



**De grenzen van de vrijheid van meningsuiting
(van de werknemer) in het kader van de
uitoefening van de arbeidsovereenkomst**

**The boundaries of freedom of expression
(of the employee) in the context of the
performance of the employment**

5 juli 2012

Scriptie Masteropleiding Rechtsgeleerdheid

Door: Jacqueline van Midden

Studentnummer: 839041937

Examinator: mr. H.J.M. Severeijns-Wijenbergh

Begeleider: mr. drs. G.E.P. ter Horst

Inhoudsopgave	I
Lijst met afkortingen	IV
1. Inleiding	1
1.1 Onderzoeksvraag	1
1.2 Methode en afbakening	2
1.2.1 Methode	2
1.2.2 Afbakening	2
2. Vrijheid van meningsuiting en art. 7 GW	4
2.1 Grondslag	4
2.2 Object en reikwijdte	7
2.2.1 Object	8
2.2.2 Reikwijdte	10
2.3 Toekomst	11
2.4 Werking	12
2.4.1 Verticale werking	12
2.4.2 Horizontale werking	13
2.5 Beperkingen	14
2.5.1 Algemene en bijzondere beperkingen	14
2.5.2 Beperkingen in verticale en horizontale verhouding	15
3. Vrijheid van meningsuiting en art. 10 EVRM	19
3.1 Grondslag	19
3.2 Object en reikwijdte	22
3.2.1 Object	22
3.2.2 Reikwijdte	25

3.3	Werking	27
3.3.1	Verticale werking	29
3.3.2	Horizontale Werking	30
3.4	Beperkingen	31
3.4.1	Algemene beperkingen	32
3.4.2	Bijzondere beperkingen	33
4.	Horizontale werking van art. 7 GW en art. 10 EVRM	37
4.1	Directe en indirecte horizontale werking	37
4.1.1	Directe en indirecte horizontale werking art. 7 GW	38
4.1.2	Directe en indirecte horizontale werking art. 10 EVRM	43
4.2	De werking van de vrijheid van meningsuiting in het arbeidsrecht	46
4.2.1	Directe werking van de vrijheid van meningsuiting in het arbeidsrecht	47
4.2.2	Indirecte werking van de vrijheid van meningsuiting in het arbeidsrecht	48
5.	Vrijheid van meningsuiting en de arbeidsovereenkomst	51
5.1	De arbeidsovereenkomst	51
5.1.1	Art. 7:610 BW	51
5.1.2	De gezagsverhouding	53
5.2	Vrijheid van meningsuiting en de werknemer	54
5.2.1	Goed werkgever- en goed werknemerschap (art. 7:611 BW)	55
5.2.2	Vrijheid van meningsuiting van de werknemer en social media	56
5.3	Vrijheid van meningsuiting en het instructierecht	57
5.3.1	Instructie recht (art. 7:660 BW)	57
5.3.2	Instructierecht in het kader van gebruik social media	58
5.3.3	Formele vereisten gedragscode van gebruik social media	58
5.3.4	Vrijheid van meningsuiting versus het instructierecht	59
5.3.5	Sancties bij niet naleven instructies van gebruik social media	59
5.4	Vrijheid van meningsuiting en geheimhouding	60
5.4.1	Contractueel geheimhoudingsbeding	60
5.4.2	Vrijheid van meningsuiting versus plicht tot geheimhouding	61
5.4.3	Sancties bij niet nakomen plicht tot geheimhouding	62

5.5	Belangenafweging: de aard van de geuite mening	63
5.5.1	Kritiek bedrijfsvoering	64
5.5.2	Belediging	66
5.5.3	Klokkenluiden	67
5.5.4	Uitlatingen in social media privé of met een zakelijk karakter	69
6.	Conclusie en aanbevelingen	72
6.1	Samenvatting	72
6.2	Conclusie	74
6.3	Aanbevelingen	76
Bijlagen: Literatuurlijst		78
	Boeken	78
	Artikelen	81
	Jurisprudentielijst	84

Lijst afkortingen

AA	Ars Aequi
aant.	aantekening
AB	Administratiefrechtelijke Beslissingen Nederlandse Jurisprudentie
ARRvS	Afdeling Rechtspraak van de Raad van State
art.	artikel
BW	Burgerlijk Wetboek
c.q.	respectievelijk
d.d.	de dato
diss.	Academisch proefschrift, dissertatie
e.a.	en anderen
EHRM	Europees Hof voor de Rechten van de Mens
etc.	et cetera
e.v.	en verder
EVRM	Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden
GW	Grondwet
Handelingen II	Handelingen van de Tweede Kamer der Staten-Generaal
HR	Hoge Raad
ITeR	Nationaal programma informatietechnologie en recht
JAR	Jurisprudentie Arbeidsrecht
Kamerstukken II	Kamerstukken van de Tweede Kamer der Staten-Generaal
Ktr	Kantonrechter
LJN-nr.	Landelijk Jurisprudentie Nummer
m.nt.	met noot
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJB	Nederlands Juristenblad
NJCM	Nederlands Juristen Comité voor Mensenrechten
p.	pagina
Prg	Praktijkgids
Rb	Rechtbank
RvdW	Rechtspraak van de Week
SMA	Sociaal Maandblad Arbeid
Sr	Wetboek van Strafrecht
TvCR	Tijdschrift voor Constitutioneel Recht
vs.	versus
Wbp	Wet bescherming persoonsgegevens

1. Inleiding

1.1 Onderzoeksvraag

Het gebruik van “social media” zoals Hyves, Twitter, een weblog of Facebook neemt de laatste jaren enorm toe. Ook door werknemers wordt in toenemende mate gebruik gemaakt van “social media” om hun alledaagse belevenissen wereldkundig te maken.

In beginsel kan een werkgever een werknemer vanwege de vrijheid van meningsuiting niet verbieden om actief te zijn op Facebook of om een weblog bij te houden of te twitteren. Het staat de werknemer op grond hiervan in beginsel vrij om uitlatingen te doen. Het kan echter ook niet zo zijn dat het recht van vrijheid van meningsuiting, zoals ondermeer neergelegd in art. 7 Grondwet (GW) en in art. 10 Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden (EVRM), altijd kan worden uitgeoefend. Er moet, ook als het gaat om de uitoefening van grondrechten, in ieder geval in zekere mate rekening gehouden worden met de belangen van anderen. Dat geldt zeker daar waar het gaat om partijen bij een overeenkomst.

Een werkgever heeft vaak een ontegenzeggelijk belang bij een beperking van de vrijheid van meningsuiting van zijn werknemers. Werknemers kunnen immers met hun uitlatingen schade toebrengen aan het bedrijf waarvoor zij werken of collega's in een kwaad daglicht stellen. Ook bestaat het risico dat vertrouwelijke bedrijfsinformatie openbaar wordt gemaakt. Het recht van vrijheid van meningsuiting kan dan lijnrecht staan tegenover de geheimhoudingsplicht en de plicht om zich als een goed werknemer te gedragen. Al met al is dit een actueel en interessant dilemma, dat ik graag aan een nader onderzoek wil onderwerpen.

Meer in het bijzonder wil ik in mijn scriptie het volgende onderzoeken: **“Waar liggen de grenzen van de vrijheid van meningsuiting (van de werknemer) in het kader van de uitoefening van de arbeidsovereenkomst en hoe moeten deze grenzen aanpassing?”**

1.2 Methode en afbakening

1.2.1 Methode

Om een antwoord te kunnen geven op deze vragen zullen in de navolgende hoofdstukken de volgende onderwerpen door mij aan een nader onderzoek worden onderworpen. Allereerst zal ik mij in hoofdstuk 2 verdiepen in artikel 7 GW waarin het grondwettelijk recht van vrijheid van meningsuiting is neergelegd. Daarna zal ik mij in hoofdstuk 3 bezighouden met de in art. 10 EVRM neergelegde verdragsrechtelijke bepaling van het recht van vrijheid van meningsuiting. Vervolgens zal ik in hoofdstuk 4 ingaan op de vrijheid van meningsuiting van in het bijzonder de werknemer en onderzoeken of de werknemer direct een beroep kan doen op de grondwettelijke of verdragsrechtelijke bepalingen van het recht van vrijheid van meningsuiting. Als dit niet het geval is, vraag ik mij af welke mogelijkheden de werknemer dan ten dienste staan om een beroep te doen op zijn recht van vrijheid van meningsuiting. In hoofdstuk 5 zal ik verder ingaan op ondermeer de arbeidsovereenkomst, het instructierecht van de werkgever, het geheimhoudingsbeding en het “goed werknemerschap”. Tevens zal ik nader bestuderen of de aard van de gedane mededeling nog verschil maakt voor het recht op de vrijheid van meningsuiting van de werknemer. Ten slotte zal ik in hoofdstuk 6 eindigen met mijn conclusie, waarin ik tevens met aanbevelingen zal komen hoe de huidige regelgeving wellicht kan worden aangepast aan de ontwikkelingen van het gebruik van “social media” door werknemers. Daarnaast komt aan de orde welke maatregelen een werkgever kan nemen om te voorkomen dat een werknemer een voor hem onwelgevallig bericht verspreidt.

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

1.2.2 Afbakening

Om te voorkomen dat wellicht te veel aandacht zal uitgaan naar eventuele randverschijnselen die opkomen bij mijn onderzoek naar voornoemde

onderzoeksvragen en dat daardoor mijn scriptie in omvang te groot wordt, zal mijn onderzoek in meerdere opzichten moeten worden afgebakend. Zo zal ik tijdens mijn onderzoek de werknemers in de publieke sector – ook wel ambtenaren genoemd – buiten beschouwing laten en mij beperken tot werknemers in de private sector. Anders gezegd, mijn onderzoek zal zich slechts uitstrekken tot werknemers die een arbeidsovereenkomst hebben met hun werkgever waarop titel 10 van Boek 7 BW van toepassing is. Uit dit laatste valt tevens op te maken dat het mij gaat om werknemers die vallen onder het Nederlandse rechtssysteem.

Een andere afbakening die door mij zal worden aangebracht is die ten opzichte van de privacyproblematiek. Een onderzoek naar de vrijheid van meningsuiting van de werknemer vertoont al snel raakvlakken met de privacyrechten van de werknemers zoals die zijn neergelegd in de Grondwet en het EVRM. De controle van werkgevers van mededelingen c.q. uitspraken van werknemers zal immers haaks staan op het privacyrecht van de werknemer. Daar waar nodig zal ik dat zeker kort aanstippen, doch voor het overige zal ik de problematiek die komt kijken bij bescherming van de privacy van de werknemer niet inhoudelijk behandelen.

Na deze uitgebreide inleiding zal ik in de volgende hoofdstukken inhoudelijk op de door mij opgeworpen probleemstellingen ingaan. Allereerst behandel ik nader de vrijheid van meningsuiting zoals opgenomen in art. 7 GW.

2. Vrijheid van meningsuiting en art. 7 GW

Het recht van de vrijheid van meningsuiting is ondermeer neergelegd in art. 7 GW. Aan de thans in art. 7 GW neergelegde bepaling van de vrijheid van meningsuiting is een en ander vooraf gegaan.

2.1 Grondslag

Historisch gezien is de bescherming van de vrijheid van meningsuiting vooral een reactie op overheidsbemoeienis en in de eerste plaats gericht tegen stelsels van voorafgaande inhoudelijke controle, die na de uitvinding van de boekdrukkunst in veel landen ontstonden.¹ Al vrij snel nadat omstreeks het midden van de vijftiende eeuw de boekdrukkunst zich ontwikkelt, wordt gesproken over drukpersvrijheid en censuur. De boekdrukkunst maakt het immers mogelijk denkbeelden op relatief grote schaal te verspreiden en biedt tegelijkertijd een aangrijpingspunt voor voorafgaande controle. Vooral van kerkelijke zijde wordt om de invoering van censuur geroepen. De invloed van de kerk blijft echter beperkt en stuit af op de betrekkelijk liberale gezindheid van de heersende klasse van – Hollandse – regenten, waartoe ook de grote drukkers behoren.² Het duurt dan ook nog geruime tijd alvorens een grondwettelijk artikel van drukpersvrijheid met een verbod van voorafgaand verlof wordt opgenomen.

De totstandkoming van de staatsregeling van de Bataafse Republiek (1798) brengt voor het eerst een meer principiële en grondrechtelijke erkenning van de persvrijheid in een vorm die aan die in de Franse *Déclaration* uit 1789 doet denken.³ Maar de grondrechten raken in het verdere verloop van de Bataafse Republiek wat op de achtergrond en het komt niet tot een systeem van voorafgaand toezicht.⁴ Met de inlijving bij Frankrijk (1810) vervalt de eigen staatsregeling.

¹De Meij e.a. 2000, p. 5.

² Nieuwenhuis 2011, p. 27.

³ In art. 16 van de Staatsregeling van 1798 staat onder meer: De vrijheid der Drukpers is heilig, mids de Geschriften met den naam van Uitgever, Drukker of Schrijver voorzien zijn.

⁴ Nieuwenhuis 2011, p. 28.

De eerste officiële Nederlandse Grondwet na het herstel van de onafhankelijkheid in 1813, treedt in werking op 30 maart 1814. De daarin opgenomen grondrechten zijn schaars. Ook opname van een recht op vrijheid van meningsuiting wordt op dat moment niet nodig geacht. Slechts de vrijheid van godsdienst wordt vastgelegd, evenals enkele waarborgen op justitieel terrein.⁵ Pas in 1815 wordt – onder druk van de Belgen – het aantal grondrechten uitgebreid en wordt ondermeer de vrijheid van drukpers geïntroduceerd. In art. 227 Grondwet (1815) wordt de drukpersvrijheid als volgt geformuleerd:

“Het is aan elk geoorloofd om zijn gedachten en gevoelens door de drukpers, als zijnde een doelmatig middel tot uitbreiding van kennis en voortgang van verlichting, te openbaren, zonder eenig voorafgaand verlof daartoe nodig te hebben, blijvende nogtans elk voor hetgeen hij schrijft, drukt, uitgeeft of verspreidt, verantwoordelijk aan de maatschappij of bijzondere personen, voor zoo verre deze regten mogen zijn beledigd.”

In de toelichting op dit artikel wordt de nadruk gelegd op het verband tussen de drukpersvrijheid en het functioneren van het bestuur. Dat zou nu het belang voor de democratische rechtsstaat genoemd kunnen worden.⁶ De mogelijkheid het bestuur op fouten te wijzen werd en wordt beschouwd als een essentieel onderdeel van de democratische rechtsstaat.⁷ De betekenis voor de democratie wordt zo ten grondslag gelegd aan het verbod op censuur.

Waarom is het recht op vrijheid van meningsuiting nog meer zo'n dierbaar goed? Uit de formulering van art. 227 Grondwet (1815) valt nog een andere grondslag op te maken. In dit artikel is immers bepaald dat het openbaren van gedachten en gevoelens geldt “als een doelmatig middel tot uitbreiding van kennis en voortgang der verlichting”. Deze grondslag duidt op de betekenis voor de ontwikkeling van het individu. Deze woorden worden bij de grondwetswijziging van 1848 overigens

⁵ Hins & Nieuwenhuis 2010, p. 31.

⁶ De Meij e.a. 2000, p. 12.

⁷ Asscher 1999, p. 21.

geschrapt.⁸ Het artikel wordt vervangen door een nieuw aanmerkelijk ingekort artikel dat luidt:

*“Niemand heeft voorafgaand verlof nodig, om door de drukpers gedachten of gevoelens te openbaren, behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet.”*⁹

Met deze wijziging wordt niet beoogd inhoudelijk verandering aan te brengen in het grondrecht. Het betreft slechts een vereenvoudiging in de redactie.¹⁰ De tekst van artikel 227 Grondwet (1815) en de motieven van de opstellers hiervan zijn dus van betekenis gebleven voor de uitleg van het nieuwe drukpersartikel van 1848 en daarmee van ons huidige eerste lid van artikel 7 GW.¹¹

Tot 1983 beschermt de Grondwet uitsluitend de drukpers. Pas in 1983 wordt het recht op vrijheid van drukpers uitgebreid met het recht op vrijheid om met andere middelen zijn gedachten en gevoelens te openbaren.

De tekst van art. 7 GW luidt thans als volgt:

“1. Niemand heeft voorafgaand verlof nodig om door de drukpers gedachten of gevoelens te openbaren, behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet.
2. De wet stelt regels omtrent radio en televisie. Er is geen voorafgaand toezicht op de inhoud van een radio- of televisieuitzending.
3. Voor het openbaren van gedachten of gevoelens door andere dan in de voorgaande leden genoemde middelen heeft niemand voorafgaand verlof nodig wegens de inhoud daarvan, behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet. De wet kan het geven van vertoningen toegankelijk voor personen jonger dan zestien jaar regelen ter bescherming van de goede zeden.
4. De voorgaande leden zijn niet van toepassing op het maken van handelsreclame.”

⁸ Akkermans, Bax & Verhey 2005, p. 63.

⁹ art. 8 Grondwet 1848.

¹⁰ De Meij e.a. 2000, p. 12.

¹¹ Asscher 1999, p. 22.

Bij de grondwetswijziging van 1983 worden door de regering grondslagen genoemd die voor alle grondrechten gelden. Zo leveren grondrechten een bijdrage aan de ontplooiing van het individu door hem in een aantal facetten van zijn persoonlijk leven te beschermen. Als facetten worden o.a. genoemd uitingsmogelijkheden en deelname aan het openbare leven. In deze grondslagen komen ook weer de betekenis voor het individu en, zij het enigszins verhuld in de deelname aan het openbare leven, de betekenis voor de democratie aan de orde.¹² Een aantal jaren geleden kenschetste ook de Hoge Raad de vrijheid van meningsuiting als een vrijheid die zowel voor de ontplooiing van het individu als voor een democratische samenleving wezenlijk is.¹³ Als andere grondslagen worden in de literatuur en rechtspraak nog genoemd: vinden van de waarheid, het belang van stabiliteit en maatschappelijke integratie. De meest gebruikelijke combinatie is echter zelfontplooiing en democratie.¹⁴

De vrijheid van meningsuiting is van groot belang als politiek grondrecht. Zij waarborgt de vrijheid om politieke opvattingen te verbreiden en kritiek te uiten op de overheid en het openbaar bestuur, inclusief de volksvertegenwoordiging. Geen enkel regime verbiedt immers in woord of geschrift het ophemelen van de zittende machthebbers. Juist de kritiek van de kant van de individuele burger of van georganiseerde groepen burgers behoeft bescherming.¹⁵ Afgezien van de politieke rol vormt de uitingsvrijheid ook een belangrijk grondrecht, dat de pluriformiteit in de samenleving kan dienen.

2.2 Object en reikwijdte

Zoals bovenstaand uiteengezet, wordt sinds 1815 in Nederland de vrijheid van drukpers beschermd in de Grondwet. Pas in 1983 wordt de bescherming van uitingen anders dan door middel van drukpers opgenomen. Uit de eerste drie leden van art. 7 GW blijkt dat de vrijheid van meningsuiting is te onderscheiden in de vrijheid van drukpers (lid 1), de omroepvrijheid (lid 2) en de vrijheid om met andere middelen

¹² *Kamerstukken II 1975/76*, 13 872, nr. 3, p. 10

¹³ HR 21 januari 1994, *NJ* 1994, 473.

¹⁴ De Meij e.a. 2000, p. 28.

¹⁵ Akkermans, Bax & Verhey 2005, p. 63-64.

gedachten en gevoelens te openbaren (lid 3). Een vierde lid voegt daaraan toe dat het maken van handelsreclame buiten de reikwijdte valt. Deze indeling heeft te maken met de armslag die de Grondwetgever aan de overheid wil schenken om regelend op te treden. Zo kent de omroep van oudsher veel meer regelingen dan de drukpers. Ook op het gebied van de reclame zijn veel specifieke regelingen te vinden.¹⁶

2.2.1 *Object*

Het object van art. 7 GW wordt omschreven als het “openbaren van gedachten of gevoelens” door de drukpers, door radio- of televisie-uitzendingen en door andere middelen. Het begrip “gedachten en gevoelens” krijgt van de grondwetgever en in de rechtspraak een ruime uitleg. Hieronder vallen ook feitelijke mededelingen en inlichtingen.¹⁷ Zelfs een uithangbord met daarop het opschrift RIVA (Regionaal Instituut Verpleegkundigen opleiding Arnhem) is gebracht onder “gedachten en gevoelens”.¹⁸ De Hoge Raad oordeelde in 2000 dat posters met afbeeldingen van kunst of die ludiek zijn, eveneens gedachten of gevoelens openbaren, zodat de verkoop hiervan valt onder art. 7 lid 1 GW.¹⁹ Het onderscheid tussen gedachten en gevoelens enerzijds en handelsreclame anderzijds is derhalve niet scherp.

Het recht gedachten en gevoelens te openbaren is, naast het verbod van censuur, het zogeheten kernrecht van de vrijheid van meningsuiting. Het houdt volgens de jurisprudentie in het, de geesteswereld betreffende, recht om gedachten en gevoelens te uiten, zó dat zij voor anderen kenbaar zijn.²⁰ Dit wordt ook wel omschreven als een openbare communicatievrijheid, waarmee de vrijheid van meningsuiting voor een onbepaald publiek bedoeld wordt.²¹ Het openbaren van gedachten of gevoelens lijkt slechts een deel van de communicatie tussen mensen te omvatten.

Communicatie is immers naast het uiten van gedachten of gevoelens ook het vergaren, ontvangen en doorgeven of verspreiden daarvan. Of onder openbaren ook het vergaren en ontvangen van informatie wordt verstaan, is uit de tekst van art. 7

¹⁶ Hins & Nieuwenhuis 2010, p. 90.

¹⁷ *Kamerstukken II 1976/77*, 13 872, nr. 7, p. 26.

¹⁸ ARRvS 24 juni 1991, *AB* 1992, 26.

¹⁹ HR 21 maart 2000, *NJ* 2000, 482 m.nt. P.J. Boon.

²⁰ HR 28 november 1950, *NJ* 1951, 137 (*APV Tilburg*).

²¹ Asscher 2002, p. 11.

GW niet op te maken. Bij de grondwetsherziening van 1983 heeft de regering wel kenbaar gemaakt dat indien er een nauwe samenhang is tussen het vergaren en ontvangen van inlichtingen en denkbeelden en het uiten van gedachten en gevoelens, dat vergaren en ontvangen is te beschouwen als een element van het openbaren van gedachten en gevoelens.²² Kortmann noemt dit een zeer extensieve interpretatie.²³ Schuijt is van mening dat, los van concrete formuleringen in grondwetten en verdragen, eenieder beseft dat tot de vrijheid om zich te uiten ook de vrijheid om informatie te ontvangen behoort. Niet alleen omdat degene die van zijn vrijheid van meningsuiting gebruik maakt anders “een roepende in de woestijn” zou zijn, maar ook omdat aan het uiten een proces van informatie inwinnen, respectievelijk meningsvorming voorafgaat.²⁴ Ook naar de mening van De Meij ontbreekt ten onrechte een uitdrukkelijke vermelding van de ontvangstvrijheid in art. 7 GW.²⁵

Uit de tekst van art. 7 GW is evenmin op te maken of onder openbaren ook verspreiden wordt verstaan. De Hoge Raad heeft vastgesteld dat het recht reeds gedrukte stukken te verspreiden onmisbaar is om gedachten of gevoelens te kunnen openbaren, maar dat het verspreidingsrecht ondergeschikt is aan het recht gedachten of gevoelens te openbaren en daarmee “.....zijn eigen beperking medebracht”.²⁶ Anders gezegd, ondergeschikt aan het openbaren van gedachten en gevoelens heeft de rechtspraak een connex recht, het verspreidingsrecht, ontwikkeld. Dit verspreidingsrecht mag worden beperkt door lagere regelgevers op grondslag van hun algemene regelstellende bevoegdheid. Deze beperkingsbevoegdheid van lagere regelgevers is wel gebonden aan drie grenzen: de beperking mag geen betrekking hebben op de inhoud, geen algeheel verbod inhouden en geen algeheel vergunningstelsel inhouden.²⁷ Dit verspreidingsrecht wordt dan ook als een

²² *Kamerstukken II 1975/76*, 13 872, nr. 3, p. 33.

²³ Kortmann 2008, p. 438.

²⁴ Schuijt 2003, p. 341-356.

²⁵ De Meij e.a. 2000, p. 132.

²⁶ HR 28 november 1950, *NJ 1951*, 137 (*APV Tilburg*).

