



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

X/ROC-Nijmegen

Dommering, E.

Publication date

2023

Document Version

Final published version

Published in

Mediaforum

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Dommering, E. (2023). X/ROC-Nijmegen. 3. Case note on: HR, 7/10/22, ECLI:NL:HR:2022:1402 (X / ROC-Nijmegen). *Mediaforum*, 35(1), 42-45.

General rights

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 license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

Hoge Raad 7 oktober 2022
IEF 21011; ECLI:NL:HR:2022:1402

BESCHIKKING

In de zaak van
[de werknemster],
wonende te [woonplaats],
VERZOEKSTER tot cassatie, verweerster in het voorwaardelijke incidentele cassatieberoep,
hierna: de werknemster,
advocaat: E.M. Tjon-En-Fa,
tegen
STICHTING R.O.C. NIJMEGEN E.O.,
gevestigd te Nijmegen,
VERWEERSTER in cassatie, verzoekster in het voorwaardelijke incidentele cassatieberoep,
hierna: ROC,
advocaten: S.F. Sagel en I.L.N. Timp.

1. Procesverloop

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar:

- de beschikking in de zaak 8585848 \ HA VERZ 20-37 \ 701 \ 456 van de kantonrechter te Nijmegen van 8 september 2020;
- de beschikking in de zaak 200.286.736 van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 19 april 2021.

De werknemster heeft tegen de beschikking van het hof beroep in cassatie ingesteld.

ROC heeft een verweerschrift tot verwerping tevens houdende voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep ingediend. Het cassatierekest en het verweerschrift tevens houdende voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep zijn aan deze beschikking gehecht en maken daarvan deel uit.

De werknemster heeft geen verweerschrift in het voorwaardelijke incidentele cassatieberoep ingediend.

De conclusie van de Advocaat-Generaal R.H. de Bock strekt tot vernietiging en verwijzing.

De advocaat van de werknemster heeft schriftelijk op die conclusie gereageerd.

2 Uitgangspunten en feiten

2.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) De werknemster is sinds 2009 als docent in dienst bij de onderwijsinstelling ROC. Sinds september 2010 maakt de werknemster deel uit van het team Pedagogisch Werk, een van de grotere onderwijsteam binnen ROC. Het team bestaat uit ongeveer vijftig onderwijsmedewerkers en staat onder leiding van een onderwijsmanager (hierna: de onderwijsmanager).

(ii) Het team Pedagogisch Werk valt onder de directie Zorg, Welzijn, Sport & Uiterlijke Verzorging. Deze directie heeft een onderwijsdirecteur (hierna: de onderwijsdirecteur).

(iii) De werknemster is tevens lid van de ondernemingsraad (hierna: OR) van ROC.

(iv) Eind oktober 2018 heeft de werknemster bij ROC aangekondigd dat zij een boek wilde schrijven over haar ervaringen met gepersonaliseerd onderwijs, een door het team Pedagogisch Werk in het schooljaar 2017-2018 in gang gezette onderwijsvernieuwing. Daarop heeft zij reacties gekregen van de onderwijsdirecteur en van de manager van het team Communicatie en Marketing, die er beiden positief tegenover stonden.

(v) Naar aanleiding van deze aankondiging heeft de werknemster in november 2019 ook een gesprek gehad met de onderwijsmanager. In een daarop volgende brief heeft de onderwijsmanager onder meer het volgende aan de werknemster geschreven:

“(...)

Op 27 oktober jl. ontvingen we je email waarin je aankondigt een boek te gaan schrijven over je ervaringen met gepersonaliseerd onderwijs (en aanverwante zaken m.b.t. het schoolleven) op een roc.

Je stelt in de mail dat je ervan uitgaat dat je deze in vrijheid kan schrijven. Aan deze vrijheid zitten, wat ons betreft, wel degelijk een aantal grenzen. Deze grenzen vloeien voort uit de verplichtingen van goed werknemerschap, onze Gedragscode en de nieuwe privacywetgeving.

We verwachten van je dat je respectvol met studenten en collega's omgaat en dat je voorkomt dat relaties met collega's dan wel studen-

ten op scherp komen te staan. De vertrouwensband tussen docent en student en medewerkers onderling mag niet worden beschaamd.

Ook verwachten we van je dat je de regels omtrent de vertrouwelijkheid van bepaalde informatie die je ter ore komt, zowel wat betreft de organisatie van ROC Nijmegen als omtrent de studenten en collega's, respecteert.”

(vi) Hierop heeft de werknemster bij e-mailbericht van 14 november 2018 als volgt gereageerd:

“(...)

Vandaag overhandigde je mij een envelop met een brief erin. (...) Deze brief heb je cc. ook gestuurd naar: onderwijsdirecteur ZWS&UV, CvB en personeelsdossier.

Ik wil je bedanken voor deze brief en heb met interesse gelezen welke grenzen en verwachtingen er in de brief staan geformuleerd m.b.t. het schrijven van dit boek. De gemiddelde docent zou na het lezen van deze brief waarschijnlijk gedacht hebben: Wow! Weet je wat? Laat dat boek maar zitten...

