dient te worden gekeken naar het feit dat wanneer een werknemer op een voor publiek toegankelijk social medium zich negatief en/of discriminerend heeft uitgelaten, deze werknemer laakbaar heeft gehandeld. Echter, zonder dat eerst aan de werknemer een (laatste) formele waarschuwing is gegeven heeft de werkgever geen recht om deze werknemer op staande voet te ontslaan of de ontbinding bij de kantonrechter te verzoeken.

Bij de laatste factor (laakbaar handelen) kijkt de rechter naar alle omstandigheden van het geval. Hij kijkt naar de aard en ernst van hetgeen de werkgever als dringende reden aanmerkt. Ook kijkt de rechter naar de aard, de duur en de wijze waarop de dienstbetrekking is ingevuld. Als laatste kijkt de rechter naar de persoonlijke omstandigheden zoals de leeftijd en de (directe) gevolgen voor de werknemer.

Het gebruik van social media na de beëindiging van de arbeidsovereenkomst:

Deelvraag 4: Onder welke omstandigheden kan het gebruik van social media in strijd zijn met een recht van werkgever, na afloop van de arbeidsovereenkomst?

- Het concurrentie- en relatiebeding

Bij het beantwoorden van deze deelvraag wordt eerst gekeken naar het concurrentie- en relatiebeding en de mogelijkheid om dit te overtreden.

Een concurrentiebeding wordt overeengekomen om te voorkomen dat een ex-werknemer na het beëindigen van de arbeidsovereenkomst belangrijke bedrijfsgegevens of zakelijke relaties meeneemt naar een nieuwe werkgever of deze zakelijke relaties zelfs gebruikt als zelfstandige ondernemer. Tegenover dit belang van de werkgever staat het belang van de werknemer dat is neergelegd in art. 19 lid 3 Grw. (de vrije keuze van arbeid).

Een dergelijk beding hoeft niet uitdrukkelijk in de individuele arbeidsovereenkomst te zijn opgenomen. De ondertekening van een document (de arbeidsovereenkomst) dat verwijst naar algemene arbeidsvoorwaarden waarin een concurrentiebeding is opgenomen is voldoende om de werknemer te binden.

Er onderscheiden zich twee stromingen met betrekking tot verlenging van de arbeidsovereenkomst en het daarbij behorende concurrentiebeding. Enerzijds is er de stroming van de 'contractuele leer'. Volgens deze stroming dient bij iedere (stilzwijgende) voortzetting of omzetting van de arbeidsovereenkomst het concurrentiebeding opnieuw te worden overeengekomen. Anderzijds is er de stroming van de 'ruime leer'. Volgens deze stroming dient te worden gekeken naar de rechtsverhouding en in hoeverre deze ingrijpend wordt gewijzigd waardoor het concurrentiebeding zwaarder gaat drukken (met als gevolg dat het concurrentiebeding opnieuw dient te worden overeengekomen). De stroming van de 'ruime leer' wordt door gerechtshoven gehanteerd.

Daar waar bij een concurrentiebeding sprake is van directe belemmering van de vrijheid van arbeidskeuze is bij een relatiebeding sprake van indirecte belemmering van de vrijheid van arbeidskeuze. Dit omdat niet de arbeid zelf het onderwerp van het beding is, het gaat om het contact opnemen met relaties van de ex-werkgever. Verder kan worden geconcludeerd dat het mogelijk is dat een concurrentiebeding wordt gematigd tot een relatiebeding om de ex-werknemer zijn vrijheid van arbeidskeuze te geven.

Bij de (mogelijke) overtreding van een concurrentie- en/of relatiebeding, via social media, dient er gekeken te worden naar de aard van het social medium, het soort communicatie en de wijze van initiëren daarvan. Een bericht op Twitter of Facebook met enkel persoonlijke communicatie over privé zaken zal niet snel een overtreding van het relatiebeding opleveren. Een (zakelijke) oproep op een zakelijk sociaal netwerk als LinkedIn of een direct bericht naar een zakelijke relatie van de ex-werkgever is een overtreding van het relatiebeding.

- De rechtspraak

Volgens de rechter (het Hof te Amsterdam) wordt onder actief werven (waarmee een relatiebeding wordt overtreden) verstaan: het initiatief nemen om mensen op individuele basis te benaderen via e-mail of social media. Hierbij hoeft geen sprake te zijn van enig concreet op die desbetreffende persoon gesneden aanbod. Het zenden van een algemene e-mail of een algemeen bericht via social media is voldoende om toerekenbaar tekort te schieten en in strijd te handelen met een relatiebeding. Het plaatsen van een advertentie voor een vacature online op internet of op social media (zoals dat voorheen gebeurde in dag- of vakbladen) behoort niet tot actief werven. Dit omdat er dan geen sprake is van het toezenden van een algemene vacature aan een of meerdere bepaalde (geselecteerde) personen.

Een overeengekomen concurrentiebeding dient te wijken (en daarmee het te beschermen belang van de ex- werkgever) indien de ex-werknemer onbillijk wordt benadeeld. Volgens het Hof te Den Haag is daarvan sprake indien de ex-werknemer zich door de indiensttreding bij een nieuwe werkgever financieel kan verbeteren (hoger salaris en omvangrijkere

emolumenten) en de ex-werknemer zich verder kan ontwikkelen door een positieverbetering (meer carrièremogelijkheden).