²⁷ HR 28 november 1950, *NJ 1951*, 137 (*APV Tilburg*); HR 24 januari 1967, *NJ 1967*, 270 (*Neon-letters*)

gekunsteld bouwwerk gezien met een verminderde bescherming voor het verspreiden (en daarmee voor het ontvangen).²⁸

2.2.2 Reikwijdte

De reikwijdte van art. 7 GW wordt in lid 1 van het artikel bepaald door het woord “niemand”. Door art. 7 GW wordt derhalve de vrijheid van meningsuiting van iedere persoon beschermd. Deze bescherming is niet beperkt tot iedere natuurlijke persoon. Het geldt ook voor privaatrechtelijke rechtspersonen en groepen en organisaties zonder rechtspersoonlijkheid voor zover dat naar de aard van de vrijheid van meningsuiting zin kan hebben. Dit grondrecht komt ook minderjarigen toe, voor zover zij geacht kunnen worden dit grondrecht zelfstandig uit te kunnen oefenen.²⁹ Art. 7 GW is van oudsher bedoeld om bescherming te bieden tegen de overheid. Het ligt daarom niet voor de hand om publiekrechtelijke rechtspersonen een beroep op dit grondrecht toe te kennen.³⁰ De Hoge Raad lijkt in het verleden – bij hoge uitzondering - geoordeeld te hebben dat een minister als ambtsdrager en sprekend namens de overheid wel een beroep op het recht op vrijheid van meningsuiting toekomt.³¹ Dit arrest is tamelijk kritisch ontvangen.³² Wanneer de overheid zich immers tegenover een burger op een grondrecht zou kunnen beroepen, lijkt de wereld op haar kop gezet te worden.

De reikwijdte van de vrijheid van meningsuiting heeft niet alleen betrekking op wie onder de bescherming valt van art. 7 GW, maar ook op wat beschermd wordt. Allereerst dient te worden opgemerkt dat in het algemeen wordt aangenomen dat degene die een beroep op het grondrecht wil doen niet achter de door hem geopenbaarde of verspreide gedachten hoeft te staan.³³ Kunnen echter behalve gedachten of gevoelens bijvoorbeeld ook gedragingen vallen onder de bescherming van de vrijheid van meningsuiting? Peters maakt in dit verband onderscheid tussen actie en meningsuiting. Indien de actie primair de bedoeling heeft een mening te

²⁸ Asscher 1999, p. 26.

²⁹ *Kamerstukken II* 1975/76, 13 872, nr. 3, p. 11

³⁰ Hins & Nieuwenhuis 2010, p. 52.

³¹ HR 22 januari 1983, *AB* 1993, 198.

³² De Meij e.a. 2000, p. 72.

³³ HR 21 maart 2000, *NJ* 2000, 482 m.nt. P.J.Boon.

openbaren, dan dient deze uiting beschermd te worden op grond van het grondrecht van de vrijheid van meningsuiting.³⁴ Nieuwenhuis stelt dat een gedraging uitdrukkelijk niet door de vrijheid van meningsuiting wordt gedekt alleen omdat een individu deze als de uitdrukking van een gedachte of een gevoel beschouwt. Desondanks zijn er gedragingen die, omdat zij met een bepaalde overtuiging of intentie verricht worden, een vooral communicatieve functie kunnen krijgen. Hij spreekt in dit verband over “symbolic speech”.³⁵ Het is niet uitgesloten dat “symbolic speech” binnen de reikwijdte van de vrijheid van meningsuiting valt. Doch op dit punt is nauwelijks een vaste lijn in de Nederlandse jurisprudentie te ontdekken. Het collecteren voor een bepaald doel is in het verleden door de rechter zowel binnen als buiten de reikwijdte van de vrijheid van meningsuiting geplaatst.³⁶

2.3 Toekomst

In de afgelopen decennia zijn er stemmen opgegaan om art. 7 GW aan te passen. Sedert de totstandkoming in 1983 van de huidige bepaling van art. 7 GW zijn er nieuwe technieken tot ontwikkeling gekomen, waardoor er nu uitings- en communicatiemiddelen bestaan, die toentertijd niet voorzien waren. In de literatuur en de politiek wordt wel gesteld dat de huidige bepaling niet voldoet om de uitingen en de communicatie met gebruik van deze middelen de vereiste grondrechtelijke bescherming te geven. In 2000 heeft de Commissie-Franken een rapport (Grondrechten in het digitale tijdperk) opgesteld met voorstellen voor een van de techniek onafhankelijke uitings- en ontvangsvrijheid.³⁷ Dit rapport is kritisch ontvangen en heeft niet geleid tot een grondwetsherzieningsvoorstel. Veel kritiek op het rapport kwam er uit Amsterdamse hoek.³⁸ In 2004 werd na zeer kritische advisering door de Raad van State besloten om af te zien van indiening van de op het rapport van de commissie Franken gebaseerde conceptwetsvoorstellen.

³⁴ Peters 1981, p. 9.

³⁵ Hins & Nieuwenhuis 2010, p. 97.

³⁶ De Meij e.a. 2000, p. 221.

³⁷ Zie voor het kabinetsstandpunt: *Kamerstukken II* 2000/01, 27 460, nr. 1.

³⁸ Asscher 2000, p. 228 e.v., Dommering 2000, p. 182-183, De Meij 2001, p. 274 e.v.

Kennelijk achtte de regering in 2008 de tijd rijp voor een nieuwe poging. Zonder zichtbare aanleiding verscheen het thema in de opdracht van de Staatscommissie Grondwet.³⁹ Op 11 november 2010 is wederom door de Staatscommissie Grondwet (ook wel Commissie-Thomassen genoemd) een rapport aan de verantwoordelijke bewindslieden aangeboden. Een onderdeel van het rapport bevat voorstellen tot actualisering van de grondwettelijke grondrechten in verband met de ontwikkeling van de informatietechnologie, waaronder een voorstel tot wijziging van art. 7 GW. Dommering is van mening dat het rapport erg sober is geworden en op belangrijke onderdelen te sober.⁴⁰ De communicatiegrondrechten zijn ontdaan van alle techniek en bieden volgens hem daardoor onvoldoende bescherming voor toegang tot communicatienetwerken en het vertrouwelijk gebruik van daarvoor bedoelde netwerken. Volgens Verhey daarentegen verdienen de voorstellen tot wijzigingen van art. 7 GW een serieuze overweging.⁴¹ Hij vindt het sobere en goed geformuleerde voorstellen, waarbij de commissie doorgaans een goed evenwicht heeft weten te bereiken tussen de behoefte aan een techniekonafhankelijke formulering van de genoemde artikelen en het belang van voldoende rechtszekerheid. Zijns inziens dienen de voorstellen in beginsel dan ook te worden overgenomen. Tot op heden moet de bescherming van de nieuwe technieken waar het de Grondwet betreft echter nog worden gezocht in het bestaande art. 7 GW.

2.4 Werking

2.4.1 Verticale Werking

Art. 7 GW is – zoals bovenstaand al opgemerkt - geformuleerd als waarborgnorm in de verhouding tussen burgers en overheid. Het artikel stelt vast of en wanneer de overheid de bevoegdheid heeft om de burger beperkingen ten aanzien van de vrijheid van meningsuiting op te leggen. Dit wordt de verticale werking van een grondrecht genoemd. In Nederland is het lange tijd algemeen aanvaard gebleven dat

³⁹ *Kamerstukken II 2008/09*, 31570, nr. 8. Zie eerder het nader rapport d.d. 18 juli 2008, *Kamerstukken II 2007/08*, 31 570, nr. 3, p. 35-36.

⁴⁰ Dommering 2011, p. 55.

⁴¹ Verhey 2011, p. 152.

grondrechten alleen verticale werking hebben.⁴² Daar lijkt echter verandering in te zijn gekomen.

2.4.2 *Horizontale Werking*

Sinds de zestiger jaren van de vorige eeuw kwam de opvatting op dat grondrechten ook van betekenis zijn in privaatrechtelijke verhoudingen.⁴³ Dit wordt wel de horizontale werking genoemd. Door de toenemende invloed van het EVRM, het ontstaan van nieuwe machtsconcentraties naast de overheid (zoals multinationals) en de ontwikkeling van de techniek (met name de moderne communicatiemiddelen) is de horizontale werking van de grondrechten steeds meer in de belangstelling komen te staan.⁴⁴ Tijdens de parlementaire behandeling van hoofdstuk 1 van de Grondwet heeft de regering herhaaldelijk te kennen gegeven voorstander te zijn van horizontale werking van de grondrechten. De regering introduceerde bij de Grondwetswijziging van 1983 een glijdende schaal met verschillende gradaties van horizontale werking, variërend van directe horizontale werking tot een opdracht aan de wetgever of overheid om een nader geformuleerd belang ook in particuliere verhoudingen te verwezenlijken.⁴⁵ De regering heeft niet bepaald welke vorm van horizontale werking zij wenselijk of aanvaardbaar acht omdat de vraag naar de mate van horizontale werking niet voor elk grondrechtartikel gelijkloidend hoeft te worden beantwoord. Directe horizontale werking is de werking van een grondrecht zonder tussenkomst van de wetgever. De rechter verwijst met zoveel woorden naar een bepaald grondwetsartikel, stelt vast of sprake is van een beperking en toetst eventueel aan de beperkingsclausules. Bij indirecte werking toetst de rechter niet aan het grondrecht zelf, maar past hij de wettelijke voorschriften van het privaatrecht toe. Het grondrecht werkt alleen in die zin dat het invloed heeft op de uitleg van de privaatrechtelijke norm.⁴⁶

⁴² Burkens e.a. 2006, p. 140.

⁴³ Akkermans, Bax & Verhey 2005, p. 43-44.

⁴⁴ Akkermans, Bax & Verhey 2005, p. 175.

⁴⁵ *Kamerstukken II 1975/76*, 13 872, nr. 3, p. 15.

⁴⁶ Hins & Nieuwenhuis 2010, p. 174.

2.5 Beperkingen

Hoe fundamenteel grondrechten ook zijn, ze kunnen niet altijd en in alle omstandigheden gelden. Ook al behoort een grondrecht in het algemeen te worden gerespecteerd, het kan in bepaalde situaties gerechtvaardigd zijn dat inbreuk wordt gemaakt op iemands grondrecht.⁴⁷ Ook de vrijheid van meningsuiting is niet onbegrensd. Beperking ervan is soms noodzakelijk wegens zwaarwegende maatschappelijke belangen.

2.5.1 Algemene en bijzondere beperkingen

Onder beperkingen van een grondrecht zijn te verstaan: de mogelijkheden om onder zekere voorwaarden rechtens toegelaten rechtshandelingen of feitelijke handelingen te verrichten die in het algemeen door het grondrecht zijn verboden.⁴⁸ Door Burkens wordt het begrip “beperkingen” gedefinieerd als de mogelijkheden van de overheid om onder zekere kwalificaties (bepaalde gevallen, bepaalde omstandigheden etc.) op legitieme wijze handelingen te verrichten, welke haar in het algemeen door het vrijheidsrecht zijn verboden.⁴⁹

Naar hun aard en bedoeling kunnen bepaalde overheidshandelingen worden onderscheiden in enerzijds handelingen die beogen de uitoefening van een bepaald grondrecht te beperken en anderzijds handelingen die een onbedoeld effect hebben op de uitoefening van een grondrecht als gevolg van de behartiging van andere belangen.⁵⁰ Laatstgenoemde handelingen hebben een ander motief dan de beperking van de uitoefening van een grondrecht. Het eerste type beperkingen wordt aangeduid met de term bijzondere beperkingen, het tweede type noemt men algemene beperkingen. Het verschil tussen algemene en bijzondere beperkingen ligt derhalve in het oogmerk waarmee de beperking van het grondrecht is vastgesteld.

Voor de grondwetsherziening van 1983 was de opvatting dat dergelijke, uit de rechtsorde als geheel voortvloeiende en daarmee als algemeen te typeren,

⁴⁷ Akkermans, Bax & Verhey 2005, p. 145.

⁴⁸ Akkermans, Bax & Verhey 2005, p. 13.

⁴⁹ Burkens 1971, p. 2.

⁵⁰ Kortmann 2008, p. 396.

bependingen niet aan de clausulering van het grondrecht in kwestie hoefden te voldoen. Dat standpunt is bekend onder de naam van de leer der algemene bependingen. Een van de nadelen van deze leer is dat het antwoord op de vraag of een beperking aan de clausulering dient te voldoen, mede afhangt van de wijze waarop zij is geformuleerd.⁵¹ Een verbod om spandoeken op te hangen, is een bijzondere beperking van de vrijheid van meningsuiting, maar een verbod om objecten op te hangen een algemene beperking. In beide gevallen is de consequentie echter dat er geen spandoeken mogen worden opgehangen. De overheid zou met het stellen van meer algemene bependingen dus hetzelfde kunnen bereiken als met bijzondere bependingen, terwijl eerstgenoemde bependingen niet aan de clausulering hoeven te voldoen. Dit zou tot uitholling van de grondrechten kunnen leiden.

Mede om die reden heeft de regering de leer van de algemene bependingen bij de grondwetsherziening van 1983 afgewezen. Door alleen bijzondere bependingen toe te staan, wordt het bepalen van de grenzen van de beperkingsbevoegdheden niet bij voorbaat aan de rechter overgelaten doch zo nauwkeurig mogelijk in de Grondwet geformuleerd. Uitgangspunt is daarbij dat bependingen van grondrechten tot een grondwettelijke beperkingsclausule herleidbaar moeten zijn.⁵²

2.5.2 *Bependingen in verticale en horizontale verhouding*

Bependingen in verticale verhoudingen zijn de bependingen die de overheid ten aanzien van de grondrechten aan de burgers kan opleggen. Ten aanzien van de vrijheid van meningsuiting dienen de verticale bependingen herleidbaar te zijn tot de beperkingsclausules die in art. 7 GW zijn weergegeven. De beperkingsclausules die zijn opgenomen in art. 7 GW zijn: “niemand heeft voorafgaand verlot nodig” en “behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet”.

De in art. 7 lid 1 en lid 3 GW opgenomen zinsnede “niemand heeft voorafgaand verlot nodig” betekent een verbod van censuur. Dit is een absoluut verbod, waarop de Grondwet geen beperking toelaat. Het verbod van voorafgaand verlot is een

⁵¹ Hins & Nieuwenhuis 2010, p. 148.

⁵² *Kamerstukken II 1976/77*, 13 872, nr. 7, p. 12.

belangrijke grondwettelijke norm. Het is namelijk een verbod van preventieve beperkingen. Waar de letter van art. 7 GW alle ruimte biedt aan de wetgever om repressieve beperkingen vast te stellen, trekt het verbod van voorafgaand verlot een strikte grens.⁵³ Overigens is het wél mogelijk ten tijde van een noodtoestand af te wijken van het censuurverbod, zo blijkt uit art. 103 lid 2 GW.

In de eerste plaats ziet het in art. 7 lid 1 GW neergelegde verbod toe op verlotstelsels die de inhoud betreffen. In de tweede plaats ziet art. 7 lid 1 GW ook op verlotstelsels die niet onmiddellijk de inhoud betreffen. Een systeem van vergunningen voor uitgevers of drukkerijen, maar ook een vergunningstelsel voor boekhandels of leesbibliotheken is in strijd met artikel 7 lid 1 GW.⁵⁴ Het in art. 7 lid 3 GW neergelegde verbod ziet slechts toe op een verbod van “voorafgaand verlot” wegens de inhoud. Dit betekent dat een vergunningsvereiste wel is toegestaan zolang dat niet ziet op de inhoud van de uiting.

De andere beperkingsclausule die in art. 7 lid 1 en lid 3 GW is neergelegd is “behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet”. Volgens de regering betekent dit dat alleen de formele wetgever, zonder delegatiemogelijkheid, bevoegd is de uitoefening van het grondrecht aan beperkingen te onderwerpen.⁵⁵ Daarbij valt te denken aan beperkingen die te vinden zijn in het Wetboek van Strafrecht, bijvoorbeeld art. 137c (discriminerende belediging), art. 147 (smalende godslastering) en art. 261 (smaad). Andere voorbeelden zijn art. 21 Auteurswet (portretrecht) of art. 6:162 BW (onrechtmatige daad). Bij het openbaren van gedachten of gevoelens via radio- en televisie-uitzendingen (art. 7 lid 2 GW) staat geschreven dat “de wet regels kan stellen”. Dit betekent dat de formele wetgever de bevoegdheid tot beperken van de vrijheid van meningsuiting via de radio- en televisie-uitzendingen kan delegeren.⁵⁶ Deze bevoegdheid moet dan wel

⁵³ Nieuwenhuis 2011, p. 24.

⁵⁴ HR 23 mei 1961, *NJ* 1961, 427; HR 22 maart 1960, *NJ* 1960, 274; HR 29 november 1960, *NJ* 1961, 206.

⁵⁵ *Kamerstukken II* 1975/76, 13 872, nr. 3, p. 18.

⁵⁶ *Kamerstukken II* 1975/76, 13 872, nr. 3, p. 22.

uitdrukkelijk door middel van een specifieke wet in formele zin kenbaar gemaakt zijn.⁵⁷ De Mediawet is zo'n specifieke wet.⁵⁸

Overigens geldt deze grondwettelijke beperkingsclausule niet voor het verspreidingsrecht. De Hoge Raad heeft immers met het arrest APV Tilburg het verspreidingsrecht buiten het bereik van art. 7 GW geplaatst.⁵⁹ Daardoor hoeven de beperkingen ten aanzien van het verspreidingsrecht niet te voldoen aan de beperkingsclausules van art. 7 GW en mogen zij ook door lagere wetgevers worden opgelegd.

De beperkingsclausules die zijn opgenomen in art. 7 GW zijn voornamelijk toegesneden op de verhouding overheid – burger en niet op de beperking van grondrechten in horizontale verhoudingen. Tegenwoordig is de heersende opvatting echter dat grondrechten ook in meer of mindere mate kunnen werken in horizontale verhoudingen, dat wil zeggen in verhoudingen tussen burgers onderling. In hoeverre beperkingen in de uitoefening van een bepaald grondrecht in zodanige verhoudingen mogelijk zijn, hangt af van de mate waarin dat grondrecht horizontale werking heeft. Van directe horizontale werking van de vrijheid van meningsuiting is sprake als art. 7 GW zich dwingend oplegt aan de rechter en dat slechts die afwijkingen worden toegestaan, welke tot de beperkingsclausules van art. 7 GW herleidbaar zijn.⁶⁰ Als bezwaar tegen de directe horizontale werking van grondrechten wordt vaak aangevoerd dat de grondwettelijke beperkingssystematiek zich daarvoor slecht leent. Voor zover de grondrechten een directe horizontale werking toekomt, waarbij als uitgangspunt geldt dat burgers alleen dan bevoegd zijn de hun of aan de wederpartij toekomende grondwettelijke vrijheden te beperken indien hen daarvoor een formeel-wettelijke grondslag is gegeven, zou dat onverenigbaar kunnen zijn met een belangrijke grondslag van het privaatrecht, de contractsvrijheid.

⁵⁷ Burkens e.a. 2006, p. 133.

⁵⁸ Asscher 2002, p. 65.

⁵⁹ HR 28 november 1950, NJ 1951, 137 (APV Tilburg).

⁶⁰ Akkermans, Bax & Verhey 2005, p. 177.

In de praktijk neemt de rechter slechts zelden directe horizontale werking aan.⁶¹ Waar het recht op vrijheid van meningsuiting tussen burgers aan de orde is, baseert de rechtspraak zich op burgerlijk recht, strafrecht of bestuursrecht, niet op de grondrechten zelf. Het grondrecht komt pas aan de orde bij de inkleuring van open juridische begrippen zoals goede trouw en maatschappelijke zorgvuldigheid. Dan weegt de rechter een door een grondrecht ingekleurd belang af tegen andere belangen. De beperkingssystematiek die geldt voor de verticale werking, speelt in de horizontale verhoudingen, een enkele uitzondering daargelaten, dan ook geen rol.

Summierlijk samengevat, leert bestudering van art. 7 GW mij het volgende. Het artikel waarborgt diverse varianten van de vrijheid van meningsuiting en is sinds de grondwetswijziging van 1983 niet meer gewijzigd. Voorstellen tot aanpassing van art. 7 GW aan de moderne, digitale media zijn tot nog toe niet aanvaard. De grondslagen van art. 7 GW moeten met name worden gezocht in de democratie en de ontplooiing van het individu. Het recht gedachten en gevoelens te openbaren is, naast het verbod van censuur, het zogeheten kernrecht van art. 7 GW. Doch het recht op vrijheid van meningsuiting is geen absoluut recht, beperkingen zijn mogelijk. Van oudsher is de vrijheid van meningsuiting van art. 7 GW bedoeld als bescherming van de burger tegen de overheid. Sinds een aantal decennia is echter de discussie ontstaan of de vrijheid van meningsuiting niet eveneens zou moeten gelden tussen burgers onderling. De meningen lopen hier nogal over uiteen.

Niet alleen in de Nederlandse Grondwet maar ook in (Europese) verdragen zijn bepalingen opgenomen over de vrijheid van meningsuiting. Een bepaling waar Nederlandse burgers ook een beroep op kunnen doen, is de bepaling van de vrijheid van meningsuiting zoals opgenomen in art. 10 EVRM. In het volgende hoofdstuk zal ik nader ingaan op art. 10 EVRM, waarbij eveneens de verschillen c.q. overeenkomsten tussen art. 7 GW en art. 10 EVRM door mij zullen worden behandeld.

⁶¹ Kortmann 2008, p. 391.

3. Vrijheid van meningsuiting en art. 10 EVRM

3.1 Grondslag

In reactie op de verschrikkingen en grove schendingen van de mensenrechten in de Tweede Wereldoorlog wordt in 1948 de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens aanvaard door de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties.⁶² De Universele verklaring is geen verdrag en is juridisch niet bindend. Mede op basis van de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens komt op 4 november 1950 in Rome, in het kader van de Raad van Europa, het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden (EVRM) tot stand. De Raad van Europa is een internationale organisatie van West-Europese Staten die na de Tweede Wereldoorlog wordt opgericht om de eenheid in Europa te bevorderen. Het EVRM is in tegenstelling tot de Universele Verklaring een bindend verdrag en de daarin neergelegde rechten van de mens en fundamentele vrijheden zijn juridisch afdwingbaar. Het EVRM wordt door Nederland in 1954 geratificeerd. De sindsdien tot stand gebrachte Protocollen (aanvullingen op en wijzigingen van het verdrag) zijn eveneens door Nederland geratificeerd. De rechten geformuleerd in het EVRM hebben een nog steeds groeiende betekenis voor Nederlandse burgers.⁶³

Dat geldt ook voor het in art. 10 EVRM neergelegde recht op vrijheid van meningsuiting dat luidt:

“1. Een ieder heeft recht op vrijheid van meningsuiting. Dit recht omvat de vrijheid een mening te koesteren en de vrijheid om inlichtingen of denkbeelden te ontvangen of te verstrekken, zonder inmenging van enig openbaar gezag en ongeacht grenzen. Dit artikel belet Staten niet radio,- omroep-, bioscoop- of televisieondernemingen te onderwerpen aan een systeem van vergunningen.

2. Daar de uitoefening van deze vrijheden plichten en verantwoordelijkheden met zich brengt, kan zij worden onderworpen aan bepaalde formaliteiten, voorwaarden, beperkingen of sancties, die bij de wet zijn voorzien en die in een democratische

⁶² Hins & Nieuwenhuis 2010, p. 32-33.

⁶³ Akkermans, Bax & Verhey 2005, p. 22-23.

samenleving noodzakelijk zijn in het belang van de nationale veiligheid, territoriale integriteit of openbare veiligheid, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden, de bescherming van de goede naam of de rechten van anderen, om de verspreiding van vertrouwelijke mededelingen te voorkomen of om het gezag en de onpartijdigheid van de rechterlijke macht te waarborgen.”

Uit de tekst van art. 10 EVRM kan niet direct de grondslag voor het recht op vrijheid van meningsuiting worden opgemaakt. De Preambule van het EVRM vermeldt dat de handhaving van de fundamentele vrijheden steunt “enerzijds op een waarlijk democratische regeringsvorm en anderzijds op het gemeenschappelijk begrip en de gemeenschappelijke eerbiediging van de rechten van de mens waarvan die vrijheden afhankelijk zijn”.⁶⁴ De rechten die als “rechten van de mens” zijn te beschouwen, worden als grondrechten aangemerkt, indien zij als gepositieerde rechten zijn opgenomen in een grondwet of een verdrag. Uit de Preambule van het EVRM zou dan ook kunnen worden opgemaakt dat de democratie wordt gekoppeld aan het grondrecht van vrijheid van meningsuiting.

Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) is op 7 december 1976, *NJ* 1978, 236 in de zaak *Handyside vs. Verenigd Koninkrijk* ingegaan op de grondslag van art. 10 EVRM.⁶⁵ De zaak betreft *The Little Red Schoolbook*, een boekje gericht op kinderen vanaf twaalf jaar, waarin onder meer uitleg wordt gegeven over seks en het gebruik van softdrugs. De uitgever wordt in het Verenigd Koninkrijk strafrechtelijk veroordeeld en de oplage van het boekje wordt vernietigd, vanwege strijd met de *Obscene Publications Act*. Alvorens tot een oordeel te komen gaat het EHRM onder meer in op de grondslag van art. 10 EVRM en bepaalt dat het recht van de vrijheid van meningsuiting is “one of the essential foundations of a (democratic) society, one of the basic conditions for its progress and for the development of every man”. Het EHRM komt in deze zaak overigens tot het oordeel dat hoewel het uitgeven van dit boekje in beginsel onder de bescherming van art. 10 EVRM valt, het

⁶⁴ Akkermans, Bax & Verhey 2005, p. 224.

