

File ID	uvapub:79892
Filename	325736.pdf
Version	final

SOURCE (OR PART OF THE FOLLOWING SOURCE):

Type	book chapter
Title	De commercieel 'gekleurde' werkgever en beperking van grondrechten van de werknemer
Author(s)	E. Verhulp
Faculty	FdR: Hugo Sinzheimer Instituut (HSI)
Year	2009

FULL BIBLIOGRAPHIC DETAILS:

<http://hdl.handle.net/11245/1.325736>

Copyright

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content licence (like Creative Commons).

HOOFDSTUK 23

DE COMMERCEEL 'GEKLEURDE' WERKGEVER EN BEPERKING VAN GRONDRECHTEN VAN DE WERKNEMER

E. Verhulp¹

1. Inleiding

De uitoefening van grondrechten door de werknemer komt door de arbeidsovereenkomst altijd onder druk te staan. Tijdens de uitoefening van de werkzaamheden die uit de arbeidsovereenkomst voortvloeien is dat bepaald door art. 7:660 BW, dat de werkgever het recht geeft de werknemer over de uitoefening van de werkzaamheden te instrueren. Daarmee volgt die beperking uit de overeenkomst zelf en dat zal niet snel als schokkend worden ervaren: een fysiotherapeut behoort de patiënten van het (algemene) ziekenhuis waar hij in dienst is tijdens de behandeling niet lastig te vallen met het woord van God of met een poging tot bekering,² een croupier in dienst van een casino kan de inzet van een klant niet weigeren omdat hij meent dat gokken in strijd is met de bijbel.³ Daar staat tegenover dat de werkgever geen instructierecht toekomt ten aanzien van de activiteiten van de werknemer die buiten de arbeidstijd en door hem privé worden verricht. Of ligt dat toch anders? Sommige werkgevers hebben een groot belang bij het privé-gedrag van de werknemer. Gedraagt de werknemer zich privé anders dan hij namens de werkgever dient uit te dragen, dan komt de geloofwaardigheid van de werkgever onder druk te staan. Maar komt het een werkgever wel toe het privé leven van de werknemer te beïnvloeden? En welk belang heeft de doelstelling van de werkgever daarbij? Komt het de werkgever toe om opvattingen te koesteren en te verlangen dat de werknemer die ook uitdraagt in zijn privé-leven? En als de werknemer zich niet 'identiteits- of kleur-conform' gedraagt, rechtvaardigt dat dan een ontslag?

¹ Prof. mr. E. Verhulp is hoogleraar arbeidsrecht aan de Universiteit van Amsterdam.

² Ktr. Hoorn 23 november 1997, *JAR* 1998/68

³ Ktr. Roermond, 8 maart 1994, *JAR* 1994/138.

2. De identiteitsgebonden werkgever en de gekleurde werkgever

Deze vragen zijn nooit in absolute zin te beantwoorden. Wel is duidelijk dat het sommige werkgevers toekomt aan sommige privé-gedragingen of -opvattingen gevolgen voor de arbeidsovereenkomst te verbinden. Dat geldt voor werkgevers die zich richten op een godsdienst of levensbeschouwing, en voor de gevallen waarin het gaat om gelijke behandelingswetgeving. Het verbod op ongelijke behandeling op grond van godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat geldt niet voor publieke of particuliere organisaties die op godsdienst of levensovertuiging berusten. Op grond van art. 3 AWGB is de wet niet van toepassing op de rechtsverhouding binnen kerkgenootschappen en hun zelfstandige onderdelen, terwijl in art. 5 van die wet uitzonderingen op het verbod worden geformuleerd voor instellingen van bijzonder onderwijs.⁴

Terzijde merk ik op dat op de zeer algemeen geformuleerde uitzondering van art. 3 AWGB kritiek mogelijk is. In de Kaderrichtlijn is opgenomen dat die uitzondering alleen geldt indien dat nodig is

“(…)vanwege de aard van de activiteiten of de context waarin deze worden uitgevoerd de godsdienst of levensovertuiging een wezenlijk, legitiem en gerechtvaardigd beroepsvereiste vormt gezien de grondslag van de organisatie (...)”.