Gelukkig ben ik niet 'de gemiddelde docent' en ik stort me de komende tijd vol energie op het schrijven van dit boek, want ik barst van de inspiratie!”

(vii) Een jaar later, eind oktober 2019, heeft de werknemster het door haar geschreven boek “Wanneer krijgen we weer les. De opmerkelijke praktijk van gepersonaliseerd onderwijs” (hierna: het boek) doen publiceren.

(viii) Nadat in het team van de werknemster onrust was ontstaan over de inhoud van het boek en een aantal collega's van de werknemster zich bij de onderwijsdirecteur had beklaagd over de wijze waarop zij in hun ogen tot de persoon herleidbaar in het boek werden neergezet waardoor zij zich niet prettig voelden in de samenwerking met de werknemster, heeft de onderwijsdirecteur bij e-mailbericht van 18 november 2019 het gehele team, met uitzondering van de werknemster, uitgenodigd om met een afvaardiging van (in eerste instantie) maximaal zeven personen in overleg te gaan over het boek. Het gesprek tussen de onderwijsdirecteur en een afvaardiging van het team heeft op 21 november 2019 plaatsgevonden.

(ix) De werknemster is door een collega op de hiervoor onder (viii) genoemde e-mail geattendeerd. Daarop heeft zij een reeds gepland gesprek met de onderwijsdirecteur, dat op 19 november 2019 zou plaatsvinden, afgezegd. Zij wilde eerst opheldering over deze gang van zaken door het college van bestuur. Het gesprek tussen de werknemster en de onderwijsdirecteur heeft wegens een aantal ziekmeldingen van de werknemster uiteindelijk plaatsgevonden op 2 december 2019.

(x) De onderwijsdirecteur heeft de werknemster bij e-mail van 28 november 2019 onder meer geschreven dat het in de gegeven omstandigheden ongewenst is dat zij in het team terugkeert en weer aan het werk gaat alsof er niets is gebeurd. Het verdient volgens hem dan ook de voorkeur dat de werknemster haar werkzaamheden tijdelijk neerlegt, zodat hij haar geen ordemaatregel 'in het belang van de instelling' hoeft op te leggen. De werknemster heeft daarop in het gesprek met de onderwijsdirecteur op 2 december 2019 (zie hiervoor onder (ix)) te kennen gegeven dat zij niet bereid is dat te doen, waarna de onderwijsdirecteur haar een ordemaatregel tot schorsing heeft opgelegd. Tegen deze (en later uitgesproken) schorsing(en) heeft de werknemster beroep aangetekend.

2.2 ROC heeft de kantonrechter verzocht de tussen partijen bestaande arbeidsovereenkomst te ontbinden met ingang van 1 oktober 2020. De werknemster heeft zich tegen het verzoek verweerd en, voor het geval de ontbinding wordt toegewezen, verzocht haar een transitievergoeding en een billijke vergoeding toe te kennen. De kantonrechter heeft het verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst toegewezen onder toekenning van de transitievergoeding en met afwijzing van de verzochte billijke vergoeding.

2.3 Het hof heeft de beschikking van de kantonrechter bekrachtigd, behalve voor zover daarbij het verzoek om toekenning van een billijke vergoeding is afgewezen, die beschikking in zoverre vernietigd en aan de werknemster een billijke vergoeding van € 40.000,- bruto toegekend. Daartoe heeft het hof, voor zover in cassatie van belang, als volgt overwogen:

“4.9 Het hof is van oordeel dat de ontbinding op de g-grond gerechtvaardigd is en dat herstel van de arbeidsovereenkomst niet in de rede ligt. Anders dan [de werknemster] stelt, heeft de verstoorde arbeidsverhouding niets te maken met haar vrijheid van meningsuiting. Dat zij die heeft, staat buiten kijf en dat ROC die niet heeft ingeperkt staat volgens het hof eveneens vast. Die inperking ziet het hof ook niet in het in deze procedure aan de orde zijnde verzoek van ROC om de arbeidsovereenkomst met [de werknemster] te ontbinden. Dat verzoek vormt geen reactie op het uiten door [de werknemster] van haar mening of kritiek op de wijze waarop ROC met onderwijsver-

