

# Vrijheid van meningsuiting in de arbeidsverhouding: een update

*ArbeidsRecht 2023/4*

**Ruim twee en een half jaar geleden schreef ik in dit blad een artikel over vrijheid van meningsuiting in de arbeidsverhouding.<sup>2</sup> Sindsdien is er op dit gebied veel gebeurd. Genoeg reden dus voor een update. Ik bespreek recente rechtspraak en ga in op de criteria die in deze rechtspraak worden toegepast bij de beoordeling van een beroep op vrijheid van meningsuiting.**

## 1. Vrijheid van meningsuiting: hoe zat het ook alweer

Het recht op vrijheid van meningsuiting is neergelegd in art. 10 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) en in art. 7 van de Grondwet. Vooral in de Europese context worden met enige regelmaat uitspraken gewezen waarin de vrijheid van meningsuiting van werknemers centraal staat. Als uitgangspunt geldt dat beperkingen van de vrijheid van meningsuiting alleen toelaatbaar zijn als zij voldoen aan de in art. 10 lid 2 EVRM gestelde eisen. Dat betekent dat dergelijke beperkingen (i) moeten zijn voorzien bij wet en (ii) noodzakelijk zijn in een democratische samenleving (iii) ter bescherming van de in lid 2 genoemde belangen. Deze belangen zijn onder andere de nationale veiligheid, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden en de bescherming van de goede naam of de rechten van anderen. Als de beperking is voorzien bij wet én onder een van de criteria van lid 2 valt, zal moeten worden beoordeeld of de beperking noodzakelijk is in een democratische samenleving. De afweging die de nationale rechter hier moet maken, dient plaats te vinden aan de hand van alle omstandigheden van het geval.

In november 2019 heeft het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) een uitspraak gewezen over de vrijheid van meningsuiting in de arbeidsverhouding.<sup>3</sup> Allereerst herhaalde het EHRM in deze uitspraak het uitgangspunt dat de arbeidsverhouding gebaseerd moet zijn op wederzijds vertrouwen. Dat betekent, aldus het EHRM, dat geen absolute loyaliteitsplicht jegens de werkgever bestaat dan wel een zodanige discretieplicht dat de werknemer aan de belangen van de werkgever wordt onderworpen, maar wel dat bepaalde uitingen van het recht op vrije meningsuiting die in andere contexten toelaatbaar zouden zijn, niet

toelaatbaar zijn in de context van de arbeidsverhouding. Het EHRM nam vervolgens een viertal aspecten in overweging bij de beoordeling van de vrijheid van meningsuiting in de arbeidsrelatie. Het gaat hier om de volgende aspecten:

1. de aard van de meningsuiting;
2. de motieven van de werknemer;
3. de schade die de werkgever door de onthulling lijdt;
4. de zwaarte van de opgelegde sanctie.

In mijn artikel in 2020 merkte ik op dat het EHRM, in zaken die de vrijheid van meningsuiting in de arbeidsverhouding betreffen, in de loop der jaren aanvullende criteria heeft ontwikkeld, waaronder voornoemde criteria die volgen uit de *Herbai*-uitspraak. Mijn conclusie was dat het de rechtszekerheid ten goede zou komen als in de Nederlandse rechtspraak deze criteria ook (meer) toegepast zou worden.

## 2. Vrijheid van meningsuiting in de rechtspraak

### 2.1 Kritische ROC-docente

Een zaak die de afgelopen periode veel stof heeft doen opwaaien en ook in de media en in de politiek<sup>4</sup> uitgebreid aandacht heeft gekregen, is de zaak die speelde bij het ROC. Een voormalig docente schreef een boek over haar ervaringen met het nieuw ingevoerde gepersonaliseerde onderwijs. Het boek was kritisch en leidde tot onrust op de werkvloer, onder meer omdat een aantal collega's liet weten zich niet langer prettig te voelen in de samenwerking met de auteur van het boek omdat voor het boek gebruikte informatie tot hen herleidbaar is. Werkneemster werd geschorst en vervolgens werd ontbinding van de arbeidsovereenkomst gevraagd. De kantonrechter<sup>5</sup> heeft de arbeidsovereenkomst ontbonden wegens een verstoorde arbeidsverhouding, wees de transitievergoeding toe en de billijke vergoeding af. De werkneemster is in appel gegaan en stelde zich daarbij op het standpunt dat haar vrijheid van meningsuiting was geschonden. Het hof<sup>6</sup> oordeelde echter dat de verstoorde arbeidsverhouding niets te maken heeft met haar vrijheid van meningsuiting. Het hof overweegt:

“Dat zij die heeft, staat buiten kijf en dat ROC die niet heeft ingeperkt staat volgens het hof eveneens vast. (...) Werkneemster had zich moeten realiseren dat het uitbrengen van haar boek, waarbij, dat heeft zij niet bestreden, ten minste de persoon van enkele collega's wel degelijk herleidbaar is, de samenwerking met diverse collega's zou bemoeilijken.”

1 Mr. I.J. (Inge) de Laat is advocaat bij Rutgers & Posch te Amsterdam en redacteur van dit tijdschrift.

2 I.J. de Laat, 'Vrijheid van meningsuiting in de arbeidsverhouding', *ArbeidsRecht* 2020/32.

3 EHRM 5 november 2019, ECLI:CE:ECHR:2019:1104JUD001160815 (*Herbai/Hungary*).

4 Zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II* 2019/20, 2020Z11715 (22 juni 2020).

5 Ktr. Nijmegen 8 september 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:4638, *JAR* 2021/2, m.nt. E. Verhulp.

6 Hof Arnhem-Leeuwarden 19 april 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:3667.

Ook verweet het hof de werknemster vertrouwelijke informatie over het ROC via het boek te hebben geopenbaard. Het hof bekrachtigde de ontbinding dan ook, maar kende wel een billijke vergoeding ter hoogte van € 40.000 bruto toe omdat het ROC ernstig verwijtbaar heeft gehandeld door bij te dragen aan de verstoring van de arbeidsverhouding.

De Hoge Raad<sup>7</sup> vernietigde vervolgens de uitspraak van het hof en volgt de uitvoerige conclusie van A-G De Bock.<sup>8</sup> Wat de Hoge Raad betreft valt de publicatie van het door de werknemster geschreven boek onder het mede door art. 10 EVRM beschermde recht op vrijheid van meningsuiting. Onder verwijzing naar de vaste rechtspraak van het EHRM,<sup>9</sup> is van een inmenging in de vrijheid van meningsuiting niet alleen sprake bij een publicatieverbod, maar ook indien aan een uiting sancties van strafrechtelijke, arbeidsrechtelijke, privaatrechtelijke of tuchtrechtelijke aard worden verbonden. Een verzoek in rechte tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst kan als een zodanige sanctie van arbeidsrechtelijke aard worden aangemerkt. De vervolgvraag is dan, aldus de Hoge Raad, of een causaal verband aanwezig is tussen een uiting en een sanctie. Hierbij moet worden gelet op het geheel van gebeurtenissen vanaf de uiting tot aan het opleggen van de sanctie, in hun onderlinge samenhang.<sup>10</sup> De vaststelling van het hof dat het ontbindingsverzoek een reactie vormt op de gevolgen die de inhoud van het boek heeft voor de interne verhoudingen en werkrelaties, laat geen andere conclusie toe dan dat causaal verband bestaat. Hiermee levert het ontbindingsverzoek volgens de Hoge Raad een inmenging in de vrijheid van meningsuiting, zodat het arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden wordt vernietigd en de zaak wordt verwezen naar het Hof 's-Hertogenbosch.