Indien bijvoorbeeld een kerkgenootschap grote tolerantie ten aanzien van andersdenkenden predikt, zou dat genootschap daarop naar mijn mening bij de sanctionering van privé-gedrag van de werknemer moeten kunnen worden aangesproken op grond van de AWGB. De hier genoemde werkgevers worden wel 'identiteitsgebonden' genoemd.⁵ Soms worden ze aangeduid als tendenswerkgevers. Deze naam is afgeleid van de Duitse regeling voor medezeggenschap. Deze afwijkende medezeggenschap geldt volgens § 118 I van de Betriebsverfassungsgesetz voor 'Tendenzbetriebe' die zich bezig houden met

“(…) unmittelbar und überwiegend politischen, koalitionspolitischen, konfessionellen, karitativen, erzieherischen, wissenschaftlichen oder künstlerischen Bestimmungen oder Zwecken der Berichterstattung oder Meinungsäußerung(...)”.⁶

Voor deze werkgevers geldt dat indien zij wel onderscheid naar godsdienst, levensovertuiging en zo meer maken, ze daarmee niet in strijd met de wet handelen. Dat laat een rechterlijke toetsing van een arbeidsrechtelijke beslissing van een dergelijke werkgever in beginsel onverlet. Het aanmerken als 'identiteitsgebonden werkgever' leidt dus tot het (niet-) toepasselijk zijn van sommige regels, maar niet tot een andere rechtsverhouding tussen de werkgever en de werknemer.⁷

De buiten de hiervoor genoemde wettelijke bepalingen vallende werkgevers noem ik daarom ter onderscheiding van die 'echte' identiteitsgebonden werkgevers liever 'gekleurde werkgevers'. Met gekleurde werkgever doel ik op een werkgever die zich een identiteit, een profiel, een 'kleur', aanmeet die is gericht op maatschappij, politiek of levensbeschouwing, en buiten de strikte kaders van de AWGB valt. De keuze voor de kleur kan zijn ingegeven door maatschappelijke, politieke of godsdienstige redenen, maar ook door uitsluitend commerciële redenen. In het eerste geval is de kleur vrijwel zonder uitzondering feller dan in het tweede geval. Wat de werkgever vervolgens tot een gekleurde werkgever maakt, is dat deze werkgever zijn kleur in meer of mindere mate aan de werknemer oplegt, ook in het privé-gedrag van die werknemer.

3. De positie van de gekleurde werkgever

De wetgever heeft het niet nodig geacht deze gekleurde werkgevers expliciet arbeidsrechtelijke aandacht te geven of de werknemers in dienst van deze werkgevers expliciet te beschermen. Voor het ontbreken van een dergelijke regeling in het Belgische recht geeft Cuypers vier verklaringen waarvan drie ook in Nederland lijken te gelden: Ten eerste dat de verbanding tussen grondrechten en arbeidsrecht maar zelden werd gemaakt, ten

4 Gebaseerd op de Europese Kaderrichtlijn van 2000/78/EG, *Stb.* 2004, 119 en 120. De CGB acht zich voor de beoordeling van het handelen van dergelijke organisaties niet bevoegd, zie bijvoorbeeld het oordeel van de CGB van 27 maart 2003, oordeel 2003-42.

5 Onder meer door: B. Vermeulen, De werking van de Nederlandse algemene wet gelijke behandeling, in het bijzonder ten aanzien van kerken en confessionele organisaties, in: Institute Canon Triest (ed.), *Antidiscriminatie*, Gent IICT, 2004, 55-83 en D. Cuypers, Discriminatieverboden en identiteitsgebonden ondernemingen, *Tijdschrift voor onderwijsrecht en onderwijsbeleid*, (2008/2009), p. 44-70

6 Zie zeer uitvoerig over deze Tendenzbetriebe: G. Müller, Überlegungen zur Tendenzträgerfrage, in: T. Dieterich, F. Gamillscheg und H. Weidemann; *Festschrift für Marie Luise Hilger und Hermann Stumpf*, München 1983, p. 477-511.

