

Wangedrag van werknemers

Wangedrag van werknemers

De bevoegdheid van werkgevers tot opsporing en sanctionering

*Misbehaviour of Employees
The competence of employers to investigate and to sanction*

Proefschrift

ter verkrijging van de graad van doctor aan de
Erasmus Universiteit Rotterdam
op gezag van de
rector magnificus
Prof. dr. S.W.J. Lamberts
en volgens besluit van het College voor Promoties.

De openbare verdediging zal plaatsvinden op
donderdag 31 augustus 2006 om 11.00 uur

door

Miranda Maria Koevoets

geboren te Terneuzen

Promotiecommissie

Promotor: Prof. mr. C.J. Loonstra
Overige leden: Prof. mr. P.A.M. Mevis
Prof. mr. L.J.J. Rogier
Prof. mr. W.A. Zondag

© 2006 M.M. Koevoets / Boom Juridische uitgevers

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet van 1912 gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voorzover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet 1912 dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet 1912) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.cedar.nl/pro).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

ISBN-10 90 5454 740-5
ISBN-13 978 90 5454 740-2
NUR 825
www.bju.nl

Woord vooraf

In 2001 was ik als studente Nederlands recht op zoek naar een onderwerp voor mijn scriptie. Mijn belangstelling ging uit naar zowel het arbeidsrecht als het strafrecht. Interessant vond ik de gezagsrelatie tussen een principaal en een ondergeschikte, welke relatie in beide rechtsgebieden centraal staat. Wijnand Zondag, destijds nog werkzaam als universitair docent bij de sectie arbeidsrecht aan de Erasmus Universiteit, begeleidde me vervolgens bij mijn scriptie over de arbeidsrechtelijke positie van de strafrechtelijk vervolgte werknemer. Halverwege het scriptietraject wees hij me op het feit dat er een aio werd gezocht voor het schrijven van een proefschrift over dit onderwerp. Wijnand wist me er met zijn enthousiasme niet alleen van te overtuigen dat ik het leuk zou vinden, maar ook dat ik het zou kunnen. Nu, bijna vijf jaar later, is het proefschrift af, ben ik in ‘mentale’ voorbereiding op de promotie en tracht ik in dit ‘woord vooraf’ aan te geven hoe het zo ver is gekomen. Een onmogelijke opgave. De jaren waarin je aan een proefschrift werkt, vliegen voorbij en tegelijkertijd gebeurt er ontzettend veel. Voordat je aan het proefschrift begint, word je wel eens gewaarschuwd voor de diepe dalen waar je als promovendus doorheen zult gaan. Ik ben ze (gelukkig) niet tegengekomen. Alleen hier en daar wat steile hellingen, die iets meer van je doorzettingsvermogen vergen. Een aantal mensen heeft daartoe bijgedragen en daarvoor ben ik hen bijzonder dankbaar.

Allereerst uiteraard mijn promotor, prof. mr. C.J. Loonstra. Ik had me geen betere promotor en begeleider kunnen wensen. Als ik een stuk inleverde, had ik het binnen een week terug. Vervolgens nam Cees, ondanks zijn drukke werkzaamheden als hoogleraar en onderzoeksdecaan, stevast de tijd om zijn commentaar of (altijd) opbouwende kritiek nader toe te lichten. Naast de inhoudelijke opmerkingen gaf hij overigens ook altijd complimenten, die mij weer moed gaven verder te gaan. Ik ben hem dankbaar voor zijn geduld en vertrouwen. Dankzij Cees heb ik het manuscript na vier jaar en vier maanden bij de kleine commissie kunnen inleveren. Gelukkig heeft hij geen hekel aan het begeleiden van promovendi...

In de tweede plaats gaat mijn dank uit naar prof. mr W.A. Zondag. Dankzij Wijnand ben ik aan het schrijven van het proefschrift begonnen. De eerste twee jaar was dat onder zijn enthousiaste begeleiding. Alhoewel ik zelf nog wel eens twijfelde aan mijn vermogen een (goed) proefschrift te kunnen schrijven, gaf Wijnand vanaf dag 1 al aan er alle vertrouwen in te hebben. Voorts maakte hij me attent op de vele invalshoeken en aanknopingspunten van mijn onderwerp, hetgeen zeer inspirerend heeft gewerkt.

Op deze plaats wil ik ook prof. mr. P.A.M. Mevis bedanken. Hij was bereid reeds tijdens het schrijven van mijn proefschrift een hoofdstuk te lezen en van commentaar te voorzien. Voorts was hij altijd bereikbaar voor het

beantwoorden van vragen en het geven van aanwijzingen. Ook prof. mr. L.J.J. Rogier ben ik dankbaar voor het al eerder lezen en beoordelen van een hoofdstuk. Beiden ben ik dank verschuldigd voor het zitting nemen in de promotiecommissie en de tijd en moeite die zij als leden van de kleine commissie hebben genomen om het manuscript nauwkeurig te lezen en te beoordelen.

Voorts dank ik Arthur Hartmann voor zijn suggesties en bereidheid altijd vragen op het gebied van het strafrecht te beantwoorden. Mevrouw Suja Suryanarayanan zeg ik dank voor het corrigeren van de Engelse samenvatting.

Voorts wil ik graag mijn collega's van de sectie arbeidsrecht noemen. Ook de goede werksfeer en de nodige gezelligheid hebben bijgedragen aan de uiteindelijke voltooiing van het proefschrift.

Marie Sophie bedank ik voor haar luisterend oor en de bereidheid paranimf te zijn, terwijl zij zelf druk is met de afronding van haar proefschrift.

En last but not least, gaat mijn dank uit naar een aantal mensen uit mijn persoonlijke omgeving die ieder op hun eigen manier hun bijdrage hebben geleverd. Uiteraard mijn vrienden, die mij met hun humor en gezelligheid de nodige energie gaven om het onderzoek tot een goed einde te brengen. Maar bovenal ben ik mijn familie erkentelijk. Mijn ouders voor hun niet aflatende steun en hun vertrouwen in mijn kunnen. Mijn broer, Robert, die de afgelopen jaren zijn eigen advocatenkantoor is begonnen en die ik altijd kon lastig vallen met vragen over de praktijk van het strafrecht. Richard, bedankt dat je er altijd bent. Tot slot wil ik Tommy bedanken voor de extra spanning en afleiding als gevolg van zijn mysterieuze verdwijningen.

Rotterdam, juni 2006

Inhoudsopgave

Woord vooraf	V
Lijst van gebruikte afkortingen	XIII
1. Inleiding	
1.1 Algemene inleiding	1
1.2 Probleemstelling	1
1.3 Begripsdefiniëring	2
1.4 Opzet	7
2. Opsporing door de werkgever	
2.1 Inleiding	9
2.2 De rechtsgrond van de opsporingsbevoegdheid	10
2.3 Normering van de opsporing	12
2.3.1 Het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer	12
2.3.1.1 Horizontale werking	15
2.3.1.2 De reikwijdte van het privacyrecht	18
2.3.1.3 Opsporing door de werkgever	21
2.3.1.4 Rechtspraak	23
2.3.2 De Wet bescherming persoonsgegevens	28
2.3.2.1 De opsporingsmethoden en de toepasselijkheid van de WBP	30
2.3.2.2 Opsporing van wangedrag uit het verleden: onderzoek naar strafrechtelijke gegevens	32
2.3.2.3 Consequenties van de WBP voor opsporing door de werkgever	34
2.3.2.4 Rechtspraak	40
2.3.3 Het instemmingsrecht van de ondernemingsraad	41
2.3.4 Bijzondere regelingen	44
2.3.4.1 Art. 139 <i>f</i> Sr en art. 441 <i>b</i> Sr	44
2.3.4.2 De NVP-Sollicitatiecode	48
2.3.4.3 De Wet justitiële gegevens en strafvorderlijke gegevens	49
2.3.4.4 Regelingen voor particuliere recherche- en detectivebureaus	50
2.4 Opsporing in het strafrecht	53
2.4.1 Opsporingsbevoegdheden en -methoden	54
2.4.1.1 Opsporing(sbevoegdheden)	54
2.4.1.2 Opsporingsmethoden	58

2.4.2 Rechtsbescherming	61
2.4.2.1 Het strafvorderlijke legaliteitsbeginsel	62
2.4.2.2 Het redelijk vermoeden van een strafbaar feit	64
2.4.2.3 Klassieke beginselen van strafprocesrecht	65
2.4.2.4 De beginselen van behoorlijk strafprocesrecht	68
2.4.2.5 Onrechtmatig verkregen bewijs	71
2.5 Legitimatie van opsporing door de werkgever	74
2.5.1 Wettelijke regeling en het recht op privacy	76
2.5.2 Het vereiste van een redelijk vermoeden van wangedrag	78
2.5.3 Klassieke beginselen van opsporing	78
2.5.4 Beginselen van behoorlijke opsporing	79
2.5.5 Onrechtmatig verkregen bewijs	80
2.5.6 Concluderend	81
2.6 Onrechtmatig verkregen bewijs	82
2.6.1 Rechtspraak	84
2.6.2 De beoordeling van de rechtmatigheid en het belang van sancties	90
2.6.3 Differentiatie in sancties	92
2.6.4 Vaststelling van de sanctie en de mogelijkheid van bewijsuitsluiting	93
2.7 Samenvatting en conclusies	96

3. Sancties door de werkgever

3.1 Inleiding	101
3.2 Het begrip ‘sanctie’	102
3.2.1 Oorsprong en betekenis	102
3.2.2 Literatuur	102
3.2.3 Arbeidsrechtelijke sancties	105
3.2.4 Kanttekeningen	108
3.3 Sancties in het strafrecht	108
3.3.1 De straf	109
3.3.2 De maatregel	111
3.4 Vergelijking van arbeidsrechtelijke sancties met strafrechtelijke sancties	113
3.4.1 Vergelijkingscriteria	113
3.4.2 Het karakter van de arbeidsrechtelijke sancties	115
3.4.2.1 Sancties met het karakter van een straf	116
3.4.2.2 De opzegging wegens een dringende reden	116
3.4.2.3 Ontbinding wegens een dringende reden	119
3.4.2.4 Ontbinding wegens veranderingen in de omstandigheden	120
3.4.2.5 Ontbinding wegens wanprestatie	121
3.4.2.6 Opzegging, schorsing, overplaatsing	122
3.4.2.7 Concluderend	123
3.5 ‘Ne bis in idem’ en ‘geen straf zonder schuld’ in het arbeidsrecht?	124
3.5.1 De beginselen ‘ne bis in idem’ en ‘geen straf zonder schuld’	124
3.5.1.1 Ne bis in idem	125

3.5.1.2 Geen straf zonder schuld	126
3.5.2 Argumenten voor toepassing van de beginselen in het arbeidsrecht	129
3.5.2.1 Het arbeidstuchtrecht als vorm van strafrecht	129
3.5.2.2 Bescherming tegen ‘straffen’	132
3.5.2.3 De jurisprudentie over het ‘criminal charge’-begrip	134
3.5.3 Concluderend	138
3.6 Toepassing van ‘ne bis in idem’ en ‘geen straf zonder schuld’ in het arbeidsrecht	139
3.6.1 Ne bis in idem	140
3.6.1.1 Interne samenloop	140
3.6.1.2 Externe samenloop	141
3.6.2 Geen straf zonder schuld	145
3.6.2.1 Schuld in de zin van verwijtbaarheid	146
3.6.2.2 Vaststelling van de schuld bij een strafrechtelijke vervolging	146
3.6.2.3 De schuldvraag bij een strafrechtelijke verdenking of voorarrest	149
3.7 Ordemaatregelen	152
3.7.1 Het noodzakelijkheidsvereiste	153
3.7.1.1 Vaststelling aan de hand van alle concrete omstandigheden van het geval	153
3.7.1.2 Voorbeelden van omstandigheden	156
3.7.1.3 Voorarrest of detentie	159
3.7.2 Soms ook ‘geen ordemaatregel zonder schuld’	162
3.7.3 Sancties met een bijzonder karakter: de opzegging en ontbinding wegens een dringende reden	163
3.7.4 De ontbindingsvergoeding onder voorwaarde van vrijspraak of niet verdere vervolging	168
3.8 Overige bij arbeidsrechtelijke sancties in acht te nemen regels	172
3.9 Sancties in het socialezekerheidsrecht	174
3.9.1 De Wet Boeten, maatregelen en terug- en invordering sociale zekerheid	175
3.9.2 Literatuur	177
3.9.2.1 Art. 6 EVRM	179
3.9.2.2 Samenloop van sancties: ‘ne bis in idem’- en ‘una via’-beginsel	180
3.9.2.3 Overige waarborgen	182
3.9.3 Concluderend	184
3.10 Samenvatting en conclusie	185

4. De legitimatie van straffen door de werkgever

4.1 Inleiding	189
4.2 De rechtsgrond van de strafbevoegdheid	190
4.3 Intermezzo: verplichte regelgeving voor e-mail en internetgebruik	193
4.3.1 Situatie vóór het rapport ‘Goed werken in netwerken’	193
4.3.2 Het rapport ‘Goed werken in netwerken’	194