Het is vervolgens aan het verwijzingshof om te beoordelen of de inmenging in de vrijheid van meningsuiting van de werknemster, gerechtvaardigd is. Barentsen en Sagel<sup>11</sup> stellen zich op het standpunt dat deze vraag zal moeten worden beantwoord aan de hand van het toetsingscriterium dat de Hoge Raad formuleerde in het *Hyatt*-arrest uit 2007. Dit toetsingscriterium houdt in dat beoordeeld moet worden of de inbreuk makende handeling, een legitiem doel dient en of zij een geschikt middel is om dat doel te bereiken (het noodzakelijkheidscriterium). Voorts moet worden onderzocht of de inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van de werknemer, evenredig is in verhouding tot het belang van de werkgever bij het bereiken van het beoogde doel (het proportionaliteitscriterium), en of de werkgever dat doel redelijkerwijs op een minder ingrijpende wijze kon bereiken (het subsidiariteitscriterium). Nog los van het feit dat het in het *Hyatt*-arrest een ander soort zaak betrof – het ging om een inbreuk op het recht op bescherming

van de persoonlijke levenssfeer – heeft, zoals hiervoor omschreven, het EHRM in 2019 in de *Herbai*-uitspraak een viertal concrete elementen benoemd die van belang worden geacht bij het onderzoek naar de toelaatbare reikwijdte van de beperking van de vrijheid van meningsuiting in de arbeidsverhouding. Hoewel de afweging niet wezenlijk anders is, lijkt me dat de elementen uit het *Herbai*-arrest ook in de *ROC*-zaak moeten worden afgewogen.<sup>12</sup>

## 2.2 Tegendraadse Greenpeace-medewerker

In de zaak die bij Greenpeace speelde werden door het hof<sup>13</sup> – in navolging van de kantonrechter – alle aspecten uit het *Herbai*-arrest afgelopen. Het betrof hier een werknemer die uitlatingen op zijn Facebookaccount had gedaan die in strijd waren met de kernwaarden van Greenpeace, zijn werkgever. De werknemer heeft zich uitgelaten over onderwerpen die internationaal in de aandacht stonden, zoals het conflict tussen de overheid en betogers in Hong Kong en het ontwikkelen van kernwapens en het milieu. Op zijn Facebookpagina stond vermeld dat hij bij Greenpeace werkte en onder zijn ongeveer tweehonderd vrienden zaten circa twaalf tot vijftien collega's. De kantonrechter heeft de arbeidsovereenkomst ontbonden onder toekenning van een transitievergoeding. Het verzoek van de werknemer tot toekenning van een billijke vergoeding, is afgewezen.

In hoger beroep gaat het hof uitgebreid in op de vier aspecten uit het *Herbai*-arrest. In dit kader concludeert het hof dat de uitlatingen van de werknemer “niet kwalificeren als gematigde, opiniërende en/of informatieve uitingen gericht op kennisdeling en/of uitwisseling van standpunten maar – daarentegen – als emotionele, gewelddadige en agressieve uitlatingen (...)” Ten aanzien van de motieven van de werknemer overweegt het hof vervolgens dat de werknemer “uitsluitend persoonlijke en emotionele motieven had voor het doen van zijn uitlatingen (...)” Dit leidt tot de conclusie dat de werknemer een lager beschermingsniveau toekomt waar het de eerbiediging van zijn recht op vrijheid van meningsuiting betreft. Ook concludeert het hof dat aannemelijk is dat Greenpeace financiële en/of reputatieschade heeft geleden door de berichten van de werknemer.

Het laatste aspect dat een rol speelt bij de beoordeling, is de zwaarte van de opgelegde sanctie. Ontslag wordt door het EHRM als een van de zwaarste sancties beschouwd. Hierbij speelt ook een rol dat een zware sanctie als ontslag, een ‘chilling effect’ heeft op andere werknemers. Bij de beoordeling van de redelijkheid van de opgelegde sanctie is de vraag of de sanctie een ‘chilling effect’ kan hebben, dan ook van belang, omdat het EHRM wil voorkomen dat mensen ontmoedigd worden om in de toekomst gebruik te maken van hun vrijheid van meningsuiting.<sup>14</sup> Het hof oordeelt in de *Greenpeace*-zaak ten aanzien van de opgelegde sanctie dat – gezien de aard en ernst van de uitlatingen alsmede het feit