7 Zie hierover uitvoerig: W.A. Zondag, *De grenzen van het arbeidsrecht*, rede, 2004, p. 29 e.v. Zo is een sjocheet op basis van een arbeidsovereenkomst werkzaam, ktr. Amsterdam 14 december 1994, JAR 1995/10, net als een predikant, zie ktr. Lelystad, 2 februari 2005, JAR 2005/58.

tweede dat de erkenning van groepsrechten binnen het grondwettelijke systeem indruist tegen de klassieke liberale visie en ten derde dat men zich soms kan afvragen of er veel verschil is tussen een gewone onderneming en een gekleurde onderneming.⁸ Op dit laatstgenoemde punt kom ik later terug. De vierde verklaring, dat het Belgische ontslagrecht ongevoelig is voor de vraag naar een geoorloofde ontslagreden, geldt mijns inziens voor Nederland nu juist niet. Daarom is het ontbreken van een wettelijke regeling voor het geval het privé-gedrag van de werknemer indruist tegen de door de werkgever gekozen kleur, in Nederland minder of zelfs in het geheel niet, bezwaarlijk. Door de afwezigheid van een specifieke wettelijke regeling en de mogelijkheid die de rechter heeft om de redelijkheid van een aan de werknemer opgelegde sanctie en zeker van het ontslag van een werknemer te toetsen, kan een op alle omstandigheden van het geval toegespitst oordeel worden gegeven.

In een cao kunnen bepalingen terzake zijn opgenomen, die een gekleurde werkgever zouden kunnen steunen bij de beïnvloeding van het privé-leven van de werknemer.⁹ Een klein onderzoek leert dat cao-partijen daarmee zeer terughoudend zijn, om niet te zeggen dat ze geen bepalingen terzake opnemen. Ik meld meteen dat ik dit onderzoek heb gedaan aan de hand van de bij het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid aangemelde cao's¹⁰ en dat ik de indruk heb dat een behoorlijk aantal cao's, vooral die gesloten met gekleurde werkgevers, zoals sommige vakbonden en politieke verenigingen, niet wordt aangemeld.¹¹ In de wel gevonden cao's komt wel veelvuldig de algemene verplichting voor dat de werknemer de belangen van de werkgever zo goed mogelijk moet behartigen, ook zonder specifieke daartoe strekkende opdracht. Ook komt veel voor een verbod op nevenwerkzaamheden zonder toestemming van de werkgever. Hiervoor geldt dat het een aanzienlijke beperking van de inrichting van het privé-leven van de werknemer met zich kan brengen. Recent is de beslissing van de kantonrechter te Rotterdam, die oordeelde dat een journalist van het Algemeen Dagblad zich ondanks een dergelijke bepaling en de weigering van zijn werkgever tot het verrichten van de ne-

8 D. Cuypers, zie noot 5.

9 Hierop wijst ook W.A. Zondag, zie noot 7.

10 Ik heb daarbij geraadpleegd de op de site van het Ministerie van SZW opgenomen cao's, zie www.cao.szw.nl.

11 Het is daarmee de vraag of dergelijke cao's wel in werking zijn getreden, gelet op het bepaalde in art. 4 lid 3 WLV, zie hierover: E. Verhulp, De terugwerkende kracht van bepalingen van de cao en art. 4 WLV, in: *Een inspirerende Fase in het sociaal recht, liber amicorum voor Wil Fase*, 2007, p. 99 e.v.

venactiviteit als politicus, verkiesbaar mag stellen voor de gemeenteraad van zijn woonplaats.¹² Daaraan ligt een belangenafweging ten grondslag: De werkgever had moeten aangeven op welke wijze het raadslidmaatschap de werknemer zou beletten in de uitoefening van zijn journalistieke werk en nu hij dat heeft nagelaten is de weigering ten onrechte. Van belang bij de beslissing van de kantonrechter zal zijn dat het hier niet om 'ordinaire' nevenwerkzaamheden gaat, maar om de uitoefening van een democratisch zwaarwegende taak. Met enige regelmaat is in cao's aan het verbod tot het verrichten van nevenactiviteiten verbonden het verbod op het aannemen van giften of gelden van derden waarmee de werkgever in een zakelijke relatie staat. Hoewel dergelijke bepalingen de werknemer in privé kunnen raken, zie ik die niet als voorbeeld van het bewaken van een identiteit of kleur. Zelfs in een cao voor werknemers in dienst van een donkergekleurde werkgever als de cao Stichting ondersteuning Tweede Kamerfractie PvdA 2007-2009 heb ik geen enkele andere bepaling ten aanzien van het privé-gedrag van de werknemer kunnen vinden.