4.3.3 Situatie na het rapport ‘Goed werken in netwerken’	195
4.4 Huidige regeling van het arbeidstuchtrecht	196
4.4.1 Procedurele aspecten	197
4.4.2 Materieelrechtelijke aspecten	200
4.4.2.1 Het instructierecht van de werkgever ex art. 7:660 BW	202
4.4.2.2 De boete	208
4.4.2.3 Bedrijfstaking-CAO’s	212
4.4.2.4 Ondernemings-CAO’s	215
4.4.2.5 Personeelshandboeken	217
4.4.2.6 De ondernemingsovereenkomst	222
4.4.3 De rol van de ondernemingsraad	223
4.4.3.1 Het Wetsvoorstel tot wijziging van de WOR en titel 7.10 BW	223
4.4.3.2 Huidige situatie	225
4.5 Strafrechtelijke regelgeving door de overheid	226
4.5.1 Democratie en rechtsstaat	227
4.5.2 Het legaliteitsbeginsel	229
4.5.2.1 Het strafvorderlijke legaliteitsbeginsel	230
4.5.2.2 Het strafrechtelijke legaliteitsbeginsel	232
4.6 Uitbreiding van arbeidstuchtrechtelijke regelgeving?	235
4.6.1 De wenselijkheid van uitbreiding	235
4.6.2 Uitbreiding van de regelgeving	236
4.6.2.1 Niveau van de regelgeving	237
4.6.2.2 Procedurele aspecten	240
4.6.2.3 Materiële aspecten	244
4.7 Het Wetsvoorstel arbeidstuchtrecht	246
4.7.1 Het SER-Advies arbeidstuchtrecht	248
4.7.2 Parlementaire stukken, mondelinge behandeling en intrekking	250
4.7.2.1 Memorie van Toelichting, verslag en nota naar aanleiding van het verslag	250
4.7.2.2 Mondelinge behandeling en intrekking	252
4.7.3 Inhoudelijke beoordeling van het wetsvoorstel	254
4.8 Samenvatting en conclusie	255

5. Duitsland

5.1 Inleiding	259
5.2 Het Duitse arbeidsrecht	260
5.2.1 Enkele bijzonderheden van het Duitse arbeidsrecht	261
5.2.2 Het Duitse ontslagrecht	264
5.2.2.1 Gewone opzegging	266
5.2.2.2 Buitengewone opzegging	272
5.2.2.3 De rol van de ondernemingsraad	275
5.3 Opsporing door de werkgever	278
5.3.1 Normering	279

5.3.1.1 Het 'Persönlichkeitsrecht'	279
5.3.1.2 De toepasselijkheid van de Bundesdatenschutzgesetz	283
5.3.1.3 Instemmingsrecht van de ondernemingsraad	286
5.3.1.4 Enkele bijzondere regelingen en bepalingen	287
5.3.2 Onrechtmatig verkregen bewijs	292
5.3.2.1 BVerfG 31 juli 2001	294
5.3.2.2 BVerfG 9 oktober 2002	295
5.3.2.3 BAG 27 maart 2003	296
5.4 Sancties door de werkgever	299
5.4.1 De mogelijke sancties	299
5.4.1.1 De 'Abmahnung'	301
5.4.1.2 De 'Suspendierung'	302
5.4.1.3 De 'Vertragsstrafen' en 'Betriebsbußen'	305
5.4.2 Ontslag als sanctie	309
5.4.2.1 De 'Verdachtskündigung'	309
5.4.2.2 De 'Tatkündigung'	316
5.4.2.3 Het ontslag wegens werkverzuim als gevolg van hechtenis	319
5.5 Het klachtrecht van de werknemer	321
5.6 Samenvatting en conclusie	325

6. Conclusies en aanbevelingen

6.1 Inleiding	335
6.2 Opsporing	336
6.3 Sanctionering	340
6.3.1 De sancties en de voorwaarden voor het opleggen van een sanctie	340
6.3.2 Grondslag en regeling van de sanctiebevoegdheid	343
6.4 Eindconclusie	346

Summary	347
---------	-----

Geraadpleegde CAO's	355
---------------------	-----

Geraadpleegde literatuur	357
--------------------------	-----

Jurisprudentie	383
----------------	-----

Trefwoordenregister	393
---------------------	-----

Curriculum Vitae	405
------------------	-----

Lijst van gebruikte afkortingen

AA	Ars Aequi
AB	Administratiefrechtelijke Beslissingen
Abs.	Absatz
ABW	Algemene bijstandswet
A-G	advocaat-generaal
AmvB	Algemene maatregel van bestuur
ArA	Arbeidsrechtelijke Annotaties
ARAR	Algemeen Rijksambtenarenreglement
ArbG	Arbeitsgericht
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
ArbZG	Arbeitszeitgesetz
art.	artikel
Awb	Algemene wet bestuursrecht
BAG	Bundesarbeitsgericht
BB	Betriebsberater
Bb	Bedrijfsjuridische berichten
BBA	Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
bijv.	bijvoorbeeld
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BW	Burgerlijk Wetboek
BZRG	Bundeszentralregister-Gesetz
CAO	Collectieve arbeidsovereenkomst
CAR	Collectieve Arbeidsvoorwaardenregeling
CBP	College bescherming persoonsgegevens
CRvB	Centrale Raad van Beroep
CSV	Coördinatiewet Sociale Verzekering
CWI	Centrum voor werk en inkomen
DB	Der Betrieb
diss.	dissertatie
e.a.	en anderen
EHRM	Europees Hof voor de Rechten van de Mens
e.v.	en verder
EVRM	Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden
FAD	Stichting Fraude Aanpak Detailhandel
FNV	Federatie Nederlandse Vakvereniging
GG	Grundgesetz
Gw	Grondwet

HR	Hoge Raad
IVBPR	Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten
JAR	Jurisprudentie Arbeidsrecht
JIN	Jurisprudentie in Nederland
jo.	juncto
KG	Kort Geding
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
Ktr.	Kantonrechter
LAG	Landesarbeitsgericht
LJN	Landelijk jurisprudentienummer
losbl.	Losbladig
m.n.	met name
m. nt.	met noot
MSchG	Mutterschutzgesetz
MvA	Memorie van Antwoord
MvT	Memorie van Toelichting
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJB	Nederlandse Juristenblad
nr.	nummer
NVP	Nederlandse Vereniging voor Personeelsbeleid
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeits- und Socialrecht
OM	Openbaar Ministerie
OR	ondernemingsraad
OvJ	Officier van Justitie
p.	pagina
Pres. Rb.	President in kort geding
Prg.	Praktijkgids
Rb.	Rechtbank
red.	redactie
resp.	respectievelijk
r.o.	rechtsoverweging
RSV	Rechtspraak Sociale Verzekeringen
RvdW	Rechtspraak van de Week
SER	Sociaal-Economische Raad
SMA	Sociaal Maanblad Arbeid
SUWI	Wet structuur uitvoeringsorganisatie werk en inkomen
Sv	Wetboek van Strafvordering
Sr	Wetboek van Strafrecht
SR	Nederlands Tijdschrift voor Sociaal Recht
Stb.	Staatsblad
Stcrt.	Staatscourant
StGB	Strafgesetzbuch
T&C	Tekst en Commentaar
TAR	Tijdschrift voor Ambtenarenrecht

TDDSG	Teledienstedatenschutzgesetz
TDSV	Telekommunikationsdatenschutzverordnung
TKG	Telekommunikationsgesetz
Trb.	Tractatenblad
UvA	Universiteit van Amsterdam
UVRM	Universele Verklaring van de rechten van de mens
UWO	Uitwerkingsovereenkomst
VBP	Vereniging van Particuliere Beveiligingsorganisaties
vgl.	vergelijk
VU	Vrije Universiteit
WBM	Wet Boeten, maatregelen en terug- en invordering sociale zekerheid
WBP	Wet bescherming persoonsgegevens
WCAO	Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst
WED	Wet op de economische delicten
Wet Bob	Wet Bijzondere opsporingsbevoegdheden
WJG	Wet justitiële gegevens en strafvorderlijke gegevens
WOR	Wet op de ondernemingsraden
WPBR	Wet particuliere beveiligingsorganisaties en recherchebureaus
WPR	Wet persoonsregistraties
WW	Werkloosheidswet
WWM	Wet wapens en munitie
ZPO	Zivilprozessordnung

1. Inleiding

1.1 Algemene inleiding

Uit de, met name lagere, rechtspraak blijkt dat werkgevers regelmatig met (vermoedelijk) wangedrag van werknemers worden geconfronteerd. De volgende, aan de rechtspraak ontleende, casus kan als voorbeeld dienen.¹ Een werkgever kampt al een tijdje met het op onverklaarbare wijze verdwijnen van goederen uit zijn magazijn. Na een aantal vruchteloze pogingen de verdwijningen te beëindigen door middel van tellingen en controles, besluit de werkgever tot de plaatsing van verborgen camera's over te gaan. Met behulp van de heimelijk opgestelde camera's, stelt de werkgever vast dat een werknemer op zaterdagmiddag het bedrijfspand binnengaat en goederen uit het magazijn meeneemt. De werkgever confronteert de werknemer met de beelden en na een gesprek wordt de werknemer op staande voet ontslagen. De werknemer ontkent zich aan diefstal of verduistering schuldig te hebben gemaakt. Alleen al naar aanleiding van voorgaande casus rijst een groot aantal vragen: mocht de werkgever gebruik maken van heimelijk cameratoezicht, of een andere ingrijpende opsporingsmethode? Indien deze vraag ontkennend moet worden beantwoord, kan de werkgever de camerabeelden dan nog steeds aanvoeren als bewijs van een dringende reden? Welke regels zijn op deze opsporingsmethoden van toepassing? Kan de vermeende diefstal een ontslag op staande voet rechtvaardigen? En hoe luidt het antwoord op deze vraag indien de werknemer voor de diefstal strafrechtelijk wordt vervolgd, maar blijft ontkennen? Voerde de werkgever een duidelijk beleid op het gebied van sanctionering van diefstal door werknemers? Is dat van belang? Deze en andere, soortgelijke vragen die rijzen in verband met het wangedrag van werknemers, vormen het onderwerp van dit onderzoek.

1.2 Probleemstelling

Indien een werkgever een vermoeden heeft dat een werknemer zich aan bepaald wangedrag schuldig maakt, probeert hij de dader meestal op te sporen. Indien de dader eenmaal is opgespoord, of de werkgever heeft een werknemer op heterdaad betrapt, wordt vaak een sanctie opgelegd. De vraag die rijst is, of in Nederland regelgeving bestaat die de opsporing en sanctionering door werkgevers, van wangedrag door werknemers, legitimeert. Dit onderzoek spitst zich toe op de deelvragen die uit deze probleemstelling voortvloeien.

¹ Zie Ktr. Zwolle 11 november 2005, *JIN* 2005, 458.

Ten aanzien van de opsporing vloeien uit de probleemstelling de volgende deelvragen voort. Waarop kan de opsporingsbevoegdheid van de werkgever worden gebaseerd? Welke regels normeren de bevoegdheid van de werkgever tot opsporing? Bieden deze regels voldoende legitimatie voor de uitoefening van die bevoegdheid? Ten aanzien van het opleggen van sancties komen de volgende vragen aan de orde. Indien uit het onderzoek blijkt dat een werknemer zich aan wangedrag schuldig heeft gemaakt, of en werknemer is op heterdaad betrapt, welke sancties kan de werkgever dan opleggen? Mag een werkgever ter zake van hetzelfde wangedrag meerdere malen een sanctie opleggen? Dient de schuld van de werknemer vast te staan alvorens een sanctie wordt opgelegd en wanneer is sprake van schuld? En hoe luiden de antwoorden op deze vragen indien de werknemer ter zake van het wangedrag strafrechtelijk wordt vervolgd? Kan een werkgever bijvoorbeeld altijd een sanctie opleggen, of dient hij eerst de uitkomst van de strafrechtelijke procedure af te wachten? Waarop berust de bevoegdheid van de werkgever tot sanctioneren en waar is deze bevoegdheid geregeld? Biedt deze regeling voldoende legitimatie voor uitoefening van de sanctiebevoegdheid? Bij het zoeken van antwoorden op deze vragen, wordt in ieder hoofdstuk de voorvraag gesteld, wat de gevolgen zijn van de eventuele gelijkennis tussen opsporing en sanctionering door de werkgever, en opsporing en sanctionering door de overheid. Doelstelling van dit onderzoek is derhalve het in kaart brengen van de regels die werkgevers bij opsporing en sanctionering van vermeend wangedrag in acht dienen te nemen.

1.3 Begripsdefiniëring

‘Wangedrag’ is in dit onderzoek een centraal begrip. De vraag die rijst, is hoe dit begrip moet worden omschreven. In de arbeidsrechtelijke literatuur zijn tot op heden slechts een paar omschrijvingen van het begrip ‘wangedrag’ gegeven.