nieuwing omgaat, maar op de gevolgen die de inhoud van het boek heeft op de interne verhoudingen en werkrelaties. Met de keuze om haar mening in een boek te ventileren, met een anekdotische stijl waarbij dagelijkse werksituaties en uitingen van collega's vrij precies zijn beschreven en de wijze waarop zij (een deel van) haar collega's in haar boek heeft geportretteerd, heeft [de werknemster] een substantieel aantal collega's, zo volgt zonder meer uit de diverse berichten in het dossier, diep gekwetst. [De werknemster] had zich moeten realiseren dat het uitbrengen van haar boek, waarbij, dat heeft zij niet bestreden, ten minste de persoon van enkele collega's wel degelijk herleidbaar is, de samenwerking met diverse collega's zou bemoeilijken. Zij was hiervoor door [de onderwijsmanager] ook uitdrukkelijk gewaarschuwd. Dat zij zich dit ook daadwerkelijk heeft gerealiseerd blijkt uit een interview waarin zij zegt dat zij er rekening mee heeft gehouden dat niet iedereen op school haar boek in dank zou afnemen, maar dat zij dit heeft 'ingecalculeerd'(...). Het hof rekent haar bovendien zwaar aan dat zij bedrijfsgevoelige informatie (te weten het verlies van anderhalve ton dat door team [Pedagogisch Werk] in 2018 is geleden) in haar boek openbaar heeft gemaakt. Hoewel circa 16 tot 18 collega's aan [de werknemster] hebben laten weten dat zij zich niet herkennen in het beeld van een onveilige werksituatie die is ontstaan door de publicatie van haar boek, geldt dit niet voor de rest van het team (dat uit ongeveer 50 leden bestaat). Ook de houding en opstelling van [de werknemster] na de publicatie van het boek en de wijze waarop zij heeft gereageerd op de onvrede uit haar team – waarmee het hof doelt op de aandacht die [de werknemster] via social media (...) voor de kwestie heeft gezocht en de toon die zij daarbij heeft aangeslagen, waarbij voor haar steeds voorop staat dat zij in haar recht op vrije meningsuiting wordt beknut maar waarbij zij weinig oog heeft voor de gevoelens van collega's – heeft naar het oordeel van het hof de arbeidsverhouding verder verstoord. Hoewel [de werknemster] zich op het standpunt stelt dat zij niets van de onvrede en de gekwettheid van haar collega's heeft gemerkt en nadien op gewone voet met haar collega's heeft samengewerkt, ervaren die collega's dat duidelijk anders en die samenwerking is, gelet op de ziekmelding en de schorsingen die snel daarna volgden, van slechts zeer korte duur geweest. Dit alles levert een duurzame en ernstig verstoorde arbeidsverhouding op in de zin van artikel 7:669 lid 1 en 3 sub g BW, zodanig dat van ROC in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren."

3 Beoordeling van het middel in het principale beroep

3.1.1 Onderdeel 1 van het middel is gericht tegen het oordeel van het hof dat de verstoorde arbeidsverhouding van partijen niets te maken heeft met de vrijheid van meningsuiting van werknemster en dat ROC die vrijheid van meningsuiting niet heeft ingeperkt, ook niet door de indiening van het ontbindingsverzoek. Het onderdeel klaagt onder meer dat het hof hiermee aan werknemster de door art. 10 EVRM gegarandeerde vrijheid van meningsuiting heeft onthouden. Het onderdeel betoogt dat de wettelijke bepalingen over ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens een verstoorde arbeidsverhouding geen vrijbrief mogen vormen om aan werknemers de bescherming van art. 10 EVRM te onthouden.

3.1.2 Zoals het onderdeel met juistheid tot uitgangspunt neemt, valt de publicatie van het door de werknemster geschreven boek onder het mede door art. 10 EVRM beschermde recht op vrijheid van meningsuiting. Volgens de vaste rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: EHRM), vermeld in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 4.27, is van een inmenging in de vrijheid van meningsuiting niet alleen sprake bij een publicatieverbod, maar ook indien aan een uiting sancties van strafrechtelijke, arbeidsrechtelijke, privaatrechtelijke of tuchtrechtelijke aard worden verboden. Een verzoek in rechte tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst kan als een zodanige sanctie van arbeidsrechtelijke aard worden aangemerkt. Uit de rechtspraak van het EHRM die is vermeld in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 4.28-4.31 kan worden afgeleid dat bij de beantwoording van de vraag of causaal verband aanwezig is tussen een uiting en een sanctie, moet worden gelet op het geheel van gebeurtenissen vanaf de uiting tot aan het opleggen van de sanctie, in hun onderlinge samenhang.

3.1.3 Het hof heeft vastgesteld dat het ontbindingsverzoek een reactie vormt op de gevolgen die de inhoud van het boek heeft voor de interne verhoudingen en werkrelaties. Deze vaststelling laat geen andere conclusie toe – mede in het licht van het geheel van gebeurtenissen vanaf de publicatie van het boek tot aan (eerst) de schorsing van de werknemster en (vervolgens) de indiening van het ontbindingsverzoek (zie hiervoor in 2.1 onder (vii)-(x)) – dan dat causaal

verband bestaat tussen de publicatie van het boek en het ontbindingsverzoek, en daarmee dat het ontbindingsverzoek een inmenging in de vrijheid van meningsuiting oplevert in de hiervoor in 3.1.2 bedoelde zin. Het onderdeel slaagt.