Het plaatsen van een Twitter bericht wordt niet gerekend tot het onderhouden van zakelijke contacten (dat door een relatiebeding wordt verboden), aldus het Hof te Den Haag. Twitteren wordt gezien als een moderne variant van adverteren waarbij het volgen van iemand op Twitter een eenzijdige actie is waarvoor geen acceptatie van een uitnodiging tot het volgen is vereist. Dit is geheel anders bij het social medium Facebook. Hierbij dienen mensen elkaar wel een uitnodiging te sturen, die vervolgens dient te worden geaccepteerd alvorens er sprake is van 'vrienden'. Het gebruik van social media (dus ook Twitter) kan wel in strijd zijn met een relatiebeding indien het niet slechts gaat om normaal contact tussen vrienden. Hiervan is sprake zodra uit de bewoording van de berichten blijkt dat het contact niet slechts kan worden gezien als informeel en vriendschappelijk (in de privésfeer), maar deze berichten een duidelijk zakelijk karakter hebben. Ook maakt het een verschil of er sprake is van direct contact via social media (in bijvoorbeeld een privé conversatie) tussen een ex-werknemer en een zakelijke relatie, of er is sprake van een algemeen bericht verstuurd op social media dat door iedereen te lezen is.

Het contact zoeken (en onderhouden) via social media middels berichten (op Facebook en/of Twitter), een vriendschapsverzoek (op Facebook) of een connectie maken (op LinkedIn) levert een overtreding van een overeengekomen relatiebeding op indien dit contact plaats vindt na afloop van een arbeidsovereenkomst. Indien de ex-werknemer en de zakelijke relatie reeds contact (vriendschap/connectie) hadden ten tijde van de arbeidsovereenkomst, dient de ex-werknemer dit na afloop van de arbeidsovereenkomst 'slapend' te houden om niet in strijd met een relatiebeding te handelen. Omdat de connectie er al was tijdens de arbeidsovereenkomst is er geen sprake van actief werven. Onder slapend contact wordt gedacht aan vriendschappelijk en informeel contact (in de privésfeer) waarbij berichten met een duidelijk zakelijk karakter (gelet op de bewoording daarvan) niet zijn toegestaan. Indien de berichten een duidelijk zakelijk karakter hebben levert dit een overtreding van het relatiebeding op.

De conclusies uit deze paragraaf zijn dat er eerst dient te worden gekeken of het contact met de zakelijke relatie, via social media, reeds bestond ten tijde van de arbeidsovereenkomst of dat dit contact na afloop van de arbeidsovereenkomst tot stand is gekomen. Indien het contact reeds bestond ten tijde van de arbeidsovereenkomst wordt van de ex-werknemer verwacht dat hij dit contact met de zakelijke relatie van de ex-werkgever 'slapend' houdt.

Zodra dit contact pas na afloop van de arbeidsovereenkomst tot stand is gekomen kan er sprake zijn van actief werven door de ex-werknemer. Bij actief werven dient rekening te worden gehouden met het feit dat het plaatsen van een bericht op Twitter (in eerste instantie) niet wordt gerekend tot het onderhouden van zakelijke contacten. Dit omdat het volgen van iemand op Twitter een eenzijdige handeling vereist, er is geen sprake van het versturen van een uitnodiging of het accepteren daarvan (in tegenstelling tot Facebook of LinkedIn, waar dit wel is vereist om tot een connectie/vriendschap of contact te komen).

Het plaatsen van een bericht op Twitter (of andere social media) kan wel in strijd zijn met een overeengekomen beding zodra het niet gaat om normaal contact tussen vrienden. Hiervan is sprake indien uit de bewoording van de berichten blijkt dat het contact niet enkel in de privésfeer kan worden gezien (informeel en vriendschappelijk) maar er een duidelijk zakelijk karakter aan ten grondslag ligt. Ook maakt het verschil of sprake is van direct contact via social media (het sturen van een privé bericht naar een vriend/connectie) of indirect contact door het sturen van een algemeen bericht dat door iedereen (alle vrienden/connecties) te lezen is (en dus niet specifiek naar een persoon is verstuurd).

5.2 Aanbevelingen

Naar aanleiding van bovenstaande conclusies kunnen er enkele aanbevelingen worden gedaan met betrekking tot de invloed van social media op de arbeidsrelatie tussen de werkgever en de werknemer.

De eerste aanbeveling betreft de horizontale toepassing van grondrechten. Grondrechten in het privaatrecht zijn niet meer dan een signaal. Is het wel correct om een geschil aan de hand van grondrechten te beslissen? Daarvoor zijn grondrechten te algemeen geformuleerd en onvoldoende toegespitst op toepassing in private rechtsverhoudingen. Het opnemen van de vrijheid van meningsuiting in relatie met het arbeidsrecht is de beste garantie tegen willekeur en oncontroleerbare doorwerking. Bovendien is het risico aanwezig dat wanneer de ene partij zich beroept op een grondrecht, de wederpartij vrijwel altijd een ander grondrecht daar tegenover kan stellen. Daarom geniet het de aanbeveling om de grondrechten zoals de vrijheid van meningsuiting of het recht op privacy op te nemen in het privaatrecht (opnemen in het Burgerlijk Wetboek) zodat op deze grondrechten een beroep kan worden gedaan in het arbeidsrecht. Een mogelijkheid bestaat om deze grondrechten binnen de grenzen van het goed werkgever- en werknemerschap (art. 7:611 BW) te regelen.