Verhulp en Zondag onderscheiden het begrip ‘wangedrag’ van het begrip ‘disfunctioneren’. Onder ‘disfunctioneren’ verstaan zij ‘het niet op juiste wijze vervullen van taken door een werknemer; het niet in voldoende mate voldoen aan de gestelde functie-eisen.’² Wangedrag omschrijven zij als een extreme vorm van disfunctioneren, die – veelal – een verwijtbare vorm van disfunctioneren betreft. Tegelijkertijd wijzen Verhulp en Zondag op een duidelijk verschil tussen beide begrippen: het begrip ‘disfunctioneren’ is neutraal, in die zin dat een werknemer lang niet altijd een verwijt kan worden gemaakt ten aanzien van het niet voldoen aan de gestelde functie-eisen (ook arbeidsongeschiktheid zou als een vorm van disfunctioneren kunnen worden aangemerkt). Het onderscheid tussen beide kan volgens hen worden omschreven als het onderscheid tussen onmacht of onkunde (disfunctioneren) en onwil of moedwil (wangedrag). Verhulp en Zondag menen dat het niet problematisch is

² Deze omschrijving van het begrip ‘disfunctioneren’ baseren zij op art. 5:1 lid 1 Ontslagbesluit.

dat de begrippen ‘wangedrag’ en ‘disfunctioneren’ niet geheel sluitend ten opzichte van elkaar kunnen worden afgebakend. Arbeidsrechtelijk gezien is een strikte afbakening volgens hen niet noodzakelijk, aangezien de begrippen sec nagenoeg geen arbeidsrechtelijke invulling hebben gekregen. Voorts wijzen Verhulp en Zondag er op dat uit een analyse van de in *Jurisprudentie Arbeidsrecht* verschenen rechtspraak blijkt, dat het begrip ‘wangedrag’ gelijk staat aan een ‘dringende reden’ in de zin van art. 7:678 BW en 7:685 BW.³

Beltzer verstaat onder het begrip ‘wangedrag’ elke misdraging die schadelijk is voor de verhouding tussen de werkgever en de werknemer.⁴

Voorgaande omschrijvingen van het begrip ‘wangedrag’ roepen een aantal vragen op. Zo doet de omschrijving van Verhulp en Zondag de vraag rijzen of het begrip ‘wangedrag’ wel van het begrip ‘disfunctioneren’ moet worden onderscheiden: is wangedrag niet gewoon een verwijtbare vorm van disfunctioneren? Ik ga van een verfijnde definitie van de term ‘wangedrag’ uit. Naar mijn mening dient ‘wangedrag’ namelijk strikt van ‘disfunctioneren’ te worden onderscheiden. Wangedrag kan in bepaalde gevallen weliswaar samenvallen met (extreem) disfunctioneren, in die zin dat de werknemer disfunctioneert als gevolg van het feitelijke wangedrag. Niettemin is wangedrag in mijn opvatting geen *vorm* van disfunctioneren. Disfunctioneren is direct gerelateerd aan de uitoefening van de werkzaamheden in het kader van de arbeidsovereenkomst: de werkzaamheden worden niet of onvoldoende uitgevoerd. Met het begrip ‘disfunctioneren’ wordt een oordeel gegeven over de uitvoering van de verplichtingen voortvloeiend uit de arbeidsovereenkomst; over het functioneren.⁵ Onder het begrip ‘wangedrag’ versta ik in deze studie gedrag dat juist *niet* voortvloeit uit de verbintenis die de werknemer jegens de werkgever op zich heeft genomen. Voor de arbeidsovereenkomst relevant wangedrag kan bijvoorbeeld ook buiten de uitoefening van de werkzaamheden in het kader van de arbeidsovereenkomst plaatsvinden. Met het begrip ‘wangedrag’ wordt geen oordeel gegeven over de uitvoering van de werkzaamheden in het kader van de arbeidsovereenkomst.⁶ Dit neemt niet weg dat het feitelijke wangedrag een smet kan werpen op het functioneren van de werknemer. Uit het voorgaande vloeit voort dat ook de verwijtbaarheid (vanuit mijn standpunt) geen goed criterium is ter onderscheiding van disfunctioneren en wangedrag: zowel disfunctioneren als wangedrag kunnen in deze benadering

³ Verhulp & Zondag 2003, p. 2-3.

⁴ R.M. Beltzer, *Rechtspraak ontslag op staande voet*, Deventer: Kluwer 2004, p. 42.

⁵ Zie voor het gerbuik van de term ‘disfunctioneren’ in de lagere jurisprudentie bijvoorbeeld Hof 's-Hertogenbosch 31 mei 2005, *JIN* 2005, 329 (van ernstig disfunctioneren was geen sprake, hetgeen onder meer kon worden afgeleid uit de gerealiseerde provisie); Rb. Arnhem 24 maart 2005, *JIN* 2005, 222 (het ontslag op staande voet werd mede gebaseerd op diverse gedragingen van de werknemer waaruit zijn disfunctioneren was af te leiden).

⁶ Zie bijvoorbeeld Ktr. Haarlem 11 april 1997, *JAR* 1997/98 (de werkgever verzocht voorwaardelijke ontbinding van een op staande voet ontslagen werknemer, wegens ernstig wangedrag op een personeelsfeest. De kantonrechter oordeelde dat het wangedrag losstaat van de dagelijkse arbeid van de werknemer. Het ging te ver om op grond van het gebeurde te concluderen dat een vruchtbare samenwerking niet meer mogelijk was, met name nu werknemer goed functioneerde).

verwijtbaar zijn.⁷ Een andere vraag die rijst naar aanleiding van de omschrijving van Verhulp en Zondag is, of voor de omschrijving van het begrip wangedrag wellicht bij de omschrijving van de dringende reden, in de zin van art. 7:678 BW en 7:685 BW, kan worden aangeknoopt. Bestudering van de jurisprudentie bevestigt dat de term ‘wangedrag’ regelmatig voorkomt in de context van een beëindiging wegens een dringende reden.⁸ Mijns inziens staat het begrip ‘wangedrag’ daarentegen niet gelijk aan het begrip ‘dringende reden’. Wangedrag kan een ontslag of ontbinding wegens een dringende reden rechtvaardigen, maar dit is niet altijd het geval.⁹ Het begrip ‘wangedrag’ omvat in deze studie meer dan alleen het gedrag dat tevens een dringende reden in de zin van art. 7:678 BW en 7:685 BW vormt.

De omschrijving van Beltzer roept eveneens een aantal vragen op. Allereerst rijst de vraag wat onder een ‘misdraging’ dient te worden verstaan. Volgens de Dikke van Dale is de term ‘misdraging’ een synoniem voor wangedrag. Bijgevolg kan het begrip ‘misdraging’ naar mijn mening niet in de begripsomschrijving van ‘wangedrag’ worden opgenomen. Voorts verstaat hij onder wangedrag ‘elke’ misdraging die *schadelijk* is voor de verhouding werkgever-werknemer. Dit doet niet alleen de vraag rijzen wat onder ‘schadelijk’ moet worden verstaan, maar ook of schadelijkheid van het gedrag een bepalende factor moet zijn bij de omschrijving van wangedrag. Ik ben van mening, dat voor de vaststelling of sprake is van wangedrag niet van doorslaggevend belang is of het gedrag schadelijk is. Van belang is of het gedrag *afkeurenswaardig* is. Wangedrag kan schadelijk zijn, maar dit is in mijn onderzoek geen bepalend criterium.¹⁰ Tot slot is zijn omschrijving van wangedrag in mijn opvatting te ruim: de omschrijving van Beltzer kan immers tevens disfunctioneren omvatten.

Het voorgaande brengt mij tot de volgende omschrijving van het begrip ‘wangedrag’. Onder wangedrag versta ik in de eerste plaats een feitelijke gedraging die onder een strafrechtelijke delictsomschrijving valt. Bijvoorbeeld

⁷ Van wangedrag en disfunctioneren kan eventueel nog het begrip ‘plichtsverzuim’ worden onderscheiden. Plichtsverzuim kan worden omschreven als het niet nakomen van de verplichtingen voortvloeiend uit de arbeidsovereenkomst. Het kan mijns inziens als een vorm van disfunctioneren worden gezien.

⁸ Zie bijvoorbeeld Ktr. Zwolle 2 september 2003, Prg. 2003, 6131 (werknemer is op staande voet ontslagen wegens zeer ernstig wangedrag op een personeelsfeest); Ktr. Eindhoven 7 maart 1983, Prg. 1983, 1984. Zie ook HR 20 maart 1941, NJ 1941, 542.

⁹ Aldus ook Ktr. Zaandam 10 augustus 1995, Prg. 1996, 4564 (niet elk wangedrag rechtvaardigt een ontslag op staande voet). Zie ook Ktr. Zaandam 23 september 1993, JAR 1995, 154 (de kantonrechter oordeelde dat het wangedrag niet kon leiden tot toewijzing van de vordering tot verklaring voor recht dat de werknemer een dringende reden heeft gegeven voor een rechtsgeldig ontslag op staande voet).

¹⁰ Tot slot kan nog worden gewezen op de summiere omschrijving in de Dikke van Dale: slecht gedrag. Als synoniem wordt gegeven ‘misdraging’. Uiteraard is deze omschrijving te summier om in deze studie als definitie te kunnen dienen. Niettemin geeft de omschrijving als ‘*slecht* gedrag’ wel een aanwijzing van wat onder wangedrag moet worden verstaan: het gaat om gedrag dat door de werkgever als moreel verdorven, verwerpelijk of onzedelijk wordt beschouwd. Dit zijn namelijk de omschrijvingen die de Dikke van Dale van het begrip ‘slecht’ geeft (T. den Boom & D. Geeraerts (red.), *Van Dale Groot Woordenboek van de Nederlandse taal*, Utrecht/Antwerpen: Van Dale 2005).

diefstal (art. 310 Sr), mishandeling (art. 300 Sr) en valsheid in geschrifte (art. 225 Sr). Voorts versta ik onder het begrip ‘wangedrag’ iedere gedraging, die niet voortvloeit uit de verplichting van de werknemer, onder gezag van de werkgever en tegen betaling van loon, arbeid te verrichten, en die voor de werkgever onacceptabel is. Het laatste element van deze omschrijving bevat een onvermijdelijk subjectief element: gedrag dat de ene werkgever onacceptabel vindt, ziet de andere werkgever wellicht door de vingers. Onder onacceptabel gedrag versta ik gedrag, dat met een hoge mate van waarschijnlijkheid door het merendeel van de werkgevers als slecht en onwenselijk wordt beschouwd. Voorbeelden van gedragingen die door het merendeel van de werkgevers als wangedrag worden aangemerkt zijn: het bezoeken van pornosites en ongewenste intimiteiten jegens collega’s.¹¹ Ondanks het feit dat consensus bestaat over de onaanvaardbaarheid van bepaalde gedragingen, die bijgevolg als wangedrag kunnen worden aangemerkt, blijft als gevolg van het subjectieve element van bovenstaande omschrijving onduidelijkheid en onzekerheid bestaan over het antwoord op de vraag wanneer in het concrete geval sprake is van wangedrag: het antwoord is steeds grotendeels afhankelijk van het oordeel van de betrokken werkgever. Dit leidt voor de betrokken werknemers tot onzekerheid over wanneer een werkgever tot opsporing en sanctionering overgaat. Bovendien bergt dit het gevaar van willekeur in zich. Bijgevolg bestaat er een zekere spanning tussen de beoordelingsvrijheid van de werkgever enerzijds, en de rechtszekerheid en rechtsgelijkheid van de betrokken werknemers anderzijds. Aan deze spanning kan worden tegemoetgekomen door de bevoegdheid van de werkgever tot opsporing en sanctionering uit te werken in een regeling met optimale waarborgen voor de rechtszekerheid en rechtsgelijkheid van de betrokken werknemers. Deze waarborgen bieden tegenwicht aan de beoordelingsvrijheid van de werkgever en de rechtsonzekerheid en rechtsongelijkheid die deze vrijheid voor de werknemer met zich brengt. Onder die omstandigheden is de uitoefening van de bevoegdheid tot opsporing en sanctionering in mijn opvatting gelegitimeerd. Dit roept de vraag op of de huidige regels die (naar Nederlands recht) de bevoegdheid van de werkgever tot opsporing en sanctionering normeren, de uitoefening van deze bevoegdheid ook daadwerkelijk *legitimeren*. Zijn er met het oog op de rechtszekerheid en rechtsgelijkheid wellicht aanvullende normen vereist? De vraag naar de legitimering richt zich in dit onderzoek dus niet (alleen) op de rechtsgrond van

¹¹ Zie ook Verhulp & Zondag 2003, p. 3. Zie bijvoorbeeld de in noot 7 vermelde uitspraak van Ktr. Zwolle 2 september 2003, *Prg.* 2003, 6131. Het wangedrag bestond onder meer uit excessief drankgebruik, het proberen ten val te brengen van één van de steltlopers van entertainmentgroep ‘Karimishu’, het zodanig hinderlijk en handtastelijk gedragen dat het artiestenduo ‘Johnny & Sharona’ haar optreden voortijdig heeft beëindigd, het ten onrechte bedienen van de geluidsapparatuur, het in reactie op een vermaning beledigen, bedreigen en fysiek bejegenen van een leidinggevende, het met ontbloot bovenlijf rondlopen in de danszaal, het maken van sexuele toespelingen tegenover partners van collega’s, het in het kruis betasten van een vrouwelijke collega en het in het openbaar in de danszaal urineren tegen een tafel. De kantonrechter oordeelde dat, hoewel het gedrag niet onder werktijd plaatsvond en evenmin de kern van de met de werknemer overeengekomen arbeidsprestatie raakte, dergelijk gedrag onacceptabel is.

de bevoegdheid, maar met name op de vraag of deze bevoegdheid is uitgewerkt en zo ja, op welke wijze de bevoegdheid is uitgewerkt.