7 HR 7 oktober 2022, ECLI:NL:HR:2022:1402.

8 HR 11 maart 2022, ECLI:NL:PHR:2022:231.

9 Zie onderdeel 4.27 van de conclusie van de A-G (ECLI:NL:PHR:2022:231).

10 Zie onderdelen 4.28-4.31 van de conclusie van de A-G (ECLI:NL:PHR:2022:231).

11 Barend Barentsen & Stefan Sagel, ‘Kroniek van het sociaal recht’, *NJB* 2022/2371.

12 Zie ook onderdeel 4.64 van de conclusie van de A-G (ECLI:NL:PHR:2022:231).

13 Hof Amsterdam 20 april 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:1228.

14 J.H. Gerards e.a. (red.), *Sdu Commentaar. EVRM*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2020, aant. C.5.4.9.

dat de werknemer niet heeft willen erkennen dat de 'Code of Conduct' van Greenpeace op hem van toepassing was en dat zijn uitlatingen een schending van deze code vormden – de beslissing om het dienstverband te willen beëindigen, begrijpelijk is.

### 2.3 Overige uitspraken

Een zaak die bij het Hof Arnhem-Leeuwarden<sup>15</sup> uitkwam, ging over de reikwijdte van het geheimhoudingsbeding in relatie tot de vrijheid van meningsuiting. Ook kwam de Wet bescherming bedrijfsgeheimen aan de orde. Het betrof hier een kantine medewerkster die in het kader van de opzegging van haar arbeidsovereenkomst, een loongeschil kreeg. Volgens de werkgever mocht de werknemster tegen niemand klagen over dit conflict, omdat partijen een zeer ruim geredigeerd geheimhoudingsbeding waren overeengekomen. De werkgever vorderde dan ook de in de arbeidsovereenkomst op overtreding van het geheimhoudingsbeding gestelde boete, omdat werknemster met derden over het loonconflict had gesproken en daarover een reactie op internet had geplaatst. Het hof merkte allereerst op dat het al dan niet betalen van loon, niet kan worden aangemerkt als een bedrijfsgeheim in de zin van de Wet bescherming bedrijfsgeheimen. Omdat in de arbeidsovereenkomst een verdergaande verplichting tot geheimhouding aan de werknemer kan worden opgelegd, betekent deze conclusie van het hof enkel dat geen beroep kan worden gedaan op de bescherming van de Wet bescherming bedrijfsgeheimen.<sup>16</sup> Het hof oordeelde vervolgens dat een zodanig algemeen verstaand spreekverbod als de werkgever voorstaat en dat zich ook uitstrekt tot mededelingen in huiselijke kring, in strijd komt met de aan de werknemer toekomende grondrechten zoals het recht op vrije meningsuiting. Het hof sluit af met de kanttekening dat de bescherming die een werknemer bij het opzoeken van de openbaarheid in het geval van arbeidsconflicten aan het recht op een vrije meningsuiting kan ontnemen, beperkt is, zodat hij bij onrechtmatige mededelingen niet immuun is voor schadevorderingen van de werkgever.

Een ic-verpleegkundige die zich liet interviewen over het coronabeleid en die hierbij veelvuldig heeft geput uit hetgeen hem uit hoofde van zijn functie ter kennis is gekomen op de ic tijdens de coronapandemie, kwam er minder goed vanaf.<sup>17</sup> Het ziekenhuis diende een verzoek tot ontbinding in, omdat de werknemer – die al een officiële waarschuwing had ontvangen – de normen van het goed werknemerschap alsmede zijn geheimhoudingsplicht heeft geschonden. In het interview liet de werknemer zich negatief uit over (de effectiviteit van) de gebruikte behandelmethoden en over collega's (artsen), en sprak hij over specifieke patiënten. Beide partijen hebben ter toelichting van hun standpunten naar het *Herbai*-arrest verwezen. De kantonrechter heeft het verzoek om de arbeidsovereenkomst te ontbinden vervolgens aan de vier elementen van dit arrest

getoetst. Hoewel de aard van de uitingen volgens de kantonrechter niet in strijd is met het goed werknemerschap, de werknemer er niet weloverwogen voor heeft gekozen om het imago van het ziekenhuis publiekelijk te schaden met ongefundeerde claims én niet gesteld of gebleken is dat het ziekenhuis financiële of reputatieschade heeft geleden door het interview, achtte de kantonrechter de opgelegde sanctie – op non-actiefstelling – gevolgd door de verzochte ontbinding, wel passend. De belangrijkste reden hiervoor was het feit dat de werknemer zich op meerdere manieren niet aan de gedragscode had gehouden en ook niet aan de wettelijke geheimhoudingsverplichtingen<sup>18</sup> die op een ic-verpleegkundige rusten. De arbeidsovereenkomst werd ontbonden, onder toekenning van de transitievergoeding.