Dan resteert de mogelijkheid dat de werkgever op grond van een overeenkomst of op grond van zijn instructierecht de werknemer bepaalde verplichtingen ten aanzien van privé-gedrag oplegt. Of dat veel voorkomt onttrekt zich in belangrijke mate aan mijn waarneming, maar ik heb het vermoeden dat dit zich met regelmaat voordoet. Naar mijn waarneming komen in pesoneelshandboeken vaak 'huisregels' voor die soms ook bepalingen kennen die gevolgen hebben voor het privé-leven. Enig onderzoek naar de omvang daarvan is mij ook niet bekend. In de rechtspraak heeft zich een enkele maal een casus voorgedaan waarin van een dergelijke contractuele afspraak¹³ of van een op het instructierecht gebaseerde regeling¹⁴ sprake was.

4. Zijn er wel niet-gekleurde werkgevers?

De toelaatbaarheid van dergelijke afspraken of verplichtingen op grond van het instructierecht dient dus steeds weer aan de hand van alle omstandigheden van het geval te worden beoordeeld. Tot die omstandigheden behoort uiteraard ook het belang van de werkgever bij (het voorkomen van) een bepaald privé-gedrag of (het voorkomen van) een bepaalde

12 Ktr. Rotterdam 15 januari 2009, JAR Opmaat 2009/47.

13 Zoals in het Hyatt-arrest, HR 14 september 2007, JAR 2007/250, NJ 2008, 334.

14 Zoals een beleggingsregeling van een advocatenkantoor, zie Vznr Rotterdam 28 september 2004, JAR 2004/268.

invulling van het privé-leven van de werknemer. Het belang van de werknemer om zich buiten de werktijd te gedragen zoals hem goed dunkt zal over het algemeen door een grondrecht worden beschermd. Te denken is aan het recht op vrije meningsuiting, het recht op vergadering en betoging en het recht op privacy. De werkgever daartegen zal zich, zeker indien zijn kleur flets is, minder snel op een grondrecht kunnen beroepen.

Dit komt mede omdat steeds meer werkgevers zich een 'corporate identity' aanmeten of de door hen in stand gehouden organisatie sociale en maatschappelijke nevendoelstellingen geven. 'Corporate Social Responsibility' oftewel het maatschappelijk verantwoord ondernemen heeft een hoge vlucht genomen, vooral sinds het verschijnen, in juli 2001, van het groenboek 'Promoting a European Framework for corporate social responsibility' van de Europese Commissie.¹⁵ Hierin wordt de maatschappelijke rol van de bedrijven benadrukt en wordt aangedrongen op verbeteren van veiligheid en gezondheid van de werknemer. Het valt op dat dit sociale beleid steeds in relatie met de concurrentiepositie wordt gebracht. Zo staat onder 21 van het groenboek:

"(...) Door hun sociale verantwoordelijkheid te nemen kunnen bedrijven op veranderingen inspelen en sociale ontwikkelingen met het streven naar een betere concurrentiepositie verzoenen(...)."

Pas als dit beleid echt een uitstraling krijgt op het gedrag van de werknemers, zal het de werkgever kleur kunnen geven. Ik kom daarop later terug.

Ook door de opvattingen van de werknemer kan de werkgever, en zelfs onverwacht, 'kleur' krijgen, hoewel ik in een dergelijk geval niet zou willen spreken van een gekleurde werkgever. Daarvan zijn een aantal voorbeelden, die vooral in de pers vaak aandacht krijgen, omdat ze zo opmerkelijk zijn. De Volkskrant berichtte op 26 juni 2004 over een Amerikaanse vrachtwagenchauffeur die was ontslagen omdat hij weigerde een vrachtpje op te pikken bij een bierbrouwerij:

"(...)Hij klaagt zijn baas aan wegens religieuze discriminatie. Trucker Ibrahim Barzanji is een moslim: de koran verbiedt elke bemoeienis met alcohol. De transporteur (...) hangt nu een veroordeling boven het hoofd van de Amerikaanse commissie voor gelijke rechten. Die heeft zich ontvankelijk verklaard voor de klacht van Barzanji.(...)"¹⁶

15 Hierover: F. Dorssemont, Corporate Social Responsibility and (European) Labour Law, Friends or Foes, in: F. Pennings, Y. Konijn en A. Veldman: *Social Responsibility in Labour Law, Liber Amicorum for Teun Jaspers*, 2008, p. 47 e.v.