Van het begrip ‘opsporing’ zijn in de arbeidsrechtelijke literatuur, noch in de arbeidsrechtelijke jurisprudentie omschrijvingen te vinden; het begrip ‘opsporing’ wordt tot nu toe in het kader van de arbeidsverhouding nog nauwelijks gebruikt.¹² Het in dit onderzoek, in het kader van de arbeidsverhouding, gehanteerde begrip ‘opsporing’, dient in ieder geval te worden onderscheiden van het strafrechtelijke opsporingsbegrip. Het strafrechtelijke begrip ‘opsporing’ kan worden omschreven als al het onderzoek dat geschiedt ter opheldering van een vermoedelijk gepleegd strafbaar feit en ter voorbereiding van een ter zake daarvan eventueel op te leggen strafrechtelijke sanctie.¹³ Dit opsporingsbegrip is toegespitst op de strafrechtelijke situatie en bijgevolg in het arbeidsrecht niet toepasbaar. Onder ‘opsporing’ door de werkgever versta ik: onderzoek door, of in opdracht van, de werkgever, ter opheldering van het vermoeden dat een werknemer zich aan wangedrag schuldig maakt, of heeft gemaakt, en ter voorbereiding van een ter zake daarvan eventueel op te leggen sanctie. Gelet op de jurisprudentie beperk ik het begrip ‘opsporing’ voorts tot onderzoek dat wordt uitgevoerd, met gebruikmaking van één van de volgende onderzoeksmethoden: observatie met behulp van camera’s, af luisteren van de telefoon, onderzoek naar e-mailverkeer en internetgebruik, onderzoek met behulp van een detective- of recherchebureau en onderzoek naar het strafrechtelijk verleden van een sollicitant of werknemer.

Van het begrip ‘sanctie’ bestaan in de arbeidsrechtelijke literatuur en jurisprudentie evenmin definities. De term wordt wel gebruikt, maar meestal in de context van het arbeidstuchtrecht, waarin het begrip ‘(negatieve) sanctie’ soms met het begrip ‘straf’ wordt gelijkgesteld.¹⁴ Ik versta in dit onderzoek onder een sanctie meer dan alleen een straf: ook een ordemaatregel valt in mijn benadering onder de term sanctie. De tweedeling van sancties in straffen en maatregelen sluit aan bij het strafrecht en het bestuursrecht. In dit onderzoek versta ik onder het begrip ‘sanctie’ iedere straf of ordemaatregel die de werkgever de werknemer naar aanleiding van diens wangedrag oplegt. In hoofdstuk 3 zal ik, ter beantwoording van de vraag welke arbeidsrechtelijke maatregelen onder het sanctiebegriff vallen, het begrip ‘sanctie’ nader definiëren.

¹² Voor een van de weinige voorbeelden kan worden verwezen naar De Vries 2003, p. 215 e.v. Zij gebruikt de term ‘opsporingstechnieken’, maar geeft van het begrip ‘opsporing’ geen omschrijving. Zij wijst er wel op dat werkgevers inmiddels de keuze hebben uit een keur aan voorzieningen die het mogelijk maken het gedrag en/of de prestaties van de medewerkers te volgen (De Vries 2003, p. 216).

¹³ Corstens 2002, p. 241. Mevis 2004, p. 104-111. Zie ook 2.4.1 van hoofdstuk 2.

¹⁴ Zie bijvoorbeeld Zondag 2003a, p. 7; Olbers 1991, p. 70. Zie ook Ktr. Gouda 3 april 2003, *Prg.* 2003, 6073 en Ktr. Assen 2 juli 2002, *Prg.* 2002, 5917.

1.4 Opzet

Het onderzoek bestaat uit drie delen: opsporing door de werkgever, sanctionering door de werkgever en een gedeelte rechtsvergelijking.

Het eerste deel staat in hoofdstuk 2. Allereerst bespreek ik de rechtsgrond van de opsporingsbevoegdheid. Vervolgens komen de regels die de opsporingsactiviteiten van de werkgever normeren aan de orde. Gelet op de gelijkenis met opsporing door de strafvorderlijke overheid, bespreek ik tevens de opsporingsbevoegdheid van de overheid. Naar aanleiding van de bevindingen wordt beoordeeld in hoeverre de uitoefening van de opsporingsbevoegdheid van de werkgever is gelegitimeerd. Tot slot sta ik stil bij de vraag wat de gevolgen zouden moeten zijn indien de werkgever zich bij het onderzoek niet aan de toepasselijke regels houdt: het onrechtmatig verkregen bewijs.

Het tweede deel, de sanctionering, bespreek in hoofdstuk 3 en hoofdstuk 4. In hoofdstuk 3 staan de materiële vragen centraal: welke sancties kan de werkgever opleggen? Mag een werkgever twee maal voor hetzelfde feit een sanctie opleggen en dient eerst de schuld vast te staan alvorens een sanctie mag worden opgelegd? Het arbeidsrechtelijke begrip sanctie wordt allereerst met het strafrechtelijke sanctiebegrip vergeleken: ook in het arbeidsrecht kan een onderscheid tussen ordemaatregelen en straffen worden gemaakt. Vervolgens toets ik in hoeverre de strafrechtelijke beginselen ‘ne bis in idem’ en ‘geen straf zonder schuld’ het opleggen van sancties door de werkgever normeren. Tot slot maak ik in hoofdstuk 3 een korte rechtsvergelijking met het socialezekerheidsrecht. In hoofdstuk 4 staat de formele kant van het sanctioneren centraal. Welke regels legitimeren het opleggen van sancties door de werkgever? Aangezien het opleggen van een ordemaatregel vanuit het oogpunt van legitimatie niet problematisch is, wordt specifiek ingegaan op de rechtsgrond en legitimatie van de *straf*bevoegdheid. Aan de hand van een vergelijking met de strafrechtelijke regelgeving, wordt bezien of behoefte bestaan aan uitbreiding van de arbeidstuchtrechtelijke regelgeving. Tot slot besteed ik in het kader van de regelgeving aandacht aan het ingetrokken wetsvoorstel arbeidstuchtrecht.¹⁵

De rechtsvergelijking (met het buitenland) vindt in hoofdstuk 5 plaats. Gelet op de toegankelijkheid van het rechtssysteem en de beschikbare bronnen, heb ik gekozen voor een rechtsvergelijking met Duitsland. Het is een land met een vergelijkbare maatschappijstructuur en vergelijkbare maatschappelijke problemen. Bovendien lijkt Duitsland op het terrein van opsporing en sanctionering door werkgevers deels op Nederland vooruit te lopen. Het antwoord op de vraag welke regels in het Duitse recht gelden voor opsporing en sanctionering van wangedrag van werknemers, kan dan ook inspirerend werken

¹⁵ Wetsvoorstel tot wijziging van de artikelen 650 en 651 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek (arbeidstuchtrecht), Kamerstukken II 1994/95, 23 974.

bij het formuleren van de conclusies en aanbevelingen ten aanzien van het Nederlandse recht (hoofdstuk 6).

2. Opsporing door de werkgever

2.1 Inleiding

Op het moment dat een werkgever het vermoeden krijgt dat een van zijn werknemers zich schuldig maakt aan wangedrag, zal hij dit meestal willen opsporen, zodat hij het wangedrag kan beëindigen en de ‘dader’ eventueel een sanctie kan opleggen. In dit hoofdstuk staat de *opsporing* van wangedrag centraal.

Uit de, voornamelijk lagere, rechtspraak blijkt dat werkgevers bij de opsporing van wangedrag methoden hanteren die doen denken aan opsporing door de strafvorderlijke overheid (zie 2.4.1.2). Werkgevers observeren werknemers door middel van camera's en luisteren telefoongesprekken van de ‘verdachte’ werknemer af. Verder wordt onderzoek gedaan naar e-mail, internetgebruik en het strafblad van de (toekomstige) werknemer. Daarnaast wordt gebruik gemaakt van private recherche- en detectivebureaus. Ook de werkwijze van deze door de werkgever ingezette derden doet denken aan opsporing door de politie: werknemers worden geobserveerd en verhoord. In het strafrecht worden opsporingsbevoegdheden genormeerd door regels die de burgers beschermen tegen (ongerechtvaardigde) inbreuken op hun grondrechten en vrijheden. Dit legitimeert de uitoefening van die opsporingsbevoegdheden: er is sprake van gekanaliseerde machtsuitoefening (zie 2.4). Gelet op de gelijkens in opsporingsactiviteiten van de werkgever en van de strafvorderlijke overheid, rijst de vraag naar de legitimatie van die opsporingshandelingen door de werkgever. Wat is de rechtsgrond van de opsporingsbevoegdheid van de werkgever en is de bevoegdheid tot opsporing uitgewerkt in regels met optimale waarborgen voor de rechtszekerheid en rechtsgelijkheid van de betrokken werknemers?

Ik begin in 2.2 met de bespreking van de rechtsgrond: op welke arbeidsrechtelijke regels kan de opsporingsbevoegdheid worden gebaseerd? In 2.3 ga ik vervolgens op zoek naar de regelgeving die bovengenoemde opsporingshandelingen van werkgevers thans normeert. Hoe worden de rechten van werknemers beschermd? Ter vergelijking bespreek ik in 2.4 de regeling en normering van de (vergelijkbare) opsporingsbevoegdheden in het strafrecht: hoe worden in het strafrecht de rechten en vrijheden van de betrokkenen beschermd? In 2.5 bezie ik de normering van de door werkgevers gehanteerde opsporingsmethoden in het licht van de normering van de (vergelijkbare) strafvorderlijke opsporingsmethoden: bieden de huidige regels de betrokken werknemers optimale rechtszekerheid en rechtsgelijkheid ten aanzien van ingrijpende opsporingshandelingen door werkgevers? Uit deze beschouwing zal blijken dat de opsporingsbevoegdheid van de werkgever weliswaar uitgebreid is genormeerd, maar dat eenduidige regels omtrent bewijs voortgekomen uit onrechtmatige opsporingshandelingen, ontbreken. In 2.6 staat dan ook de vraag

centraal hoe de arbeidsrechter moet omgaan met door de werkgever onrechtmatig verkregen bewijs. De samenvatting en conclusies staan in 2.7.

2.2 De rechtsgrond van de opsporingsbevoegdheid

Soms is het voor de betrokken werkgever van belang het vermoedelijke wangedrag zelf op te kunnen sporen.¹ Het wangedrag valt bijvoorbeeld niet altijd onder een strafrechtelijke delictsomschrijving: het inschakelen van de politie is dan niet mogelijk. Maar ook als het om strafbare feiten gaat, kan het voor de werkgever aantrekkelijk zijn het opsporingsonderzoek zelf in de hand te houden. De werkgever kan snel tot actie overgaan en negatieve publiciteit kan worden voorkomen, althans worden geminimaliseerd.² Het inschakelen van de politie kan daarentegen tot veel onrust binnen het bedrijf, en tot negatieve berichten in de media leiden. Het intern oplossen, met name voor grote bedrijven die aan hun imago moeten denken, kan dan ook een manier zijn om de vuile was binnen te houden. Een ander voordeel van het zelf opsporen van wangedrag is, dat in overleg met de betreffende werknemer tot een oplossing kan worden gekomen. In geval van diefstal of fraude kan bijvoorbeeld worden gekozen voor het teruggeven van de goederen of restitutie van het geld.³ Dit heeft ook voordelen voor de betrokken werknemer. De interne opsporing verstoort de relatie ‘werkgever-werknemer’ minimaal en maakt de kans op het in stand blijven van de arbeidsovereenkomst aannemelijker dan bij inschakeling van de politie. Bovendien is een interne oplossing minder ingrijpend en diffamerend voor de werknemer dan aangifte bij de politie, een daaropvolgend strafrechtelijk onderzoek en eventuele veroordeling door de strafrechter.⁴ Tot slot kan nog worden gewezen op de ontwikkeling tot responsabilisering: werkgevers moeten steeds meer zelf in het werk stellen om de veiligheid in en om hun bedrijf te waarborgen.⁵ De overheid heeft niet (meer) de capaciteit om aan de vraag naar veiligheid te kunnen voldoen. Dit heeft tot gevolg gehad dat van andere maatschappelijke actoren, zoals werkgevers, zelf wordt verwacht dat

¹ Opsporing door de werkgever kan worden gezien als een vorm van privatisering van toezicht en opsporing, ook wel ‘private justice’ genoemd (zie ook Asscher-Vonk 2001, p. 35 e.v.). Dit is onderzoek dat niet door opsporingsambtenaren wordt uitgevoerd en waarbij het initiatief niet bij de overheid, maar bij een private instelling, bijvoorbeeld een werkgever ligt. De werkgever doet bij een verdenking van een strafbaar feit binnen het bedrijf geen aangifte bij politie, maar houdt het onderzoek, en eventueel de berechting (waarover het volgende hoofdstuk), in eigen hand (zie ook Pheijffer 2000, p. 86, 87).

² In ons wettelijk stelsel bestaat geen verplichting tot het doen van aangifte bij het constateren van een strafbaar feit. Art. 161 Sv geeft de bevoegdheid tot het doen van aangifte van het strafbaar feit waarvan men kennis draagt, maar geen verplichting.

³ De werkgever kan dan sneller verhaal halen dan in het geval dat hij zich in een strafzaak moet voegen als benadeelde partij (art. 51a Sv).