3.2 Onderdeel 2 behoeft geen behandeling.

3.3 De overige klachten van het middel kunnen niet tot cassatie leiden. De Hoge Raad hoeft niet te motiveren waarom hij tot dit oordeel is gekomen. Bij de beoordeling van deze klachten is het namelijk niet nodig om antwoord te geven op vragen die van belang zijn voor de eenheid of de ontwikkeling van het recht (zie art. 81 lid 1 RO).

4 Beoordeling van het middel in het voorwaardelijke incidentele beroep

4.1 Het incidentele beroep is ingesteld onder de voorwaarde dat een of meer klachten van het middel in het principale beroep slagen. Uit hetgeen hiervoor is overwogen, volgt dat deze voorwaarde is vervuld, zodat het middel in het incidentele beroep dient te worden behandeld.

4.2 Het middel is gericht tegen de beslissing van het hof om aan de werknemster een billijke vergoeding toe te kennen op de voet van art. 7:671b lid 9, aanhef en onder c, BW, op de grond dat de ontbinding van de arbeidsovereenkomst het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van ROC.

4.3 Het middel slaagt. Nu het oordeel van het hof dat de tussen partijen bestaande arbeidsovereenkomst terecht is ontbonden, als gevolg van het slagen van onderdeel 1 van het middel in het principale beroep (zie hiervoor in 3.1.3) niet in stand blijft, kan evenmin in stand blijven het daarmee onlosmakelijk verbonden oordeel dat de werknemster recht heeft op een billijke vergoeding ter zake van die ontbinding.

5 Beslissing

De Hoge Raad:

in het principale beroep en in het incidentele beroep:

- vernietigt de beschikking van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 19 april 2021;
- verwijst het geding naar het gerechtshof 's-Hertogenbosch ter verdere behandeling en beslissing;

in het principale beroep:

- veroordeelt ROC in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van [de werknemster] begroot op € 395,38 aan verschotten en € 2.200,- voor salaris;

in het incidentele beroep:

- veroordeelt [de werknemster] in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van ROC begroot op € 68,07 aan verschotten en € 2.200,- voor salaris, vermeerderd met de wettelijke rente over deze kosten indien [de werknemster] deze niet binnen veertien dagen na heden heeft voldaan.

Deze beschikking is gegeven door de vicepresident M.V. Polak als voorzitter en de raadsheren T.H. Tanja-van den Broek, C.H. Sieburgh, H.M. Wattendorff en A.E.B. ter Heide, en in het openbaar uitgesproken door de raadsheer F.J.P. Lock op 7 oktober 2022.

Noot

Egbert Dommering
Prof. mr. E.J. Dommering is emeritus-hoogleraar informatierecht aan de Universiteit van Amsterdam.

1. De feiten

De feiten ontleen ik aan de Conclusie van de Advocaat-Generaal en de beslissingen van de feitelijke rechters. X is werknemster in dienst bij een ROC binnen het team Pedagogisch Werk (PW). In oktober 2019 heeft zij een boek gepubliceerd. In dit boek beschrijft werknemster (geanonimiseerd) de gang van zaken bij de invoering van

onderwijsvernieuwingen (gepersonaliseerd onderwijs) binnen ROC. Na de publicatie van het boek is werknemster geschorst en enige tijd later heeft ROC de kantonrechter verzocht om de arbeidsovereenkomst met werknemster te ontbinden. De kantonrechter heeft de arbeidsovereenkomst ontbonden vanwege een verstoorde arbeidsverhouding (de g-grond van artikel 669 lid 1 en 3 BW). Het hof heeft die beslissing in stand gelaten. In beide instanties wordt een billijke vergoeding toegekend aan werknemster op grond van art. 7:671b lid 9 onder c BW.

X had het voornemen om het boek te schrijven besproken met de directie van het ROC die positief op het voornemen had gereageerd, maar haar wel op de privacyregels die binnen het ROC golden gewezen, waardoor beschrijvingen in het boek niet tot persoon herleidbaar dienden te zijn. De uitgangspunten van dit onderzoek werden vastgelegd in een aangetekende brief van 11 november 2018 waarop X heeft gereageerd. Ik verwijs naar overweging 2.1 onder (V) en (VI) van de HR. Het is goed om die overweging te lezen. De verder relevante feiten zijn de volgende.

Op 27 oktober 2019 heeft X via e-mailberichten de publicatie van het door haar geschreven boek *“Wanneer krijgen we weer les?”* aan haar collega's bekendgemaakt. Eén van die collega's heeft hierop intern richting de communicatieadviseur van ROC gereageerd met het verzoek mee te kijken en te adviseren, omdat zij het vreemd vond dat een medewerker de werkmailadressen gebruikte voor persoonlijke acquisitieactiviteiten en zij zich afvroeg of dat wel was toegestaan. Er vindt nader overleg plaats. Vervolgens is in een brief van 22 november 2019 van alle managers van de relevante teams aan het College van Bestuur onder meer het volgende geschreven:

‘Enkele weken geleden is het boek (...) uitgegeven. Een boek geschreven door een van onze collega's waarin een persoonlijk perspectief geschetst wordt op de onderwijsontwikkeling die in onze opleiding pedagogisch werk is opgepakt. Als MT Zorg, Welzijn Sport en Uiterlijke Verzorging willen wij een reactie geven op de situatie die hierdoor is ontstaan. De onderwijsdirecteur heeft ons op hoofdlijnen meegenomen in het proces dat het CvB en directie achter de schermen geïnitieerd hebben. O.a. heeft er juridisch onderzoek plaatsgevonden. De uitkomsten hiervan worden op korte termijn besproken en vervolgstappen worden dan bepaald. Gedegen acties die enige tijd vragen, dat is begrijpelijk.