16 Ik heb geen informatie kunnen vinden over de afloop van deze zaak.

In Nederland hebben zich ook wel gevallen van deze aard voorgedaan. Over het algemeen worden die opgelost door de werknemer met een beroep op gewetensbezwaren vrij te stellen van bepaalde werkzaamheden. Als dat niet lukt, en het ontslag van de werknemer onontkoombaar is, komt het bepaalde in art. 7:681 lid 2 sub e BW in beeld. Daarin is bepaald dat de opzegging kennelijk onredelijk kan zijn als deze geschiedt wegens het enkele feit dat de werknemer met een beroep op een ernstig gewetensbezwaar weigert de bedongen arbeid te verrichten. Een Nederlands voorbeeld is de al eerder genoemde croupier. In de visie van deze werknemer was zijn werkgever ongetwijfeld sterk gekleurd, hoewel de werkgever dat nauwelijks lijkt aan te rekenen, en de werkgever terzake van de gedragingen van de werknemers ook geen beleid heeft. Daarmee is de werkgever geen gekleurde werkgever. Overigens doet het omgekeerde van de hiervoor gegeven voorbeelden, dat de werkgever door een verandering van visie of beleid, aanstoot neemt aan het privé-gedrag van de werknemer, zich ook voor. Te denken is aan het nieuwe beleid van een advocatenkantoor dat inhoudt dat werknemers niet meer privé mogen beleggen.¹⁷

5. Toetreden is kleur bekennen?

Ruim 25 jaar geleden liet de regering weten van mening te zijn dat van een werknemer mag worden verlangd dat hij de kleur van de werkgever onderschrijft. In de woorden van de regering:

"(...) dat geëist kan worden dat een kandidaat-medewerker verklaart positief te staan tegenover, c.q. een duidelijk aanhanger te zijn van de identiteit van de instelling, zoals deze in statuten of reglement is omschreven (...)."¹⁸

Met Schuyt¹⁹ ben ik van mening dat dit erg ver gaat. Hij schrijft:

"(...) Volstaan kan worden van de werknemer te vragen dat hij deze doelstelling respecteert, dat wil zeggen dat hij bereid is zich te richten naar het belang van de onderneming of de instelling en in redelijkheid wil meewerken aan de realisering van de doelstelling en de identiteit geen afbreuk wil doen. Of de werknemer daar in volle overtuiging ook achterstaat doet niet terzake, het gaat de werkgever niet aan.(...)"

17 Zie noot 14.

18 *Handelingen II* 1980/81, 15 360, p. 18-20.

19 G.A.I. schuijt, *Werkers van het woord*, 1987, p. 193.

Ik merk hierbij op dat de parlementaire discussie betrekking heeft op zwaargekleurde werkgevers, te weten bijzondere scholen, en het citaat van Schuyt op kranten.