⁴ Zie ook Pheijffer 2000, p. 92; Hoogenboom 1988, p. 76, 77.

⁵ Uitgebreid: D. Garland, *The culture of control. Crime and social control in contemporary society*, Oxford: University Press 2001, p. 124 e.v. Hij gebruikt de omschrijving ‘responsibilization strategy’, welke hij ontleent aan Pat O’Malley, die de term ‘responsibilize’ gebruikte.

ze verantwoordelijkheid nemen voor de veiligheid in hun omgeving.⁶ Zo wordt van werkgevers verwacht dat ze bij een vermoeden van strafbaar wangedrag binnen hun bedrijf *zelf* het initiatief nemen om dit op te sporen:

‘De winkelier die aan de politie meldt dat hij vermoedt dat een van zijn werknemers geld wegneemt uit de kassa en verzoekt om installatie van een geheime camera, krijgt ongetwijfeld (ik heb dat bij de Haagse politie nagevraagd) te horen dat daarvoor geen tijd en/of agenten beschikbaar zijn.’⁷

Kort gezegd, het in eigen hand houden van het opsporingsonderzoek is onder bepaalde omstandigheden effectiever en efficiënter voor de werkgever.

Maar wat is nu de *rechtsgrond* van die opsporingsbevoegdheid? Een specifieke arbeidsrechtelijke bepaling waarop de opsporingsbevoegdheid van de werkgever kan worden gebaseerd, bestaat niet. In rechtspraak en literatuur wordt hier en daar wel ingegaan op de omstandigheden die van belang zijn bij de beantwoording van de vraag of de opsporing door de werkgever rechtmatig was, maar een verwijzing naar een concrete (wettelijke) grondslag ontbreekt.⁸ Blijkbaar wordt verondersteld dat de werkgever die opsporingsbevoegdheid heeft.⁹

De rechtsgrond van de opsporingsbevoegdheid kan naar mijn mening worden gevonden in art. 7:611 BW en art. 7:660 BW, in combinatie met de bijzondere contractuele vertrouwensrelatie tussen werkgever en werknemer. Werkgever en werknemer staan tot elkaar in een privaatrechtelijke contractuele verhouding, waarin beide partijen verplicht zijn hun deel van de overeenkomst na te komen.¹⁰ Op grond van de arbeidsovereenkomst is de werknemer verplicht zich als goed werknemer te gedragen (art. 7:611 BW) en de door de werkgever gegeven voorschriften omtrent het werk en de goede orde in de onderneming op te volgen (art. 7:660 BW). Verder onderscheidt de arbeidsovereenkomst zich van andere privaatrechtelijke overeenkomsten door het feit dat het een duurovereenkomst is, die tevens een vertrouwensrelatie behelst. De werkgever mag erop vertrouwen dat de werknemer zich als goed werknemer gedraagt en de

⁶ W. Huisman, ‘Veiligheid en regelnaleving door organisaties’, in: E.R. Muller (red.), *Veiligheid. Studies over inhoud, organisatie en maatregelen*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2004, p. 455-467.

⁷ Thierry 2001, p. 133. Zie ook Rutgers & De Vries 2001, p. 20. Op de site van de Raad Nederlandse Detailhandel is de volgende tekst over criminaliteit door eigen personeel te vinden: ‘Het doen van aangifte en of het melden van interne fraude bij de overheid stuit op grote weerstand bij de politie en leidt zelden tot opsporing en vervolging. Het bagatelliseren van deze vormen van criminaliteit door – vaak – jonge medewerkers is verontrustend.’

⁸ De rechtmatigheid van het onderzoek wordt over het algemeen beoordeeld aan de hand van een belangenafweging tussen enerzijds het gerechtvaardigd belang van de werkgever bij de bescherming van zijn goederen en de veiligheid in en om zijn bedrijf en anderzijds het belang van de werknemer bij bescherming van zijn recht op privacy. Ook het belang bij bescherming van de goede naam van de instelling waar de werknemer werkzaam is, wordt van belang geacht (zie bijvoorbeeld Ktr. Emmen 29 november 2000, *JAR* 2001, 4).

⁹ Zie bijvoorbeeld HR 27 april 2001, *JAR* 2001, 95 (*L/Wennekes Lederwaren*); Ktr. Utrecht 20 augustus 1997, *JAR* 1997, 204; Roelofs 2003, p. 21; de Vries 1999, p. 257; B. de Vries, ‘Privacy en de rol van de overheid’ in: Van der Heijden 1992, p. 26.

¹⁰ Aldus ook Hoogenboom 1988, p. 83.

instructies van de werkgever opvolgt. Dit betekent, naar mijn mening, dat bij het vermoeden dat een van de werknemers zich niet aan deze uit de vertrouwensrelatie voortvloeiende verplichtingen houdt, de werkgever de bevoegdheid heeft dit te onderzoeken.¹¹ Zonder deze bevoegdheid van de werkgever zou de verplichting van de werknemer zich als goed werknemer te gedragen en de instructies van de werkgever op te volgen, zonder betekenis zijn.¹²

2.3 Normering van de opsporing

Nu duidelijk is op welke rechtsgrond de opsporingsbevoegdheid van de werkgever kan worden gebaseerd, rijst de vraag hoe de opsporingsbevoegdheid wordt genormeerd: welke regels begrenzen de opsporingsbevoegdheid van de werkgever? Allereerst bespreek ik in 2.3.1 het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer. Vervolgens ga ik in 2.3.2 in op de uitgebreide regelgeving van de Wet bescherming persoonsgegevens (WBP). In 2.3.3 het instemmingsrecht van de ondernemingsraad aan bod. Tot slot bespreek ik in 2.3.4 een aantal bijzondere regelingen en bepalingen van toepassing op de in de inleiding genoemde opsporingsmethoden.

2.3.1 Het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer

In de arbeidsrechtelijke rechtspraak en literatuur blijkt het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer, doorgaans aangehaald als het recht op privacy, een belangrijk onderwerp te zijn.¹³ Met name de laatste tien jaar is de belangstelling voor het recht op privacy toegenomen.¹⁴ Deze toename is onder meer een gevolg van de totstandkoming van de informatiemaatschappij. De ontwikkeling van de technologie heeft geleid tot automatisering binnen bedrijven, waardoor het voor werkgevers makkelijker is geworden om

¹¹ Aldus ook Zondag 2001, p. 93. Zie ook Hof 's-Hertogenbosch 2 december 1992, *NJ* 1993, 327 en Ktr. Schiedam 8 juli 1997, *JAR* 1997, 189. Het Hof overwoog dat de bijzondere en ten dele persoonlijke aard van de arbeidsverhouding, waarin een zeker onderling vertrouwen een element is waarop beide partijen moeten kunnen rekenen, in beginsel medebrengt, dat de controle en het daaraan verbonden onderzoek door de werkgever zelf moet geschieden. Volgens de Kantonrechter Schiedam had de werkgever een gerechtvaardigd belang om te achterhalen wie van haar werknemers het in hem of haar gestelde vertrouwen schond.

¹² Hier staat tegenover dat de werknemer er op mag vertrouwen dat de werkgever zich bij het opsporingsonderzoek als goed werkgever gedraagt: de werkgever dient bij de opsporing alle toepasselijke regels en beginselen in acht te nemen (zie 2.3 en 2.5). Heeft een werknemer het vermoeden dat de werkgever zich niet als goed werkgever heeft gedragen, dan moet ook de werknemer actie kunnen ondernemen (zie 2.7).

¹³ Zie ook over het recht op privacy: De Laat & Rutgers 2005, p. 1295-1297.

¹⁴ Eind jaren 1990 werd al de verwachting uitgesproken dat 'Privacy issues will be *the* labor law issue of the 1990's' (Terstegge & de Vries 1994, p. 1 en Van der Heijden, p. 13, met verwijzing naar een rapport van Amerikaanse onderzoekers: I.M. Shephard, R.L. Duston en K.S. Russel, *Workplace privacy*, Special Report Bureau of National Affairs, Washington 1989 (sec. ed.), p. 3).

werknemers te controleren.¹⁵ Te denken valt aan technieken zoals internet en e-mailgebruik, welke gemakkelijk door de werkgever te controleren zijn zonder dat de werknemer het merkt. Maar ook het gebruik van camera's en de toegangscontrole door middel van een pasje zijn 'privacygevoelig'.¹⁶ Zo gaat één van de eerste arbeidsrechtelijke zaken waarin het privacyrecht een rol kreeg toebedeeld, de KOMA-zaak, over cameratoezicht.¹⁷ In een vestiging van KOMA waren in alle werkplaatsen camera's geplaatst. FNV voerde namens haar leden, bij KOMA in dienst, aan dat het handelen van KOMA inbreuk maakte op de persoonlijke levenssfeer van de bespiede werknemers. De president van de rechtbank overwoog dat de werking van het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer zich uitstrekt tot de werkplaats, maar stelde dat het daar op andere te respecteren belangen als eisen van veiligheid, milieu en bedrijfseconomie kan stuiten. Afweging van belangen is dan onontkoombaar. Vervolgens overwoog de president:

'KOMA zal in strijd met haar verplichtingen als goed werkgever handelen wanneer zij het TV-circuit gebruikt zonder dat:
a. een gewichtiger te achten belang daartoe noopt,
b. afspraken met het betrokken personeel zijn gemaakt over het gebruik van het TV-circuit en de controle daarop.'¹⁸

Een belang dat duidelijk opweegt tegen dat van de bescherming van de persoonlijke levenssfeer was vooralsnog niet aangetoond. Bijgevolg was de conclusie dat het gebruik van het tv-circuit voorlopig nog niet gerechtvaardigd was. De ondernemingsraad was weliswaar akkoord gegaan met de installatie van het tv-circuit, maar de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer was een fundamenteel recht waarop ieder individu aanspraak kan maken. Dat 25 van de 46 werknemers geen bezwaar hadden tegen installatie van het tv-circuit, deed hier niet aan af. Het kenmerk van een grondrecht zoals het recht op privacy is namelijk dat een meerderheid de aanspraak op dit recht niet aan een individu of minderheid kan ontnemen. Kortom, de president van de rechtbank erkende de werking van het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer in de arbeidsrelatie, maar tekende daarbij aan dat het recht zijn grenzen in andere belangen vindt. De werkgever dient zich bij de afweging van die belangen als goed werkgever te gedragen. Het Hof ging in hoger beroep niet expliciet in op de werking van het recht op privacy, maar stelde de beoordeling in het teken van het goed werkgeverschap.¹⁹

¹⁵ In dit verband wordt ook wel gesproken van de 'glazen werknemer' en de 'electronische schaduw' (zie Pruis & Biemans 1988, p. 39; Van der Heijden 1992, p. 18). Zie ook De Vries 1998, p. 21, 22 over de gevaren en mogelijkheden van deze 'personeelsvolgsystemen'.

¹⁶ Jaspers e.a. 2000, p. 7; De Vries 2001, p. 37, 38.

¹⁷ De Vries 1998, p. 20 noemt deze zaak het startsein voor de discussie over de bescherming van privacy van werknemers.

¹⁸ Pres. Rb. Roermond 12 september 1985, KG 1985, 299.

¹⁹ Nu volgens het hof geen noodzaak was gebleken voor het controlesysteem, was het gebruik ervan in strijd met het goed werkgeverschap: 'De werknemers van Koma die in de bedrijfsruimten werkzaam

De systemen die het werkgevers makkelijker maken werknemers te controleren worden ook wel ‘personeelsvolg- of informatiesystemen’ genoemd.²⁰ Ze maken het de werkgever mogelijk bij voortdurende informatie te verzamelen over het gedrag en de prestaties van zijn werknemers.²¹ In dit verband is met name het informationele privacyrecht van belang. Dit is neergelegd in art. 10 lid 2 en 3 Gw en heeft dankzij de WBP horizontale werking gekregen. Dientengevolge is het ook in de arbeidsverhouding van toepassing. Opsporingsmethoden van de werkgever waarmee inbreuk op het informationele privacyrecht wordt gemaakt, vallen al snel onder de werking van de WBP (zie 2.3.2).

Verder zouden veranderingen in arbeidsrechtelijke wetgeving en beleid steeds een nieuw spanningsveld voor de privacybescherming van werknemers creëren. Zo wordt verondersteld dat de privatisering van de Ziektewet tot gevolg heeft gehad dat werkgevers de controle op hun zieke werknemers hebben aangescherpt, onder meer door het inschakelen van privé-detectives.²² Tot slot kan de toegenomen belangstelling voor het recht op privacy worden verklaard uit de ‘privétisering’ van de werkplek.²³ De Kantonrechter Haarlem merkte in

zijn worden door de aanwezigheid van de camera's bij voortdurende blootgesteld aan een mogelijk langdurige en gerichte observatie waarop zij – als eerder gezegd – geen enkele invloed hebben. Naar het voorlopig oordeel van het Hof blijft een dergelijke werksituatie – behoudens gevallen van duidelijke noodzaak, waarover hierna nader – verre ten achter bij wat uit een oogpunt van normale menselijke bejegening aanvaardbaar is.’ Voorts overwoog ook het Hof dat de instemming van de ondernemingsraad de onrechtmatigheid jegens degenen die niet akkoord waren met het tv-circuit, niet ophief (Hof 's-Hertogenbosch 2 juli 1986, *NJ* 1987, 451). Vgl. Ktr. Middelburg 23 april 1991, *Prg.* 1991, 3537 (het recht op privacy van de werknemer dient te worden gerespecteerd, maar daar tegenover staat het te respecteren belang van de werkgever om een veiligheidssysteem in te voeren).