⁶⁵ EHRM 7 december 1976, *NJ* 1978, 236 (*Handyside vs. Verenigd Koninkrijk*).

Verenigd Koninkrijk bij het inperken van dit recht niet buiten de beoordelingsmarge is gegaan, door te oordelen dat het hier gaat om een noodzakelijke beperking ter bescherming van de goede zeden.

Met de zinsnede “one of the essential foundations of a (democratic) society” geeft het EHRM duidelijk aan dat het recht van vrijheid van meningsuiting aan de basis ligt van het functioneren van de democratie en behoort tot de pijlers van de rechtsstaat. Het recht van vrijheid van meningsuiting is een hoeksteen van een pluriforme samenleving en levendige democratie. Het biedt niet alleen bescherming aan denkbeelden die positief of onverschillig worden ontvangen, maar ook aan meningsuitingen die mogelijk worden ervaren als kwetsend, schokkend en/of verontrustend, mits deze een bijdrage behelzen aan het maatschappelijk debat.⁶⁶

Het EHRM geeft daarnaast als grondslag van art. 10 EVRM aan dat de “Freedom of expression constitutes one of the basic conditions for the development of every man.” Het recht van vrijheid van meningsuiting wordt van grote betekenis geacht voor de ontwikkeling van het individu. Het EHRM heeft dat nogmaals benadrukt op 8 juli 1986, *NJ* 1987, 901 in de *Lingens* zaak.⁶⁷ *Lingens* was een Oostenrijkse journalist, die in oktober 1975, kort na de verkiezingen, twee artikelen publiceerde waarin hij scherpe kritiek leverde op de toenmalige bondskanselier Kreisky. In de procedure die daarop volgde werd *Lingens* tot in hoogste instantie veroordeeld. Het EHRM overwoog dat politieke uitingen moeten worden beschouwd als de kern van de vrijheid van expressie. De vrijheid van meningsuiting maakt een vrij communicatieproces mogelijk. In dit vrije communicatieproces kan zelfontplooiing en waarheidsvinding door het individu tot stand komen.

De grondslag voor art. 10 EVRM is derhalve een dubbele. Het recht op vrijheid van meningsuiting is zowel van belang voor het democratische proces als voor de mogelijkheid van het individu zich te ontwikkelen.⁶⁸

⁶⁶ Zie ook EHRM 26 april 1979, *NJ* 1980, 146 (*Sunday Times*).

⁶⁷ EHRM 8 juli 1986, *NJ* 1987, 901 (*Lingens vs. Oostenrijk*).

⁶⁸ Asscher 2002, p. 111.

3.2 Object en reikwijdte

3.2.1 Object

Het object van het in art. 10 EVRM neergelegde recht op vrijheid van meningsuiting wordt omschreven in lid 1 van art. 10 EVRM. Art. 10 lid 1 EVRM waarborgt het recht om een mening te koesteren en de vrijheid om inlichtingen of denkbeelden te ontvangen of te verstrekken, zonder inmenging van enig openbaar gezag en ongeacht grenzen.

Wat allereerst opvalt aan art. 10 EVRM ten opzichte van art. 7 GW is dat het behalve de uitingsvrijheid ook de ontvangstvrijheid bevat. Het object van art. 10 EVRM is derhalve ruimer dan het object van art. 7 GW waarin alleen gesproken wordt over het openbaren van gedachten of gevoelens. Het EHRM heeft vastgesteld dat het ontvangstrecht een zelfstandig recht is van ieder mens om ongehinderd informatie te ontvangen.⁶⁹ Het heeft betrekking op zowel gedachten en gevoelens alsook op informatie. Zelfs het koesteren van gedachten wordt genoemd. De begrippen koesteren, ontvangen en doorgeven, geven in samenhang met elkaar het hele communicatieproces weer. Art. 10 EVRM beschermt daarom het hele communicatieproces, terwijl door art. 7 GW slechts aan een deel van het communicatieproces bescherming wordt geboden. Bovendien wordt door art. 7 GW de nadruk op de communicatiemiddelen gelegd en niet op het communicatieproces.⁷⁰

De ontvangstvrijheid van art. 10 EVRM geeft alleen het recht om informatie te ontvangen, niet om deze te krijgen en gaat dus niet zover dat daar ook een verplichting uit voortvloeit om de informatie waarover men beschikt te verstrekken of door te geven.⁷¹ Dit laatste noemt men de vrijheid om te vergaren.

Vergaringsvrijheid is een species van de ontvangstvrijheid.⁷² Art. 10 EVRM beschermt derhalve wel expliciet de ontvangstvrijheid, maar niet expliciet de

⁶⁹ EHRM 26 april 1979, *NJ* 1980, 146 (*Sunday Times*).

⁷⁰ Asscher 2002, p. 122.

⁷¹ Vermeulen 2000, p. 133.

⁷² Schuijt 2003, p. 343-345.

vergaringsvrijheid.⁷³ Aanvankelijk was het de bedoeling om art. 10 EVRM via een protocol uit te breiden met een expliciete “vergaringsvrijheid”. Tot op heden is het hier echter niet van gekomen. Bij de beslissing om geen expliciete erkenning op te nemen kan een rol hebben gespeeld, dat in verschillende Europese landen een direct verband wordt gelegd tussen de vrijheid om te vergaren en de plicht van de overheid om informatie te verstrekken. Voor een dergelijke plicht bestaat in een aantal landen weinig animo.

Dat het woord “vergaren” in artikel 10 EVRM niet voorkomt, betekent niet dat de vergaringsvrijheid als aspect van de wél expliciet genoemde ontvangstvrijheid niet beschermd zou zijn door dit verdragsartikel. Blijkens een interpretatieve verklaring wordt deze vergaringsvrijheid impliciet door art. 10 EVRM beschermd. Dit betekent dat in bijzondere gevallen de overheid verplicht kan worden informatie te verstrekken. Tot op heden wordt door het EHRM in art. 10 EVRM echter geen algemene positieve verplichting gelezen voor de overheid om informatie aan een ieder te verstrekken. Voorbeelden van het afwijzen van de algemene plicht om informatie aan een ieder te verstrekken zijn te vinden in de arresten *Leander vs. Zweden*, *Gaskin vs. Verenigd Koninkrijk* en *Guerra e.a. vs. Italië*.⁷⁴ Hins is echter van mening dat het niet uitgesloten is dat dit in de toekomst anders komt te liggen.⁷⁵ Hij vindt dat het EHRM op 26 maart 1987, nr. 9248/81 onder meer in het *Leander* arrest laat zien dat de deur naar een algemene positieve verplichting op een kier blijft staan. In deze zaak klaagt Leander erover dat hij geen inzage heeft gekregen in een antecedentenonderzoek naar zijn communistische verleden. Leander is als gevolg van dit antecedentenonderzoek een baan misgelopen. Het EHRM overweegt: “Article 10 does not, in circumstances such as those of the present case, confer on the individual a right of access to a register containing information on his personal position, nor does it embody an obligation on the Government to impart such information to the individual”. In de omstandigheden zoals in deze zaak, wordt door

⁷³ De Meij e.a. 2000, p. 142.

⁷⁴ EHRM 26 maart 1987, nr. 9248/81 (*Leander vs. Zweden*); EHRM 7 juli 1989, NJ 1991, 659 (*Gaskin*); EHRM 19 februari 1998, NJ 1999, 690 (*Guerra*).

⁷⁵ Hins 2011, p. 109-111.

het EHRM geen plicht aangenomen de gevraagde documenten te verstrekken, maar in andere omstandigheden dus misschien wel.

Het EHRM gaat op 14 april 2009, *NJ* 2010, 209 in de zaak *Társaság a Szabadságjogokért (TASZ)* zelfs nog een stapje verder.⁷⁶ TASZ is een vereniging die zich inzet voor de bescherming van mensenrechten. In maart 2004 heeft een lid van het Hongaarse parlement een verzoekschrift ingediend bij het Hongaarse Constitutionele Hof om enkele wijzigingen van het Wetboek van Strafrecht ongrondwettig te verklaren. De omstreden wetsbepalingen bevatten een beperking van de strafbaarheid van bepaalde vormen van drugsgebruik. TASZ is voorstander van terugdringing van het strafrecht en wil graag een maatschappelijke discussie bevorderen. Zij vraagt het Constitutionele Hof inzage te geven in het verzoekschrift, maar dit wordt afgewezen. Nadat ook bij de hoogste nationale instantie haar verzoek tot inzage wordt geweigerd, dient TASZ een klacht in bij het EHRM en stelt dat haar recht om inlichtingen en denkbeelden te ontvangen en door te geven is geschonden. Het EHRM komt tot het oordeel dat de weigering documenten te verstrekken in de gegeven omstandigheden in strijd is met art. 10 EVRM en kan worden aangemerkt als een beperking van de vrijheid van nieuwsgaring. Tot dusverre kan in art. 10 EVRM echter geen algemene plicht tot het verstrekken van informatie worden gelezen. Alleen in bijzondere gevallen kan art. 10 EVRM worden gebruikt, om de overheid te verplichten informatie af te staan.

Een laatste opmerkelijk verschil tussen art. 7 GW en art. 10 EVRM betreft het verspreidingsrecht. Art. 10 EVRM beschermt het recht om een mening in vrijheid door te geven. Niet alleen het uiten, maar ook het verspreiden van meningen valt daardoor onder het object van art. 10 EVRM.⁷⁷ Beperkingen ten aanzien van het verspreiden van meningen moeten derhalve voldoen aan de clausules die in art.10 lid 2 EVRM worden gesteld.⁷⁸

⁷⁶ EHRM 14 april 2009, *NJ* 2010, 209 (*Társaság a Szabadságjogokért vs. Hongarije*).

⁷⁷ Dommering 2000, p. 180.

⁷⁸ De Meij e.a. 2000, p. 127.

3.2.2 Reikwijdte

Om te bepalen wie wordt beschermd door art. 10 EVRM, moet worden gekeken naar de in lid 1 van het artikel opgenomen woorden “een ieder”. Wat wordt verstaan onder “een ieder”? Art. 1 EVRM bepaalt dat onder “een ieder” moet worden verstaan “een ieder die ressorteert onder rechtsmacht van de verdragsstaten”. Uit art. 34 EVRM blijkt voorts dat het kan gaan om (groepen) natuurlijke personen en niet-overheidsorganisaties (non-governmental organisations). Overheidsorganisaties en hun organen (governmental organisations) komt echter geen beroep op het EVRM toe. Om te bepalen of sprake is van laatstgenoemde organisatie, is in eerste instantie de rechtsvorm naar nationaal recht van belang. Door het EHRM is bepaald dat een publiekrechtelijk rechtspersoon in beginsel een overheidsorganisatie in de zin van het EVRM is.⁷⁹

De reikwijdte van de vrijheid van meningsuiting zoals neergelegd in art. 10 EVRM heeft niet alleen betrekking op wie, maar ook op wat beschermd wordt. In lid 1 van art. 10 EVRM wordt het “recht van vrijheid van meningsuiting” beschermd. Dit recht omvat onder meer volgens de tweede zinsnede de vrijheid “een mening te koesteren” en de vrijheid “inlichtingen en denkbeelden” te ontvangen of te verstrekken. Wat wordt daaronder verstaan? Onder de vrijheid een mening te koesteren wordt onder meer verstaan dat art. 10 EVRM bescherming biedt tegen negatieve gevolgen van het koesteren van een bepaalde mening en tegen het gedwongen uiten van zo’n mening. Dit laatste wordt ook wel “the right to remain silent” genoemd.⁸⁰ Onder de vrijheid van het ontvangen of verstrekken van “inlichtingen en denkbeelden” wordt volgens De Meij verstaan het hele scala van de eigen mening tot het verstrekken van puur feitelijke informatie.⁸¹ Het onderscheid tussen inlichtingen en denkbeelden is overigens van belang omdat inlichtingen gebaseerd zijn op feiten die als waar of niet waar beoordeeld kunnen worden en denkbeelden veelal waardeoordelen bevatten welke zich niet voor bewijs lenen.⁸²

⁷⁹ Hins & Nieuwenhuis 2010, p. 52.

⁸⁰ Asscher 2002, p. 113

⁸¹ De Meij e.a. 2000, p. 110.

⁸² EHRM 23 mei 1991, NJ 1992, 456 (*Oberschlick*).

Behoudens de in de tweede zinsnede van het eerste lid van art. 10 EVRM genoemde termen, is in art. 10 EVRM verder niet uitgewerkt wat moet worden verstaan onder de vrijheid van meningsuiting. Het geeft niet aan welke uitingsvormen beschermd worden, of welke boodschappen wel of niet onder het artikel vallen. Dit is door het EHRM in zijn uitspraken uitgewerkt. In ieder geval wordt uit de uitspraken van het EHRM duidelijk dat uitingen met betrekking tot politieke discussies of politici een centrale rol vervullen in de democratische samenleving, waardoor het niet snel noodzakelijk zal worden geacht om deze uitingen in te perken.⁸³ Kritiek op politici, verkiezingen of politieke beslissingen vallen aldus zeker binnen de reikwijdte van het artikel.⁸⁴ Het EHRM heeft daarnaast gesteld dat er geen onderscheid bestaat tussen politieke discussies en discussies over andere zaken van publiek belang.⁸⁵

Buiten bovengenoemde categorieën uitingen, worden nog meer categorieën onder de bescherming van art. 10 EVRM geschaard. Zo is door het EHRM aangegeven dat naast politieke, ook artistieke uitingen en commerciële informatie onder de reikwijdte van art. 10 EVRM vallen. Het EHRM liet zich op 24 mei 1998, *NJ* 1991, 685 in de zaak Müller e.a. vs. Zwitserland voor het eerst uit over de bescherming van artistieke uitingen onder art. 10 EVRM.⁸⁶ De klagers in deze zaak waren de kunstschilder Müller en negen andere personen die een tentoonstelling hadden opgezet in Fribourg, Zwitserland. De tentoonstelling was vrij toegankelijk en in de aanloop naar de opening was er reclame voor gemaakt. De schilderijen werden na de opening echter in beslag genomen op grond van het verbod op obscene publicaties. Bij het EHRM klaagde Müller dat zijn recht op uitingsvrijheid was ingeperkt. De Zwitserse overheid was van mening dat het schilderen en tentoonstellen van schilderijen niet onder art. 10 EVRM te scharen was. Het EHRM is echter duidelijk: “Those who create, interpret, distribute or exhibit works of art contribute to the exchange of ideas and opinions which is essential for a democratic society”. Op

⁸³ Janis, Kay & Bradley 2008, p. 263.

⁸⁴ EHRM 8 juli 1986, *NJ* 1987, 901 (*Lingens vs. Oostenrijk*); EHRM 19 februari 1998, *NJ* 2000, 338 (*Bowman vs. Verenigd Koninkrijk*); EHRM 11 april 2006, *LJN* AY5265, *RvdW* 2006, 583 (*Brasiliër vs. Frankrijk*).

⁸⁵ EHRM 25 juni 1992, *AA* 1993, 687 (*Thorgeir Thorgeirson vs. IJsland*).

⁸⁶ EHRM 24 mei 1988, *NJ* 1991, 685 (*Müller e.a. vs. Zwitserland*).

grond hiervan heeft de overheid de verplichting “not to encroach unduly on (the) freedom of expression” van de maker van het kunstwerk, aldus het EHRM.

Ook geuite opvattingen over commerciële aangelegenheden vallen onder de bescherming van art. 10 EVRM. Dit bepaalde het EHRM op 20 november 1989, *NJ* 1991, 738 in de zaak *Markt Intern*.⁸⁷ In deze zaak stond een (Duitse) veroordeling wegens belediging centraal. De veroordeelde had een postorderbedrijf van onvriendelijk consumentengedrag beschuldigd. Het EHRM overwoog dat: “such information cannot be excluded from the scope of Article 10 which does not apply solely to certain types of information or ideas or forms of expression”. Het scharen van commerciële informatie onder de vrijheid van meningsuiting van art. 10 EVRM is een opmerkelijk verschil ten opzichte van art. 7 GW. In art. 7 lid 4 GW is immers bepaald dat het maken van handelsreclame niet onder de reikwijdte van de bescherming van art. 7 GW valt.

Of “symbolic speech” onder de reikwijdte van de “vrijheid van meningsuiting” van art. 10 lid 1 EVRM valt, is niet helemaal duidelijk.⁸⁸ Het wordt door het EHRM soms aanvaard. Een aardig voorbeeld van een beschermde “symbolic speech” is het door actievoerders blazen op een jachthoorn om de jacht te verstoren.⁸⁹ Een algemene aanvaarding kan hieruit echter niet worden afgeleid. Het dient bij een beschermde “symbolic speech” altijd om het uiten van ideeën of inlichtingen, oftewel om communicatie, te gaan.

3.3 Werking

Het EVRM is – zoals eerder opgemerkt - tot stand gekomen als gevolg van de verschrikkingen en grove schendingen van de mensenrechten in de Tweede Wereldoorlog en is voor Nederland in werking getreden op 31 augustus 1954. Het EVRM bindt in de eerste plaats de “Hoge Verdragsluitende Partijen”.⁹⁰ Dit betekent dat Nederland als verdragsluitende partij gebonden is aan de bepalingen van het

⁸⁷ EHRM 20 november 1989, *NJ* 1991, 738 (*Markt Intern vs. Duitsland*).

⁸⁸ Hins & Nieuwenhuis 2010, p. 97.

⁸⁹ EHRM 25 november 1999, nr. 25594/94 (*Hashman & Harrup vs. Verenigd Koninkrijk*).

⁹⁰ Akkermans, Bax & Verhey 2005, p. 13.

EVRM. Op een aantal bepalingen van het EVRM kan echter ook door individuen een beroep worden gedaan. Men spreekt dan wel van rechtstreekse werking van die verdragsbepalingen of van “self-executing” bepalingen. Het zijn bepalingen die recht zijn, zonder dat (nadere) regeling door tussenkomst van de nationale wetgever nodig is. Anders gezegd, het verdragsrecht hoeft niet eerst te worden omgezet in nationale wetgeving om gelding te hebben in de nationale rechtsorde.⁹¹ Voor Nederland betreft het bepalingen die in de terminologie van de Grondwet zijn aan te merken als “een ieder verbindende bepalingen”, dat wil zeggen: “bepalingen waar de individuele burger tegenover de overheid een direct beroep op kan doen bij de nationale rechter”. De rechtswerking van een ieder verbindende bepalingen berust op de artikelen 93 en 94 GW. Een bepaling die een ieder verbindt kan zowel leiden tot bepaalde rechten voor burgers of ingezetenen, alsook tot het ontstaan van bepaalde verplichtingen voor de burgers en/of ingezetenen. Daarom bepaalt art. 93 GW dat zulke bepalingen pas werken nadat zij zijn gepubliceerd. De publicatie geschiedt in het Tractatenblad van het Koninkrijk der Nederlanden.⁹²

Bij de grondwetsherziening van 1983 heeft de regering verklaard dat, indien het om de beoordeling van het “een ieder verbindende” karakter van een bepaling gaat, het uiteindelijk de rechter is die uitmaakt of een verdragsbepaling rechtstreekse werking heeft.⁹³ Kortmann stelt dat het daarbij bepalend is of de burger in rechte een beroep op de bepaling kan doen, dan wel dat de bepaling hem in rechte kan worden tegengeworpen.⁹⁴ Bepalingen die een recht toekennen aan “een ieder” (zoals art. 10 EVRM) zijn veelal te beschouwen als “een ieder verbindend” en hebben rechtstreekse werking.

Aan de bepalingen van het EVRM komt ook voorrang toe boven nationaal recht (ook boven formele wetten en de Grondwet). Op grond van art. 94 GW blijven bepalingen van nationaal recht waarvan de toepassing niet verenigbaar is met een ieder verbindende verdragsbepalingen, buiten toepassing. Het buiten toepassing laten van

⁹¹ Akkermans, Bax & Verhey 2005, p. 45.

⁹² Art. 16 Rijkswet goedkeuring en bekendmaking verdragen.

⁹³ *Handelingen II 1979/80*, p. 4441.

⁹⁴ Kortmann 2008, p. 184.

nationaal recht is geen exclusieve bevoegdheid c.q. verplichting van de rechter. Ook het bestuur is daartoe gehouden.⁹⁵ Het gaat daarbij om een concrete toetsing: ook wanneer de regel in abstracto niet onverenigbaar is met de verdragsbepaling, moet deze toch buiten toepassing blijven indien de toepassing daarvan in het concrete geval zich niet verdraagt met de verdragsbepaling.⁹⁶ Dit is opmerkelijk omdat op grond van art. 120 GW de rechter niet bevoegd is formele wetten aan de Grondwet te toetsen. Dit betekent dat de mogelijke onverenigbaarheid van formele wetten met de grondwettelijke bepalingen inzake de grondrechten niet worden beoordeeld door de rechter. De toetsing van formele wetten aan verdragsbepalingen op grond van art. 94 GW geldt in het Nederlandse staatsbestel dan ook als een beperkte uitzondering op het voor het overige geldende toetsingsverbod van art. 120 GW.

3.3.1 Verticale werking

Evenals art. 7 GW is art. 10 EVRM bedoeld om bescherming te bieden tegen de overheid. Op grond van art. 33 EVRM kan elke staat, die partij is bij het EVRM een vermeende schending van een bepaling van het EVRM aanhangig maken bij het EHRM. Dit wordt wel het “staten-klachtrecht” genoemd.⁹⁷ Daarnaast kan op grond van art. 34 EVRM door ieder natuurlijk persoon, ieder niet-gouvernementele organisatie of iedere groep personen, die beweert slachtoffer te zijn van een schending door een Hoge Verdragsluitende Partij van de rechten die in het verdrag of de Protocollen daarbij zijn neergelegd, een klacht worden ingediend.⁹⁸ Dit wordt wel het “individueel klachtrecht” genoemd. De verticale werking van art.10 EVRM wordt derhalve weergegeven in art. 34 EVRM. Alleen tegen een staat die partij is bij het verdrag kunnen op grond van art. 34 EVRM immers klachten door burgers worden ingediend. De staat is in dit verband verantwoordelijk voor het handelen van alle organen die tot de staat behoren. Het gaat dus om alle publieke autoriteiten belast met besturende, wetgevende of rechtsprekende taken, zowel op centraal als op

⁹⁵ Kortmann 2008, p. 185 en p. 188.

⁹⁶ Kortmann 2008, p. 187.

⁹⁷ Akkermans, Bax & Verhey 2005, p. 14.

⁹⁸ Akkermans, Bax & Verhey 2005, p. 225.

decentraal niveau.⁹⁹ Daarbij maakt het overigens niet uit of deze autoriteiten gebruikmaken van publiekrecht of privaatrecht.¹⁰⁰

Een burger kan derhalve - indien volgens hem sprake is van een vermeende schending van zijn recht van vrijheid van meningsuiting door de staat - een beroep doen op art. 10 EVRM bij de Nederlandse rechter of bij het EHRM. Maar werkt art. 10 EVRM ook in privaatrechtelijke verhoudingen onderling (horizontale werking)?

3.3.2 *Horizontale werking*

De opstellers van het EVRM hebben geen aandacht geschonken aan de vraag of de in het EVRM neergelegde bepalingen horizontale werking hebben.¹⁰¹ Het EHRM kan hier ook weinig over zeggen omdat als gevolg van art. 34 EVRM de procedure bij het EHRM steeds door de burger tegen de verdragsstaat wordt gevoerd. Het EHRM kan de verdragsrechten (en art. 10 EVRM) daarom niet rechtstreeks in horizontale verhoudingen toepassen, daar het alleen oordeelt over klachten tegen staten.¹⁰²

Op grond van art. 94 GW kan art. 10 EVRM zich ook dwingend opleggen aan de Nederlandse rechter bij een beoordeling of terecht een beroep gedaan wordt op de vrijheid van meningsuiting. Van directe horizontale werking van art. 10 EVRM is sprake als de rechter art. 10 EVRM volledig toepast en slechts die afwijkingen toegestaan worden, welke tot de beperkingsclausules uit art. 10 lid 2 EVRM herleidbaar zijn. Dit houdt in dat de vrijheid van meningsuiting zoals bepaald in art. 10 EVRM rechtstreeks van invloed zou zijn op privaatrechtelijke verhoudingen, dat wil zeggen dat zij leidt tot het ontstaan, de wijziging of het tenietgaan van rechten en verplichtingen in de onderlinge privaatrechtelijke verhouding. Dat kan onder meer betekenen dat wegens strijd met art. 10 EVRM een door partijen gesloten overeenkomst nietig is of een gedraging van een burger een onrechtmatige daad jegens een andere burger oplevert.