Dat de ontstane situatie ongemak voor onze organisatie betekent, begrijpen wij ook. Echter ... hebben we hier te maken met een situatie die alle grenzen overschrijden van de integriteit van onze collega's. In het boek worden meerdere verwijzingen gemaakt naar collega's die ondanks fictieve namen, makkelijk te herleiden zijn. Dit doet pijn, er is onbegrip, het geeft onrust en veel ongemak.

Iemand mag van alles vinden van een onderwijsverandering, maar nooit op deze manier (zonder toestemming!) dit naar buiten brengen. In dit soort situaties moeten wij als managers, als docenten, ons per direct gesteund voelen door onze organisatie en voor de volle 100% achter de betrokken collega's gaan staan. Er is door X een zaadje geplant door de uitgifte van haar boek. Dit zaadje woekert snel verder, binnen en buiten de organisatie. Een deel van de ontstane schade die hiermee is toegebracht bij collega's is niet meer te keren en dat is al pijnlijk genoeg! Verdere schade moeten we nu proberen te voorkomen. We hebben het hierover normatieve en reflectieve professionalisering wat o.a. inhoudt: ‘welke waarde zitten hieronder, hoe doen we het hier? Het is ons inziens dus nu de hoogste tijd om een statement te maken! Wij hopen dat we hiermee als MT een signaal hebben kunnen afgeven. We hopen dat ons bestuur zijn verantwoordelijkheid neemt en er mede voor zal zorgen dat onze betrokken collega's alle steun krijgen die zij in deze situatie behoren te krijgen!

Verder is in de brief op verschillende punten feitelijke kritiek uitgeoefend op het boek. Zo is vermeld dat sprake is van een eenzijdige en onvolledige beschrijving van de innovatierouting en dat het boek geen recht doet aan alle inzet en kwaliteit die geleverd is door team PW. En belangrijk deel van het personeel vindt dat het boek een volledig verkeerd beeld schetst van onderwijs binnen team PW, en dat dit nooit op deze manier (zonder toestemming) naar buiten had mogen worden gebracht. X heeft prioriteit gegeven aan een mooi verhaal en een welhaast karikaturale beschrijving gegeven van de houding en opstelling van de betrokken teammanagers gegeven. Bovendien heeft zij uit de school geklapt over vertrouwelijke collegiale communicatie met gefingeerde namen die gemakkelijk te herleiden zijn. Ook is in de brief vermeld dat het niet aangaat dat werknemster als medewerker van ROC zonder vooroverleg met en toestemming van de werkgever haar commerciële nevenactiviteiten als schrijver op de gewraakte wijze onder de aandacht heeft gebracht van andere werknemers van ROC. Haar status als OR-lid met een voorbeeldfunctie weegt daarbij ook mee.

Ten slotte is in de brief melding gemaakt van de terugkoppeling van de juridisch adviseur van

ROC, die onder meer te kennen heeft gegeven dat hij/zij zich goed kan voorstellen dat het boek door ten minste een deel van de collega's als nestbevuiling en verraad is ervaren en dat het hem/haar om te beginnen in het belang van de orde, rust en veiligheid nodig lijkt dat werknemster haar werkzaamheden in dat team ten minste tijdelijk neerlegt totdat nader overleg heeft plaatsgevonden over hoe verder met de samenwerking met haar. Volgens de in de brief geciteerde mening van de juridisch adviseur is het OR-lidmaatschap van werknemster daarbij een “strafverzwarende omstandigheid”. Als OR-lid is zij mede vertegenwoordiger van alle ROC-werknemers en heeft zij daarmee zekere status en voorbeeldfunctie.

De kwestie escaleert verder hetgeen leidt tot een officiële schorsing van X die zij onmiddellijk aanvecht. Maar eerst verschijnt begin december 2019 een interview met X in het blad van de Algemene Onderwijsbond met de kop *“Mbo-docent beschrijft mislukte innovatie van binnenuit”* Het College van Bestuur van ROC heeft hierop het volgende bericht op het intranet van ROC geplaatst:

‘(...) Het gaat om onlangs gepubliceerde boek gepubliceerd door een van onze docenten. Met dat boek heeft de docent de publiciteit gezocht. Afgelopen dinsdag is ook een artikel in het Onderwijsblad van de AOb verschenen waardoor het boek in bredere kring belangstelling heeft gewekt.