Een ander aandachtspunt, dat kan worden gezien als aanbeveling richting de werkgever, is dat de werkgever, in bijvoorbeeld het personeelshandboek of in een gedragscode, vastlegt dat indien het bedrijf actief wil zijn op social media, dit enkel gebeurt vanaf een account dat onder beheer staat van het bedrijf.

Een tweede aanbeveling, betreft de toepassing van het instructierecht van de werkgever, waarbij de werkgever gebruik maakt van een gedragscode. Het verdient voor de werkgever aanbeveling om bij de controle op de gedragscode (met betrekking tot het gebruik van social media) aansluiting te zoeken bij de vuistregels, opgesteld door het College bescherming persoonsgegevens (CBP). Daartoe is de werkgever niet verplicht, het is zijn eigen vrije keuze. De vuistregels, opgesteld door het CBP, hebben betrekking op het af luisteren van telefoongesprekken van werknemers en op de controle van het e-mail- en internetgebruik door werknemers. Indien de werkgever ervoor kiest om wel aansluiting te zoeken bij deze vuistregels komt dit de duidelijkheid richting de werknemer, over hetgeen wel- en niet is toegestaan omtrent het gebruik van internet en social media, ten goede.

Een andere aanbeveling betreft een overeengekomen (geïncorporeerd) beding bij de arbeidsovereenkomst, waarmee de werkgever beperkingen in de arbeidsovereenkomst kan bedingen. Een overeengekomen beding kan worden vernietigd indien sprake is van misbruik van omstandigheden; dit is bijvoorbeeld het geval bij misbruik van economische machtsongelijkheid. Bij de vraag of van een dergelijk misbruik sprake is dienen de belangen van werkgever en werknemer te worden afgewogen. Hierbij is het vaak de werknemer die stelt, en dient te bewijzen (art. 150 Rv), dat het door de werkgever opgelegde beding, door misbruik van omstandigheden, machtsongelijkheid met zich meebrengt. Een dergelijk zware bewijslastpositie aan de zijde van de werknemer schrikt af om überhaupt bij de rechter stappen te ondernemen tegen de werkgever. Het verdient aanbeveling om in dergelijke situaties de bewijslast om te draaien in die zin dat een bezwaarlijk beding voor werknemer wordt verondersteld niet in vrijheid te zijn ondertekend. Op deze manier wordt de (zwakkere) werknemer beschermd door de wetgever. Mijns inziens is deze omkeringsregel van de bewijslast niet geheel correct. Er is geen of onvoldoende reden om de bewijslast om te keren. Bij het sluiten van de arbeidsovereenkomst is de werknemer op de hoogte van welke bedingen gebruik worden gemaakt binnen het bedrijf. Indien de werknemer hier niet van op de hoogte is kan de werknemer er altijd naar vragen, voor of tijdens de arbeidsonderhandelingen. Indien een beding bij de arbeidsovereenkomst de (individuele) werknemer niet bevalt heeft hij zelf de mogelijkheid om de arbeidsovereenkomst niet te tekenen. Dit is het beginsel van contractsvrijheid. Indien de werknemer besluit de arbeidsovereenkomst wel te ondertekenen

speelt het beginsel van gebondenheid aan het contract, waarbij de werknemer de verplichting heeft zich aan de gemaakte afspraken te houden.

De laatste twee aanbevelingen hebben betrekking op het concurrentie- en/of relatiebeding. Bij het verlengen van een arbeidsovereenkomst en het daarbij behorende concurrentiebeding zijn er twee stromingen te onderscheiden. Enerzijds is er de stroming van de 'contractuele leer'. Anderzijds is er de stroming van de 'ruime leer' (die veelvuldig wordt toegepast bij gerechtshoven). Volgens deze stroming dient niet bij iedere (stilzwijgende) voortzetting of omzetting van de arbeidsovereenkomst het concurrentiebeding opnieuw te worden overeengekomen. Volgens deze stroming hoeft het concurrentiebeding slechts opnieuw te worden overeengekomen indien de rechtsverhouding ingrijpend wordt gewijzigd waardoor het concurrentiebeding zwaarder gaat drukken. Om willekeur tegen te gaan verdient het de aanbeveling om deze stroming (de ruime leer) tevens bij rechtbanken toe te passen en dit zelfs te verankeren in de wetbepaling betreffende het concurrentiebeding.

Ten aanzien van het einde van de arbeidsovereenkomst kan worden aanbevolen om een 'opschoonbeding' op te nemen in de arbeidsovereenkomst of in de vaststellingsovereenkomst. Hierin staat dat de werkgever en de werknemer, op de laatste werkdag gezamenlijk het LinkedIn account van de werknemer doornemen om zodoende 'verboden' relaties te verwijderen. De keuze voor enkel het doorlopen van het LinkedIn account is gelegen in het feit dat dit social medium door rechters wordt gezien als een zakelijk sociaal netwerk. Middels deze aanbeveling wordt het voor de ex-werknemer lastiger om een overeengekomen concurrentie- en/of relatiebeding te overtreden.

Literatuurlijst

Artikelen

C.E.M. Benner, 'Arbeidsrechtelijke bescherming in geval van misstanden aan de zijde van werkgevers in de private of publieke sector', *Tijdschrift Recht en Arbeid* 2013, 101.