⁹⁹ Barkhuysen 2004, p. 36.

¹⁰⁰ EHRM 6 februari 1976, NJ 1977, 2 (*Schmidt & Dahlström vs. Zweden*).

¹⁰¹ De Meij e.a. 2000, p. 89.

¹⁰² Kortmann 2008, p. 393.

Onder indirecte horizontale werking van art. 10 EVRM kan de verwezenlijking van de bepaling in privaatrechtelijke verhoudingen door middel van de interpretatie van een nationale wetsbepaling worden gebracht. Art. 10 EVRM kan dan alleen via bestaande regels van privaatrecht zijn invloed doen gelden en de vrijheid van meningsuiting is één van de belangen waarmee de rechter bij de belangenafweging rekening houdt. Het hangt van de wetsinterpretatie en de beoordeling van de Nederlandse rechter af of sprake is van directe of indirecte horizontale werking van art. 10 EVRM.

Over het onderscheid tussen directe en indirecte horizontale werking heeft Mak recentelijk nog het volgende opgemerkt.¹⁰³ Een scherp onderscheid tussen “directe en indirecte werking” blijkt echter zowel in theorie als in de praktijk vaak lastig te maken, aangezien het bij de beslechting van privaatrechtelijke geschillen vaak aankomt op een afweging van de belangen van partijen, of nu direct een beroep op een fundamenteel recht kan worden gedaan of niet. Ook blijft onduidelijk hoe de(ze) indeling van gevallen van toepassing van fundamentele rechten richting kan geven aan de verdere ontwikkeling van de rechtspraak; sterke argumenten voor “directe” dan wel “indirecte werking” zijn niet onmiddellijk uit het constitutionele recht of het privaatrecht af te leiden, waardoor een keuze voor één van beide met name lijkt te worden ingegeven door de (rechtspolitieke) kijk op de verhouding tussen de twee rechtsgebieden.

3.4 Beperkingen

Het recht van vrijheid van meningsuiting van art. 10 EVRM is evenals art. 7 GW geen absoluut recht. Beperkingen op de vrijheid van meningsuiting van art. 10 EVRM zijn toegestaan als ze vallen onder de algemene dan wel bijzondere beperkingsclausules die zijn opgenomen in het EVRM. Voldoet een beperking aan een clausulering, dan is zij rechtmatig. Voldoet zij niet aan de clausulering, dan is er sprake van schending van art. 10 EVRM.

¹⁰³ Mak 2011, p. 698.

3.4.1 Algemene beperkingen

In tegenstelling tot het Nederlandse rechtssysteem, kent het EVRM twee algemene beperkingen in art. 15 en art. 17. Uit art. 15 EVRM volgt dat de verdragspartijen ten tijde van een noodtoestand van alle grondrechtbepalingen die een beperkingsclausule kennen (zoals art. 10 lid 2 EVRM), mogen afwijken. Beperkingen hoeven dan dus niet meer aan de clausulering te voldoen. Art. 15 EVRM handhaaft echter voor de uitzonderlijke beperkingen ten tijde van de noodtoestand wel een eis van proportionaliteit. De ernst van de situatie moet deze maatregelen strikt vereisen.¹⁰⁴

In art. 17 EVRM wordt het zogeheten “misbruik van grondrecht” verboden.¹⁰⁵ Personen of groeperingen die grondrechten willen vernietigen, kunnen zich niet beroepen op bijvoorbeeld het recht van vrijheid van meningsuiting. Op grond van art. 17 EVRM mag geen beroep op de vrijheid van meningsuiting worden gedaan om propaganda te voeren om de democratische vrijheden te ondermijnen of te niet te doen. Art. 17 EVRM is erop gericht om totalitaire stromingen te voorkomen. De vraag of art. 17 EVRM in geding was, kwam onder meer aan de orde bij het EHRM op 8 oktober 2008, nr. 36109/03 in de zaak *Leroy vs. Frankrijk*.¹⁰⁶ In deze zaak ging het om een cartoon die twee dagen na de aanslagen in New York gepubliceerd werd in een Baskische krant. De tekening bestond uit vier ineenslopende torens met daaronder de zin “Nous en avions tous rêvé...l’ Hamas l’a fait”. De tekenaar Leroy werd veroordeeld voor de verheerlijking van terrorisme. Als hij hierop naar het EHRM gaat, voert de Franse overheid als legitieme doelen aan het beschermen van de publieke veiligheid en het voorkomen van wanordelijkheden en misdaad. Leroy stelt dat zijn tekening een aanklacht is tegen het Amerikaans imperialisme en niet is bedoeld ter verheerlijking van de tragische gebeurtenissen. Het EHRM neemt hier echter geen genoegen mee en oordeelt dat de veroordeling kan worden gezien als noodzakelijk in een democratische samenleving. Hoewel het EHRM stelt dat een politieke satire bij uitstek is bedoeld om te provoceren, is ze in dit geval van mening dat de tekenaar niet genoeg rekening heeft gehouden met zijn plichten en verantwoordelijkheden. Dit ligt niet zozeer aan de tekening zelf, als wel aan het

¹⁰⁴ Hins & Nieuwenhuis 2010, p. 121.

¹⁰⁵ Hins & Nieuwenhuis 2010, p. 140.

¹⁰⁶ EHRM 2 oktober 2008, nr. 36109/03 (*Leroy vs. Frankrijk*).

tijdstip van de publicatie en de politieke situatie in Baskenland. Meer in het algemeen overweegt het EHRM overigens in dit arrest dat art 17 EVRM bij uitstek in het geding is wanneer uitlatingen een racistische, antisemitische of islamofobe strekking hebben.

3.4.2 *Bijzondere beperkingen*

De uitoefening van het recht van vrijheid van meningsuiting kan voorts op grond van art. 10 lid 2 EVRM worden onderworpen aan formaliteiten, voorwaarden, beperkingen of sancties.¹⁰⁷ Dit worden ook wel de bijzondere beperkingen van art. 10 EVRM genoemd. In art. 10 lid 2 EVRM is een geraffineerd systeem opgenomen om de beperkingen van de vrijheid van meningsuiting te toetsen. Wanneer eenmaal is vastgesteld dat er sprake is van een beperking van de vrijheid van meningsuiting, dienen er op grond van het tweede lid van art. 10 EVRM steeds drie vragen beantwoord te worden:

- 1) Is de beperking bij wet voorzien?
- 2) Dient de beperking een legitiem doel?
- 3) Is de beperking noodzakelijk in een democratische samenleving?

Slechts wanneer al deze drie vragen met “ja” beantwoord kunnen worden, is de beperking gerechtvaardigd. Wordt één van deze vragen met “nee” beantwoord, dan is de beperking als een schending van de grondrechtbepaling aan te merken.¹⁰⁸ Het cumulatieve karakter van deze drie voorwaarden blijkt ook daaruit, dat het EHRM de constatering dat een beperking niet bij wet is voorzien, niet meer hoeft te laten volgen door een onderzoek naar de legitimiteit van het doel van de beperking of de noodzakelijkheid van de beperking.

Allereerst moet de beperking “bij wet zijn voorzien”. Onder het begrip “wet” in het EVRM valt in de eerste plaats alle wetgeving in materiële zin. Daarnaast kan er ook ongeschreven recht onder vallen.¹⁰⁹ In de laatste plaats dekt deze term ook een

¹⁰⁷ De Meij e.a. 2000, p. 249.

¹⁰⁸ Hins & Nieuwenhuis 2010, p. 122.

¹⁰⁹ EHRM 26 april 1979, NJ 1980, 146 (*Sunday Times*).

bevoegd gegeven bevel.¹¹⁰ Ten aanzien van de term “voorzien”, is door het EHRM in de Sunday Times zaak bepaald dat de beperking in beginsel toegankelijk en voorzienbaar voor de burger moet zijn.¹¹¹

De tweede voorwaarde is dat de beperking een legitiem doel moet dienen. De legitieme doelen die door art. 10 lid 2 EVRM worden genoemd zijn:

- a. het belang van de nationale veiligheid, territoriale integriteit of openbare veiligheid,
- b. het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten,
- c. de bescherming van de gezondheid of de goede zeden, van de goede naam of de rechten van anderen,
- d. de verspreiding van vertrouwelijke mededelingen te voorkomen of,
- e. het gezag en de onpartijdigheid van de rechterlijke macht te waarborgen.

Art. 10 lid 2 EVRM biedt een dermate ruim scala aan legitieme doeleinden, dat het vereiste van een legitiem doel zelden tot grote problemen leidt.¹¹² Daarbij worden de genoemde doeleinden betrekkelijk ruim uitgelegd. Met name het doel “de bescherming van de rechten van anderen” heeft een groot bereik. Ook Vermeulen stelt vast dat de rechter altijd wel in staat blijkt om de beperking tot een van deze doeleinden te herleiden.¹¹³

Ten derde moet de beperking noodzakelijk zijn in een democratische samenleving. Dit vormt in veel zaken de belangrijkste toets. Indien het EHRM vaststelt dat een beperking niet aan de beperkingsclausules uit art. 10 lid 2 EVRM voldoet, komt dat in de meeste gevallen doordat de beperking niet noodzakelijk is in een democratische samenleving. Een belangrijk arrest ten aanzien van deze noodzakelijkheidstoets is het eerder genoemde Handyside arrest.¹¹⁴ In dit arrest wordt door het EHRM enerzijds vastgesteld dat het begrip “noodzakelijk” niet synoniem is met onmisbaar of absoluut

¹¹⁰ EHRM 2 juni 2002, nr. 33129/96 (*Olivieira vs. Nederland*).

¹¹¹ EHRM 26 april 1979, NJ 1980, 146 (*Sunday Times*).

¹¹² Hins & Nieuwenhuis 2010, p. 125.

¹¹³ Vermeulen 2000, p. 134.

¹¹⁴ EHRM 7 december 1976, NJ 1978, 236 (*Handyside vs. Verenigd Koninkrijk*).

noodzakelijk. Anderzijds is de term niet zo soepel als toelaatbaar, gebruikelijk, nuttig, redelijk of wenselijk. Wat betekent “noodzakelijk” dan wel? Zowel in het Handyside arrest als in het Sunday Times arrest stelt het EHRM op grond van de noodzakelijkheidstoets de voorwaarde dat er een “pressing social need” moet zijn.¹¹⁵ Daarmee geeft het EHRM aan dat de noodzakelijkheidstoets tevens een proportionaliteitstoets is.¹¹⁶ Dat betekent dat het met de beperking gediende belang afgewogen moet worden tegen de ernst van de beperking.¹¹⁷ Hoe ingrijpender de beperking is, des te zwaarder zal de proportionaliteitstoets worden toegepast. De vraag of de beperking proportioneel is, zal vrijwel steeds beantwoord moeten worden door te onderzoeken of er relevante en voldoende redenen zijn voor de beperking. Het EHRM toetst met andere woorden in concreto of er een billijke afweging is gemaakt. Tegelijkertijd moet niet vergeten worden dat de beperking noodzakelijk in een “democratische samenleving” moet zijn. In een democratische samenleving mag – zoals eerder opgemerkt - de uitingsvrijheid niet beperkt worden alleen omdat de uitingen ergeren, shockeren en verwarring zaaien (“offend, shock and disturb”).¹¹⁸ De pers en de media worden door het EHRM het beste middel genoemd voor de meningsvorming over houdingen en opvattingen van politieke leiders. In zowel het Lingens als het Oberschlick arrest is door het EHRM bepaald dat ten aanzien van uitingen waarmee een publiek belang (“public speech”) wordt gediend, niet snel een beperking op de vrijheid van meningsuiting ingevolge art. 10 lid 2 EVRM zal worden aanvaard. Bij uitingen zonder enig publiek belang (“private speech”) worden beperkingen meestal eerder aanvaard.¹¹⁹

Een groot verschil ten opzichte van de beperkingsclausules van art. 7 leden 1 en 3 GW, is dat in art. 10 lid 2 EVRM geen absoluut censuurverbod is opgenomen. In plaats van strenge formele eisen aan de beperking - niet preventief, uitsluitend wet in

¹¹⁵ EHRM 26 april 1979, NJ 1980, 146 (*Sunday Times*); EHRM 7 december 1976, NJ 1978, 236 (*Handyside vs. Verenigd Koninkrijk*).

¹¹⁶ De Meij e.a. 2000, p. 254.

¹¹⁷ Hins & Nieuwenhuis 2010, p. 127.

¹¹⁸ Hins & Nieuwenhuis 2010, p. 132.

¹¹⁹ EHRM 8 juli 1986, NJ 1987, 901 (*Lingens vs. Oostenrijk*); EHRM 23 mei 1991, NJ 1992, 456 (*Oberschlick*).

formele zin – is in lid 2 van art. 10 EVRM een verfijnd toetsingskader ontwikkeld waarmee beperkingen beoordeeld kunnen worden.¹²⁰

Na zowel art. 7 GW en art. 10 EVRM te hebben bestudeerd, is mij het volgende opgevallen. De grondslagen van de vrijheid van meningsuiting zoals neergelegd in art. 7 GW en art. 10 EVRM zijn: betekenis voor het individu door de bescherming van de vrije individuele expressie en betekenis voor de democratie door de bescherming van het democratisch proces. Het object van art. 10 EVRM is aanmerkelijk ruimer dan het object van art. 7 GW en omvat het koesteren van een mening alsook het doorgeven en ontvangen van inlichtingen en denkbeelden. Daarbij legt art. 10 EVRM de nadruk op het communicatieproces, terwijl art. 7 GW de nadruk legt op de communicatiemiddelen. De reikwijdte van art. 10 EVRM is ook ruimer. Niet alleen het hebben en openbaren van uitingen valt onder dit grondrecht, maar ook het ontvangen en verspreiden. Art. 7 GW bevat daarentegen een verbod van censuur en art. 10 EVRM niet. Bovendien laat art. 7 GW slechts beperkingen betreffende de inhoud toe bij wet in formele zin.

Art. 10 EVRM is evenals art. 7 GW geschreven tegen inmenging van overheidswege (verticale werking). Er is sprake van directe horizontale werking van art. 7 GW en art. 10 EVRM indien de rechter in privaatrechtelijke verhoudingen de artikelen volledig toepast en de beperkingen worden getoetst aan de in de artikelen opgenomen beperkingsclausules. Bij de indirecte horizontale werking is de vrijheid van meningsuiting één van de belangen waar de rechter bij de belangenafweging rekening mee houdt.

Over de vraag of directe horizontale werking van art. 7 GW en art. 10 EVRM is geaccepteerd, wordt veel gediscussieerd. Deze discussie laat overigens ook de indirecte horizontale werking van beide artikelen niet onverlet. In het volgende hoofdstuk zal ik nader ingaan op de directe en indirecte horizontale werking van art. 7 GW en art. 10 EVRM, waarbij ook de horizontale (directe en indirecte) werking van beide artikelen in het arbeidsrecht door mij zullen worden behandeld.

¹²⁰ Asscher 2002, p. 114.

4. Horizontale werking van art. 7 GW en art. 10 EVRM

4.1 Directe en indirecte horizontale werking

Zoals reeds door mij in de voorgaande hoofdstukken is opgemerkt, gelden de grondrechten die zijn opgenomen in de Grondwet en het EVRM (zoals onder meer art. 7 GW en art. 10 EVRM) in de klassieke visie in de relatie overheid - burger (verticale werking). Deze rechten zijn immers in eerste instantie bedoeld als bescherming van het individu tegen de macht van de overheid.

Sinds een aantal decennia is de discussie opgekomen of grondrechten niet eveneens in onderlinge privaatrechtelijke verhoudingen zouden moeten werken (de horizontale werking). Dat wil zeggen dat grondrechten niet meer alleen in de verticale verhouding tussen burger en overheid een rol spelen, maar dat in de civiele rechtspraak steeds vaker grondrechten worden toegepast ter beslechting van een geschil tussen burgers onderling. Het onderscheid tussen horizontale en verticale werking ziet overigens niet op het al dan niet privaatrechtelijk karakter van de rechtsbetrekking, zo blijkt uit de parlementaire geschiedenis van de grondwet.¹²¹ Een privaatrechtelijke betrekking tussen overheid en burger valt onder de verticale werking van grondrechten. Een illustratie biedt het arrest *Rasti Rostelli* van de Hoge Raad op 26 april 1996, *NJ* 1996, 728.¹²² In deze zaak weigerde de gemeente Rijssen - als eigenaar van een theatergebouw - een zaal aan de hypnotiseur Rasti Rostelli te verhuren, omdat de inhoud van de geplande voorstelling de gemeente niet beviel. De Hoge Raad kwam tot het oordeel dat de weigering van de gemeente de zaal te verhuren in strijd was met de vrijheid van meningsuiting. Het beroep van de gemeente op de contractsvrijheid bracht daar geen verandering in. Uit jurisprudentie van het EHRM blijkt dat het EHRM eveneens niets wil weten van een afgezwakte bescherming als de overheid zich in een privaatrechtelijke jas hult. Met andere woorden: in geschillen met de overheid is altijd sprake van een volledige verticale werking.¹²³

¹²¹ *Kamerstukken II*, 1975/76, 13872, nr. 3, p. 15.

¹²² HR 26 april 1996, *NJ* 1996, 728 (*Rasti Rostelli*).

¹²³ Hins & Nieuwenhuis 2010, p. 169.

Onder horizontale werking wordt verstaan: werking van grondrechten tussen burgers - daaronder ook begrepen particuliere organisaties - onderling.¹²⁴

4.1.1 *Directe en indirecte horizontale werking art. 7 GW*

Ondanks de afhoudende benadering in het rapport van de staatscommissie Cals-Donner, dat aan de wieg stond van de grondwetsherziening van 1983, heeft de regering - tijdens de parlementaire behandeling van hoofdstuk 1 van de Grondwet - te kennen gegeven voorstander te zijn van horizontale werking van de grondrechten. In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel is door de regering geschreven dat de grondrechten wel degelijk horizontaal kunnen werken waarbij door de regering een glijdende schaal met vijf verschillende gradaties van horizontale werking is geïntroduceerd.

“Grondrechten kunnen op uiteenlopende wijzen ook in meer of minder vergaande mate in horizontale verhoudingen doorwerken. De minst vergaande wijze is wellicht de opdracht aan de wetgever of de overheid om een nader geformuleerd belang of beginsel ook in particuliere verhoudingen te verwezenlijken; dat is het geval met de instructienormen die men bij een aantal sociale grondrechten aantreft.¹²⁵ Iets verder gaat de grondrechtsnorm die zich niet alleen tot de wetgever richt, maar zich ook aan de rechter presenteert als een belangrijke waarde waarvan de rechter de invloed ondergaat bij de interpretatie van privaatrechtelijke regels of begrippen. Vervolgens kan het grondrecht zelfstandig een rechtsbelang uitdrukken, dat de rechter bij de afweging van belangen mede in aanmerking moet nemen. Nog weer verder gaat een grondrecht, dat de uitdrukking is van een rechtsbeginsel waarvan de rechter slechts op zwaarwegende gronden mag afwijken. Tenslotte kan het grondrecht beogen zich dwingend aan de rechter op te leggen en slechts die afwijkingen toe te staan, welke tot een grondwettelijke beperkingsclausule herleidbaar moet zijn.”¹²⁶

In feite komen deze schakeringen neer op een verfijning van het onderscheid tussen “directe” en “indirecte” horizontale werking. Alleen de laatstgenoemde schakering

¹²⁴ Burkens e.a. 2006, p. 140.

¹²⁵ Onder de term “overheid” moet niet de rechter worden verstaan.

¹²⁶ Kamerstukken II 1975/76, 13 872, nr. 3, p. 15-16.

kan worden aangemerkt als “directe” horizontale werking, terwijl de overige kunnen worden beschouwd als verschillende vormen van “indirecte” horizontale werking.¹²⁷ Door de regering is in het midden gelaten in welke gevallen elk van deze gradaties moet worden toegepast. Dit wordt aan de beoordeling van de rechter overgelaten.

In de rechtsgeleerde literatuur wordt de vijfdeling veelal ook vereenvoudigd tot een tweedeling.¹²⁸ Indien de rechter in onderlinge privaatrechtelijke verhoudingen het grondrecht volledig toepast en de beperkingen worden getoetst aan de in de artikelen opgenomen beperkingsclausules, wordt er gesproken van directe horizontale werking. In geval van indirecte horizontale werking werken grondrechten niet volledig door omdat de grondrechtelijke beperkingensystematiek dan niet van toepassing is. Bij indirecte horizontale werking toetst de rechter niet aan het grondrecht zelf, maar past hij de wettelijke voorschriften van het privaatrecht toe. Het grondrecht werkt alleen in die zin dat het invloed heeft op de uitleg van de privaatrechtelijke norm. Bij de indirecte horizontale werking van art. 7 GW is de vrijheid van meningsuiting dan één van de belangen waar de rechter bij de belangenafweging rekening mee houdt.

De vraag of directe horizontale werking van grondrechten moet worden aanvaard, is een veel besproken onderwerp van discussie. In de rechtsgeleerde literatuur worden zowel argumenten aangevoerd die pleiten vóór als argumenten die pleiten tegen directe horizontale werking van grondrechten zoals neergelegd in de Grondwet. Zo stelt Kuitenbrouwer dat het typerend is voor het internet, als metafoor voor de elektronische snelweg en de informatiemaatschappij, dat het horizontale aspect van grondrechten wordt geaccentueerd.¹²⁹ Hins stelt dat als argument voor toekenning van directe horizontale werking pleit, dat de schade die iemand lijdt door het handelen van een particulier, even groot kan zijn als wanneer de overheid beperkingen oplegt.¹³⁰ Kortmann daarentegen vindt dat aanvaarding van horizontale werking van grondrechten één van de grondslagen van het privaatrecht, de

¹²⁷ Akkermans, Bax & Verhey 2005, p. 178.

¹²⁸ Hins & Nieuwenhuis 2010, p. 174.

¹²⁹ Kuitenbrouwer 2000-4, p. 172-176.

¹³⁰ Hins & Nieuwenhuis 2010, p. 170.

contractsvrijheid, in hoge mate aantast.¹³¹ Wat de overheid krachtens de grondrechten niet mag, wordt dan ook bepalend voor het rechtsverkeer tussen burgers onderling. Behalve in extreme gevallen van maatschappelijke machtsmonopolies, valt echter niet in te zien waarom de burger op dezelfde wijze tegen zijn medeburgers beschermd moet worden als tegen de overheid. De burgers is eenmaal (en gelukkig) niet onderworpen aan het gezag van zijn medeburgers op de wijze waarop hij dit aan de overheid is. Ten slotte pleit Hins met een ander argument voor terughoudendheid van directe horizontale werking van grondrechten: ook al is directe horizontale werking in beginsel mogelijk, de burger tegenover wie het grondrecht wordt ingeroepen kan zich veelal verweren met een beroep op eigen grondrechten.¹³² Dit laatste kan ertoe leiden dat indien een burger een beroep doet op zijn grondrecht, zoals de vrijheid van meningsuiting, dit ook in zijn nadeel kan werken omdat hij daarmee het grondrecht van een andere burger schendt.

Het is door de regering aan de rechter overgelaten om te bepalen in hoeverre grondrechten zoals opgenomen in de grondwet directe dan wel indirecte horizontale werking hebben. Ondanks pleidooien voor directe horizontale werking van grondrechten is in de praktijk meer sprake van doorwerking van algemene rechtsbeginselen dan van directe horizontale werking van grondrechten.¹³³ Kortmann zegt hierover dat de jurisprudentie niet duidt op aanvaarding door de rechter van directe horizontale werking, doch dat daaruit veeleer moet worden afgeleid dat de rechter zijn best doet de aanhangige geschillen te beslechten aan de hand van louter privaatrechtelijke noties.¹³⁴ Anders gezegd: in de praktijk neemt de rechter slechts zelden directe horizontale werking aan.¹³⁵ Slechts bij uitzondering is de rechter bereid om in een horizontale verhouding rechtstreeks toepassing te geven aan een grondrechtelijke bepaling. Een voorbeeld is het arrest *Van Pels vs. Martinair* van de Hoge Raad op 8 oktober 2004, *NJ* 2005, 117.¹³⁶ Van Pelt had bij Martinair een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, in de functie van piloot. Op deze

¹³¹ Kortmann 2008, p. 392.

¹³² Hins & Nieuwenhuis 2010, p. 170.

¹³³ De Meij 1990, p. 256-257.

¹³⁴ Kortmann 1983, p. 43 e.v.

¹³⁵ Kortmann 2008, p. 391.