Vrijheid van meningsuiting

Het boek beschrijft kritisch hoe één van onze teams onderwijskundige innovatie vormgeeft. De namen van onze medewerkers en studenten zijn in het boek gefingeerd. Maar zowel binnen als buiten onze organisatie worden de medewerkers achter de pseudoniemen herkend en aangesproken op de inhoud van het boek. We hebben de docent erop gewezen dat de manier waarop kritiek is geuit niet acceptabel is. De vrijheid van meningsuiting en kritische, inhoudelijke feedback juichen we natuurlijk toe, maar een aantal spelregels heeft de docent overtreden.

Professionele dialoog

Ons roc heeft kritische medewerkers hard nodig. In onze organisatie moet voortdurend de dialoog gevoerd worden. Zo houden we elkaar immers scherp. Elke collega dient zich daarbij wel loyaal en discreet richting zijn werkgever en collega's te gedragen. Zodat er altijd een veilige en professionele werkomgeving gewaarborgd is. Ook als de werknemer ervan uitgaat dat binnen de organisatie sprake is van een misstand die in het kader van het algemeen belang moet worden aangepakt.

Kritische houding

Bij een kritische en professionele houding hoort dat we met elkaar de dialoog aangaan, elkaar laten weten wat we van de dingen vinden. Met open vizier. Alles op tafel. En ook dat we gebruik maken van de mogelijkheden die er daarnaast zijn: kritiek hogerop in de organisatie aan de orde stellen, een klacht indienen dan wel een vertrouwenspersoon inschakelen als je geen gehoor vindt.

Integriteit en privacy

De manier waarop het boek is geschreven en in de publiciteit is gebracht, is precies was we niet willen. Deze vorm van openbaarheid zorgt ervoor dat collega's zich in hun integriteit en privacy voelen aangetast. Er ontstaat angst, het laatste wat we nodig hebben als we een open dialoog willen voeren. Op deze manier frustreert het boek de innovatiekracht van ROC Nijmegen. Als je vragen hebt bespreek het met je leidinggevende om het gesprek in het team op gang te brengen.

(...)

Een poging tot mediation faalt; het ROC wendt zich dan tot de kantonrechter met het verzoek de arbeidsovereenkomst te ontbinden wegens verstoring van de arbeidsverhouding (de zogenaamde g-grond). Dit verzoek wordt onder toekenning van een vergoeding toegewezen. In hoger beroep loopt het niet anders af. De zaak en de beschikking van de kantonrechter trekken veel publiciteit (die ook door X via haar website is gezocht; zij schrijft: ‘De persvrijheid zal ik met hand en tand in de rechtszaal verdedigen’). E. Verhulp schrijft in zijn noot in JAR 2021 (afl. 1 p. 25): ‘Bij de publiciteit lag de sympathie van de journalisten duidelijk bij de docente die de vernieuwing van het onderwijs aan de kaak stelt. Vooral Martin Sommer toont zich in De Volkskrant van 30 oktober 2020 ontsstemd over deze beschikking: ‘Je zou denken dat X zegenrijk werk heeft gedaan met haar geestig-kritische boek. Maar in deze zachtetruienwereld waren er collega's die zich “gekwetst” voelden.’

Dit leidt ook tot Kamervragen. Het antwoord van de Minister van OC & W is als volgt:

‘Zoals ik reeds in het Algemeen Overleg over sociale veiligheid op een eerdere vraag van het lid Beertema (PVV) heb laten weten: docenten moeten zich volledig vrij voelen om kritisch te zijn over de instelling waar ze werken, vanzelfsprekend met de waarborgen van privacy. Over eventuele kritiek zal binnen de instelling een goed gesprek gevoerd moeten worden. Dit met het doel om van kritiek te leren en zo bij te dragen aan een betere onderwijskwaliteit. Waar het gaat om dit specifieke geval is het bestuur van ROC Nijmegen verantwoordelijk voor het werkgeverschap en derhalve ook voor het voorgenomen besluit voor ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Zoals ik het in het Algemeen Overleg over sociale veiligheid heb

aangegeven, ligt een en ander genuanceerder dan in eerdere berichtgeving naar voren is gebracht. Zo heeft ROC Nijmegen mij laten weten dat sprake is van een onherstelbaar verstoorde arbeidsrelatie vanwege de wijze waarop vertrouwelijke informatie is gedeeld met de media. Het is uiteindelijk aan de rechter om te oordelen of ROC Nijmegen in dit geval zorgvuldig heeft gehandeld.' (Aanhangsel bij de Handelingen II 2019/20, 3289).