Naarmate de kleur van de werkgever afneemt of naarmate de kleur meer wordt ingegeven door commerciële motieven, zal van het door de regering bedoelde onderschrijven geen sprake meer zijn, en zal ook het respecteren van de doelstelling minder in beeld komen. Een voorbeeld kan dat verduidelijken. Een fietsenfabrikant kan een groot belang hebben bij het propageren van een gezonde levensstijl, en dat ook uitdragen, mede in het licht van het bevorderen van woon-werkverkeer op de fiets. Aan dat beleid kunnen eigen werknemers die met de auto naar het werk komen, afbreuk doen. De werkgever kan het woon-werkverkeer per fiets van de eigen werknemers stimuleren, maar ik zie niet snel dat arbeidsrechtelijke sancties toelaatbaar geacht worden voor die werknemers die op een andere manier naar het werk komen. Van de werknemer mag worden verwacht dat hij het beleid van de werkgever in zijn privé-gedragingen en -uitingen niet bewust tegenwerkt, maar niet dat hij dat in privé ook uitvoert. De verkoper van Albert Heijn dient tijdens het werk niet de klanten naar een andere supermarkt te verwijzen omdat die goedkoper zou zijn,²⁰ maar het staat hem vrij zelf zijn boodschappen elders te doen of familie en vrienden er buiten werktijd op te wijzen dat de boodschappen elders goedkoper zijn. Monteurs in dienst van een garage waar Franse auto's worden verkocht en gerepareerd, rijden zelf vaak in Duitse of Japanse merken, zonder enig arbeidsrechtelijk probleem. In de rechtspraak hebben zich naar mijn weten geen problemen over deze commerciële kleur van de werkgever voorgedaan.

Wat zich wel heeft voorgedaan, is dat een werknemer in dienst van een stichting ter bevordering van het welzijn van allochtonen en een in dienst van een onderwijsinstelling zich buiten de arbeidstijd presenteerden als actief lid van de Centrum Democraten. In het eerste aan de rechter voorgelegde geval werd de arbeidsovereenkomst zonder vergoeding ontbonden, omdat de rechter meende dat die arbeidsovereenkomst en het actief lidmaatschap onverenigbaar zijn en de werknemer daarvan een verwijt treft.²¹ Het andere geval betreft de onderwijsinstelling: daar werd de werkgever verplicht tot betaling van een vergoeding "(...) omdat van de scholen tolerantie geleverd (mag) worden ten aanzien van de door hun leraren aangehangen levensbeschouwelijke en politieke gedachten en even-

20 Zie al Ktr. Amsterdam 3 juni 1975, PRG 1975, 1029.

21 Ktr. Roermond 10 april 1984, NJ 1984, 676.

tuele verandering daarin...(...)"²² Ik vind de laatste beslissing juist. Een school zonder bijzondere grondslag heeft geen belang bij beïnvloeding van de privé-opvattingen van een werknemer. Een werkgever met een bijzondere maatschappelijke of politieke opvatting zoals de hiervoor bedoelde stichting heeft dat wel, maar de vraag is of dat zover strekt dat hij gevolgen mag verbinden aan de andersluidende opvattingen van een werknemer. Naar mijn mening is die ruimte beperkt, en zal die altijd moeten worden gerelateerd aan door de werknemer te verrichten arbeid. Nu de werknemer onbetwist zijn arbeid goed verrichtte, zou de ontbinding – als al nodig – naar mijn mening met een vergoeding gepaard moeten gaan.

Naarmate de commerciële belangen van de werkgever bij een bepaald privé-gedrag van de werknemer groter worden, zal ook het belang van de werknemer om zich privé op een bepaalde wijze te gedragen, groter moeten zijn om in de belangenafweging stand te houden. Een werkgever die zich als weliswaar commercieel maar ook als werkelijk maatschappelijk zeer betrokken bedrijf afficheert, kan veel van de geloofwaardigheid verliezen als de werknemers zich niet ook in hun privé-leven loyaal ten aanzien van die bedrijfsvisie opstellen. Het gaat hier dan niet zozeer om het beschermen van het commerciële belang, als wel om de gedachte dat commercie en de (collectieve) uitoefening van grondrechten samen kunnen gaan en die uitoefening ook bescherming toekomt. Van de werknemer in dienst van een dergelijke werkgever mag eerder dan van die in dienst van alleen een commerciële organisatie enige loyaliteit aan de opvattingen van de werkgever worden verwacht, ook in zijn privé-leven.

Bij de afweging spelen alle omstandigheden van het geval een rol. Te denken daarbij is aan het belang van de grondrechtenuitoefening door de werknemer. Indien het enige belang bij de uitoefening het vertellen van een persoonlijke mening over bijvoorbeeld de kwaliteiten van de werkgever is, zal dat belang minder zwaar wegen dan wanneer het gaat om een maatschappelijke relevante uiting.