¹³⁶ HR 8 oktober 2004, *NJ* 2005, 117 (*Van Pelt vs. Martinair*).

arbeidsovereenkomst was een CAO van toepassing. Uit deze CAO vloeide een verplichte pensionering op 56-jarige leeftijd voort voor piloten. Van Pelt voerde aan dat de CAO niet geldig was wegens strijd met art. 1 GW (discriminatieverbod). De Hoge Raad oordeelde dat de CAO geldig moest worden geacht en Van Pelt kreeg zijn baan niet terug. De Hoge Raad kwam tot deze beoordeling door de rechtsgeldigheid van de CAO rechtstreeks aan art. 1 GW te toetsen. Men zou deze zaak kunnen beschouwen als een voorbeeld van directe horizontale werking, maar het blijft een bijzonder geval. Sterker nog, commentatoren hebben opgemerkt dat ook hier het grondrecht niet echt “werkte”.¹³⁷ In de eerste plaats werd geen strijd met art. 1 GW aanwezig geacht en bovendien is het verbod van discriminatie een fundamenteel beginsel in het arbeidsrecht dat toevallig samenvalt met art. 1 GW.

Uit de jurisprudentie van de Hoge Raad valt af te leiden dat directe horizontale werking van grondrechten zoals neergelegd in de Grondwet - behoudens een enkele uitzondering - dan ook niet wordt aanvaard. Is dit ook het geval met betrekking tot de indirecte horizontale werking van grondrechten? Nee, inmiddels zijn er meerdere uitspraken waarin de indirecte horizontale werking van grondrechten wordt aanvaard. Hieronder zijn ook enkele uitspraken over het recht van vrijheid van meningsuiting. In deze uitspraken over vrijheid van meningsuiting past de rechter art. 7 GW niet rechtstreeks toe, maar maakt hij een belangenafweging. De Hoge Raad maakt op 24 juni 1983, *NJ* 1984, 801 een dergelijke belangenafweging in het arrest Gemeenteraadslid.¹³⁸ In deze zaak stelt een gemeenteraadslid de pers stukken ter beschikking. De stukken zijn bedoeld voor een raadscommissievergadering en suggereren dat een bestuurder van een kindbeschermingsinstelling zich ten koste van gemeenschapsgeld persoonlijk verrijkt. De financiële integriteit van de bestuurder wordt hiermee verdacht gemaakt. Ter beoordeling of sprake is van een onrechtmatige uiting, zet de Hoge Raad twee maatschappelijke belangen tegenover elkaar. Aan de ene kant het belang van de burger om in de pers niet aan lichtvaardige verdachtmakingen te worden blootgesteld. Aan de andere kant het belang om misstanden in de samenleving aan de kaak te stellen. Welk belang in het

¹³⁷ Hins & Nieuwenhuis 2010, p. 175.

¹³⁸ HR 24 juni 1983, *NJ* 1984, 801 (*Gemeenteraadslid*).

voorliggende geval zwaarder weegt, hangt af van de in onderling verband te beschouwen omstandigheden zoals: de aard en de vorm van de uitingen, de ernst van de misstand, het karakter van de uiting, bijvoorbeeld of sprake is van satire, het karakter van het blad, de mate van onderzoek of een mogelijke rechtvaardigingsgrond.

Bij de botsing van grondrechten, bijvoorbeeld het recht van vrijheid van meningsuiting met het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer (art. 10 GW) wordt door de rechter eveneens een belangenafweging gemaakt. Dit komt onder meer aan de orde in het arrest *Privé vs. De Bourbon Parma* van de Hoge Raad op 4 maart 1988, *NJ* 1989, 361.¹³⁹ In 1987 publiceert het weekblad *Privé* een artikel over prins Carlos, de oudste zoon van prinses Irene. De prins keert terug uit de Verenigde Staten om in Nederland een opleiding te volgen en *Privé* ziet daarin een nieuwsfeit. Volgens de vader van de prins, als voogd en wettelijk vertegenwoordiger, wordt door het artikel in de *Privé* een onrechtmatige inbreuk gemaakt op de persoonlijke levenssfeer van de kinderen, zeker gezien de manier waarop *Privé* informatie voor het artikel vergaart. De journalist van het weekblad zit namelijk vier dagen in een auto voor de school van prins Carlos in een poging nieuws en/of foto's van de prins te verkrijgen. De President stelt dat voor de beoordeling van dit geschil een dubbele afweging nodig is. In de eerste plaats tussen de belangrijkheid van de "public figure" en de manier waarop het nieuws wordt vergaard. In de tweede plaats tussen de belangrijkheid van het te vergaren nieuws en de manier waarop dat nieuws wordt vergaard. De President oordeelt dat prins Carlos geen belangrijk "public figure" is en dat de belangrijkheid van het te vergaren nieuws gering is. De Hoge Raad is het met dit oordeel eens en acht het hinderlijk volgen door de fotograaf, die alsmaar postte om een foto van een der kinderen te kunnen maken, onrechtmatig.

In het arrest *Ferdie E.* van de Hoge Raad op 21 januari 1994, *NJ* 1994, 473 weegt de Hoge Raad eveneens de belangen af tussen de vrijheid van meningsuiting en de inbreuk op de persoonlijke levenssfeer.¹⁴⁰ Het weekblad *Panorama* publiceert zonder

¹³⁹ HR 4 maart 1988, *NJ* 1989, 361 (*Privé vs. De Bourbon-Parma*).

¹⁴⁰ HR 21 januari 1994, *NJ* 1994, 473 (*Ferdie E.*).

toestemming van Ferdi E. (de ontvoerder en moordenaar van Gerrit Jan Heijn) begin 1989 in twee afzonderlijke artikelen een foto van Ferdi E. Ferdi E. is van mening dat deze publicatie een inbreuk is op zijn persoonlijke levenssfeer en dat de publicatie daarom in beginsel onrechtmatig is. De Hoge Raad gaat hierin niet mee. De Hoge Raad beoordeelt een fotopublicatie op dezelfde manier als dat hij een andere publicatie beoordeelt: “Een en ander betekent dat, ingeval in het kader van een perspublicatie een zonder daartoe strekkende opdracht van de geportretteerde vervaardigd portret, buiten diens toestemming openbaar wordt gemaakt onder zodanige omstandigheden dat deze openbaarmaking een inbreuk vormt op zijn recht op eerbiediging van zijn persoonlijke levenssfeer, het antwoord op de vraag of die openbaarmaking jegens hem onrechtmatig is, slechts kan worden gevonden door een afweging die met inachtneming van alle bijzonderheden van het gegeven geval ertoe strekt na te gaan welk van beide fundamentele rechten in dit geval zwaarder weegt”.

4.1.2 Directe en indirecte horizontale werking art. 10 EVRM

Zoals in hoofdstuk 3 door mij is uiteengezet, kan het EHRM art. 10 EVRM als gevolg van art. 34 EVRM niet direct in horizontale verhoudingen toepassen, daar het alleen oordeelt over klachten tegen staten.¹⁴¹ Op grond van art. 94 GW kan art. 10 EVRM zich wel dwingend opleggen aan de Nederlandse rechter bij een beoordeling of terecht een beroep gedaan wordt op de vrijheid van meningsuiting. Van directe horizontale werking van art. 10 EVRM is sprake als de rechter art. 10 EVRM volledig toepast en slechts die afwijkingen toegestaan worden, welke tot de beperkingsclausules uit art. 10 lid 2 EVRM herleidbaar zijn. Van indirecte horizontale werking van art. 10 EVRM is sprake als de vrijheid van meningsuiting een belang is dat afgewogen wordt tegen andere belangen.

Evenals bij art. 7 GW wordt door de Hoge Raad geruime tijd “de boot afgehouden” waar het de aanvaarding van directe en indirecte horizontale werking van art. 10 EVRM betreft. Pas aan het eind van de jaren ‘80 en in het begin van de jaren ‘90 van de vorige eeuw komt de vrijheid van meningsuiting van art. 10 EVRM explicieter

¹⁴¹ Kortmann 2008, p. 393.

aan de orde in de rechtspraak van de Hoge Raad.¹⁴² Eerst is dat in een tweetal arresten waarin de vraag wordt opgeworpen of de vrijheid van meningsuiting inbreuk maakt op de persoonlijke levenssfeer.¹⁴³ In de eerder genoemde en besproken arresten *Privé vs. De Bourbon-Parma* en *Ferdi E.* wordt door de Hoge Raad het belang van het recht van vrijheid van meningsuiting afgewogen tegen het belang van het recht op privacy. Bij de beoordeling welk van deze rechten voorrang toekomt, dienen alle bijzonderheden van het gegeven geval in aanmerking te worden genomen. Een expliciete toets aan art. 7 GW en art. 10 EVRM vindt niet plaats.

Pas in twee latere arresten die gaan over de rechtmatigheid van perspublicaties, wordt door de Hoge Raad expliciet aan art. 10 EVRM getoetst en is er sprake van horizontale werking van art. 10 EVRM. Een eerste expliciete toetsing aan art. 10 EVRM is te vinden in het arrest *Rails* van de Hoge Raad op 21 oktober 1994, *NJ* 1996, 346.¹⁴⁴ In deze zaak lag ter beoordeling voor of de schokkende fotoreportage onder de titel “Dressed to Kill” in het blad *Rails* jegens een groot aantal lezers en de vereniging “Blijf van m’n Lijf” onrechtmatig was en derhalve moest worden gerectificeerd. De Hoge Raad kwam tot het oordeel dat het Gerechtshof er klaarblijkelijk en terecht van was uitgegaan dat het de vordering tot rectificatie had te beoordelen mede in het kader van art. 10 EVRM. Het in art. 10 EVRM neergelegde recht van vrijheid van meningsuiting beschermt een dergelijke fotoreportage zowel naar inhoud als naar vorm. Toewijzing van de rectificatie zou dan ook moeten worden aangemerkt als een beperking als bedoeld in art. 10 lid 2 EVRM. Volgens de Hoge Raad heeft het Gerechtshof daaruit de - juiste - slotsom getrokken dat voor zulk een toewijzing tenminste was vereist dat duidelijk en overtuigend kon worden vastgesteld dat en waarom de reportage in strijd kwam of inbreuk maakte op een van de in lid 2 van art. 10 EVRM limitatief opgesomde rechten of belangen. Aangezien dit niet overtuigend kon worden vastgesteld, had het Gerechtshof de vordering tot rectificatie terecht afgewezen, aldus de Hoge Raad.

¹⁴² De Meij e.a. 2000, p. 271.

¹⁴³ HR 4 maart 1988, *NJ* 1989, 361 (*Privé vs. De Bourbon-Parma*); HR 21 januari 1994, *NJ* 1994, 473 (*Ferdi E.*).

¹⁴⁴ HR 21 oktober 1994, *NJ* 1996, 346 (*Rails*).

In het arrest *Het Parool vs. Van Gasteren* van de Hoge Raad op 6 januari 1995, *NJ* 1995, 422 vindt eveneens een expliciete toetsing aan art. 10 EVRM plaats.¹⁴⁵ In dit arrest ging het om de vraag of Het Parool zoveel jaren na dato een zaak uit de Tweede Wereldoorlog mocht oprakelen, waarbij de cineast Van Gasteren wegens doodslag was veroordeeld. Het slachtoffer was een joodse onderduiker en de cineast beriep zich er na de oorlog op dat het een verzetsdaad was geweest. Toen hij in een interview had verklaard over deze dramatische gebeurtenis in zijn leven een film te willen maken, dook Het Parool in het verleden en kwam tot de conclusie dat het ernstige twijfels had of sprake was geweest van een verzetsdaad en dat er aanwijzingen bestonden dat eerder sprake was van “een ordinaire roofmoord”. Nadat het Gerechtshof had geoordeeld dat het door Het Parool aangedragen feitenmateriaal erg dun was, oordeelde de Hoge Raad dat er ter rechtvaardiging van een dergelijke publicatie na zoveel jaar, klemmende redenen van publiek belang moeten bestaan, terwijl bovendien verlangd mag worden dat de beschuldiging berust op onderzoek dat aan hoge eisen van zorgvuldigheid voldoet. De Hoge Raad toetste derhalve aan de vragen van art. 10 lid 2 EVRM. Aan géén van beide voorwaarden was overigens volgens de Hoge Raad in dezen voldaan.

Deze ontwikkeling met betrekking tot de horizontale werking van art. 10 EVRM, is door Schuijt in twee kronieken beschreven en geanalyseerd. In zijn eerste kroniek in 1990 zegt Schuijt dat de vrijheid van meningsuiting meestal niet een zwaarwegende factor is bij de beoordeling door de Hoge Raad van de vraag of een uiting al dan niet ongeoorloofd is. Hij wijst erop dat toetsing aan art. 10 EVRM of achterwege wordt gelaten of uiterst summier plaatsvindt in die zin dat volstaan wordt met de constatering dat de beperking bij wet was voorzien.¹⁴⁶ Zes jaar later in 1996 - en derhalve na het arrest *Het Parool vs. Van Gasteren* - wordt door Schuijt een tweede kroniek gepubliceerd onder de titel: “Hoge Raad niet meer bang voor de uitingsvrijheid?”¹⁴⁷ Hij constateert dat de Hoge Raad in het arrest *Het Parool vs. Van Gasteren* voor het eerst stelselmatig de vragen beantwoordt die bij een toets aan artikel 10 EVRM gesteld moeten worden. Daarbij heeft de Hoge Raad zijn eigen

¹⁴⁵ HR 6 januari 1995, *NJ* 1995, 422 (*Het parool vs. Van Gasteren*).

¹⁴⁶ Schuijt 1990, p. 83-88.

¹⁴⁷ Schuijt 1996, p. 23-30.

rechtspraak niet teruggedraaid maar uitgebouwd. De afweging tussen de hoogwaardige belangen blijft nodig om na te gaan of een beperking van de uitingsvrijheid is voorzien bij wet. Maar na die vraag beantwoord te hebben, moet er nog een stap worden gezet, namelijk antwoord geven op de vraag of een beperking van de uitingsvrijheid ook aan de andere voorwaarden van artikel 10 lid 2 voldoet.

De in het arrest *Het Parool vs. Van Gasteren* door de Hoge Raad gehanteerde constructie is de inmiddels gangbare manier van beoordeling door de rechter van de rechtmatigheid van vooral perspublicaties. Oordeelt de rechter de publicatie aan de hand van de gemaakte belangenafweging voorshands onrechtmatig, dan toetst hij vervolgens of beperking van de vrijheid van meningsuiting noodzakelijk is in een democratische samenleving. Acht daarentegen de rechter de uiting op basis daarvan geoorloofd, dan is het eindoordeel gegeven en blijft art. 10 EVRM verder buiten beschouwing.¹⁴⁸ Anders gezegd, eerst nadat een belangenafweging heeft plaatsgevonden (indirecte horizontale werking) komt de rechter toe aan de noodzakelijkheidstoets van art. 10 lid 2 EVRM (directe horizontale werking).

4.2 De werking van de vrijheid van meningsuiting in het arbeidsrecht

Uit de hiervoor genoemde arresten blijkt dat de meeste rechtspraak op het gebied van vrijheid van meningsuiting, ziet op journalistieke uitingen en het is vooral op dit terrein dat toetsing aan met name art. 10 EVRM in Nederland ingang heeft gevonden. Het zou voor de hand liggen dat in het arbeidsrecht bij deze ontwikkeling wordt aangesloten. Het probleem is echter dat werknemersuitingen, vanzelfsprekend, niet met journalistieke uitingen op één lijn kunnen worden gesteld.¹⁴⁹ Sterker nog, waar privacy en godsdienstvrijheid inmiddels wel zijn ingeburgerd in het arbeidsrecht en op het gebied van gelijke behandeling misschien al van een zekere inflatie kan worden gesproken, blijft het rond de vrijheid van meningsuiting meestal stil.

¹⁴⁸ Uden 2005-3, p. 12-19.

¹⁴⁹ Uden 2006-7, p. 10-15.

4.2.1 *Directe werking van de vrijheid van meningsuiting in het arbeidsrecht*

In de arbeidsrechtelijke literatuur wordt wel gepleit voor directe horizontale werking van grondrechten, waaronder de vrijheid van meningsuiting van art. 7 GW en art. 10 EVRM. Zo pleit onder meer Verhulp voor directe horizontale werking van grondrechten in het arbeidsrecht omdat de werknemer in sterke mate afhankelijk is van de werkgever, zowel in financieel-economisch opzicht als in sociaal opzicht.¹⁵⁰ Directe horizontale werking van de vrijheid van meningsuiting zou de positie van de werknemer tegenover die van de werkgever een stuk sterker maken. Er zijn echter ook tegenargumenten te vinden in de arbeidsrechtelijke literatuur. Een belangrijk argument tegen directe horizontale werking van art. 7 GW en art. 10 EVRM is dat het toekennen van directe horizontale werking van grondrechten inbreuk maakt op een van de belangrijkste grondslagen van het privaatrecht: de contractsvrijheid.¹⁵¹

In contractuele verhoudingen kiest de rechter in het algemeen niet voor directe horizontale werking.¹⁵² Dat ligt ook wel voor de hand: anders zouden allerlei redelijke afspraken waarbij de werknemer zich verplicht te onthouden van publicatie behoudens toestemming van de werkgever, ongeoorloofd zijn wegens strijd met het verbod van voorafgaand verlot. De rechter volstaat met een belangenafweging waarbij de vrijheid van meningsuiting als een der elementen meegewogen wordt. Als een werknemer zich beroept op art. 7 GW in zijn verweer tegen een opgelegde sanctie (b.v. ontslag) naar aanleiding van contractueel verboden uitlatingen, valt de belangenafweging van de rechter in het algemeen uit in zijn nadeel. Terwijl de Hoge Raad bij de beoordeling van journalistieke uitlatingen in sommige gevallen nog wel eens genegen is tot min of meer directe horizontale toetsing aan art. 10 EVRM, betracht de Hoge Raad daar waar het geschillen in het arbeidsrecht betreft grote zorgvuldigheid ten aanzien van de directe horizontale werking van de vrijheid van meningsuiting. In het arbeidsrecht is tot op heden de directe horizontale werking van art. 7 GW en art. 10 EVRM nog niet geaccepteerd in de jurisprudentie.

¹⁵⁰ Verhulp 1999, p. 61-64; Zie ook Verhulp 1996, p. 31-32.

¹⁵¹ Kortmann 2008, p. 392; Zie ook De Meij e.a. 2000, p. 86-87.

¹⁵² Vermeulen 2000, p. 132.

4.2.2 *Indirecte werking van de vrijheid van meningsuiting in het arbeidsrecht*

De wijze waarop en de mate waarin de vrijheid van meningsuiting in het arbeidsrecht doorwerkt, gebeurt vooralsnog op indirecte wijze door middel van toepassing van de privaatrechtelijke rechtsregels. Hierbij wordt meestal uitgegaan van indirecte doorwerking via het goed werkgever- en werknemerschap, neergelegd in art. 7:611 BW.

In 1997 is daar het volgende door de regering over opgemerkt:

“Ook in de relatie werkgever-werknemer is de vrijheid van meningsuiting uitgangspunt. Voor werkgever en werknemer geldt dat zij zich daarbij als een goed werkgever en werknemer dienen te gedragen. (...) De rechter (zal) bij de beoordeling van de vraag of een beperking van de vrijheid van meningsuiting van de werknemer gerechtvaardigd is alle relevante feiten en omstandigheden afwegen. De belangen van de werkgever zullen daarbij van voldoende gewicht moeten zijn”.

De Hoge Raad heeft zich voor het eerst op 20 april 1990, *NJ* 1990,702 in het arrest *Meijer vs. De Schelde* - weliswaar impliciet - over de vrijheid van meningsuiting van werknemers uitgesproken.¹⁵³ In deze zaak informeerde Dirk Meijer, nacalculator bij de Vlissingse scheepswerf *De Schelde* en OR-lid, de Minister van Economische Zaken dat zijn werkgever financieel in zwaar weer verkeerde. Hij stuurde afschriften van zijn brief aan de directie, de provincie en de pers. Meijer dacht schending van zijn geheimhoudingsplicht te voorkomen door in de brief te verwijzen naar veelvoudig aanwezige bewijzen voor zijn stelling, zónder deze bekend te maken. Meijer werd op staande voet ontslagen en vocht dit ontslag aan met een beroep op de vrijheid van meningsuiting. In cassatie voerde Meijer aan dat de vrijheid van meningsuiting uitsluitend werd begrensd door zijn geheimhoudingsplicht. Aangezien hij deze niet had geschonden, diende de uitingsvrijheid, die hem ook als werknemer toekwam, te prevaleren. Beide standpunten werden door de Hoge Raad verworpen. Met het prijsgeven van geheimen kon, aldus de Hoge Raad, worden gelijkgesteld het openbaar maken van een conclusie die publiekelijk wordt getrokken uit niet

¹⁵³ HR 20 april 1990, *NJ* 1990, 702 (*Meijer vs. De Schelde*); Zie ook Heerma van Voss 1991, p. 200.

bekendgemaakte geheime gegevens. De opvatting dat de vrijheid van meningsuiting alleen zou worden begrensd door zijn geheimhoudingsplicht kon bovendien niet als juist worden aanvaard. Annotator Stein merkte op dat schending van de geheimhoudingsplicht een dringende reden kan opleveren, zonder dat een beroep op de uitingsvrijheid daaraan in de weg staat, terwijl ook andere uitlatingen die het bedrijfsdebet van de werkgever in twijfel stellen zonder dat geheimen worden onthuld ontbinding kunnen rechtvaardigen. Van de uitingsvrijheid moet men, aldus Stein, in horizontale verhoudingen geen overspannen verwachtingen hebben.

Uit bovenstaande blijkt dat tot op heden voor art. 7 GW en art. 10 EVRM geen grote rol van betekenis in het arbeidsrecht is weggelegd. Althans, indien werknemers een direct beroep hierop zouden willen doen. Indirecte horizontale werking van de vrijheid van meningsuiting is wel aanvaard en speelt met name door via open normen in het arbeidsrecht. In Boek 7 titel 10 BW is een aantal van deze open normen te vinden. Een belangrijke open norm is het goed werkgever- en goed werknemerschap van art. 7:611 BW. De werkgever en de werknemer zijn over en weer verplicht zich als een goed werkgever en een goed werknemer te gedragen. Enerzijds ziet art. 7:611 BW op de verplichtingen van de werkgever, van minimale tot uiterst zwaarwichtige, zoals het eerbiedigen van de grondrechten van zijn werknemers. Anderzijds ziet dit artikel op de verplichtingen van de werknemer, zoals het zich loyaal gedragen jegens de werkgever en het niet schaden van belangen van de werkgever.

Het staat de werknemer in beginsel vrij om uitlatingen te doen, maar onder omstandigheden mogen deze rechten door de werkgever worden beperkt. De werkgever dient echter wel een belang te hebben bij beperking van de vrijheid van meningsuiting van de werknemer. Bij beperkingen van de uitingsvrijheid van de werknemer die voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst kan gedacht worden aan de geheimhoudingsplicht, de instructiebevoegdheid van de werkgever en het beginsel van goed werkgever- en goed werknemerschap. Wat een werknemer via social media of op een andere wijze naar buiten brengt, speelt zich derhalve af in een spanningsveld van de verschillende rechten en plichten van de werknemer en werkgever.

In het volgende hoofdstuk zal ik nader ingaan op het spanningsveld tussen het recht van de vrijheid van meningsuiting van de werknemer en de belangen van de werkgever die als gevolg van een uiting van de werknemer kunnen worden geschaad. Daarbij zal ik in het bijzonder ingaan op de beperkingen die kunnen voortvloeien uit de gesloten arbeidsovereenkomst tussen werkgever en werknemer en het beginsel van goed werkgever- en goed werknemerschap van art. 7:611 BW. Tevens zal ik onderzoeken of de aard van de gedane uiting nog verschil maakt voor het recht van de vrijheid van meningsuiting van de werknemer.

5. Vrijheid van meningsuiting en de arbeidsovereenkomst

5.1 De arbeidsovereenkomst

5.1.1 Art. 7:610 BW

In de wet wordt de arbeidsovereenkomst in art. 7:610 BW gedefinieerd als:

“de overeenkomst waarbij de ene partij, de werknemer, zich verbindt, in dienst van de andere partij, de werkgever, tegen loon gedurende zekere tijd arbeid te verrichten”.

Indien een overeenkomst onder deze omschrijving valt, zijn de in titel 10 van Boek 7 BW neergelegde bepalingen daarop van toepassing.¹⁵⁴ De arbeidsovereenkomst is een vormvrij contract en kan net als iedere andere overeenkomst zowel mondeling als schriftelijk worden aangegaan. Sommige bedingen in de arbeidsovereenkomst dienen schriftelijk te worden vastgelegd.¹⁵⁵ De inhoud van de arbeidsovereenkomst mag niet strijdig zijn met de goede zeden, de openbare orde of met een bepaling uit de wet die als dwingend gezien moet worden (art. 3:40 BW).