Ik vermeld deze feiten zo uitvoerig omdat deze drie dingen duidelijk maken die m.i. in de conclusie van de Advocaat-Generaal, de beslissing van de HR en het eerste commentaar in de juridische vakpers (E. Verhulp, *JAR* 2021, afl. 1 p. 25 en M.M. Govaert, *JAR* 2021, afl. 15, p. 2703) onvoldoende uit de verf komen. Het gaat niet om een klokkenluiderzaak (X heeft in de procedure expliciet die bescherming niet geclaimd, zie de conclusie van de A-G, 4.58), het gaat ook niet om een collectief arbeidsconflict waarbij werknemers en werkgever ten aanzien van hun meningsuitingen scherp tegenover elkaar komen te staan (meestal gecombineerd met het onder druk komen van de rechtspositie van vakbondsmensen in loondienst), en evenmin om de al dan niet rechtmatige reportage door een nieuwsmedium dat daarbij verslag doet van interne bedrijfssituatie en aldaar werkzame werknemers (HR 31 maart 2017, *NJ* 2017/238, m.nt. E.J. Dommering, Rabobank/Stichting Restschuld). Het gaat om een met instemming van de werkgever door een werknemer vervaardigde publicatie waarbij ten aanzien van privacy van de werknemers en vertrouwelijke informatie door de werkgever bepaalde eisen zijn gesteld, die door de werknemer stilzwijgend zijn aanvaard (zo begrijp ik tenminste de reactie op 14 november 2018 van X op de aangetekende brief van 11 november 2018 van de directie).

2. De cassatie

2.1. De overwegingen van het Hof

In cassatie draait het om de rol van de vrijheid van meningsuiting bij de beëindiging van de arbeidsverhouding, het onderwerp dus dat ook de inzet was van de publieke discussie. Het Hof Leeuwarden-Arnhem opent met de zinsnede dat verstoorde arbeidsverhouding niets te maken had met die vrijheid van meningsuiting. Deze overweging 4.9 is integraal in overweging 2.3. van het arrest van de HR geciteerd, waar ik naar verwijs. Het gaat in het bijzonder om dit deel: *'Anders dan [werknemster] stelt, heeft de verstoorde arbeidsverhouding niets te maken met haar vrijheid van meningsuiting. Die inperking ziet het hof ook niet in het in deze procedure aan de orde zijnde verzoek van ROC om de arbeidsovereenkomst met [werknemster] te ontbinden. Dat verzoek vormt geen reactie op het uiten door [werknemster] van haar mening of kritiek op de wijze waarop ROC met onderwijsvernieuwing omgaat, maar op de gevolgen die de inhoud van het boek heeft op de interne verhoudingen en werkrelaties.'*

2.2. De overwegingen van de Advocaat-Generaal en de Hoge Raad
De Advocaat-Generaal houdt een uitvoerig betoog over de horizontale werking van grondrechten (in dit geval het recht van vrije meningsuiting) in contractuele verhoudingen (in dit geval de arbeidsovereenkomst). Daar heeft het EHRM zich bij arbeidsverhoudingen al enige malen over uitgelaten. Er zijn verschillende situaties te onderscheiden (die hier dus niet van toepassing zijn).

Wij denken allereerst aan de klokkenluider die misstanden bij de werkgever (anoniem) aan de buitenwereld blootlegt. Dat was aan de orde in de zaak *Heinisch*, EHRM 21-7-2011, appl.28274/08, *NJ* 2012/282, m.nt. E.J. Dommering. De klokkenluider was na onthullingen op staande voet ontslagen en de vraag was aan de orde of daardoor zijn recht van vrijheid van meningsuiting was geschonden. Het EHRM formuleert in dit arrest een aantal afwegingsfactoren: a. het publieke belang van de informatie, b. de loyaliteit in de arbeidsovereenkomsten verplicht tot het zoeken van een oplossing binnen die verhouding, bijvoorbeeld door rapportage aan een leidinggevende, c. de feitelijke correctheid van de informatie, d. de goede trouw van de klokkenluider. Een andere, veel voorkomende, situatie is een onderhandeling over arbeidsvoorwaarden. Meestal gaat het dan om vakbondsleden. Een voorbeeld van een dergelijke zaak is het EHRM in de zaak *Palomo Sanchez/Spainje*, 12 september 2012, appl. 28955/06, *NJ* 2012/522, m.nt. E.J. Dommering over een beledigende cartoon die een werknemer (tevens vakbonds lid) in het kader van een geschil tussen vakbond en bedrijfsleiding had gemaakt over zijn werkgever. In dat arrest oordeelde de Grand Chamber dat de reputatie van medewerkers en de loyaliteit zoals deze uit het bestaan van een arbeidsovereenkomst voortvloeit mede factoren zijn om te beoordelen of bij de uitoefening van het recht van vrije meningsuiting de werknemer zich meer beperkingen had moeten opleggen.

Onder aanhaling van deze precedenter formuleerde het EHRM in de zaak *Herbai/Hongarije* (5 november 2019, appl. 11608/15) een algemene regel:

'38. As the Court has previously observed, in order to be fruitful, labour relations must be based on mutual trust. Even if the requirement to act in good faith in the context of an employment contract does not imply an absolute duty of loyalty towards the employer or a duty of discretion to the point of subjecting the worker to the employer's interests, certain manifestations of the right to freedom of expression that may be legitimate in other contexts are not legitimate in that of labour relations.'