6. Contractueel kleur bekennen?

Veel van door de *corporate social responsibility* ingevoerde regelingen richten zich specifiek op het gedrag van de werkgever of hebben een grote algemeenheid, zodat die nauwelijks van invloed zullen zijn op het privé-gedrag van de werknemer. Het gaat daarbij vaak om regelingen waar nie-

22 Ktr. 's Gravenhage 22 oktober 1984, TAR 1984, 230 (Janmaat).

mand tegen kan zijn. Zo meldt Albert Heijn op de website als 'waarde' dat het bedrijf graag een rol speelt in de gezondheid en het belangrijk vindt dat producten op een verantwoorde manier in de winkel komen met aandacht voor mens, milieu en dier.²³ Het is de vraag of op grond van deze 'waarde' Albert Heijn een werknemer arbeidsrechtelijk kan aanspreken op zijn slecht afgestelde, zware dieselauto zonder roetfilter, die hij voor het woon-werkverkeer gebruikt. Ik zie dat niet direct voor me. Denkbaar is wel dat deze waarde vervolgens ook met de werknemer wordt overeengekomen, zodat hij zich verbindt die ook daadwerkelijk uit te dragen. Dan zou dat anders kunnen liggen. Uit de rechtspraak over dit onderwerp is wel het bekendst geworden de 'drugs free policy' van het Hyatt hotel te Aruba. Op de website van Hyatt is meer informatie te vinden over 'Hyatt's Family of Responsible and Caring Employees (F.O.R.C.E.)', maar niet over de aan de werknemers opgelegde 'policy'.²⁴ Eerder heb ik al geschreven dat naar mijn mening bij de beoordeling van het aan de werknemer verleende ontslag op staande voet wegens schending van dit beleid wel heel gemakkelijk voorbij wordt gegaan aan de haar toekomende grondrechten.²⁵ Van groot belang acht ik daarbij dat Hyatt het beleid rechtvaardigt door vooral commerciële doelstellingen. Het gaat hier niet om een werkgever die zelf een beroep op een grondrecht (anders dan de vrijheid van eigendom, die niet in de Nederlandse Grondwet is verankerd) toekomt. Bovenstaande voorbeelden geven steeds weer aan dat een beoordeling van de toelaatbaarheid van contractuele afspraken of instructies van de werkgever aangaande het privé-leven of het privé-gedrag van de werknemer een weging van alle omstandigheden van het geval vergt. In die zin lijkt een overeenkomst terzake wel enig belang te hebben, maar de daarin vervatte afspraak kan worden weggewogen tegen het door de grondrechten beschermde belang.²⁶

7. Een belangenafweging.....

Hiervoor is al duidelijk geworden dat naar mijn mening de gekleurdheid van de werkgever een belang is dat dient te worden meegewogen bij de

23 <http://www.ah.nl/albertheijn>.

24 <http://www.hyatt.com>.

25 Zie mijn noot bij HR 14 september 2007, NJ 2008, 334. Stelliger in deze zin W.L. Roozendaal, Het grondrecht op snuiven of de grenzen aan de gezagsbevoegdheid, *ArA* 2008/1, p. 43 e.v.

26 Zie hierover: C. Mak, *Fundamental Rights in European Contract Law* (diss UvA) 2007, p. 86-96 en mijn: *Vrijheid van meningsuiting van de werknemer*, 1996, p. 44-45.

beoordeling van de vraag of de werknemer ook in zijn privé-gedrag en leven beperkingen opgelegd door de werkgever zich dient te laten welgevallen. Commerciële belangen wegen naar mijn mening daarbij aanzienlijk minder zwaar dan de belangen die zijn gemoeid met het verkondigen van een politieke, levensbeschouwelijke of maatschappelijke visie. Het gewicht van die laatstgenoemde belangen kan worden gerechtvaardigd door te benadrukken dat werkgevers met een stevige kleur weinig anders zijn dan de gecollectiveerde uitoefening van grondrechten van individuen. Dat rechtvaardigt een belangrijk verschil in de beoordeling van enerzijds een beperking opgelegd aan een werknemer in dienst van een commercieel gekleurde werkgever en anderzijds een beperking opgelegd aan een werknemer in dienst van een alleen commercieel gekleurde werkgever. Komt deze afweging terug in de rechtspraak?