Om te bepalen of er sprake is van een arbeidsovereenkomst, zijn drie elementen uit de in art. 7:610 BW opgenomen definitie van de arbeidsovereenkomst van belang:¹⁵⁶

- a) Is de werknemer verplicht arbeid te verrichten?¹⁵⁷ De arbeid moet persoonlijk worden verricht door de werknemer (art. 7:659 BW). De arbeid wordt persoonlijk verricht wanneer de werknemer zich niet zonder toestemming van de werkgever mag laten vervangen door een ander.¹⁵⁸ De arbeid moet daarnaast van waarde zijn voor de werkgever. Indien de arbeid primair is gericht op het uitbreiden van eigen kennis en ervaring van degene die de arbeid verricht, zoals bij de

¹⁵⁴ Bakels/Asscher-Vonk & Bouwens 2011, p. 55-56.

¹⁵⁵ Van der Grinten/Bouwens & Duk 2011, p. 35.

¹⁵⁶ Van der Grinten/Bouwens & Duk 2011, p. 4-10.

¹⁵⁷ HR 10 oktober 2003, *JAR* 2003, 63.

¹⁵⁸ HR 13 december 1957, *NJ* 1958, 35 (*Zwarthoofd vs. Parool*).

leerovereenkomst of bij de stageovereenkomst het geval kan zijn, dan is de overeenkomst geen arbeidsovereenkomst.¹⁵⁹

- b) Krijgt de werknemer loon voor de arbeid die hij verricht? Het loon zal veelal in geld worden vastgesteld, maar er zijn ook andere vormen van loon te bedenken zoals: kost en inwoning, provisie en winstaandeel. Fooien en pensioen zijn echter géén loon (art. 7:617 BW).
- c) Is de werknemer in dienst van de werkgever? Het begrip “in dienst” is weinig scherp. Een arbeidsovereenkomst zal gewoonlijk inhouden dat de werknemer aan een zeker gezag van de werkgever is onderworpen.

Wanneer alle drie de vragen met “ja” beantwoord kunnen worden, is er sprake van een arbeidsovereenkomst. Dit is ook het geval indien partijen geen arbeidsovereenkomst beoogd hebben, maar er toch aan deze drie elementen wordt voldaan. Bij onduidelijkheid over het karakter van een arbeidsverhouding, is de tekst van de overeenkomst niet doorslaggevend, maar is ook van belang hoe aan de overeenkomst uitvoering wordt gegeven. Dit heet wel de “wezen gaat voor schijn”-doctrine, die ertoe strekt om ontwijking van de voor de werknemer beschermende bepalingen van het arbeidsrecht tegen te gaan.¹⁶⁰ Een goed voorbeeld van deze doctrine vormt het arrest *Agfa vs. Schoolderman* van de Hoge Raad op HR 8 april 1994, *NJ* 1994, 704.¹⁶¹ De werknemster had op basis van wisselende contracten steeds tijdelijk gewerkt en was geleidelijk hetzelfde werk gaan doen als het vaste personeel. Het oorspronkelijke karakter van de arbeidsovereenkomst was volgens de Hoge Raad verloren gegaan, en tussen partijen was een arbeidsovereenkomst ontstaan die zich inhoudelijk in niets of vrijwel niets onderscheidde van arbeidsovereenkomsten van vergelijkbaar vast personeel. De arbeidsovereenkomst moest dan ook op één lijn worden gesteld met die van het vaste personeel, ook al was formeel niet een wekelijks vast aantal arbeidsuren op vastgestelde tijden overeengekomen. De aanvankelijk overeengekomen arbeidsvoorwaarden waren niet doorslaggevend, maar betekenis kwam mede toe aan de wijze waarop partijen in de praktijk aan de

¹⁵⁹ HR 29 oktober 1982, *NJ* 1983, 230 m.nt. Stein (*Hesseling vs. Stichting de Ombudsman*); HR 10 juni 1983, *NJ* 1984, 60; Ktr. Amersfoort 3 mei 2007, *JAR* 2007, 181.

¹⁶⁰ Asser/Heerma van Voss (7-V) 2008, nr. 26.

¹⁶¹ HR 8 april 1994, *NJ* 1994, 704, m.nt Stein (*Agfa vs. Schoolderman*).

arbeidsovereenkomst uitvoering gaven en aldus daaraan een andere inhoud hebben gegeven.

Uiteraard wordt door de Hoge Raad ook grote waarde toegekend aan wat partijen hebben beoogd bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst. De Hoge Raad heeft dit op 14 november 1997, *NJ* 1998, 149 in het arrest *Groen vs. Schoevers* overwogen. Een werknemer die lessen gaf naast zijn belastingpraktijk en op eigen verzoek geen arbeidsovereenkomst had gesloten, werd niet beschermd toen de opdrachtgever het contract beëindigde en hij zich op het feitelijk bestaan van een arbeidsovereenkomst beriep. De Hoge Raad overwoog dat in dit geval doorslaggevende betekenis toe kwam aan de vraag of partijen de totstandkoming van een arbeidsovereenkomst hebben beoogd. Daarbij werd de maatschappelijke positie van de opdrachtnemer in aanmerking genomen en met name dat de wijze van betaling op zijn initiatief tot stand was gekomen.¹⁶²

De uitleg van de overeenkomst is derhalve van groot belang. Wat tussen partijen heeft te gelden, wordt bepaald door hetgeen hun bij het sluiten van de overeenkomst voor ogen stond, mede in aanmerking genomen de wijze waarop zij de overeenkomst feitelijk hebben uitgevoerd en aldus daaraan inhoud hebben gegeven. Niet een enkel kenmerk is beslissend, de verschillende gevolgen die partijen aan hun overeenkomst hebben verbonden moeten in onderling verband worden gezien.¹⁶³

5.1.2 De gezagsverhouding

Essentieel in de definitie van art. 7:610 BW is, naast het feit dat er een verplichting is om arbeid te verrichten en dat daarvoor loon moet worden betaald, de gezagsverhouding tussen werknemer en werkgever. Gezag is aanwezig wanneer de werkgever zeggenschap heeft over de werknemer. In veel beroepen komt dit tot uitdrukking in de bevoegdheid van de werkgever om aanwijzingen te geven over de te verrichten arbeid. In sommige gevallen kan de aard van de werkzaamheden meebrengen dat de werknemer veel vrijheid nodig heeft. Zo geldt voor musici en

¹⁶² HR 14 november 1997, *NJ* 1998, 149, *JAR* 1997, 263 (*Groen vs. Schoevers*).

¹⁶³ HR 10 december 2004, *NJ* 2005, 239.

artiesten een bepaalde mate van vrijheid ten aanzien van de werkzaamheden. In deze gevallen moet gekeken worden naar de overige aspecten van de verhouding tussen de werknemer en de werkgever, zoals werktijden en het opnemen van vakantiedagen (zie nogmaals arrest Groen vs. Schoevers).

De werkgever bevindt zich als gevolg van de gezagsverhouding in een positie dat hij (in enige mate) inbreuk mag maken op individuele rechten van de werknemer, zoals het recht op privacy of het recht op vrijheid van meningsuiting. Van der Grinten is van mening dat dit inherent is aan de arbeidsovereenkomst en dat een werknemer per definitie een deel van zijn privacy prijsgeeft door het aangaan van de arbeidsovereenkomst.¹⁶⁴ Ook al levert een werknemer bij het aangaan van een arbeidsovereenkomst een deel van zijn rechten in, dat betekent nog niet dat een werkgever bij het nastreven van zijn gerechtvaardigd bedrijfsbelang zonder meer aan de belangen en fundamentele vrijheden van zijn medewerkers kan tornen.¹⁶⁵ De werkgever mag bijvoorbeeld de uitingsvrijheid van zijn werknemers niet in algemene zin verbieden. Wel mag de werkgever voorwaarden stellen om vertrouwelijke bedrijfsinformatie veilig te stellen en schade aan het bedrijf te voorkomen door gebruik te maken van zijn instructierecht van art. 7:660 BW of door zijn werknemer te binden aan een geheimhoudingsbeding. De werknemer die in strijd met de instructievoorschriften en/of het geheimhoudingsbeding vertrouwelijke bedrijfsinformatie vrijgeeft, pleegt wanprestatie (toerekenbaar niet nakomen), al dan niet in samenhang met de verplichting van goed werknemerschap op grond van art. 7:611 BW.

5.2 Vrijheid van meningsuiting en de werknemer

Zoals eerder opgemerkt kan de vrijheid van meningsuiting van de werknemer in de arbeidsovereenkomst een rol spelen (indirecte horizontale werking). De werkgever mag niet zomaar inbreuk maken op dit fundamentele recht van de werknemer. Daarentegen is de werknemer verplicht zich jegens zijn werkgever als goed werknemer te gedragen en dient hij zich te onthouden van uitingen die zijn

¹⁶⁴ Van der Grinten/Bouwens & Duk 2011, p. 57.

¹⁶⁵ Kip & Klinckhamers 2008-16, p. 21-26.

werkgever kunnen schaden. De plicht van de werkgever om niet onrechtmatig inbreuk te maken op de vrijheid van meningsuiting van de werknemer en de plicht van de werknemer zich jegens de werkgever als loyale werknemer te gedragen vloeien voort uit het beginsel van goed werkgever- en goed werkgeverschap, zoals neergelegd in art. 7:611 BW.

5.2.1 *Goed werkgever- en goed werknemerschap (art. 7:611 BW)*

In art. 7:611 BW is bepaald dat de werkgever en de werknemer verplicht zijn zich te gedragen als goed werkgever en goed werknemer. De bepaling voegt op zich zelf niets toe aan hetgeen reeds volgt uit de algemene bepalingen van art. 6:2 en art. 6:248 BW, waarin is bepaald dat de rechtsgevolgen van een overeenkomst mede worden bepaald door de redelijkheid en billijkheid. Art. 7:611 BW brengt in arbeidsrechtelijke termen diezelfde norm tot uitdrukking.¹⁶⁶ Hoewel in het verleden wel de vraag is gesteld of een dergelijke bepaling niet overbodig is naast de algemene normen van het privaatrecht, is zij in het Nieuw Burgerlijk Wetboek niettemin gehandhaafd. Dit is gebeurd om aan te sluiten bij de eigen aard en terminologie van het arbeidsrecht en om aldus beter rekening te kunnen houden met de voor dit rechtsgebied relevante ontwikkelingen.¹⁶⁷ De Memorie van Toelichting zegt hierover dat de toevoegde waarde van art. 7:611 BW vooral moet worden gezocht in het rechtscheppende karakter, zodat de bepaling niet alleen ziet op de bedoeling van partijen onderling, maar ook op de voor het arbeidsrecht relevante verhoudingen en ontwikkelingen.¹⁶⁸

De vraag of een partij zich als goed werkgever dan wel goed werknemer heeft gedragen, is in volle omvang onderworpen aan het oordeel van de rechter.¹⁶⁹ Art. 7:611 BW betreft niet alleen de verhouding van partijen tijdens de arbeidsovereenkomst. Ook daarna kunnen partijen op grond van redelijkheid en billijkheid nog verplichtingen hebben. Een werkgever kan onder meer terugvallen op

¹⁶⁶ HR 8 april 1994, *NJ* 1994, 704 m.nt. Stein (*Agfa vs. Schoolderman*); HR 30 januari 2004, *JAR* 2004, 68 (*Parallel Entry vs. KLM*).

¹⁶⁷ Bakels/Asscher-Vonk & Bouwens 2011, p. 81.

¹⁶⁸ *Kamerstukken II* 1993/94, 23 438, nr. 3 p. 15.

¹⁶⁹ HR 1 juli 1993, *NJ* 1993, 667 m.nt. Stein.

strijd met de verplichting van goed werknemerschap, zoals neergelegd in art. 7:611 BW, als duidelijk en aantoonbaar is dat de belangen van de werkgever door de uitlatingen van de werknemer onevenredig zijn geschaad.

5.2.2 *Vrijheid van meningsuiting van de werknemer en social media*

Social media bieden bij uitstek een platform om een mening naar buiten te brengen. Het aantal werknemers dat via social media zijn mening naar buiten brengt neemt de laatste jaren enorm toe. Werknemers dienen zich er echter van bewust te zijn dat de informatie, die zij op social media plaatsen, bekend wordt bij een groot publiek. Een werknemer dient zich ook op social media als een goed werknemer te gedragen. Een werknemer gedraagt zich niet als goed werknemer als hij redelijke gedragsregels ten aanzien van externe communicatie over het werk of de (organisatie van de) werkgever schendt. Goed werknemerschap betekent een loyale uitvoering van die arbeidsovereenkomst. Gelet op de loyaliteit mag van een werknemer worden verwacht dat hij zijn werkgever niet aan de schandpaal nagelt, of hij dat nu onder werktijd of daarbuiten doet.

In hoeverre een beperking van het recht van de werknemer op vrijheid van meningsuiting via social media is toegestaan, hangt af van een aantal specifieke omstandigheden.¹⁷⁰ Zo kan het van belang zijn of de werkgever de werknemer heeft gewaarschuwd. De beperking moet tevens evenredig zijn. Deze evenredigheidseis leidt tot een belangenafweging, waarbij ook weer alle omstandigheden van het geval een rol spelen. Het is aan de werkgever om in elk specifiek geval vast te stellen dat hij een aantoonbaar gerechtvaardigd belang heeft.¹⁷¹ Als de werkgever bijvoorbeeld een controle van het gebruik van uitlatingen via social media wil (laten) uitvoeren, mag hij dit in principe zonder toestemming van de betrokkene doen, als hij kan aantonen dat hij hiervoor een gerechtvaardigd belang heeft. Het is uiteraard beter om vooraf toestemming aan de werknemer te vragen. Voor de controle van het gebruik van social media zijn verschillende gerechtvaardigde doeleinden denkbaar. De werkgever zou dit kunnen doen ter voorkoming van negatieve publiciteit, ter controle

¹⁷⁰ Verhulp 1999, p. 162.

¹⁷¹ Thole & Van de Jagt 2011, p. 9.

van het behoud van bedrijfsgeheimen. Met het vaststellen van de doeleinden is de werkgever er nog niet. Daarnaast wordt bekeken of het doel van de werkgever mogelijk niet ook bereikt kan worden met minder vergaande middelen. Een werkgever die een beleid invoert ten aanzien van het gebruik van social media dat tevens voorziet in een controlemogelijkheid handelt in ieder geval niet als een goed werkgever, wanneer dat beleid niet voldoet aan de eisen van art. 6 Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp) dat bepaalt dat gegevens op een behoorlijke, zorgvuldige en legale manier moeten worden verwerkt.

Indien de werkgever bepaalde soort uitlatingen via social media of anderszins binnen de arbeidsrelatie wil normeren, zijn daarvoor verschillende mogelijkheden in het kader van de arbeidsovereenkomst. Gedacht kan worden aan het opstellen van een algemene gedragscode ingevolge het instructierecht van de werkgever (art. 7:660 BW) of het maken van individuele expliciete afspraken in de arbeidsovereenkomst zoals het geheimhoudingsbeding.

5.3 Vrijheid van meningsuiting en het instructierecht

De werknemer heeft derhalve recht op vrijheid van meningsuiting, maar dit recht kan worden beperkt in het kader van de arbeidsovereenkomst doordat de werkgever gebruik maakt van zijn instructierecht, zoals neergelegd in art. 7:660 BW.

5.3.1 Instructierecht (art. 7:660 BW)

Ingevolge art. 7:660 BW moet de werknemer zich houden aan de voorschriften omtrent het verrichten van de arbeid, alsmede aan die welke strekken tot bevordering van de goede orde in de onderneming hem door de werkgever binnen de grenzen van algemeen verbindende voorschriften of overeenkomst gegeven. De prestatie waartoe de werknemer zich door de arbeidsovereenkomst verbindt, is (gedeeltelijk) onbepaald want deze mag door eenzijdige instructie van de werkgever nader worden geconcretiseerd. In hoeverre het instructierecht van de werkgever ook concreet inhoud zal krijgen, hangt natuurlijk af van de afspraken, de aard van de arbeidsovereenkomst, de aard van de functie en de redelijkheid en billijkheid.¹⁷²

¹⁷² Bakels/Asscher-Vonk & Bouwens 2011, p. 57-58.

Instructies kunnen op verschillende manieren worden gegeven. Ze kunnen aan de werknemer persoonlijk of aan alle werknemers tegelijk worden gegeven in de vorm van een circulaire of een algemene gedragscode.

5.3.2 *Instructierecht in het kader van gebruik van social media*

Voor nu door werknemers in toenemende mate gebruik gemaakt wordt van social media om uitingen kenbaar te maken, kan een duidelijk en kenbaar beleid met betrekking tot gebruik van social media door de werknemer de risico's van onwelgevallige uitingen zo veel mogelijk verkleinen. Een beleid met betrekking tot het gebruik van social media wordt veelal vastgesteld in een algemene gedragscode. De werkgever kan in de gedragscode benadrukken dat werknemers geen vertrouwelijke en/of schadelijke informatie mogen verstrekken over klanten, partners of leveranciers zonder goedkeuring van de werkgever. Tevens kan de werkgever de werknemer er in de gedragscode op wijzen dat zelfs als hij een privémening verkondigt, deze mening toch schade kan berokkenen aan het bedrijf. Op grond van hun positie moeten werknemers nagaan of zij op persoonlijke titel kunnen publiceren. Dit betekent dat de instructies, mede afhankelijk van de aard van het bedrijf van de werkgever en de inhoud van de functie van de werknemer, ook betrekking kunnen hebben op zekere gedragingen van de werknemer buiten werktijd en -plaats, mits voldoende verband met de werksfeer bestaat. Hiervan kan sprake zijn vanwege de invloed op de individuele arbeidsprestatie of op het imago van het bedrijf.¹⁷³

5.3.3 *Formele vereisten gedragscode van gebruik social media*

Om de gedragscode van kracht te laten zijn, kan deze bijvoorbeeld worden opgenomen in het personeelshandboek en/of op een intranet worden geplaatst. Relevant is in ieder geval dat deze (via incorporatie) onderdeel van de arbeidsovereenkomst wordt gemaakt.¹⁷⁴ Vanzelfsprekend dienen de regels over externe communicatie voor iedereen binnen de organisatie kenbaar te zijn. Voor de werkgever die een beleid omtrent social media wil invoeren, kan het van belang zijn

¹⁷³ Van der Grinten/Bouwens & Duk 2011, p. 260.

¹⁷⁴ Kip & Klinckhamers 2008-16, p. 24.

dat dit beleid voorziet in de mogelijkheid tot controle.¹⁷⁵ Hij dient zich daarbij te realiseren dat het monitoren van het computergebruik van werknemers onder de reikwijdte van de Wbp valt. De gegevens die door de controle worden verzameld, zullen immers onder meer inzicht geven in de data waarop het internetgebruik door de werknemers plaatsvond en de duur van dit internetgebruik en kunnen zodoende worden gekwalificeerd als persoonsgegevens. De werkgever is op grond van de Wbp verplicht om het beleid omtrent social media aan te melden bij het College bescherming persoonsgegevens. Bovendien moet de werkgever erop bedacht zijn dat invoering van een beleid omtrent social media instemming van de ondernemingsraad behoeft, als dat beleid voorziet in een controlesysteem (zie art. 27 lid 1 sub k en l WOR).

5.3.4 Vrijheid van meningsuiting versus het instructierecht

Het is niet altijd duidelijk of bepaalde voorschriften gebaseerd kunnen worden op het aan de werkgever toekomende instructierecht of dat sprake is van voorstellen van de kant van de werkgever, die de instemming van de werknemer vereisen. De voorschriften van de werkgever ingevolge art. 7:660 BW, of het nu gaat om individuele bevelen of opdrachten of een algemene gedragscode, moeten redelijk zijn en worden door de rechter ook daaraan getoetst. De eis is die van goed werkgeverschap conform art. 7:611 BW. Zoals reeds door mij uiteengezet in paragraaf 5.2, moet de beperking op de vrijheid van meningsuiting van de werknemer door de werkgever gerechtvaardigd en evenredig zijn. Deze rechtvaardigings- en evenredigheidseis leidt tot een belangenafweging, waarbij ook weer alle omstandigheden van het geval een rol spelen. Zo kan bijvoorbeeld van belang zijn of de werknemer van te voren gewaarschuwd is.

5.3.5. Sancties bij niet naleven instructies van gebruik social media

Het kan verstandig zijn om de gevolgen van niet-naleving van het beleid omtrent gebruik van social media uiteen te zetten en in de gedragscode tevens de sancties op te nemen die bij overtreding daarvan kunnen worden opgelegd, oplopend van een waarschuwing naar schorsing tot het ultimatum remedium van ontslag (op staande

¹⁷⁵ Kip & Klinckhamers 2008-16, p. 25.

voet). Een voordeel van het opnemen van sancties in de gedragscode is dat de werknemer hierdoor gewaarschuwd wordt. De uitdrukking “een gewaarschuwd mens telt voor twee” bestaat niet voor niets. Uit beschikkingen over ontbinding van de arbeidsovereenkomst van werknemers die pornografische internetsites onder werktijd bezochten, kan worden afgeleid dat als binnen de organisatie geldende richtlijnen worden overtreden en de werknemer bovendien weet welke de aan overtreding verbonden sancties zijn, een ontbindingsverzoek in principe toewijsbaar is zonder dat een vergoeding wordt toegekend.¹⁷⁶ Als de werkgever geen richtlijnen hanteert en hij de werknemer niet eerst heeft gewaarschuwd of berispt, zal een ontbindingsverzoek - behoudens uitzonderlijke omstandigheden - worden afgewezen.¹⁷⁷

5.4 Vrijheid van meningsuiting en geheimhouding

Het recht van vrijheid van meningsuiting van de werknemer kan in het kader van de arbeidsovereenkomst voorts worden beperkt door het opnemen van een geheimhoudingsbeding.

5.4.1 Contractueel geheimhoudingsbeding

Werkgever en werknemer kunnen in de arbeidsovereenkomst een geheimhoudingsbeding opnemen. Het geheimhoudingsbeding is niet geregeld in afdeling 10 van Boek 7 BW en wordt alleen beheerst door de regels van het algemeen verbintenissenrecht. De reden voor werkgevers om door middel van een geheimhoudingsbeding werknemers uitdrukkelijk op de plicht tot geheimhouding te wijzen, is dat van een geheimhoudingsbeding- evenals van een gedragscode - vaak een preventieve werking uitgaat, in die zin dat werknemers dan gewaarschuwd zijn. Dat op overtreding van een schriftelijk geheimhoudingsbeding een boete kan worden gesteld (art. 7:650 BW) kan eveneens een belangrijke rol spelen. Gaat een werknemer ertoe over om een bedrijfsgeheim aan derden bekend te maken, dan pleegt hij wanprestatie, omdat hij zijn verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst niet nakomt. Een werkgever kan de geleden schade op de werknemer verhalen of, indien een boete op schending van het geheimhoudingsbeding is gesteld, deze boete bij de

¹⁷⁶ Ktr. Rotterdam 10 april 2000, *JAR* 2000, 109; Ktr. Sittard 21 december 2001, *JAR* 2002, 38.

¹⁷⁷ Ktr. Utrecht 13 juli 2000, *JAR* 2000, 19; Ktr. Haarlem 3 april 2003, *JAR* 2003, 117.

werknemer opeisen. Het niet koppelen van een boete aan het geheimhoudingsbeding heeft voor de werkgever als nadeel dat hij moet aantonen dat hij schade heeft geleden door de verspreiding van de informatie en dat hij moet aantonen hoe groot die schade is. Inmiddels is het geheimhoudingsbeding algemeen aanvaard en kan het, hoewel er vele soorten en maten zijn, als een standaardbepaling in de arbeidsovereenkomst worden gezien.

Het geheimhoudingsbeding geldt zowel tijdens de duur van de arbeidsovereenkomst, als na het beëindigen van het arbeidsovereenkomst. Dat aan een geheimhoudingsbeding postcontractuele werking toekomt, is door de Rechtbank Amsterdam op 16 augustus 1995, *JAR* 1995, 208 in de zaak *Greenpeace vs. Kotte* bepaald.¹⁷⁸

Greenpeace sprak ex-werknemer Kotte aan wegens schending van zijn geheimhoudingsbeding, nadat hij informatie over vermeende misstanden binnen de organisatie aan de pers had verstrekt. Kotte beriep zich op de vrijheid van meningsuiting en stelde dat het geheimhoudingsbeding slechts voor de duur van de arbeidsovereenkomst gold. De Rechtbank Amsterdam overwoog hierop als volgt: “(...) de geheimhoudingsverplichting ontnemt Kotte niet zijn vrijheid van meningsuiting, maar legt hem slechts de door hem zelf aanvaarde beperkingen daarin op”.