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

E.J. Dommering, 'De nieuwe Nederlandse Constitutie en de informatietechnologie', *Computerrecht* 2000, 4.

V. Gerlach en U.B. Verboom, 'Voorschriften over kleding en uiterlijk', *ArbeidsRecht* 2007, 37.

R.J. Van der Ham, 'Mijn baas is echt 'n e*kel!', *ArbeidsRecht* 2012, 7.

G.J.J. Heerma van Voss en J.M. van Slooten, 'Kroniek van het Sociaal recht', *Nederlands Juristenblad* 2008, 802.

P.F. van der Heijden, 'Revolutie in het arbeidsrecht: privétisering', *ArbeidsRecht* 1999, *Lustrumkatern*, p. 1.

J. Heinsius, 'Sociaal recht', *Ars Aequi Katern* 2008, 107.

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

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

A.H. Pool, 'Antidugsbeleid in ondernemingen en het recht op respect voor het privéleven van werknemers', *Tijdschrift Recht en Arbeid* 2012, 44.

I. Tempelman en M. Hagaraars, 'Het gebruik van social media: de grenzen van het toelaatbare in de huidige informatiesamenleving voor werkgever en werknemer', *Computerrecht* 2012, 5.

R.P.J. Ter Haseborg en C.C. Zillinger Molenaar, 'Jaaroverzicht jurisprudentie concurrentiebeding en onrechtmatige concurrentie 2011 en 2012', *ArbeidsRecht* 2013, 45.

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

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

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

D.J.B. de Wolff, 'Concurrentiebeperking voldoende beperkt?', *Tijdschrift Recht en Arbeid* 2010, 67.

Boeken

Akkermans, Bax & Verhey 2005

P.W.C. Akkermans, C.J. Bax & L.F.M. Verhey, *Grondrechten. Grondrechten en grondrechtsbescherming in Nederland*, Heerlen: Open Universiteit 2005.

Asscher 2002

L.F. Asscher, *Communicatiegrondrechten*, Amsterdam: Cramwinckel 2002.

Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010

A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Asser's handleiding tot beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel III. Algemeen overeenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2010.

Asser/Heerma van Voss 2012

G.J.J. Heerma van Voss, *Mr. C. Asser's handleiding tot beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel V. Arbeidsovereenkomst*, Deventer: Kluwer 2012.

Beltzer e.a. 2003

R.M. Beltzer, W.J.P.M. Fase, S.F.H. Jellinghaus en A.D.M. van Rijs, *Handboek ontslagpraktijk, Arbeidsrecht*, Den Haag: Sdu uitgevers 2003.

Bouwens & Duk

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

Bovend'eert e.a. 2009

P.P.T. Bovend'eert, J.L.W. Broeksteeg, D.E. Bunschoten, J.W.A. Fleuren, *Grondwet voor het Koninkrijk der Nederlanden, Tekst & Commentaar. De tekst van de Grondwet, voorzien van commentaar*, Deventer: Kluwer 2009.

Bunschoten 2009

Bunschoten, *Tekst & Commentaar, Persoonlijke levenssfeer bij: Grondwet, Artikel 10*.

Burkens e.a. 2006

M.C. Burkens, H.R.B.M. Kummeling, B.P. Vermeulen en R.J.G.M. Widdershoeven, *Beginnelsen van de democratische rechtsstaat*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2006.

Van Drongelen e.a. 2009

J. van Drongelen, W.J.P.M. Fase, P.J.S. van den Boogaard en S.F.H. Jellinghaus, *Ontslagrecht, Individueel arbeidsrecht 3*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2009.

Van Drongelen e.a. 2013

J. van Drongelen, W.J.P.M. Fase en S.F.H. Jellinghaus, *Bijzondere bedingen, aansprakelijkheid, gelijke behandeling, overgang van de onderneming, Individueel arbeidsrecht 2*, Zutphen; Uitgeverij Paris 2013.

Even e.a. 2012

J.H. Even, A.R. Houweling, C.J. Loonstra, A.G. Veldman, P.G. Vestering, N.M. Wolters en W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke bedingen, themabundel Tijdschrift Arbeidsrechtpraktijk 2012*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2012.

Van Genderen 2010

D.M. van Genderen, *Arbeidsrecht in de praktijk*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2010.

Van Genderen e.a. 2012

D.M. van Genderen, P.S. Fluit, M.E. Stefels en D.J.B. de Wolf, *Arbeidsrecht in de praktijk*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2012.

Van Grinsven en Geugjes 2007

P.M.H.J Van Grinsven en H.C. Geugjes, *Arbeidsrecht begrepen*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007.

Heerma van Voss 1999

G.J.J. Heerma van Voss, *Goed werkgeverschap als bron van vernieuwing van het arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 1999.

Heerma van Voss 2011

G.J.J. Heerma van Voss, *Inleiding Nederlands Sociaal recht*, Den Haag: BJu 2011.

Van der Heijden e.a. 2008

P.F. van der Heijden, J.M. van Slooten en E. Verhulp, *Arbeidsrecht, Tekst en Commentaar*, Deventer: Kluwer 2008.

Hins & Nieuwenhuis 2010

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

Hoff 2011

N. van den Hoff, *Geen betere censuur dan zelfcensuur, vrijheid van meningsuiting in sociale media voor privémeningen van ambtenaren*, Academisch proefschrift, Leiden 2011.