²⁰ Technische en andere voorzieningen die gericht zijn op, of geschikt zijn voor waarneming van, of controle op de aanwezigheid, het gedrag of de prestaties van werknemers.

²¹ Hiertoe kunnen worden gerekend cameratoezicht, workflow-managementsystemen, boardcomputers, telefooncentrales, maar ook RSI-programmatuur en programmatuur die controle op e-mail en internetgebruik mogelijk maakt. In art. 27 lid 1 sub *l* WOR is het instemmingsrecht met betrekking tot deze systemen geregeld (zie ook SER-advies 94/06, *Het arbeidsreglement; het instemmingsrecht van de OR*, Den Haag: SER 1994 en de Vries 2001, p. 50). Aan het belang van het recht op privacy in verband met deze personeelsvolgsystemen is (met name door Terstegge en de Vries) in de literatuur al veel aandacht besteed (Zie onder meer: de Vries 2001, p. 50-52; J.H.J. Terstegge & H.H. de Vries, *De werknemer achtervolgd? Over personeelsvolgsystemen, verzuimcontrole en de nieuwe bevoegdheden van de OR*, Den Haag: SDU 1998; Terstegge & de Vries 1994, p. 69-146; Van Almelo 2001, p. 16-37; N. Pruis & J. Biemans, *De elektronische schaduw. Deel I. Een literatuurstudie naar personeelsvolgsystemen en privacy*, Den Haag: Ministerie van Sociale zaken en werkgelegenheid 1989; N. Pruis & J. Biemans, *De elektronische schaduw. Deel II. Een studie naar personeelsvolgsystemen en privacy in de praktijk*, Den Haag: Ministerie van Sociale zaken en werkgelegenheid 1989). Pruis & Biemans 1989 I, p. 39 hanteerden als definitie voor een volgsysteem: ‘het technisch en organisatorisch samenspel, dat wil zeggen het geheel van hardware, software en ‘orgware’ (de menselijke organisatie en doelstellingen), dat het mogelijk maakt om het gedrag en de prestaties van werknemers tijdens het arbeidsproces te registreren teneinde daar conclusies aan te verbinden.’

²² De Vries 2000, p. 73; Rommelse 1994, p. 288, 289. Voor een voorbeeld zie Ktr. Lelystad 3 oktober 2001, *JAR* 2001, 226 en President Rb. Maastricht 30 september 1991, *KG* 1991, 364.

²³ De term ‘privétisering’ is afkomstig van Van der Heijden (P.F. van der Heijden, ‘Revolutie in het arbeidsrecht: privétisering’, *ArbeidsRecht* (6) 1999-8/9, p. 1-6. Zie ook P.F. van der Heijden, ‘Een geprivétiseerd arbeidsbestel’, *NJB* (77) 2002-45/46, p. 2229).

dit verband op, dat een werkgever binnen zekere grenzen moet aanvaarden dat onder werktijd privé-contacten worden onderhouden, waarvan hij de privacy dient te waarborgen.²⁴

Behalve het genoemde informationele privacyrecht kunnen nog een aantal andere vormen van het recht op privacy in het geding zijn bij opsporing door de werkgever: het ruimtelijke en relationele recht op privacy.²⁵ Voorts speelt het privacyrecht een rol bij de verdere invulling van open normen in de WBP.²⁶

In deze paragraaf sta ik eerst stil bij de horizontale werking van het privacyrecht (2.3.1.1). Vervolgens wordt de reikwijdte van het privacyrecht besproken (2.3.1.2). Tot slot ga ik in op de specifieke betekenis van het recht op privacy voor de normering van opsporing door een werkgever (2.3.1.3).²⁷

2.3.1.1 Horizontale werking

Het fundamentele recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer is het grondrecht dat wordt verwoord in art. 10 Gw, art. 8 EVRM en art. 17 IVBPR.²⁸ Grondrechten gelden in de eerste plaats als constitutionele waarborg tussen overheid en burger en hebben in beginsel slechts verticale werking.²⁹ De grondwetgever heeft de mogelijkheid van horizontale werking van grondrechten evenwel nooit uitgesloten.³⁰ Integendeel, de regering nam in het kader van de Grondwetsherziening van 1983 een standpunt in dat getuigde van een positieve instelling jegens de doorwerking van grondrechten in horizontale verhoudingen. Reden hiervoor was dat grondrechten in beginsel ook een belangrijke functie kunnen vervullen in de verhoudingen tussen burgers onderling en ter bescherming van de burger in zijn verhouding tot machtige particuliere instellingen.³¹ De regering stelde zich op het standpunt dat ten aanzien van het vraagstuk van de horizontale werking van grondrechten een meer genuanceerde benadering de voorkeur verdient boven een keuze die beperkt blijft tot algehele aanvaarding of algehele verwerping van horizontale werking. Zij noemde, in een

²⁴ Ktr. Haarlem 16 juni 2000, *JAR* 2000, 170.

²⁵ Gedacht kan worden aan de werkgever die een werknemer laat observeren door een privé-detective.

²⁶ De Vries 2000, p. 89.

²⁷ Uitgebreid over grondrechten en het recht op privacy in arbeidsverhoudingen J.H.J. Terstegge & H.H. de Vries, *Privacy in arbeidsverhoudingen*, Den Haag: VUGA Uitgeverij 1994; P.F. Van der Heijden (red.), *Privacy op de werkplek*, 's-Gravenhage: SDU 1992; E. Verhulp, *Grondrechten in het arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 1999.

²⁸ Voorts is het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer opgenomen in art. 12 Universele Verklaring van de Rechten van de Mens (UVRM). Het UVRM heeft daarentegen geen juridisch bindende werking, maar is van morele en politieke betekenis (De Laat & Rutgers 2005, p. 1295).

²⁹ Verhey 1992, p.13. Aldus ook Hartkamp 2000, p. 25 en De Vries 2001, p. 39.

³⁰ Uitgebreid over de horizontale werking van grondrechten: L.F.M. Verhey, *Horizontale werking van grondrechten, in het bijzonder van het recht op privacy* (diss. Utrecht), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992; E. Verhulp, *Vrijheid van meningsuiting van werknemers en ambtenaren* (diss. Amsterdam UvA), Den Haag: Sdu 1996, p. 11-72; E. Verhulp, *Grondrechten in het arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 1999.

³¹ *Kamerstukken II 1975/76*, 13 872, nr. 3, p. 10.

soort glijdende schaal van minder tot meer vergaand, vijf wijzen van horizontale doorwerking:

1. De minst vergaande wijze is die waarbij aan de wetgever of overheid de opdracht wordt gegeven om een nader geformuleerd belang of beginsel ook in particuliere verhoudingen te verwezenlijken;
2. 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;
3. Vervolgens kan het grondrecht zelfstandig een rechtsbelang uitdrukken dat de rechter bij de afweging van de belangen mede in aanmerking moet nemen;
4. Verdergaand is de doorwerking van een grondrecht dat de uitdrukking is van een rechtsbeginsel waarvan de rechter slechts op zwaarwegende gronden mag afwijken;
5. Tot slot 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 zijn.

Per artikel, per artikelonderdeel of zelfs per categorie kan de vraag worden beantwoord in hoeverre een grondwetsartikel doorwerking heeft. Het antwoord hoeft dus niet voor ieder artikel gelijklopend te zijn.³² De verdere ontwikkeling was volgens de regering een taak voor wetgever, bestuur en rechter, waarbij met name de rechter een belangrijke taak kreeg toebedeeld.³³ Op dit standpunt van de regering is, naast de in de literatuur geuite kritiek, kritiek geuit door de Raad van State en door de Tweede Kamer. Volgens de regering was haar standpunt een duidelijke richtsnoer voor de rechter en kon er uit worden afgeleid dat de grondwettelijke rechten in beginsel horizontale werking kunnen hebben. Verhey wees er in zijn proefschrift over de horizontale werking van grondrechten en in het bijzonder van het recht op privacy op, dat het standpunt van de regering ongewijzigd is gebleven. Dit mocht volgens hem dan ook als het standpunt van de grondwetgever worden beschouwd.³⁴

Dat aan het grondrecht op privacy een zekere horizontale werking toekomt, is inmiddels zeker.³⁵ Biesheuvel sprak in zijn preadvies voor de

³² *Kamerstukken II 1975/76*, 13 872, nr. 3, p. 15, 16. De Grondwetgever heeft zich hier laten inspireren door het artikel van Boesjes uit 1973 (J. Boesjes, 'De horizontale werking van grondrechten', *NJB* (48) 1973-29, p. 905-916). Zie de noot bij *Kamerstukken II 1975/76*, 13 872, nr. 3, p. 15, noot 4.

³³ *Kamerstukken II 1975/76*, 13 872, nr. 55b, p. 16-18. Aldus ook Gerbranda & Kroes 1993, p. 113-114.

³⁴ Verhey 1992, p. 38-40.

³⁵ In het eindrapport uit 1993 van het grondrechten evaluatie-onderzoek schrijven Gerbranda & Kroes: 'Het uitgangspunt van de grondwetgever dat grondrechten in beginsel ook door kunnen werken in de verhouding tussen burgers onderling, is sinds de grondwetswijziging in de rechtspraktijk bevestigd.'... 'Het lijkt of de bescherming ingeval van machtsongelijkheid vooral een rol speelt wanneer de artikelen 10 en 11 Gw in het geding zijn.' (Gerbranda & Kroes 1993, p. 154).

vereniging voor burgerlijk recht uit 1986 reeds van een onvermijdelijk verschijnsel.³⁶ Het is in de praktijk steeds meer gaan functioneren als algemeen rechtsbeginsel.³⁷ Het klassieke en fundamentele recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer belichaamt een zo grote waarde voor de samenleving, dat het als wenselijk wordt beschouwd dat de individuele burger dit recht ook jegens andere burgers kan invoeren.³⁸ Met name in gevallen van machtsongelijkheid tussen partijen zou reden bestaan een grondrecht als het recht op privacy in de private verhouding door te laten werken, teneinde de maatschappelijk zwakkere te beschermen ten opzichte van de machtspositie van de wederpartij.³⁹ Ook Verhey wees op het belang van de aard van de rechtsbetrekking voor de mate van horizontale doorwerking van het recht op privacy. Als gevolg van een machtspositie van een van beide partijen, kan in een rechtsbetrekking sprake zijn van afhankelijkheid. Volgens Verhey kan herstel van het machtsverwicht worden gerealiseerd met behulp van grondrechten.⁴⁰

De wijze waarop het recht op privacy doorwerkt is meestal indirect en te vergelijken met de niveaus 2 tot en met 4 van bovenstaande door de regering gehanteerde glijdende schaal.⁴¹ De rechter gebruikt de bepaling soms als leidraad bij de invulling van civielrechtelijke begrippen, met name bij de bepaling over de onrechtmatige daad (6:162 BW). Dit gebeurde ook in een arrest uit 1987. In dit arrest aanvaardde de Hoge Raad expliciet de horizontale werking van het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer, een recht

³⁶ Volgens hem hadden een aantal factoren aan deze ontwikkeling bijgedragen; de sociaal-economische ordening, de ontwikkeling van de techniek en het ontstaan van machtsconcentraties en economische factoren. Als juridische factoren noemde hij de invloed van mensenrechtenverdragen, waarvan sommige verreikende uitstralingseffecten blijken te hebben, ook naar het particuliere rechtsverkeer toe. Tot slot waren de grondrechten zelf volgens Biesheuvel een relevante factor. Hij wijst daartoe op twee volgens hem relevante benaderingen. In de eerste plaats wordt betoogd dat grondrechten hun meest essentiële betekenis ontleen aan de bescherming die zij bieden tegen macht en machtsuitoefening. Zij volgen derhalve macht, ongeacht de bezitter daarvan. In de tweede benadering wordt uitgegaan van de veronderstelling dat het karakter van grondrechten zo fundamenteel is dat rechthebbenden, in welke positie dan ook, daarop aanspraak kunnen maken. In deze benadering is horizontale werking een fundamentele modaliteit geworden (M.B.W. Biesheuvel, 'Burgerlijk recht en grondrechten: "Een constitutioneel vraagstuk van den eersten rang"', in: J.L.M. Elders & M.B.W. Biesheuvel, *Burgerlijk recht en grondrechten*, Lelystad: Vermande 1986, p. 41-63).

³⁷ In het privaatrecht lijkt het thans een grondgedachte te zijn dat het recht op privacy van elk individu ook door medeburgers moet worden gerespecteerd (Verhey 1992, p. 419).

³⁸ Hartkamp 2000, p. 26.

³⁹ Van Dooren 1997, p. 130; Alkema 1995, p. 30; Gerbranda & Kroes 1993, p. 155 en 161.