5.4.2 *Vrijheid van meningsuiting versus plicht tot geheimhouding*

Naast het opnemen van een geheimhoudingsbeding geldt dat indien in de arbeidsovereenkomst geen geheimhoudingsbeding is overeengekomen en een werknemer vertrouwelijke informatie betreffende zijn werkgever niet vertrouwelijk behandelt, de werkgever de werknemer kan aanspreken op het handelen in strijd met het goed werknemerschap ex art. 7:611 BW (zie hiervoor paragraaf 5.2). De schade die de werkgever heeft geleden als gevolg van het niet vertrouwelijk behandelen van vertrouwelijke (bedrijfs)informatie kan hij op de werknemer verhalen. In het eerder besproken arrest *Meijer vs. De Schelde* uit 1990 is door de Hoge Raad bepaald dat een werknemer op grond van zijn arbeidsovereenkomst tot meer discretie is

¹⁷⁸ Rb. Amsterdam 16 augustus 1995, *JAR* 1995, 208.

gehouden dan alleen op grond van een (specifieke) geheimhoudingsplicht.¹⁷⁹ Dit vloeit voort uit de plicht van werknemer om zich jegens de werkgever als goed werknemer te gedragen.¹⁸⁰ Een werknemer die vertrouwelijke informatie betreffende zijn werkgever niet vertrouwelijk behandelt, handelt in strijd met het goed werknemerschap van art. 7:611 BW. Een goed werknemer respecteert immers dat vertrouwelijke informatie niet openbaar mag worden gemaakt of anderszins niet met derden mag worden gedeeld.¹⁸¹ Om een werknemer aan te kunnen spreken op schending van de vertrouwelijkheid, is dus niet vereist dat uitdrukkelijk is overeengekomen dat hij bedrijfsgegevens vertrouwelijk moet behandelen.¹⁸²

5.4.3 Sancties bij niet nakomen plicht tot geheimhouding

In art. 7:678 lid 2 onder i BW is bepaald dat het bekendmaken van bijzonderheden aangaande de huishouding of het bedrijf die de werknemer behoorde geheim te houden op grond van een geheimhoudingsbeding of op grond van goed werknemerschap, een dringende reden tot ontslag op staande voet kan opleveren op grond van art. 7:678 lid 2 onder i BW.

Voorts is er een ander wetsartikel waar de werkgever en de werknemer mee te maken kunnen krijgen als de werknemer zich niet houdt aan zijn al dan niet specifiek schriftelijk overeengekomen plicht tot geheimhouding. Voor werknemers geldt de specifieke bepaling van art. 273 Sr, het verbod op schending van bedrijfsgeheimen. In deze bepaling wordt onder meer de schending van bedrijfsgeheimen strafbaar gesteld. Bovendien wordt in art. 273 lid 1 sub 2° Sr een bijzondere vorm van heling strafbaar gesteld, namelijk het bekendmaken of het uit winstbejag gebruiken van gegevens die door misdrijf zijn verkregen uit een geautomatiseerd werk van een onderneming van handel, nijverheid of dienstverlening. Voorwaarde voor de strafbaarheid van deze vorm van heling is wel dat de gegevens ten tijde van de bekendmaking of het gebruik niet algemeen bekend waren en daaruit enig nadeel kan

¹⁷⁹ HR 20 april 1990, NJ 1990, 702 (*Meijer vs. De Schelde*).

¹⁸⁰ Zie ook Rb. Leeuwarden (Vzr) 6 april 2011, RAR 2011, 93.

¹⁸¹ Verhulp 1996, p. 30.

¹⁸² Van der Kind 2011, p. 7-11.

ontstaan.¹⁸³ Art. 273 lid 1, sub 1° Sr is gericht tot alle personen die bij een onderneming werkzaam zijn of werkzaam zijn geweest. Een “lopende arbeidsovereenkomst” is dus niet vereist. Er is ook sprake van een “bekendmaking” in de zin van art. 273 Sr, wanneer het geheim aan één enkele persoon wordt medegedeeld.

Volgens de Memorie van Toelichting moet de geheimhouding bedongen zijn bij de arbeidsovereenkomst.¹⁸⁴ De wettekst van art. 273 Sr vereist dit echter niet. Volgens Noyon, Langemeijer en Rummelink is voldoende dat de bevoegdheid om geheimhouding op te leggen uit de arbeidsovereenkomst voortvloeit en is het niet nodig dat over de geheimhouding zelf contractuele bepalingen gelden.¹⁸⁵ Wanneer de werkgever in zijn arbeidsovereenkomsten met werknemers onvoldoende zorg heeft betracht in de bescherming van zijn bedrijfsgeheimen in algemene zin, kan hij geen aanspraak maken op de strafrechtelijke bescherming van art. 273 Sr.

5.5 Belangenafweging : de aard van de geuite mening

Daar waar het recht van vrijheid van meningsuiting van de werknemer in botsing komt met de belangen van de werkgever zal de rechter steeds een belangenafweging moeten maken. De aard van de gedane uiting kan bij deze belangenafweging een grote rol spelen. Het maakt immers nogal verschil of de werknemer door middel van dit recht een misstand aan de orde wil brengen of slechts het imago van zijn werkgever wil schenden door het doen van beledigende uitlatingen. Onderstaand zal ik ingaan op rechtspraak rondom de belangenafweging die de rechter maakt als het gaat om een geschil tussen werkgever en werknemer houdende kritiek op de bedrijfsvoering, belediging of het aan de orde willen brengen van een misstand. Tevens zal ik ingaan op recente rechtspraak waaruit opgemaakt kan worden dat het verschil uit kan maken via welk medium de uitlating is gedaan, waardoor de uitlating een al dan niet privé of zakelijk karakter heeft.

¹⁸³ Cleiren & Nijboer 2010 (T&C Sr), art. 273 Sr. aant. 1.

¹⁸⁴ *Kamerstukken II* 1990/91, 21 551, nr. 3, p. 22.

¹⁸⁵ Noyon, Langemeijer en Rummelink 2010, art. 273, aant. 3.

5.5.1 *Kritiek bedrijfsvoering*

De uitvoering van de arbeidsovereenkomst brengt, in overeenstemming met de eisen van goed werknemerschap, mee dat van de werknemer een zekere loyaliteit mag worden verwacht. Hij dient zich in beginsel te onthouden van gedragingen en uitlatingen die de werkgever kunnen schaden. Dit laat echter onverlet het recht van de werknemer om op te komen voor zijn eigen rechten en belangen. Dit kan ertoe leiden dat een werknemer zich wel degelijk in de media kritisch mag uitlaten over arbeidsrechtelijke besluiten van de werkgever. Dit is onder meer bepaald door de kantonrechter te Eindhoven op 5 maart 2004, *JAR* 2004, 103.¹⁸⁶ In deze zaak verzocht Aldi om ontbinding van de arbeidsovereenkomst van een werknemer die reeds 23 jaar in dienst was. De werknemer was actief lid van FNV Bondgenoten. De reden van het verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst was dat de werknemer zich in de media een paar keer kritisch had uitgelaten over de werkwijze van de werkgever. De kantonrechter wees het ontbindingsverzoek af. De kantonrechter was weliswaar van oordeel dat de werknemer zich in een interview voor de radio nogal ongepolijst had uitgelaten jegens zijn werkgever, maar was van mening dat dit geen ontslag rechtvaardigt. Het recht om zich kritisch uit te laten jegens de werkgever kan niet opzij gezet worden met een beroep op de contractuele geheimhoudingsplicht van de werknemer, omdat in dat geval vakbondsleden en andere werknemers die zich voor het collectieve belang inzetten, het werk onmogelijk gemaakt zou worden.

Een vergelijkbare zaak is een zaak van de kantonrechter te Utrecht op 31 mei 2010, *JAR* 2010, 155.¹⁸⁷ Begin 2010 zijn in het Leidsch Dagblad en in een horecatijdschrift uitspraken van een werknemer gepubliceerd over de overgang van de onderneming (van Heineken door Albron) en over het dreigende ontslag van een aantal cateringmedewerkers. Met betrekking tot de uitlatingen kan de kantonrechter zich voorstellen dat de werkgever die als onprettig heeft ervaren en dat een gesprek daarover op zijn plaats zou zijn, maar de uitlatingen zijn niet van een zodanige orde dat zij een op non-actiefstelling rechtvaardigen. Het staat een werknemer in beginsel

¹⁸⁶ Ktr. Eindhoven 5 maart 2004, *JAR* 2004, 103.

¹⁸⁷ Ktr. Utrecht 31 mei 2010, *JAR* 2010, 155.

vrij om te communiceren over niet-vertrouwelijke informatie over de werkgever. Daarbij dient hij zijn werkgever niet onnodig en op onjuiste gronden in diskrediet te brengen, maar mag hij wel een kritische houding aannemen ten opzichte van arbeidsrechtelijke besluiten van zijn werkgever. Van een werkgever mag worden verwacht dat hij in een dergelijke situatie tegen een stootje kan. De rechter nam mede in aanmerking dat de werkgever de werknemer ook nimmer eerder had aangesproken op zijn uitlatingen in de media. Het mediabeleid van de werkgever ging te ver waar het de werknemer verbiedt om vrijelijk, zonder tussenkomst van werkgever, zijn mening te uiten ten aanzien van arbeidsrechtelijke twistpunten.

Het is inmiddels vaste rechtspraak dat werknemers kritiek mogen hebben op het door hun werkgever gevoerde beleid. Dat heeft de voorzieningenrechter te Leeuwarden nog zeer recentelijk op 6 april 2011, *RAR* 2011, 93 bevestigd.¹⁸⁸ De werkgever dient een zekere mate van kritiek van de werknemer op het door hem gevoerde beleid te dulden, zeker als het gaat om een zakelijk geschil over veranderingen in de bedrijfsvoering. Dit geldt temeer indien uitlatingen door de werknemer zijn gedaan op een forum dat door de werkgever zelf in het leven is geroepen, waarmee zij de medewerkers in feite tot het voeren van interne discussies heeft uitgenodigd. Daarnaast moet de werkgever het beleid op ontoelaatbare uitingen op alle werknemers op eenzelfde wijze toepassen.

Onder omstandigheden kan een werknemer door de wijze van het leveren van kritiek echter verwijtbaar handelen, althans handelen in strijd met goed werknemerschap. De wijze waarop de kritiek wordt geleverd blijft immers in de praktijk zelden puur zakelijk. Een en ander zal overigens niet snel een dringende reden tot ontslag opleveren, doch eerder een vertrouwensbreuk als gevolg waarvan de arbeidsovereenkomst kan worden ontbonden. Uit een uitspraak van de kantonrechter te Maastricht op 8 juli 2004, *JAR* 2004, 214 blijkt bijvoorbeeld dat een werknemer die kritiek levert in een open brief op het communicatiebeleid van de raad van bestuur, zonder die kritiek eerst intern aan te kaarten, de vertrouwensbreuk aan

¹⁸⁸ Rb. Leeuwarden (Vzr) 6 april 2011, *RAR* 2011, 93.

zichzelf te wijten heeft.¹⁸⁹ In een zaak van de kantonrechter te Haarlem op 10 februari 1998, *Prg* 1998, 4971 bepaalde de kantonrechter dat het de werknemer vrijstond zijn opvattingen kenbaar te maken, maar dat de werkgever de toonzetting niet hoefde te accepteren¹⁹⁰

5.5.2 *Belediging*

Een andere situatie is die waarin een werknemer jegens zijn werkgever of collega's beledigende uitlatingen doet. Zoals eerder gezegd, heeft een werknemer op de werkvloer én daarbuiten vrijheid van meningsuiting. Maar die vrijheid wordt onder meer beperkt door de gezagsverhouding die volgt uit de arbeidsovereenkomst. Deze gezagsverhouding brengt met zich mee dat de werknemer zich niet kan gedragen naar de werkgever zoals hij dat wellicht naar vrienden doet. Bovendien dient hij zich als goed werknemer te gedragen, en daar valt het beledigen van collega's of werkgever niet onder. Op zichzelf beschouwd is grovelijke belediging (zie art. 7:678 lid 2 sub e BW) van de werkgever of collega's, een mogelijke reden voor ontslag op staande voet. Uiteraard moet de misdraging voldoende dringend zijn om een ontslag op staande voet te rechtvaardigen. Verhulp concludeerde echter reeds in 1996 dat beledigende uitlatingen een werknemer meestal niet al te zwaar worden aangerekend en Pieters dat deze "als zodanig en op zichzelf staand" vaak geen ontslag op staande voet rechtvaardigen.¹⁹¹ Het lastige voor een rechter in dit soort situaties is namelijk dat het vaak het woord van de een tegen het woord van de ander is. Bijkomend probleem is dat getuigenverklaringen niet per se betrouwbaar hoeven te zijn, gezien de afhankelijkheidssituatie waarin sommige getuigen zich bevinden. Veelal ziet een rechter zich geconfronteerd met twee tegengestelde verhalen, waarvan hij de ware toedracht niet meer kan achterhalen. Wat wel vaststaat, is dat de werkrelatie tussen werknemer en werkgever compleet verpest is. In de meeste gevallen zal de rechter dan ook overgaan tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst, wegens een verandering van de omstandigheden (art. 7:685 BW).

¹⁸⁹ Ktr. Maastricht 8 juli 2004, *JAR* 2004, 214.

¹⁹⁰ Ktr. Haarlem 10 februari 1998, *Prg* 1998, 4971.

¹⁹¹ Verhulp 1996, p. 132-133; Pieters 1996-3, p. 7 -10.

Een werknemer mag best zijn mening geven over collega's en leidinggevende, zolang hij daarbij de fatsoensnormen niet overschrijdt. Natuurlijk is het lastig om te bepalen wat "de fatsoensnormen" precies zijn. Sommige werknemers zoeken de grenzen van het toelaatbare echter bewust op. Of ontslag op staande voet een terechte sanctie is op dat moment, hangt af van de omstandigheden. Het uitmaken van de werkgever voor "racist" of "fucking hoer" kan een dringende reden tot ontslag opleveren.¹⁹² Zeer recent nog heeft kantonrechter te Arnhem op 19 maart 2012, *LJN BV9483* geen goed woord over gehad voor de handelswijze van een werknemer die op Facebook uitlatingen over zijn werkgever c.q. leidinggevende deed als "hoerebedrijf", "kkstreken", "hoerestumperd" en "kkhomo's".¹⁹³ Dat de berichten inmiddels waren verwijderd, deed aan de verwijtbaarheid van het gedrag van de werknemer niets af. Zijn uitlatingen vielen niet onder vrijheid van meningsuiting, zoals de werknemer had betoogd, maar leverden simpelweg een grove belediging op. Aangezien de werknemer al eerder gewaarschuwd was, leverde zijn uitlatingen een dringende reden voor ontslag op. Anders gezegd, een werknemer behoort zich te onthouden van dergelijke uitlatingen en, indien die komen vast te staan, heeft hij daarmee ruimschoots de grenzen van het acceptabele overschreden.

Als een werknemer daarentegen een goede reden heeft om de werkgever een "dief" te noemen, dan is ontslag een te vergaande maatregel.¹⁹⁴ Het Gerechtshof te 's-Hertogenbosch oordeelde op 29 mei 2007, *LJN BC9671*, dat dit het geval is wanneer de werkgever gemaakte afspraken ten aanzien van de hoogte van het loon, onkostenvergoeding of andere kosten niet nakomt en de werknemer de werkgever daarom een dief noemt. Dat is dan taalkundig gezien correct en hij mag dan niet om die reden ontslagen worden.

5.5.3 *Klokkenluiden*

In het spanningsveld tussen het recht van vrijheid van meningsuiting en de plichten die voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst, rijst voorts de vraag naar de positie van de werknemer als hij op de hoogte komt van misstanden bij de werkgever die

¹⁹² Ktr. Amsterdam 30 september 2011, *LJN BT7446*; Ktr. Enschede 12 mei 2011, *Prg 2011*, 162.

¹⁹³ Ktr. Arnhem 19 maart 2012, *LJN BV9483*.

¹⁹⁴ Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 29 mei 2007, *LJN BC9671*.

zodanig zijn dat ingrijpen geboden is, terwijl de werknemer zelf niet in een positie is om de misstand te beëindigen. Als hij de publiciteit zoekt, staat hij bekend als “klokkenluider”.¹⁹⁵ Al enkele jaren is bij de Tweede Kamer een initiatiefwetsvoorstel aanhangig van het Kamerlid Van Gent onder welke omstandigheden een klokkenluider bescherming verdient.¹⁹⁶ Ook in de arbeidsrechtelijke literatuur is de wenselijkheid van een regeling over klokkenluiders al meerdere malen aan de orde gekomen.¹⁹⁷ Tot op heden bestaat er echter geen algemene wettelijke regeling.

De jurisprudentie leert dat bij beoordeling van het optreden van de werknemer in het geval van klokkenluiden van belang is of de werknemer zorgvuldig te werk is gegaan. Hieronder moet worden verstaan dat de werknemer in redelijkheid kan menen dat het gaat om een zodanige misstand dat het algemeen belang openbaarmaking noodzakelijk maakt, ook afgezet tegen de mogelijke schade voor de werkgever.¹⁹⁸ Daarbij wordt door de rechter onder meer in aanmerking genomen of de werknemer geprobeerd heeft eerst intern de zaak aanhangig te maken en op te lossen.¹⁹⁹ De rechtbank Amsterdam oordeelde bijvoorbeeld op 21 januari 2010, *JAR* 2010, 66 dat een werknemer die niet eerst de interne procedure had gevolgd, terecht ontslag op staande voet had gekregen.²⁰⁰ Indien het een werknemer niet lukt om intern de zaak aan te kaarten en op te lossen, dient hij daarna wel de minst schadelijke weg te volgen. Heeft de werknemer voldaan aan alle bovengenoemde criteria dan heeft hij een juiste afweging gemaakt in het conflict van plichten en kan hij er aanspraak op maken dat hij wordt beschermd.²⁰¹ De werkgever dient er dan, als goed werkgever, zorg voor te dragen dat de positie van de werknemer niet wordt aangetast.

¹⁹⁵ Van der Grinten/Bouwens & Duk 2011, p. 61.

¹⁹⁶ *Kamerstukken II* 2003/04, 28 990, nr. 5; zie ook Uden 2005- 3, p. 12-19.

¹⁹⁷ Willems 2003-12, 54; Putker-Blees, 2006, p. 3-8; Van Steenberghe 2006, p. 494-506.

¹⁹⁸ Ktr. Alkmaar 1 juli 2002, *JAR* 2002, 157; Ktr. Amersfoort 27 december 2006, *JAR* 2007, 74.

¹⁹⁹ Rb. Alkmaar 28 februari 2002, *JAR* 2002, 61.

²⁰⁰ Rb. Amsterdam 21 januari 2010, *JAR* 2010, 66.

²⁰¹ Rb. Amsterdam 9 juli 2003, *JAR* 2003, 191; Ktr. Amsterdam 15 oktober 2004, *JAR* 2005, 35.

5.5.4 *Uitlatingen in social media privé of met een zakelijk karakter*

Social media zijn overal en zijn niet meer weg te denken uit het dagelijks leven, zowel in het zakelijk als in het privégebruik. De wijze van gebruik van social media in arbeidsrelaties speelt een belangrijke rol en is steeds meer een punt van discussie tussen de werkgever en de werknemer. Want daar waar in social media zowel zakelijke als privé-uitlatingen worden gedaan, bevindt zich een schemergebied tussen het in een arbeidsrelatie nog toelaatbare gedrag en het moment dat de grens van het toelaatbare wordt overschreden. In dat laatste geval zal sprake zijn van het schaden van de belangen van de werkgever. Daarnaast kan het volgen van of “connecten” met een relatie van de werkgever leiden tot schending van een door de werkgever en de werknemer overeengekomen relatiebeding of concurrentiebeding. In beginsel mogen privé-uitlatingen van werknemers geen rol spelen in de arbeidsrechtelijke relatie met de werkgever, omdat dit onder het recht van privacy valt. Maar wanneer is er sprake van een privé-uitlating dan wel een uitlating met een zakelijk karakter?

De voorzieningenrechter te Maastricht heeft hier op 8 februari 2012, *LJN BV3122* een uitspraak over gedaan.²⁰² In deze zaak ging het om een dansleraar die na 5 jaar ontslag nam en een eigen dansstudio opende. De dansschool vordert als ex-werkgever nakoming van het overeengekomen relatie- en concurrentiebeding. Dat betekent dat de dansleraar geen les mag geven in de gemeente waarvoor het concurrentiebeding geldt en dat de dansleraar geen contact mag onderhouden met (voormalige leden) en leerlingen van de dansschool. De voorzieningenrechter komt tot het oordeel dat conversaties via social media zoals Hyves, Twitter, Facebook, WhatsApp et cetera in beginsel beschouwd moeten worden als geschiedende in de privésfeer van de betrokkenen - en dus vallende onder het grondrecht van vrije meningsuiting - tenzij daaruit duidelijk en ondubbelzinnig voor eenieder een zakelijk karakter blijkt. Opvallend aan deze uitspraak is dat de voorzieningenrechter in Maastricht onderscheid maakt tussen privé en zakelijke contacten en vindt dat het hebben van een contact via social media alleen niet leidt tot schending van het relatiebeding.

²⁰² Ktr. Maastricht 8 februari 2012, *LJN BV3122*.

Door andere voorzieningenrechtshofers waarin connecties via social media een rol speelden, werd het enkel hebben van een contact via LinkedIn of Hyves met een relatie van de ex-werkgever daarentegen wél als overtreding van het relatiebeding aangemerkt. Zo oordeelde het gerechtshof te Amsterdam op 24 juli 2008, *LJN* BG1032, dat het via Hyves benaderen van oud-collega's om eens te komen praten over een overstap, in strijd was met het relatiebeding en ook de rechtbank te Arnhem oordeelde op 8 maart 2011, *LJN* BP8592 dat het via LinkedIn contact hebben met een relatie van de ex-werkgever een overtreding van het relatiebeding oplevert.²⁰³

Hoe zit het met uitlatingen via Facebook? Is Facebook dan geen privédoel? Nee, de kantonrechter te Arnhem oordeelde op 19 maart 2012, *LJN* BV9483 en op 11 april 2012, *LJN* BW2006 dat er slechts in beperkte mate sprake is van een privédoel.²⁰⁴ Berichten kunnen worden gedeeld met anderen, zodat ook anderen dan de "vrienden" van de werknemer het bericht zouden kunnen lezen. Een beledigende uitlating over een collega of werkgever op Facebook kan - afhankelijk van de omstandigheden (bijvoorbeeld of hij van tevoren is gewaarschuwd) - tot ontslag van de werknemer leiden.

Aan het gerechtshof te 's-Gravenhage werd op 21 februari 2012, *LJN* BW0090 de vraag voorgelegd of twitterberichten (tweets) konden worden gezien als het "onderhouden van zakelijke contacten" en of er dus sprake was van een overtreding van het relatiebeding.²⁰⁵ Het gerechtshof kwam tot de voorlopige conclusie dat dit niet zo is. Het gerechtshof overwoog hierbij dat bij Twitter, anders dan bij Hyves, Facebook en LinkedIn, geen persoonlijke uitnodiging en acceptatie nodig is en dat het "volgen" een eenzijdige actie vanuit de volger is.

Uit bovengenoemde uitspraken valt op te maken dat gedrag op social media niet helemaal privé is en dus gevolgen kan hebben voor de werknemer en de werkgever. Werknemers hebben geen onbegrensde vrijheid om zich op het internet en via sociale media te uiten. Zo moet een werknemer oppassen om zich op internet of via de

²⁰³ Gerechtshof Amsterdam 24 juli 2008, *LJN* BG1032; Rb. Arnhem 8 maart 2011, *LJN* BP8592.

²⁰⁴ Ktr. Arnhem 19 maart 2012, *LJN* BV9483; Ktr. Arnhem 11 april 2012, *LJN* BW2006.

²⁰⁵ Gerechtshof 's-Gravenhage 21 februari 2012, *LJN* BW0090.

sociale media over zijn werkgever negatief te uiten of vertrouwelijke bedrijfsinformatie prijs te geven.

Indien de werkgever bepaalde soort uitlatingen via social media en anderszins binnen de arbeidsrelatie wil normeren, zijn daarvoor verschillende juridische mogelijkheden. Gedacht kan worden aan het maken van individuele expliciete afspraken in de arbeidsovereenkomst zoals het geheimhoudingsbeding of het opstellen van een algemene gedragscode. De gezagsbevoegdheid van de werkgever die voortvloeit uit art. 7:610 en 7:660 BW is begrensd tot de werkplek. Het instructierecht reikt niet zover dat het ook het privéleven van de werknemer kan en mag beperken. Een werkgever zal vaak pas achteraf (kunnen) vaststellen dat een werknemer buiten werktijd schadelijke en/of onwelgevallige informatie over hem heeft verspreid. Het kwaad is in zo'n situatie dus al geschied. Hiertegen optreden zal dan repressief zijn. Een werkgever zal moeten terugvallen op de verplichting van goed werknemerschap (al dan niet gecombineerd met een actie uit onrechtmatige daad), als duidelijk en aantoonbaar is dat de belangen van de werkgever door de uitlatingen onevenredig zijn geschaad. De toetsing die bij botsing van deze rechten plaatsvindt, is een belangenafweging, waarbij rekening wordt gehouden met alle relevante omstandigheden van het geval.