Jacobs e.a. 2009

A.T.J.M. Jacobs, P.M.M. Massuger en W.G.M. Plessen, *De arbeidsovereenkomst, Monografieën BW, Losdelig handboek B85*, Deventer: Kluwer 2009.

Laagland 2013

F.G. Laagland, *Arbeidsovereenkomst, artikel 611 BW 7*, Bijgewerkt tot 13-07-2013.

Loonstra & Zondag 2011

C.J. Loonstra & W.A. Zondag, *Commentaar art. 7:660 BW*, Den Haag: Sdu 2011.

Nieuwenhuis e.a. 2011

J.H. Nieuwenhuis, C.J.J.M. Stolker en W.L. Valk, *Burgerlijk Wetboek, Tekst & Commentaar. Boeken 1, 2, 3, 4 en 5 én boeken 6, 7, 8 en 10*, Deventer: Kluwer 2011, negende druk.

Pennings & Hoffmans 2010

Frans Pennings en J.G.F.M. Hoffmans, *Arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2010.

Rood 1998

M.G. Rood, *Introductie in het sociaal recht*, Deventer: Gouda Quint 1998.

Roozendaal 2011

W.L. Roozendaal, *Werk en privé, de strijd om tijd in het arbeidsovereenkomstenrecht. Een wetenschappelijke proeve op het gebied van Rechtsgeleerdheid*, Deventer: Kluwer 2011.

Sagel 2013

S.F. Sagel, *Het ontslag op staande voet, Monografieën Sociaal Recht 58*, Deventer: Kluwer 2013.

Sagel en Verhulp 2005

S.F. Sagel en E. Verhulp, *Voor De Laat: de Hoge Raad, Reeks Vereniging voor Arbeidsrecht nr. 34*, Deventer: Kluwer 2005.

Schuijt, GS Onrechtmatige daad VII

G.A.I. Schuijt, 'VII. Bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de Gw', in: *Groene Serie Onrechtmatige daad*, Deventer: Kluwer (online).

Smits 2003

J.M. Smits, *Constitutionalisering van het vermogensrecht, preadvies Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking*, Deventer 2003.

Smits 2009

T.M.J. Smits, *Vaardig met arbeidsrecht, de UWV-ontslagprocedure, juridische vaardigheden*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2009.

Verheugt 2003

J.W.P. Verheugt, *Inleiding in het Nederlandse recht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003.

Verhulp 1996

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

Verhulp 2013

Verhulp, *Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek Boek 7. Algemene Verplichting van werkgever en werknemer*, Bijgewerkt tot 01-02-2013.

Vlemminx 2002

F. Vlemminx, *Een nieuw profiel van de grondrechten, een analyse van de prestatieplichten ingevolge klassieke en sociale grondrechten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002.

De Wit

M.A.C. de Wit, *Het goed werkgeverschap als intermediair van normen in het arbeidsrecht*, proefschrift ter verkrijging van de graad van doctor, Katholieke Universiteit Brabant 1999.

Elektronische bronnen

Van Drongelen, *Individueel arbeidsrecht deel 1, de overeenkomsten tot het verrichten van arbeid, vakantie en verlof*, Paris b.v. Zutphen 2007.

<www.arbeidsrechter.nl/voorschriften-werkgever-aanwijzingen-instructies-naleven>, geraadpleegd op 10 april 2013.

Arno R. Lodder e.a., *Recht en Web 2.0*, Publicatiereeks NVvIR – Nederlandse Vereniging voor Informatietechnologie en Recht, 2010, no. 27.

< <http://dare.ubvu.vu.nl/bitstream/handle/1871/19023/2010-rechtenweb20.pdf?sequence=2>>, geraadpleegd op 17 december 2013.

J.H.J. Terstegge, *Goed werken in netwerken, regels voor controle op e-mail en internetgebruik van werknemers*, College bescherming persoonsgegevens, 2^e druk herzien door S. Lieon.

<www.cbpweb.nl/Pages/av_21_Goed_werken_in_netwerken.aspx>, geraadpleegd op 9 december 2013.

College Bescherming Persoonsgegevens:

<www.cbpweb.nl/Pages/inf_va_opnemen_telefoon.aspx>, geraadpleegd op 9 december 2012.

Hoofdlijnennotitie aanpassing ontslagrecht en WW.

<www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/ontslag/documenten-en-publicaties/notas/2012/06/18/hoofdlijnennotitie-aanpassing-ontslagrecht-en-ww.html> en

<www.mt.nl/547/83148/arbeidsrecht/het-nieuwe-ontslagrecht-de-6-belangrijkste-wijzigingen.html>, geraadpleegd op 5 mei 2014.

Kamerstukken/Parlementaire stukken

Kamerstukken II 1993/94, 23 438, nr. 3 p. 15.

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

Kamerstukken II 2003/04, 28 990, nr. 5.

Kamerstukken II 2012/13, 33 258, nr. 6.