⁴⁰ Verhey 1992, p. 174-177. Zie ook Verhulst 1996, p. 16 en p. 19 in verband met de term 'horizontale werking': 'De term horizontale werking doet vermoeden dat het gaat om toepassing van grondrechten in een gelijkwaardige verhouding van burgers onderling. Hoewel dat niet uitgesloten is, is de behoefte aan horizontale werking van grondrechten juist ontstaan door een ongelijke verhouding van privaatrechtelijke rechtssubjecten, dus die verhouding waarin de burger zich, net als ten opzichte van de overheid, in een ondergeschikte positie bevindt ten opzichte van zijn wederpartij (...) en op grond daarvan beperking van zijn vrijheden heeft te vrezen.' Op p. 16 geeft hij als voorbeeld van een afhankelijkheidsrelatie de burger ten opzichte van de werkgever.

⁴¹ Directe doorwerking (te vergelijken met het vijfde niveau van de door de regering gebruikte glijdende schaal van doorwerking) van de bepalingen waarin het grondrecht op privacy is opgenomen komt in de rechtspraak nauwelijks voor (Van Dooren 1997, p. 131 en 147-149; Alkema 1995, p. 29; Gerbranda & Kroes 1993, p.143-146; Verhey 1992, p. 422-424).

dat volgens de Hoge Raad mede wordt bepaald door art. 8 EVRM.⁴² Een inbreuk op dit recht levert in beginsel een onrechtmatige daad op.⁴³

Indien tussen partijen al een rechtsverhouding bestaat, kan doorwerking plaatsvinden door middel van reflexwerking. De aan het grondrecht ten grondslag liggende waarde, het recht op privacy, komt dan tot uitdrukking bij de invulling van een op die verhouding toepasselijke civielrechtelijke bepaling.⁴⁴ Vervolgens vindt een belangenafweging plaats tussen het recht op privacy en de belangen van de wederpartij, zonder dat daarbij wordt getoetst aan de grondrechtelijke beperkingsclausules.⁴⁵

2.3.1.2 De reikwijdte van het privacyrecht

Reeds in 1890 werd geschreven over de betekenis van het recht op privacy. Het werd omschreven als het recht om met rust gelaten te worden, een omschrijving waarmee het recht op privacy sindsdien nog lange tijd min of meer werd gelijkgesteld.⁴⁶ Pas eind jaren tachtig van de vorige eeuw kreeg Nederland een grondwettelijke bepaling waarin het recht op privacy werd geregeld.⁴⁷ In de

⁴² Mensenrechtenverdragen geven niet altijd duidelijkheid over eventuele horizontale werking van hun voorschriften. Soms kan dit uit de tekst van de bepalingen worden afgeleid, soms moet de vraag naar de horizontale werking door het nationale recht worden beantwoord. De Nederlandse rechter is vrij in zijn uitleg van de bepalingen van het EVRM en kan daaraan horizontale werking toekennen indien dit hem de gewenste oplossing toeschijnt. De Nederlandse rechter is in het algemeen echter terughoudend geweest bij het toekennen van horizontale werking aan (nationale en internationale) grondrechten (Hartkamp 2000, p. 26-27).

⁴³ HR 9 januari 1987, *NJ* 1987, 928, m. nt. van E.A. Alkema (*Edamse bijstandsmoeder*).

⁴⁴ Deze vorm van doorwerking typeert Verhey als de 'zuiver privaatrechtelijke rechtsvinding' (Verhey 1992, p. 422 en 426-431).

⁴⁵ Verhey 1992, p. 419-420. Vgl.: Van Dooren 1997, p. 127-132; Gerbranda & Kroes 1993, p. 137, p. 161. Verhey 1992, p. 422-432 maakt op het gebied van horizontale werking via de rechter onderscheid tussen directe werking, indirecte werking en zuiver privaatrechtelijke rechtsvinding. De directe werking komt overeen met niveau vijf van de door de regering gehanteerde glijdende schaal. Met de indirecte werking wordt bedoeld dat het grondrecht niet direct wordt toegepast, maar wel een inspiratiebron vormt voor de rechter en dus samen met andere overwegingen de rechterlijke oordeelsvorming beïnvloeden (te vergelijken met de niveaus twee tot en met vier van voornoemde glijdende schaal). Doorwerking in het kader van zuiver privaatrechtelijke rechtsvinding houdt in dat de rechter niet naar de grondwettelijke bepaling verwijst, waardoor geen sprake is van zichtbare doorwerking, maar wel de met het grondrecht corresponderende waarde – het recht op privacy – tot zijn recht laat komen.

⁴⁶ Samuel D. Warren en Louis D. Brandeis, 'The right to privacy', *Harvard Law Review* 15 december 1890. Buruma 2001, p. 33 e.v. Uitgebreid over dit recht in verband met 'computerprivacy' F. Kuitenbrouwer, *Het recht om met rust gelaten te worden. Over privacy*, Amsterdam: Balans 1991. Van der Heijden heeft het in dit verband over de paradox van privacy op de werkplek. Op het werk wordt een werknemer juist niet met rust gelaten, maar hij wordt verwacht actief zijn deel van de overeenkomst na te komen (Van der Heijden 1992, p. 14). De Vries 2000, p. 79 wijst er mijns inziens terecht op dat deze zogenaamde paradox een farce is, aangezien het recht op privacy uiteraard geen absoluut recht is, maar zeer flexibel is en in verschillende omstandigheden een wisselende inhoud en betekenis kan krijgen. Het gaat er om dat de werknemer wel degelijk een beroep kan doen op het recht op privacy, het heeft immers horizontale werking en het strekt zich uit tot de werkplek, maar het heeft dan een defensieve werking: het stelt grenzen aan hetgeen de werknemer heeft te dulden van de werkgever. Zie ook Verhulp 1999, p. 137; de Vries 2001, p. 39, 40; Terstegge & de Vries 1994, p. 7.

⁴⁷ Blok 2002, p. 39.

MvT bij art. 10 Gw werd over het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer gezegd:

‘De persoonlijke levenssfeer bevat tal van terreinen, welke zeer uiteenlopend van aard en problematiek zijn en waarvan sommige volop in ontwikkeling zijn. Thans reeds ten aanzien van al deze gebieden uitmaken wat wel en wat niet als behorend tot de persoonlijke levenssfeer moet worden geëerbiedigd, zou in een aantal gevallen voorbarig zijn’⁴⁸

Bij de beantwoording van de vraag of sprake is van schending van de privacy zou gewicht moeten worden toegekend aan de aard en de mate van intimiteit van hetgeen omtrent een ander wordt waargenomen of gepubliceerd. De regering omschreef het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer als het recht om zijn eigen leven te leiden met zo min mogelijk inmenging van buitenaf. Onder persoonlijke levenssfeer moest worden verstaan ‘een gebied waarbinnen elk individu vrij is en geen inmenging van anderen behoeft te dulden’ en de reeks van situaties waarin men onbevangen zichzelf wil zijn. De regering gaf een aantal voorbeelden van aspecten die in ieder geval tot de persoonlijke levenssfeer moesten worden gerekend: de woning, bepaalde vormen van communicatie, zoals briefwisseling en telefoongesprekken, de buiten de woning gevoerde vertrouwelijke gesprekken, sommige gewoonten, gedragingen, contacten, abonnementen, lidmaatschappen e.d., bepaalde aspecten van het gezinsleven, de fysieke en geestelijke integriteit en de registratie van persoonsgegevens.⁴⁹ Verder moest het in art. 10 Gw opgenomen recht in rechtspraak en wetgeving zijn nadere omlijning vinden. Bijgevolg wordt het recht op privacy wel aangeduid als een ‘groeirecht’⁵⁰: de omvang en grenzen moeten in de loop van de tijd in wetenschap, wetgeving en jurisprudentie nader worden vormgegeven.⁵¹ Met name in de rechtspraak van het EHRM over de betekenis van het in art. 8 EVRM omschreven recht op eerbiediging van de

⁴⁸ *Kamerstukken II 1975/76, 13872, nr. 3, p. 40 (MvT)*. Nog steeds wordt gewezen op de vaagheid van de omvang en grenzen van het privacybegrip. Zie bijvoorbeeld Groenhuijsen & Knigge 2001, p. 170 en uitgebreid Blok 2002, p. 321 die onder de titel ‘De vaagheid verwoord’ dertien uitspraken aanhaalt van verschillende auteurs waarin naar de onbepaaldheid van het begrip privacy wordt verwezen. Blok komt in zijn proefschrift evenwel tot de conclusie dat de populaire stelling dat ‘privacy’ een ongrijpbaar begrip is, niet opgaat voor het Nederlandse en Amerikaanse recht. Er is volgens hem wel degelijk een patroon aan te wijzen in het gebruik van het begrip ‘privacy’ en er bestaat volgens hem zoveel duidelijkheid als men van een dergelijk algemeen begrip mag verwachten (P.H. Blok, *Het recht op privacy: een onderzoek naar de betekenis van het begrip ‘privacy’ in het Nederlandse en Amerikaanse recht* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002, p. 278-283).

⁴⁹ Het recht op privacy is daarom wellicht minder vaag dan over het algemeen wordt verondersteld. Het recht heeft een soort ‘vaste kern’ in de artikelen 11, 12 en 13 Gw, waarvan de inhoud min of meer overeenstemt met de door de regering in de MvT genoemde voorbeelden. Vgl. Blok 2002, p. 44 e.v. en p. 59 e.v.

⁵⁰ Groenhuijsen & Knigge 2001, p. 170 en 193; Simmelink 1987, p. 44.

⁵¹ *Kamerstukken II 1975/76, 13872, nr. 3, p. 40, 41 (MvT)*. Uitgebreid Blok 2002, p. 43-72. Vgl. Corstens 1999, p. 256; Groenhuijsen & Knigge 2001, p. 190-193; Lensing & Mulder 1994, p. 125-129; Simmelink 1987, p. 43-52.

persoonlijke levenssfeer, en in de rechtspraak van de Hoge Raad is de inhoud van het privacyrecht verder ingevuld.

Ons hoogste nationale rechtscollege ging in de zaak van de ‘Edamse bijstandsmoeder’, behalve op de horizontale werking van het recht op privacy, ook in op de reikwijdte van het recht op privacy in horizontale verhoudingen. Het ging om een gescheiden vrouw met drie minderjarige kinderen, die leefde van een bijstandsuitkering. Zij werd door haar buurman, de adjunct-directeur van de gemeentelijke sociale dienst, nauwlettend in de gaten gehouden. Hij constateerde dat regelmatig een man bij haar in huis was die daar ook bleef slapen. De buurman gaf deze informatie door aan een ambtenaar van de sociale dienst, hetgeen tot gevolg had dat de bijstandsuitkering van de buurvrouw werd gestopt. De Hoge Raad was van mening dat sprake was van een inbreuk op het recht op privacy door de buurman. Het college haakte aan bij een overweging uit de MvT, dat het recht op privacy zich niet ruimtelijk laat begrenzen, bijvoorbeeld tot het huis waarin men leeft, en dat een inbreuk op dit recht door het vastleggen en doorgeven van gegevens, verkregen door gewone zintuiglijke waarnemingen, niet uitgesloten is. De aard en de mate van intimiteit van hetgeen omtrent een ander wordt waargenomen, vastgelegd of aan anderen doorgegeven, is voor het bepalen van de grens van belang.⁵²

In latere uitspraken heeft het Europese Hof expliciet bepaald dat het privacyrecht zich eveneens uitstrekt tot de werkplek, het kantoor en zakelijke activiteiten.⁵³

‘There appears, furthermore, to be no reason of principle why this understanding of the notion of “private life” should be taken to exclude activities of a professional or business nature since it is, after all, in the course of their working lives that the majority of people have a significant, if not the greatest, opportunity of developing relationships with the outside world. This view is supported by the fact that, (...), it is not always possible to distinguish clearly which of an individual’s activities form part of his professional or business life and which do not. Thus, especially in the case of a person exercising a liberal profession, his work in that context may form part and parcel of his life to such a degree that it becomes impossible to know in what capacity he is acting at a given moment of time.’⁵⁴

In de zaak Halford vulde het Europese Hof het recht op privacy op de werkplek verder in. Het Hof oordeelde dat telefoongesprekken, zowel thuis als op het werk, binnen het bereik van het recht op privacy (ex art. 8 lid 1 EVRM) kunnen vallen. Het ging in deze zaak om een Engelse vrouwelijke politieagente die een discriminatiezaak tegen haar werkgever was begonnen. Later bleek dat de werkgever haar telefoon had afgeluisterd. Het Hof achtte bij de beantwoording

⁵² HR 9 januari 1987, *NJ* 1987, 928, m. nt. van E.A. Alkema (*Edamse bijstandsmoeder*).

⁵³ Het Hof achtte het overigens niet mogelijk of noodzakelijk een gedetailleerde definitie van het begrip ‘private life’ te geven. EHRM 16 april 2002, *NJ* 2003, 452; EHRM 16 december 1992, *NJ* 1993, 400 (*Niemietz*); EHRM 30 maart 1989, *NJ* 1991, 522 (*Chapell*).

⁵⁴ EHRM 16 december 1992, *NJ* 1993, 400 (*Niemietz*).

van de vraag of in dit geval de telefoongesprekken onder art. 8 EVRM vielen, van belang of de werknemster een ‘reasonable expectation of privacy for such calls’ had.