6. Conclusie en aanbevelingen

Het aantal werknemers dat via social media zijn mening ventileert groeit exponentieel. Social media kunnen voor werknemers echter een gemakkelijke verleiding vormen om zich negatief uit te laten over de werkgever of (abusievelijk) vertrouwelijke bedrijfsgegevens bekend te maken. Waar eventuele schade voor een werkgever vroeger beperkt bleef tot “het feestje van oom Henk” en een lichte vorm van negatieve mond op mond verspreiding, wordt tegenwoordig een miljoenenpubliek aangeboord door de werknemer. Dat maakt werkgevers nerveus. Daarom willen werkgevers graag bepalen wat de werknemer in de buitenwereld zegt over het bedrijf. De vraag is hoever de werkgever kan gaan en waar de grenzen van de vrijheid van meningsuiting van de werknemer in zicht komen.

6.1 Samenvatting

In art. 7 GW en art. 10 EVRM is het zeer belangrijke (grond)recht van de vrijheid van meningsuiting neergelegd. De grondslagen van het in deze artikelen neergelegde recht moeten met name worden gezocht in de betekenis voor de democratie door de bescherming van het democratisch proces en in de betekenis van het individu door de bescherming van de vrije individuele expressie. Art. 7 GW waarborgt diverse varianten van de vrijheid van meningsuiting en is sinds de grondwetswijziging van 1983 niet meer gewijzigd. Voorstellen tot aanpassing van art. 7 GW aan de moderne, digitale media zijn tot nog toe niet aanvaard. Art. 7 GW formuleert het recht van vrijheid van meningsuiting onder meer als het recht gedachten en gevoelens te openbaren. Art. 10 EVRM behelst een iets ruimere formulering dan art. 7 GW en omschrijft het recht van vrijheid van meningsuiting als het koesteren van een mening alsook het doorgeven en ontvangen van inlichtingen en denkbeelden. Daarbij legt art. 10 EVRM de nadruk op het communicatieproces, terwijl art. 7 GW de nadruk legt op de communicatiemiddelen. De reikwijdte van art. 10 EVRM is ook ruimer. Niet alleen het hebben en openbaren van uitingen valt onder dit grondrecht, maar ook het ontvangen en verspreiden. Art. 7 GW bevat daarentegen een verbod van censuur en art. 10 EVRM niet.

Het recht van vrijheid van meningsuiting is geen absoluut recht. In art. 7 GW en het EVRM zijn beperkingsclausules van de vrijheid van meningsuiting opgenomen. Zo kan op grond van art. 7 GW door middel van een formele wet beperkingen aan de vrijheid van meningsuiting aan de burger worden opgelegd. Beperkingen op de vrijheid van meningsuiting van art. 10 EVRM zijn toegestaan als ze vallen onder de algemene dan wel bijzondere beperkingsclausules die zijn opgenomen in het EVRM. Voldoet een beperking aan een clausulering, dan is zij rechtmatig. Voldoet zij niet aan de clausulering, dan is sprake van schending van art. 7 GW en/of art. 10 EVRM.

Van oudsher zijn art. 7 GW en art. 10 EVRM geschreven tegen inmenging van overheidswege (verticale werking). Sinds een aantal decennia is echter de discussie ontstaan of deze artikelen niet eveneens zouden moeten gelden tussen burgers - daaronder ook begrepen particuliere organisaties - onderling (directe horizontale werking). Er is sprake van directe horizontale werking van art. 7 GW en art. 10 EVRM indien de rechter in privaatrechtelijke verhoudingen de artikelen volledig toepast en de beperkingen worden getoetst aan de in deze artikelen opgenomen beperkingsclausules. Bij de indirecte horizontale werking is de vrijheid van meningsuiting één van de belangen waarmee de rechter bij de belangenafweging rekening houdt.

Tot op heden is voor art. 7 GW en art. 10 EVRM geen grote rol van betekenis in het arbeidsrecht weggelegd. Althans indien werknemers een direct beroep hierop zouden willen doen. Directe horizontale werking van art. 7 GW en art. 10 EVRM is in het arbeidsrecht niet aanvaard. Indirecte horizontale werking van de vrijheid van meningsuiting is wél aanvaard en speelt met name door via open normen in het arbeidsrecht. In Boek 7 titel 10 BW is een aantal van deze open normen te vinden. Een belangrijke open norm is het goed werkgever- en goed werknemerschap van art. 7:611 BW. Enerzijds ziet art. 7:611 BW op de plichten van de werkgever, zoals het eerbiedigen van de grondrechten van zijn werknemers. Anderzijds ziet dit artikel op de plichten van de werknemer, zoals het zich loyaal gedragen jegens de werkgever en het niet schaden van de belangen van de werkgever.

Het staat de werknemer in beginsel vrij om uitlatingen te doen, maar onder omstandigheden mogen deze rechten door de werkgever worden beperkt. De werkgever dient wel een belang te hebben bij de beperking van de vrijheid van meningsuiting van de werknemer. Bij beperkingen van de uitingsvrijheid van de werknemer die voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst moet worden gedacht aan de geheimhoudingsplicht (7:678 lid 2 onder i BW), de instructiebevoegdheid van de werkgever (art. 7:660 BW) en de plicht van goed werkgever- en goed werknemerschap (art. 7:611 BW). Overigens betreft het goed werkgever- en goed werknemerschap niet alleen de verhouding van partijen tijdens de arbeidsovereenkomst. Ook daarna kunnen partijen op grond van redelijkheid en billijkheid nog verplichtingen hebben. Overigens kan een expliciet in de arbeidsovereenkomst opgenomen geheimhoudingsbeding eveneens postcontractuele werking hebben. Wat een werknemer via social media of anderszins naar buiten brengt, speelt zich derhalve af in een spanningsveld van de verschillende rechten en plichten van de werknemer en werkgever. De beoordeling of het al dan niet een rechtmatige uiting betreft, is een belangenafweging, waarbij door de rechter rekening wordt gehouden met alle relevante omstandigheden van het geval.

6.2 Conclusie

In mijn scriptie heb ik de volgende probleemstelling(en) onderzocht: “Waar liggen de grenzen van de vrijheid van meningsuiting (van de werknemer) in het kader van de uitoefening van de arbeidsovereenkomst en behoeven deze grenzen aanpassing?”

Mijn conclusie is dat de grenzen van de vrijheid van meningsuiting van de werknemer niet moeten worden gezocht in de beperkingsclausules die zijn neergelegd in de grondwettelijke of verdragsbepalingen zoals art. 7 GW en art. 10 EVRM. De grenzen van de vrijheid van meningsuiting van de werknemer vloeien voort uit de arbeidsovereenkomst en de daarmee samenhangende bepalingen die zijn opgenomen in Boek 7 titel 10 BW, zoals de geheimhoudingsplicht, de instructiebevoegdheid van de werkgever en de plicht van goed werkgever- en goed werknemerschap. Het recht van de vrijheid van meningsuiting zoals neergelegd in grondwettelijke en verdragsrechtelijke bepalingen, werkt op deze manier indirect

door in het arbeidsrecht. Deze indirecte doorwerking heeft mijns inziens als belangrijk voordeel dat de rechter een maximale vrijheid houdt om de belangen van partijen tegen elkaar af te wegen en niet gebonden is aan de beperkingsclausules die zijn opgenomen in art.7 GW of art. 10 EVRM. Een nadeel zou kunnen zijn dat de uitkomst van geschillen moeilijk te voorspellen valt, doch dit nadeel weegt mijns inziens niet op tegen het voordeel om elke situatie op zijn eigen merites te beoordelen. Daarbij komt dat de beperkingsclausules zoals neergelegd in art. 7 GW en het EVRM eveneens voor velerlei uitleg vatbaar zijn, zodat de uitkomst van geschillen waarbij een direct beroep wordt gedaan op deze artikelen ook niet goed valt te voorspellen. Een aanpassing in de zin dat werknemers direct een beroep kunnen doen op de vrijheid van meningsuiting van art. 7 GW en art. 10 EVRM lijkt mij dan ook niet noodzakelijk.

Overigens groeit het aantal uitspraken over uitlatingen van werknemers gedaan op social media of anderszins, zodat daaruit steeds beter voor de werkgever en de werknemer valt af te leiden waar de grenzen liggen. Zo kan uit de rechtspraak worden opgemaakt dat de belangenafweging eerder in het voordeel van een werknemer die een (maatschappelijke) misstand aan de kaak wil stellen, zal uitvallen, dan in het voordeel van een werknemer die het imago van zijn werkgever opzettelijk schaadt door uitlatingen van beledigende aard. In beginsel dient de werknemer zich te onthouden van gedragingen en uitlatingen die de werkgever kunnen schaden. Dit laat echter onverlet het recht van de werknemer om op te komen voor zijn eigen rechten en belangen. Dit kan ertoe leiden dat een werknemer zich wel degelijk in de media kritisch mag uitlaten over arbeidsrechtelijke besluiten van de werkgever. Bij dit alles moet wel de kanttekening worden gemaakt dat door de rechter onder meer in aanmerking wordt genomen of de werknemer geprobeerd heeft eerst intern de zaak aanhangig te maken en op te lossen.

De rechtspraak toont voorts dat de werkgever die zorg heeft gedragen voor helderheid over hetgeen hij van de werknemer verwacht bij externe communicatie over de onderneming, sneller gehoor vindt voor de bescherming van zijn bedrijfsbelangen dan de werkgever die daarmee in gebreke is gebleven. Een

werkgever handelt niet als goed werkgever, als hij zonder noodzaak of gerechtvaardigd belang dan wel met onevenredige middelen inbreuk maakt op de persoonlijke levenssfeer van de werknemer. Maar wanneer is dat het geval? Veel werknemers zijn nog in de veronderstelling dat uitlatingen via social media tot privé-uitlatingen worden gerekend. Uit de rechtspraak valt echter op te maken dat gedrag op social media niet helemaal privé is en dus (schadelijke) gevolgen kan hebben voor de werkgever. De werknemer moet dan ook op zijn hoede zijn met uitlatingen die hij via social media doet.

6.3 Aanbevelingen

Om zoveel mogelijk te voorkomen dat geschillen ontstaan tussen werknemers en werkgevers over het recht van de vrijheid van meningsuiting van de werknemer en de beperkingen op dit recht, die voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst, zou ik de volgende aanbevelingen willen doen:

Voor de werkgever:

De werkgever doet er verstandig aan richtlijnen over externe communicatie ten aanzien van het werk en de organisatie van de werkgever te vervaardigen die kenbaar zijn en die de sancties vermelden bij overtreding ervan. Uit de rechtspraak komt duidelijk naar voren dat geldt: “een gewaarschuwd mens geldt voor twee”. Dit kan in de vorm van individuele expliciete afspraken in de arbeidsovereenkomst, of het opstellen van een algemene gedragscode voor social mediagebruik. Om de gedragscode van kracht te laten zijn, kan deze bijvoorbeeld worden opgenomen in het personeelshandboek en/of op een intranet worden geplaatst. Relevant is in ieder geval dat de gedragscode (via incorporatie) onderdeel van de arbeidsovereenkomst wordt gemaakt. De werkgever dient er overigens op bedacht te zijn dat invoering van een beleid omtrent social media dat voorziet in een controlesysteem, instemming behoeft van de ondernemingsraad en leidt tot verplichte aanmelding bij het College bescherming persoonsgegevens.

De werkgever doet er tevens verstandig aan om in de arbeidsovereenkomst een geheimhoudingsbeding met boeteclausule op te nemen. Het voordeel van de

boeteclausule is dat hij direct de boete kan opeisen bij overtreding van het beding en niet eerst moet aantonen dat hij schade heeft geleden door de verspreiding van de informatie, en hoe groot die schade is.

Voor de werknemer:

De werknemer dient zich ervan bewust te zijn dat wat hij op social media doet of zegt, eenvoudig voor iedereen traceerbaar is en dus ook te koppelen is aan wat hij namens de werkgever doet. Ook al houdt de werknemer werk en privé goed gescheiden, toch ligt vermenging tussen privé en zakelijk op de loer. De werknemer dient dan ook zeer op zijn hoede te zijn met uitlatingen op social media of anderszins. Een werknemer mag best kritiek hebben op het door de werkgever gevoerde beleid. Hij moet zijn kritiek echter wel zakelijk houden en de fatsoensnormen niet overschrijden. Simpelweg grove belediging wordt niet toegestaan. Alvorens tot openbaarmaking van kritiek over te gaan, zal hij altijd eerst moeten proberen intern de zaak aanhangig te maken en op te lossen. Indien de werknemer op de hoogte komt van misstanden binnen het bedrijf dient hij zich zelf goed af te vragen of hij in redelijkheid kan menen dat het gaat om een zodanige misstand dat het algemeen belang openbaarmaking noodzakelijk maakt, ook afgezet tegen de mogelijke schade voor de werkgever. Al met al geldt voor de werknemer dat de plicht van goed werknemerschap zowel offline als online geldt.

Literatuurlijst:

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 1999

L.F. Asscher, *Constitutionele convergentie van pers, omroep en telecommunicatie* (ITeR deel 26), Kluwer: Deventer, 1999.

Asscher 2002

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

Asser/Heerma van Voss 2008 (7-V)

G.J.J. Heerma van Voss, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel V. De arbeidsovereenkomst, de collectieve arbeidsovereenkomst en ondernemingsovereenkomst*, Deventer: Kluwer 2008.

Bakels/Asscher-Vonk & Bouwens 2011

I.P. Asscher-Vonk & W.H.A.C.M. Bouwens, *H.L. Bakels, Schets van het Nederlandse arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2011.

Barkhuysen 2004

T. Barkhuysen, *Het EVRM als integraal onderdeel van het Nederlands materiële bestuursrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004.

Burkens 1971

M.C. Burkens, *Beperking van grondrechten*, Deventer: Kluwer 1971.

Burkens e.a. 2006

M.C. Burkens e.a., *Beginselen van de democratische rechtsstaat, Inleiding tot de grondslagen van het Nederlandse staats- en bestuursrecht*, Alphen aan de Rijn: Kluwer 2006.

Cleiren & Nijboer 2010 (T&C Sr)

C.P.M. Cleiren & J.F. Nijboer (red.), *Tekst en commentaar Strafrecht*, Deventer: Kluwer 2010.

Van der Grinten/Bouwens & Duk 2011

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

Hins & Nieuwenhuis 2010

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

Janis, Kay & Bradley 2008

M.W. Janis, R.S. Kay, A.W. Bradley, *European human rights law – texts and materials*, Oxford: Oxford University Press 2008.

Kortmann 1983

C.A.J.M. Kortmann, *De Grondwetsherziening 1983*, Deventer: Kluwer 1983.

Kortmann 2008

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

De Meij 1990

J.M. de Meij, *Inleiding tot het staats- en bestuursrecht*, Groningen: Wolters-Noordhoff 1990.

De Meij e.a. 2000

J.M. de Meij e.a., *Uitingsvrijheid. De vrije informatiestroom in grondwettelijk perspectief*, Amsterdam: Cramwinckel 2000.

Noyon, Langemeijer & R Emmelink/Fokkens en Machielse 2010

J.W. Fokkens en A.J.M. Machielse, *T.J. Noyon, G.E. Langemeijer en J. R Emmelink, Het Wetboek van strafrecht*, Deventer: Gouda Quint 2010.

Peters 1981

J.A. Peters, *Het primaat van de vrijheid van meningsuiting. Vergelijkende aspecten Nederland-Amerika* (diss. Leiden UvL), Nijmegen: Ars Aequi Libri 1981.

Verhulp 1996

E. Verhulp, *Vrijheid van meningsuiting van werknemers en ambtenaren*, (diss. Amsterdam UvA), Den Haag: Sdu 1996.

Verhulp 1999

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

Vermeulen 2000

B.P. Vermeulen, artikel 7, in A.K. Koekkoek (red.), *De Grondwet, een systematisch en artikelsgewijs commentaar*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000.

(Tijdschrift)artikelen:

Asscher 2000

L.F. Asscher, 'Trojaans hobbelpaard. Een analyse van het rapport van de commissie Grondrechten in het digitale tijdperk', *Mediaforum* 2000.

Dommering 2000

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

Dommering 2011

E.J. Dommering, 'Een nieuw voorstel tot aanpassing van de Grondwet', *Computerrecht* 2011.

Heerma van Voss 1991

G.J.J. Heerma van Voss, 'Vrijheid van meningsuiting versus geheimhoudingsplicht werknemers', *NJCM-Bulletin* 1991.

Hins 2011

A.W. Hins, 'Openbaarheid van documenten als grondrecht', in: A.J. Nieuwenhuis, J-H. Reestman en C. Zoethout (red.), *Rechterlijk activisme. Opstellen aangeboden aan prof. mr. J.A. Peters*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2011.

Van der Kind 2011

O. van der Kind, 'De verplichting tot geheimhouding als wapen tegen concurrentie door ex-werknemers', *ArbeidsRecht*, 2011-9.

Kip & Klinckhamers 2008

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

Kuitenbrouwer 2000

F. Kuitenbrouwer, 'Hoe sterk zijn de digitale grondrechten', *Computerrecht 2000-4*.

Mak 2011

C. Mak, 'Europa en het privaatrecht: de doorwerking van fundamentele rechten in de civiele rechtspraak', *Ars Aequi* 2011-10.

De Meij 2001

J.M. de Meij, 'Grondrechten in het digitale tijdperk', *NJCM-Bulletin* 2001.

Nieuwenhuis 2011

A.J. Nieuwenhuis, 'Achtergrond en huidige betekenis van het verbod van voorafgaand verlof', *NCJM-Bulletin* 2011-1.

Pieters 1996

T.S. Pieters, 'Ontslag op staande voet wegens belediging: wat wel, en wat niet gezegd mag worden', *ArbeidsRecht* 1996, 3.

Putker-Blees 2006

A.D. Putker-Blees, 'Sox around the klok', *Arbeidsrecht* 2006-8/9.

Schuijt 1990

G.A.I. Schuijt, 'Is de Hoge Raad bang voor de uitingsvrijheid?', *Informatierecht/AMI* 1990-5.

Schuijt 1996

G.A.I. Schuijt, 'Is de Hoge Raad niet meer bang voor de uitingsvrijheid?', *Informatierecht/AMI* 1996-2.

Schuijt 2003

G.A.I. Schuijt, 'Vrijheid van nieuwsgaring en toegang tot informatie', in: A.W. Hins & A.J. Nieuwenhuis (red.), *Van ontvanger naar zender, Opstellen aangeboden aan prof. mr. J.M. de Meij*, Amsterdam: Otto Cramwinckel 2003.

Van Steenbergen 2006

R. van Steenbergen, 'Wie beschermt de klokkenluider?', *SMA* 2006-11/12.

Thole & Van de Jagt 2011

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

Uden 2005

F.C. Uden, 'De Raad van State, de vrijheid van meningsuiting en het (ongewijzigde) Wetsvoorstel klokkenluiden', *Nederlands Tijdschrift voor Sociaal Recht* 2005-3.

Uden 2006

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

Verhey 2011

L.F.M. Verhey, 'Grondrechten in het digitale tijdperk: driemaal is scheepsrecht?', *TvCR* 2011.

Willems 2003

P. Willems, 'Klokkenluiderbescherming verder ingekleurd: wordt spreken toch goud?', *ArbeidsRecht* 2003-12.

Jurisprudentielijst

Ktr. Alkmaar 1 juli 2002, *JAR* 2002/157.

Ktr. Amersfoort 3 mei 2007, *JAR* 2007, 181.

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

Ktr. Amsterdam 15 oktober 2004, *JAR* 2005, 35.

Ktr. Amsterdam 30 september 2011, *LJN* BT7446.

Ktr. Arnhem 19 maart 2012, *LJN* BV9483.

Ktr. Arnhem 11 april 2012, *LJN* BW2006.

Ktr. Eindhoven 5 maart 2004, *JAR* 2004, 103.

Ktr. Enschede 12 mei 2011, *Prg* 2011, 162.

Ktr. Haarlem 10 februari 1998, *Prg* 1998/4971.

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

Ktr. Maastricht 8 juli 2004, *JAR* 2004/214.

Ktr. Maastricht 8 februari 2012, *LJN* BV3122.

Ktr. Rotterdam 10 april 2000, *JAR* 2000/109.

Ktr. Sittard 21 december 2001, *JAR* 2002/38.

Ktr. Utrecht 13 juli 2000, *JAR* 2000/19.

Ktr. Utrecht 31 mei 2010, *JAR* 2010, 155.

Rb. Alkmaar 28 februari 2002, *JAR* 2002, 61.

Rb. Amsterdam 16 augustus 1995, *JAR* 1995/208.

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

Rb. Amsterdam 21 januari 2010, *JAR* 2010, 66.

Rb. Arnhem 8 maart 2011, *LJN* BP8592.

Rb. Leeuwarden (Vzr) 6 april 2011, *RAR* 2011, 93.

Gerechtshof Amsterdam 24 juli 2008, *LJN* BG1032.

Gerechtshof 's-Gravenhage 21 februari 2012, *LJN* BW0090.

Gerechtshof 's-Hertogenbosch 29 mei 2007, *LJN* BC9671.

ARRvS 24 juni 1991, *AB* 1992, 26.

HR 28 november 1950, *NJ* 1951, 137 (*APV Tilburg*).

HR 13 december 1957, *NJ* 1958, 35 (*Zwarthoofd vs. Parool*).

HR 22 maart 1960, *NJ* 1960, 274.

HR 29 november 1960, *NJ* 1961, 206.

HR 23 mei 1961, *NJ* 1961, 427.

HR 24 januari 1967, *NJ* 1967, 270 (*Neon-letters*).

HR 29 oktober 1982, *NJ* 1983, 230 m.nt. Stein (*Hesseling vs. St. de Ombudsman*).

HR 22 januari 1983, *AB* 1993, 198.

HR 10 juni 1983, *NJ* 1984, 60.

HR 24 juni 1983, *NJ* 1984, 801 (*Gemeenteraadslid*).

HR 4 maart 1988, *NJ* 1989, 361 (*Privé vs. De Bourbon-Parma*).

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

HR 1 juli 1993, *NJ* 1993, 667 m.nt. Stein.

HR 21 januari 1994, *NJ* 1994, 473 (*Ferdi E*).

HR 8 april 1994, *NJ* 1994, 704 m.nt. Stein (*Agfa vs. Schoolderman*).

HR 21 oktober 1994, *NJ* 1996, 346 (*Rails*).

HR 6 januari 1995, *NJ* 1995, 422 (*Het parool vs. Van Gasteren*).

HR 26 april 1996, *NJ* 1996, 728 (*Rasti Rostelli*).

HR 14 november 1997, *NJ* 1998, 149, *JAR* 1997/263 (*Groen vs. Schoevers*).

HR 21 maart 2000, *NJ* 2000, 482 m.nt. P.J. Boon.

HR 10 oktober 2003, *JAR* 2003/63.

HR 30 januari 2004, *JAR* 2004, 68 (*Parallel Entry vs. KLM*).

HR 8 oktober 2004, *NJ* 2005, 117 (*Van Pelt vs. Martinair*).

HR 10 december 2004, *NJ* 2005, 239.

EHRM 6 februari 1976, *NJ* 1977, 2 (*Schmidt & Dahlström vs. Zweden*).

EHRM 7 december 1976, *NJ* 1978, 236 (*Handyside vs. Verenigd Koninkrijk*).

EHRM 26 april 1979, *NJ* 1980, 146 (*Sunday Times*).

EHRM 8 juli 1986, *NJ* 1987, 901 (*Lingens vs. Oostenrijk*).

EHRM 26 maart 1987, nr. 9248/81 (*Leander vs. Zweden*).

EHRM 24 mei 1988, *NJ* 1991, 685 (*Müller e.a. vs. Zwitserland*).

EHRM 7 juli 1989, *NJ* 1991, 659 (*Gaskin*).

EHRM 20 november 1989, *NJ* 1991, 738 (*Markt Intern vs. Duitsland*).

EHRM 23 mei 1991, *NJ* 1992, 456 (*Oberschlick*).

EHRM 25 juni 1992, *AA* 1993, 687 (*Thorgeir Thorgeirsan vs. IJsland*).

EHRM 19 februari 1998, *NJ* 1999, 690 (*Guerra*).

EHRM 19 februari 1998, *NJ* 2000, 338 (*Bowman vs. Verenigd Koninkrijk*);

EHRM 25 november 1999, nr. 25594/94 (*Hashman & Harrup vs. Verenigd Koninkrijk*).

EHRM 2 juni 2002, nr. 33129/96 (*Olivieira vs. Nederland*).

EHRM 11 april 2006, *LJN* AY5265, *RvdW* 2006, 583 (*Brasilier vs. Frankrijk*).

EHRM 2 oktober 2008, nr. 36109/03 (*Leroy vs. Frankrijk*).

EHRM 14 april 2009, *NJ* 2010, 209 (*Társaság a Szabadságjogokért vs. Hongarije*).