Het blijkt inderdaad dat de op commerciële opvattingen gegronde kleur van de werkgever aanzienlijk minder gewicht krijgt dan de kleur die is gebaseerd op maatschappelijke, levensbeschouwelijke en politieke opvattingen. Deze lijn is zeer duidelijk neergezet door de CGB.²⁷ Ook in de rechtspraak komt deze gedachte tot uiting. Een kappersbedrijf mag een kapster de toegang tot de arbeid niet weigeren alleen omdat het vreest dat haar hoofddoek, die ze onlangs is gaan dragen, tot een verminderde werfkracht leidt.²⁸ In het reeds genoemde Hyatt-arrest viel de beoordeling anders uit, zodat niet van een consistente lijn in de rechtspraak gesproken kan worden. Aan die andere beoordeling zal zeker hebben bijgedragen het op zich respectabele beleid van de werkgever en de beoordeling door de feitenrechter in de Antillen, die op grond van de omstandigheden daar tot een ander oordeel heeft kunnen komen dan een Nederlandse rechter naar mijn gevoel zal doen.

Ik vind die opstelling ook zeer begrijpelijk: waar de grondrechten van de werknemer in het geding zijn, moeten die niet eenvoudig kunnen worden weggewogen tegen de belangen van de werkgever. Dat de directe werking van grondrechten daarvoor een goede basis biedt, heb ik eerder uitgewerkt.²⁹ Ik benadruk de woorden 'niet eenvoudig' bij weggewogen, want het kan wel. Onjuist lijkt me dan ook de gedachte van Smits die schijft³⁰:

27 Zie CGB Advies inzake Arbeid, religie en gelijke behandeling, 12 augustus 2004, CGB advies 2004/06, met name onder 3.4.1.

28 Ktr. Alphen aan den Rijn 22 maart 1994, *JAR* 1994/82.

29 E. Verhulp, Grondrechten in het arbeidsrecht, *VvA reeks*, 28.

30 In zijn preadvies voor de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking, 'Constitutionalisering van het vermogenrecht', 2003, p. 21.

"(...) Ontslag van een werknemer op grond van diens sexuele voorkeur of diens denigrerende uitspraken over de werkgever, zal onrechtmatig worden geoordeeld na een afweging van het belang van de werknemer tegen dat van de werkgever (...)."

Hij geeft deze voorbeelden ter onderbouwing van zijn stelling dat grondrechten indirect werken, maar ook als voorbeeld daarvan zijn ze mijn inziens ongeschikt. Een dergelijke (naar mijn mening te) eenzijdige belangenafweging geeft voeding aan de discussie of grondrechten wel een rol in privaatrechtelijke verhoudingen zouden moeten spelen.³¹ Ik ben van de toepassing van grondrechten in privaatrechtelijke verhoudingen in het algemeen en in het arbeidsrecht in het bijzonder, een groot voorstander. Dat me dat in de visie van sommige auteurs een bepaalde politieke kleur geeft, neem ik op de koop toe.³² Zonder het meewegen van de door de grondrechten beschermde belangen komt het Nederlandse arbeidsrecht snel terecht in de *urban history* (of *myth*?) met zaken als die van het ontslag verleend aan Rick Bronson. Deze Amerikaan werkte al 12 jaar als vrachtwagenschauffeur voor Coca Cola en werd in 2003 ontslagen nadat hij werd gezien met een blikje Pepsi.³³ Dat lijkt mij geen wenkend perspectief.

31 Zie hierover recent: O.O. Cherednychenko, Grondrechten en het contractenrecht: een pleidooi voor constitutionalisering met mate, *NTBR* 2008/6, nr. 30.

32 Zie C. Mak, *NTBR* 2004/3, p. 130.

33 Deze zaak wordt inderdaad soms wel gepresenteerd als 'urban myth', hoewel dit nieuws wordt toegeschreven aan Reuters, 13 juni 2003, ook te vinden op www.indiaresource.org/news/2003/4444.html. In het bericht wordt melding gemaakt van de vakbondsactiviteiten van Bronson en zijn mening dat dat de werkelijke reden van het ontslag is.