Het betrof een ontslag van bankemployé die op zijn website informatie over het bedrijf had onthuld. De beginselen toepassend die het eerder had ontwikkeld, onderzoekt het Hof of de aard van de informatie een publiek belang diende, de juistheid van de informatie, of er een minder schadelijk alternatief was en of de werknemer te goeder trouw handelde.

In de onderhavige zaak lijkt mij dat relevant, omdat er vooraf overleg met de directie is geweest over het boek dat de eisers in cassatie over het werken bij het betrokken ROC zou gaan schrijven en dat toen ook nadrukkelijk is gewezen op de privacy van de werknemers en de noodzakelijke bescherming van vertrouwelijke bedrijfsinformatie.

Als ik het arrest van het Hof lees, komt het mij voor dat het Hof de afweging in de geest van de arresten van het EHRM heeft verricht. Noch de advocaat-generaal noch de HR doen echter moeite deze overwegingen op hun inhoud te beoordelen als een afweging tussen het recht van vrije meningsuiting dat X heeft gebruikt, de privacy rechten van de werknemers en de belangen van de werkgever die ze bij de uitoefening van dat recht heeft geschonden, waardoor de verstoring in belangrijke mate is veroorzaakt. Het Hof weegt met name het loyaliteitsbelang, dat in de arbeidsrelatie een aparte factor vormt.

Het probleem is dat het Hof deze op zichzelf juiste afweging in een verkeerde juridische jas heeft gestoken door te beginnen met een klarenstoot dat de zaak niets met de vrijheid van meningsuiting heeft te maken. Het gaat om de vraag of er een juiste afweging is geweest tussen die vrijheid, de vertrouwensrelatie zoals deze (in concreto) moet worden beoordeeld, en de (onnodige) schending van privacy rechten van de werknemers afgewogen tegen het openbare belang van de gepubliceerde informatie en de vorm waarop dat is gebeurd. Die verkeerde 'jas' behoeft echter geen beletsel te zijn. Het komt wel vaker voor dat de Hoge Raad de juiste rechtstoepassing in de overwegingen van de appelrechter 'leest'; maar hier dus niet, waarschijnlijk van wege de publieke ophef rond de zaak.

Een ander bezwaar tegen dit arrest is dat de HR m.i. een onduidelijke instructie geeft aan de rechter naar wie de zaak wordt verwezen. De Advocaat-Generaal bespreekt de hiervoor geciteerde uitspraken van het EHRM maar verlegt de aandacht in de paragrafen 4.28-4.31 naar die welke gaan over voortijdige beëindiging van de ambtstermijn in verband met de opvattingen van een rechter (met name in Oost Europese landen) waarover het EHRM herhaaldelijk uitspraken heeft gedaan. Mijns inziens gaat het daar vooral om de in EVRM beschermde onafhankelijkheid van de rechterlijke macht. De HR verwijst in zijn overweging 3.1.2, waarin het geen eigen interpretatie van de zaak geeft, naar nu juist deze paragrafen van de conclusie.

Mijn tweede bezwaar betreft de zinsnede 'dat het bij de vraag of er causaal verband aanwezig is tussen de uiting en een sanctie, het gaat om het geheel van de gebeurtenissen vanaf de uiting tot aan het opleggen van de sanctie, in hun onderlinge samenhang'. Het gaat in deze zaak om meer, namelijk de toestemming die de werknemer aan de werkgever voor het te schrijven boek heeft gevraagd en de voorwaarden die de werkgever voorafgaande aan de publicatie heeft gesteld; en hoe deze door de werknemer zijn uitgevoerd, en een ander tegen de achtergrond van de afwegingsfactoren hiervoor vermeld.

3. De actualiteit in de wereld van 'de grensoverschrijdende gedragingen'

De vrijheid van meningsuiting in arbeidsrelaties is een steeds actuelere kwestie waarin steeds meer (vaak vergezeld van grote publiciteit) 'grensoverschrijdend gedrag' de reden voor ontbinding van de arbeidsverhouding is. Dit is een ruime term die in het huidige maatschappelijk jargon loopt van fysieke en psychische misdragingen tot afwijkende opvattingen of gedragsstijl. Een factor is ook dat de arbeidsverhoudingen vaak niet duurzaam zijn (van zzp-ers tot tijdelijke contracten), hetgeen machtsverhoudingen op de werkvloer asymmetrisch maakt. 'Verstoring van de arbeidsverhouding' wordt daardoor steeds meer een figuur die door scheve machtsverhoudingen een verschillende maatschappelijke opvattingen wordt 'ingekeurd'. Het onderzoek dat in december 2022 bij de Nederlandse omroep is gestart naar aanleiding van de 'Wereld draait door' affaire is er een voorbeeld van.

Een duidelijke uitspraak van de HR in deze materie was behulpzaam geweest.