Ook de Kantonrechter Gelderland<sup>19</sup> oordeelde dat het recht op vrije meningsuiting, ook in de arbeidsrelatie, niet onbegrensd is. Het vindt zijn begrenzing in de verplichting van – in het onderhavige geval – werknemster om zich als goed werknemer te gedragen. De kantonrechter heeft vervolgens de vier aspecten uit het *Herbai*-arrest benoemd en hieraan getoetst. De werknemster had op LinkedIn verschillende coronagerelateerde berichten geplaatst. Sommige waren algemeen van aard, maar met andere berichten heeft de werknemster een grens overschreden dat niet noodzakelijk was voor het door haar nagestreefde doel, aldus de kantonrechter. In deze berichten maakte zij mensen die meewerkten aan het vaccinatiebeleid uit voor (oorlogs) misdadigers en werden vergelijkingen getrokken met de Tweede Wereldoorlog. De uitingen werden dan ook – het recht op vrijheid van meningsuiting in aanmerking genomen – als strijdig met goed werknemerschap geoordeeld zodat de arbeidsovereenkomst werd ontbonden, onder toekenning van de transitievergoeding.

Ten slotte speelde ook bij de Kantonrechter Amsterdam begin 2022,<sup>20</sup> een zaak van een werknemer bij wie “de persoonlijke opvattingen over de Coronamaatregelen invloed kregen op zijn functioneren.” De kantonrechter oordeelde dat de werknemer vanzelfsprekend het recht op vrije meningsuiting toekomt. Dit betekent echter niet, zo oordeelde de kantonrechter, “dat de werkgever niet van hem mag vragen en zelfs eisen dat hij zijn uitgesproken opvattingen over de Corona-maatregelen niet steeds aan de orde stelt (...)” Daar voegde de kantonrechter nog aan toe dat de werkgever de werknemer “niet heeft verboden in de privé sfeer om zijn mening te uiten.” De arbeidsovereenkomst werd ontbonden, onder toekenning van de transitievergoeding.

### 3. Conclusie: Herbai is de norm

Uit de hiervoor omschreven uitspraken kan worden geconcludeerd dat vrijwel alle rechters een beroep op de vrijheid van meningsuiting serieus nemen en bij het onderzoek naar

15 Hof Arnhem-Leeuwarden 6 oktober 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:8089.

16 *Kamerstukken I* 2017/18, 34821, nr. C, p. 6.

17 Rb. Zeeland-West-Brabant 25 januari 2022, ECLI:NL:RBZWB:2022:523.

18 Vgl. art. 7:457 lid 1 BW en art. 88 Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg.

19 Rb. Gelderland 24 augustus 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:4701.

20 Rb. Amsterdam 24 februari 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:801.

de toelaatbare reikwijdte van de beperking van de vrijheid van meningsuiting in de arbeidsverhouding, over het algemeen de Herbai-criteria afwegen. Dit is een mooie conclusie. Er zijn meerdere uitspraken waarin de werknemer dermate over de schreef gaat dat het niet verbaast dat dit tot een ontbinding van de arbeidsovereenkomst leidt. Het zijn echter de situaties waarin de werkgever mogelijk niet blij is met de uitingen van de werknemer, maar waarbij wel sprake is van *“gematigde, opiniërende en/of informatieve uitingen gericht op kennisdeling en/of uitwisseling van standpunten”* waarin de rechter aan de hand van de Herbai-criteria een verschil kan maken. Ik ben benieuwd wat dit voor de ROC-zaak zal betekenen. In dit kader concludeer ik ter afsluiting nog dat in vrijwel alle gevallen de beëindiging van de arbeidsovereenkomst als passende maatregel wordt gezien. De vraag of de sanctie een ‘chilling effect’ kan hebben wordt weinig gesteld bij de beoordeling van de redelijkheid van de (opgelegde) sanctie.