Jurisprudentielijst

Europees Hof voor de Rechten van de Mens

EHRM 7 december 1976, NJ 1978, 236 (Handyside).
EHRM 26 april 1979, NJ 1980, 146 (Sunday Times/Verenigd Koninkrijk).
EHRM 16 december 1992, NJ 1993, 400 (Niemietz).
EHRM 25 juni 1997, NJ 1998, 506, m.nt. Boon (Halford).
EHRM 29 februari 2000, LJN AD3149, NJ 2001, 73, m.nt. Dommerig (Fuentes/Spanje).
EHRM 14 maart 2002, JAR 2002, 137, m.nt. Vegter (Diego Nafria/Spanje).
EHRM 3 april 2007, NJ 2007, 617, m.nt. Dommering (Copland/Verenigd Koninkrijk).
EHRM 12 februari 2008, NJ 2008, 305 m.nt. Alkema.
EHRM 21 juli 2011, NJ 2012, 282 m.tn. Dommering.
EHRM 21 juli 2011, NJ 2012, 282 m.nt. Dommering (Heinisch/Duitsland).
EHRM 12 september 2011, JAR 2011, 280 m.nt. De Laat (Palomo Sanchez e.a./Spanje).

Hoge Raad

Hoge Raad 21 juni 1918, NJ 1918, 769.
Hoge Raad 4 februari 1944, NJ 1944, 199.
Hoge Raad 5 januari 1951, NJ 1951, 532.
Hoge Raad 9 december 1955, NJ 1956, 157 (Boogaard/Vesta).
Hoge Raad 4 mei 1956, NJ 1956, 299.
Hoge Raad 15 november 1957, NJ 1958, 67 (Baris/Riezenkamp).
Hoge Raad 26 januari 1968, NJ 1968, 139.
Hoge Raad 21 april 1978, NJ 1979, 343.
Hoge Raad 6 april 1979, NJ 1979, 492 m.nt. Stein.
Hoge Raad 15 februari 1980, NJ 1980, 328 (Gelderse Tramweg Maatschappij/X).
Hoge Raad 13 maart 1981, LJV AG4158, RvdW 1981, 43 (Haviltex).
Hoge Raad 13 maart 1981, NJ 1981, 513 m.nt. Stein.
Hoge Raad 6 november 1981, NJ 1982, 100.
Hoge Raad 4 november 1983, NJ 1984, 187.
Hoge Raad 18 mei 1984, NJ 1984, 720.
Hoge Raad 4 april 1986, NJ 1986, 549 (Fanssen/Safe Sun).
Hoge Raad 12 december 1986, NJ 1987, 905 (Jongelen Video Roosendaal/Jongeneelen).
Hoge Raad 9 januari 1987, NJ 1987, 928.
Hoge Raad 10 april 1987, NJ 1988, 5.
Hoge Raad 8 juli 1987, NJ 1988, 107.
Hoge Raad 11 december 1987, NJ 1988, 339.
Hoge Raad 4 maart 1988, NJ 1989, 361 (Borbon-Parma).
Hoge Raad 7 oktober 1988, NJ 1989, 335 m.nt. PAS (IBM).
Hoge Raad 3 maart 1989, NJ 1989, 549 (Choaibi/NS).
Hoge Raad 21 april 1989, NJ 1989, 553.
Hoge Raad 1 december 1989, NJ 1990, 451, m.nt. Stein (Deuss/Holland).
Hoge Raad 2 februari 1990, NJ 1991, 298 (Goeree-Van Zijl).
Hoge Raad 20 april 1990, NJ 1990, 702 m.nt. P.A. Stein (Meijer/De Schelde).
Hoge Raad 15 februari 1991, NJ 1991, 340.
Hoge Raad 31 mei 1991, NJ 1991, 679 (Van den Berg/Daniel de Brouwerstichting).
Hoge Raad 23 april 1993, JAR 1993, 121, NJ 1993, 504 (Bakermans/Straalservice).
Hoge Raad 1 juli 1993, NJ 1993, 667 m.nt. Stein (Nuts/Hofman).
Hoge Raad 21 januari 1994, NJ 1994, 473 (Panorama).
Hoge Raad 8 april 1994, NJ 1994, 94 (Agfa/Schoolderman).
Hoge Raad 15 april 1994, NJ 1994, 608 (Valkenhorst).
Hoge Raad 24 februari 1995, JAR 1995, 67.
Hoge Raad 10 november 1995, NJ 1996, 125.
Hoge Raad 26 april 1996, JAR 1996, 118.
Hoge Raad 24 mei 1996, NJ 1996, 685 m.nt. Stein (Van Zijl/Koppen).
Hoge Raad 27 september 1996, NJ 1997, 42.
Hoge Raad 1 juli 1997, JAR 1997, 201.
Hoge Raad 14 november 1997, NJ 1998, 149 (Groen/Schroevens).
Hoge Raad 20 maart 1998, NJ 1998, 815.
Hoge Raad 26 juni 1998, JAR 1998, 199 (Van der Lely/Taxi Hofman).
Hoge Raad 5 februari 1999, NJ 1999, 652 m.nt. PAS.
Hoge Raad 12 februari 1999, NJ 1999, 643 m.nt. P.A. Stein.
Hoge Raad 25 juni 1999, JAR 1999, 149.
Hoge Raad 17 december 1999, JAR 2000, 29, m.nt. Verhulp.
Hoge Raad 21 januari 2000, NJ 2000, 190, JAR 2000, 45 (Hema).
Hoge Raad 26 mei 2000, JAR 2000, 120.
Hoge Raad 3 november 2000, JAR 2000, 248.
Hoge Raad 26 januari 2001, JAR 2001, 40 (Wapenaar/Taxi Hofman).
Hoge Raad 27 april 2001, JAR 2001, 95.

Hoge Raad 1 februari 2002, NJ 2002, 607 m.nt. Heerma van Voss (Monte/Bank).
Hoge Raad 4 april 2003, JAR 2003, 107 (Ghisyan/LAN-Alyst).
Hoge Raad 20 juni 2003, NJ 2003, 523 (Wickel/Klene).
Hoge Raad 8 oktober 2004, NJ 2007, 480 (Vixia/Gerrits).
Hoge Raad 23 maart 2007, JAR 2007, 111 (Tetterode-arrest).
Hoge Raad 14 september 2007, LJN BA5802, JAR 2007/250, NJ 2008, 334, m.nt. Verhulp (Hyatt).
Hoge Raad 26 oktober 2007, NJ 2008, 504, m.nt. Verhulp.
Hoge Raad 14 maart 2008, JAR 2008, 110.
Hoge Raad 28 maart 2008, JAR 2008, 113 m.nt. Vegter.
Hoge Raad 12 december 2008, JAR 2008, 318, m.nt. Verhulp.
Hoge Raad 27 november 2009, JAR 2009, 305, NJ 2010, 493, m.nt. Heerma van Voss (Van der Grijp/Stam).
Hoge Raad 26 juni 2009, NJ 2011, 154, m.nt. Verhulp.
Hoge Raad 12 februari 2010, JAR 2010, 72, NJ 2010, 494, m.nt. Heerma van Voss (Rutten/Breed).
Hoge Raad 26 oktober 2012, RAR 2013, 14, NJ 2013, 220 m.nt. Verhulp, JAR 2012, 113, m.nt. de Laat (Quirijns/Theodoor Gillissen Bankiers).

Gerechtshoven

Gerechtshof 's-Hertogenbosch 13 januari 1984 AB 1984, 417, AA 1985, p. 273 (Luchthaven Zuid-Limburg).

Gerechtshof Amsterdam 15 oktober 1998, JAR 1998, 237.

Gerechtshof Amsterdam 8 maart 2001, JAR 2001, 66.

Gerechtshof 's-Gravenhage 10 januari 2003, JAR 2003, 105.

Gerechtshof 's-Hertogenbosch 4 mei 2004, JAR 2004, 286 m.nt. Knipschild.

Gerechtshof Amsterdam 28 juli 2006, NJ 2006, 132.

Gerechtshof 's-Gravenhagen 8 december 2006, JAR 2007, 45.

Gerechtshof Arnhem 12 december 2006, JAR 2007, 44.

Gerechtshof 's-Hertogenbosch 29 mei 2007, RAR 2008, 88.

Gerechtshof 's-Gravenhagen 21 september 2007, RAR 2008, 8.

Gerechtshof 's-Gravenhage 8 mei 2008, JAR 2008, 143.

Gerechtshof Amsterdam 24 juli 2008, LJN BG1032, JAR 2008, 313.

Gerechtshof 's-Hertogenbosch 31 maart 2009, LJN B0670.

Gerechtshof Leeuwarden 12 mei 2009, LJN B6762.

Gerechtshof Leeuwarden 26 mei 2009, JAR 2009, 164 m.nt. Vegter en Knipschild.

Gerechtshof Arnhem 9 juni 2009, LJN BI8778.

Gerechtshof 's-Hertogenbosch 4 januari 2011, JAR 2011, 72.

Gerechtshof 's-Gravenhagen 19 april 2011, Prg. 2011, 166.

Gerechtshof 's-Gravenhage 7 juni 2011, LJN BQ7639.

Gerechtshof 's-Hertogenbosch 7 juni 2011, JAR 2011, 206.

Gerechtshof Amsterdam 4 oktober 2011, LJN BU6406.

Gerechtshof 's-Hertogenbosch 18 oktober 2011, JAR 2011, 296.

Gerechtshof 's-Gravenhage 17 januari 2012, JAR 2012, 10 m.nt. Van Uden.

Gerechtshof 's-Gravenhage 21 februari 2012, LJN BW0090, Prg. 2012, 127, RAR 2012, 87, JAR 2012, 129 m.nt. Bungener.

Gerechtshof Leeuwarden 10 april 2012, LJN BW1709.

Gerechtshof Amsterdam 19 juni 2012, JAR 2012, 201 (Rasmussen/Rabo Wielerploegen BV).

Gerechtshof Arnhem 21 augustus 2012, LJN BX4721.

Gerechtshof 's-Gravenhagen 30 oktober 2012, JAR 2013, 12, m.nt. Vegter.

Rechtbanken

Rechtbank 's-Hertogenbosch 25 september 1987, NJ 1988, 625.
Rechtbank Kantonrechter 28 april 1993, JAR 1993, 184.
Rechtbank Kantonrechter Rotterdam 16 september 1993, JAR 1995, 164.
Rechtbank Amsterdam 16 augustus 1995, JAR 1995, 208 (Greenpeace/Kotte).
Rechtbank Kantonrechter Hilversum 28 september 1995, Prg. 1995, 4409.
Rechtbank Kantonrechter Amsterdam 12 september 1996, VV-nr. 96-3922.
Rechtbank Kantonrechter Haarlem 10 februari 1998, LJN AI9703, Prg. 1998, nr. 4971 (Vereniging voor Protestants-Christelijk Voortgezet Onderwijs/Buss).
Rechtbank Amsterdam 19 augustus 1999, JAR 1999, 207.
Rechtbank Kantonrechter Amsterdam 22 maart 2000, JAR 2000, 154.
Rechtbank Kantonrechter Rotterdam 10 april 2000, JAR 2000, 109.
Rechtbank Kantonrechter 18 mei 2000, JAR 2000, 156.
Rechtbank Kantonrechter Haarlem 16 juni 2000, JAR 2000, 170 m.nt. Verhulp.
Rechtbank Kantonrechter Haarlem 16 juni 2000, LJN AG5277, Computerrecht 2001, p. 37.
Rechtbank Kantonrechter Utrecht 13 juli 2000, JAR 2000, 199, m.nt. Verhulp.
Rechtbank Kantonrechter Maastricht 29 september 2000, JAR 2000, 255.
Rechtbank Kantonrechter Haarlem 16 november 2000, JAR 2001, 9.
Rechtbank Kantonrechter Alpen aan den Rijn 13 juni 2001, JAR 2001, 161.
Rechtbank Kantonrechter Amsterdam 4 december 2001, JAR 2002, 35.
Rechtbank Kantonrechter Sittard 21 december 2001, JAR 2002, 38.
Rechtbank Kantonrechter Emmen 23 januari 2002, JAR 2002, 73.
Rechtbank Alkmaar 28 februari 2002, JAR 2002, 61.
Rechtbank Kantonrechter Zwolle 21 juni 2002, JAR 2002, 196.
Rechtbank Kantonrechter Alkmaar 1 juli 2002, JAR 2002, 157.
Rechtbank Kantonrechter Eindhoven 17 september 2002, JAR 2003, 77.
Rechtbank Kantonrechter 's-Gravenhage 3 oktober 2002, JAR 2002, 269.
Rechtbank Kantonrechter Helmond 10 februari 2003, JAR 2003, 80.
Rechtbank Kantonrechter Haarlem 3 april 2003, JAR 2003, 117.
Rechtbank Amsterdam 9 juli 2003, JAR 2003, 191 (Organong/Stiekema).
Rechtbank Kantonrechter Eindhoven 5 maart 2004, JAR 2004, 103.
Rechtbank Kantonrechter Maastricht 8 juli 2004, JAR 2004, 214.
Rechtbank Kantonrechter Hilversum 16 november 2005, Prg. 2005, 218.
Rechtbank Kantonrechter Wageningen 8 november 2006, JAR 2007, 1.
Rechtbank Kantonrechter Amersfoort 27 december 2006, JAR 2007, 74.
Rechtbank Kantonrechter Bergen op Zoom 30 mei 2007, Prg. 2007, 95.
Rechtbank Voorzieningenrechter 's-Hertogenbosch 3 juli 2008, LJN BD7746.
Rechtbank Kantonrechter Haarlem 11 februari 2009, LJN BH3468.
Rechtbank Kantonrechter Roermond 20 mei 2009, JAR 2009, 192.
Rechtbank Kantonrechter Zwolle 22 december 2009, LJN B9047.
Rechtbank Amsterdam 21 januari 2010, JAR 2010, 66.
Rechtbank Kantonrechter Zaandam 16 maart 2010, LJN BM0542.
Rechtbank Kantonrechter Utrecht 31 mei 2010, JAR 2010, 155 (Roest/Albron).
Rechtbank Rotterdam 8 juni 2010, LJN BN0796.
Rechtbank Kantonrechter Zwolle 28 januari 2011, JAR 2011, 103.
Rechtbank Arnhem 8 maart 2011, LJN BP8592, JAR 2011, 127.
Rechtbank Voorzieningenrechter Leeuwarden 6 april 2011, RAR 2011, 93.
Rechtbank Kantonrechter Enschede 12 mei 2011, Prg. 2011, 162.
Rechtbank Kantonrechter Rotterdam 21 september 2011, JAR 2011, 271.
Rechtbank Kantonrechter Amsterdam 30 september 2011, RAR 2012, 7.
Rechtbank Voorzieningenrechter Arnhem 24 november 2011, LJN BU7469, JAR 2012, 64.
Rechtbank Voorzieningenrechter Maastricht 8 februari 2012, LJN BV3122.
Rechtbank Kantonrechter Arnhem 19 maart 2012, JAR 2012, 97, Prg. 2012, 125 (Blokker).
Rechtbank Kantonrechter Arnhem 27 maart 2012, LJN BW0238.

Rechtbank Voorzieningenrechter Middelburg 29 maart 2012, LJN BW0364, JAR 2012, 221.
Rechtbank Breda 4 april 2012, LJN BW1629.
Rechtbank (Arnhem) Kantonrechter Wageningen 11 april 2012, Prg. 2012, 150.
Rechtbank Rotterdam 29 augustus 2012, LJN BX7261, RAR 2012, 166, JAR 2013, 26 m.nt.
Bungener.
Rechtbank Kantonrechter Amsterdam 21 september 2012, LJN BX7999, RAR 2012, 162.
Rechtbank Kantonrechter Amsterdam 30 oktober 2012, JAR 2013, 20.
Rechtbank Den Haag 12 juni 2013, NJF 2013, 333.
Rechtbank Den Haag 9 juli 2013, zaaknr. SGR 13/4191.
Rechtbank Kantonrechter Groningen 20 september 2013, JAR 2013, 254