‘45. There is no evidence of any warning having been given to Ms Halford, as a user of the internal telecommunications system operated at the Merseyside Police Headquarters, that calls made on that system would be liable to interception. She would, the Court considers, have had a reasonable expectation of privacy for such calls, which expectation was moreover reinforced by a number of factors. As assistant Chief Constable she had the sole use of her office where there were two telephones, one of which was specially designated for her private use. Furthermore, she had been given the assurance, in response to a memorandum, that she could use her office telephones for the purposes of her sex discrimination case.

46. For all the above reasons, the Court concludes that the telephone conversations made by Ms Halford on the office telephones fell within the scope of the notions of “private life” and “correspondence” and that Article 8 was therefore applicable to this part of the complaint.⁵⁵

Geconcludeerd kan worden dat het ‘kenbaarheidsvereiste’ een soort basisvoorwaarde is voor het rechtmatig afluisteren van telefoons. Uit bovenstaand citaat blijkt niettemin dat ter beantwoording van de vraag of iemand een ‘reasonable expectation of privacy’ had, ook andere factoren van belang zijn.⁵⁶

2.3.1.3 Opsporing door de werkgever

Zonder twijfel kan met de in de inleiding genoemde opsporingsmethoden inbreuk worden gemaakt op het privacyrecht van de betrokken werknemer(s). Zo leggen camera’s ongenaakbaar, tot in detail, een mens in zijn gewone doen en laten vast. Dientengevolge raakt cameratoezicht de mens in zijn diepste wezen en vormt het per definitie een ingrijpend opsporingsinstrument. Cameratoezicht wordt vaak ervaren als een wezenlijke aantasting van de persoonlijke levenssfeer.⁵⁷ Maar ook opsporing door middel van het registreren van gegevens over het telefoongebruik en het afluisteren van gesprekken is zeer privacygevoelig.⁵⁸ Hierdoor kunnen werknemers aan de telefoon zich in

⁵⁵ EHRM 25 juni 1997, *NJ* 1998, 506 (*Halford*). Ook het opnemen van telefoongesprekken voor het gebruik als ‘voice samples’ valt onder het recht op privacy (EHRM 25 september 2001, *NJ* 2003, 670). De Hoge Raad had het criterium ‘reasonable expectation of privacy’ overigens ook reeds gehanteerd, maar dan als het hebben van een redelijke verwachting omtrent de bescherming van de persoonlijke levenssfeer (HR 19 december 1995, *NJ* 1996, 249, r.o. 8.3, *Zwolsman*). In een uitspraak uit 2001 heeft het Europese Hof zijn eigen jurisprudentie inzake het recht op privacy nog eens samengevat (EHRM 25 september 2001, *NJ* 2003, 670).

⁵⁶ Zie ook Hulsman 1996, p. 6.

⁵⁷ De Vries 2001, p. 53; De Vries & Rutgers 2001a, p. 61. Zie ook De Laat & Rutgers 2005, p. 1317.

⁵⁸ Door de technische ontwikkeling is het niet alleen mogelijk de telefoon van een werknemer af te luisteren, maar ook om informatie te verkrijgen over de wijze waarop met het communicatiemiddel wordt omgegaan. Zo kan de werkgever overzichten krijgen van de hoeveelheid gesprekken, de duur

toenemende mate geobserveerd en gecontroleerd voelen, terwijl de mogelijkheden om vrij te communiceren tot een minimum worden beperkt.⁵⁹ Hetzelfde geldt voor opsporing door middel van onderzoek naar e-mails en internetgebruik van werknemers. Uiteraard raakt ook het onderzoek naar justitiële gegevens van een sollicitant of werknemer de persoonlijke levenssfeer. Niet voor niets is hieraan in de WBP een speciale bepaling gewijd. Deze bepaling verbiedt het verwerken van strafrechtelijke persoonsgegevens (zie 2.3.2). De inzet van een recherchebureau of privé-detective ter opsporing van wangedrag, maakt waarschijnlijk het diepst inbreuk op het privacyrecht van de betrokken werknemer. Deze derden worden niet alleen ingezet ter opsporing van wangedrag binnen het bedrijf (intramuraal onderzoek), maar ook ter opsporing van wangedrag in het dagelijks leven van een werknemer (extramuraal onderzoek).

Kortom, de werkgever kan bij de inzet van deze opsporingsmethoden niet zonder meer voorbij gaan aan het recht op privacy van de betrokken werknemers.⁶⁰ De betekenis van het recht op privacy voor het arbeidsrecht werd in november 1996 zeer treffend verwoord in een rapport van de Registratiekamer (thans 'College bescherming persoonsgegevens'):⁶¹

'Respect voor privacy van werknemers maakt noodzakelijk deel uit van de arbeidsomstandigheden in een democratische samenleving'.⁶²

Het privacyrecht stelt grenzen aan de opsporingsbevoegdheid van de werkgever. Het is dan ook geen absoluut recht, maar een defensief recht.⁶³ Zo kan het recht op privacy geen alibi voor wangedrag zijn:⁶⁴ dit zou in strijd met de norm van het goed werknemerschap zijn.⁶⁵ Aangezien tussen de werkgever en de

van de gesprekken en door wie en met wie gesprekken zijn gevoerd (De Laat & Rutgers 2005, p. 1316; Hulsman 1996, p. 5; De Vries & Rutgers 2001a, p. 53; De Vries 2001, p. 57).

⁵⁹ De Vries 2001, p. 57. In het hierover verschenen rapport van de Registratiekamer werd in dit verband gesproken over een 'chilling effect' voor de communicatievrijheid. Het vastleggen van dergelijke gegevens van werknemers raakt niet alleen de persoonlijke levenssfeer, maar ook de arbeidsverhouding in het algemeen. Het kan namelijk de autonomie van de werknemer beïnvloeden doordat in zekere zin zijn handelingsvrijheid om de werkzaamheden naar eigen inzicht uit te voeren, wordt beperkt. Het inperken van deze vrijheden door de werkgever behoeft een rechtvaardigingsgrond, terwijl tevens zo terughoudend mogelijk te werk moet worden gegaan (de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit) (Hulsman 1996, p. 6).

⁶⁰ Aldus ook De Vries 2001, p. 39, 40. Uitgebreid over de horizontale werking van internationale normen in het sociaal recht: A.T.J.M. Jacobs, *De rechtstreekse werking van internationale normen in het sociaal recht*, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1985.

⁶¹ Het rapport ging over onderzoek naar het telefoongebruik van werknemers (zie ook 2.6.2.).

⁶² B.J.P. Hulsman, *Als de telefoon wordt opgenomen. Regels voor het registreren, meeluisteren en opnemen van telefoongesprekken van werknemers*, 's-Gravenhage: Registratiekamer 1996, p. 3. Zie ook Verhulp 1996, p. 59.

⁶³ De Vries 2000, p. 79; Verhulp 1996, p. 13. en 32, hij wijst er onder meer op dat grondrechten geen absolute gelding hebben en in bepaalde gevallen moeten wijken voor andere beginselen. Hij spreekt over grondrechten als 'afweerrechten'.

⁶⁴ De Vries 2000, p. 76, 77.

⁶⁵ Verhulp is voor de aanvaarding van de directe horizontale werking van grondrechten en is van mening dat een vaag begrip als 'de goede werknemer' kan worden gehanteerd als

werknemer al een rechtsverhouding bestaat, zou het recht op privacy eventueel kunnen doorwerken via de reflexwerking van art. 7:611 BW: een goed werkgever behoort het privacyrecht van zijn werknemer te respecteren (zie over de wijze van doorwerking 2.5.1).⁶⁶

Verder kan worden gewezen op de machtsongelijkheid tussen de werkgever en werknemer (zie het inleidende hoofdstuk).⁶⁷ In 2.3.1.1 kwam naar voren dat dit een reden is om een grondrecht, zoals het recht op privacy, in de private verhouding door te laten werken. De werking van het recht op privacy kan het machtsverwicht tussen werkgever en werknemer herstellen.⁶⁸ Zeker bij de toepassing van diep ingrijpende opsporingshandelingen door de werkgever, bestaat behoefte aan extra bescherming van de werknemer.

2.3.1.4 Rechtspraak

In de, met name lagere, arbeidsrechtelijke rechtspraak over opsporing door werkgevers speelt het recht op privacy een belangrijke rol. Zo oordeelde het Hof Den Bosch in kort geding dat aan het inschakelen van een detectivebureau door een ex-werkgever het bezwaar kleeft dat inbreuk op de privacy wordt gemaakt.⁶⁹ De President van de Rechtbank Maastricht overwoog dat de inzet van een privé-

beperkingsgrondslag van het grondrecht in de horizontale verhouding: '...betreft het een 'echte' horizontale verhouding dan kan met de open normen uit het privaatrecht een direct horizontaal werkend grondrecht beperkt worden indien een weging van belangen daartoe aanleiding geeft' (Verhulp 1996, p. 30 en 32). De directe toepassing van grondrechtsregels in horizontale verhoudingen doet volgens hem meer recht aan het fundamentele karakter van grondrechten dan indirecte werking. Tegelijkertijd geeft hij evenwel aan dat het onderscheid tussen directe en indirecte werking van grondrechten minder groot is dan het wellicht op het eerste gezicht lijkt; 'een belangenafweging dient in horizontale verhoudingen toch plaats te vinden, of grondrechten nu direct of indirect werken.' (Verhulp 1996, p. 33).

⁶⁶ Vergelijk HR 30 januari 2004, *JAR* 2004, 68 (*Parallel Entry/KLM en VNV*) en HR 8 april 1994, *NJ* 1994, 704 (*Agfa/Schoolderman*). Beide zaken gingen over de doorwerking van het in art. 26 IVBPR en art. 7 IVESCR neergelegde beginsel dat gelijke arbeid in gelijke omstandigheden op gelijke wijze moet worden beloond, (tenzij een objectieve rechtvaardigingsgrond een ongelijke beloning toelaat) via de bepaling van het goed werkgeverschap, ex art. 7:611 BW. De Laat & Rutgers menen dat een werknemer voor de arbeidsrechter een direct beroep kan doen op art. 8 EVRM. Ook art. 17 IVBPR en art. 10 Gw hebben volgens hen horizontale werking, alhoewel geen eensgezindheid bestaat over de wijze van doorwerking: direct of indirect (De Laat & Rutgers 2005, p. 1297).

⁶⁷ Zie ook A-G Mok in zijn conclusie bij een arrest van de Hoge Raad uit 1984. In het kader van de werking van het grondrecht van vrijheid van godsdienst in de arbeidsverhouding, wees hij op de gelijkheid tussen de relaties werkgever-werknemer en overheid-burger. Hij stelde: 'Ter vereenvoudiging zou ik willen verdedigen dat, wat er in het algemeen zij van de horizontale of derden-werking van de vrijheid van godsdienst, op dit grondrecht in elk geval een beroep kan worden gedaan door een werknemer in een dienstbetrekking. Die stelling zou ik willen baseren op de gezagsverhouding die de dienstbetrekking kenmerkt. De verhouding werknemer-werkgever is in dit opzicht enigermate te vergelijken met die tussen burger en overheid.' (conclusie van A-G Mok bij HR 30 maart 1984, *NJ* 1985, 350). Een soortgelijke overweging heeft hij gedaan met betrekking tot het recht grondrecht op de vrijheid van meningsuiting: HR 20 april 1990, *NJ* 1990, 702.

⁶⁸ Zie Verhulp 1996, p. 61 (met uitgebreide lijst van verwijzingen); Jaspers e.a., *Meer respect voor grondrechten van werknemers*, Utrecht: Stichting FNV Pers 2000, p. 5, 8; Rommelse 1994, p. 289; Terstegge & de Vries 1994, p. 10; M.G. Rood, 'Over grondrechten in dienstbetrekking en hun grenzen', in: P.B. Cliteur & A.P.M.J. Vonken, *Doorwerking van mensenrechten*, Groningen: Wolters Noordhoff 1993, p. 125-141.

⁶⁹ Hof 's-Hertogenbosch (kort geding) 16 januari 1991, *NJ* 1991, 637.

detective geen inbreuk op het concrete recht op privacy maakte. De aan de detective verstrekte opdracht was geheel en al toegespitst op de door de 'zieke' werknemer eventueel te verrichten werkzaamheden bij derden. Er was geen gebruik gemaakt van technische hulpmiddelen en het onderzoek strekte zich uit over een betrekkelijk korte periode van drie weken. Van doorslaggevende betekenis achtte de president de beantwoording van de vraag of de ingevolge de opdracht waargenomen situaties daadwerkelijk de persoonlijke levenssfeer van de werknemer betroffen, als bedoeld in art. 8 EVRM. Aangezien de waarnemingen zich beperkten tot voor iedere willekeurige buitenstaander met het blote oog waar te nemen feiten, werd deze vraag ontkennend beantwoord. Van enige rechtens te respecteren intimiteit was niet gebleken.⁷⁰ In een soortgelijke zaak ging de Kantonrechter Rotterdam aan de inhoud van een detectiverapport voorbij. De rechter liet in het midden of in het in zijn algemeenheid is toegelaten, dat een werkgever door middel van een recherchebureau de gangen van zijn werknemer nagaat. Met name de wijze waarop het rapport tot stand was gekomen, werd zo zeer in strijd geacht met hetgeen van een goed werkgever kan worden verlangd (een werkgever heeft ook de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van haar werknemers te respecteren), dat de inhoud moest worden genegeerd. Het recherchebureau had onder meer de vuilniszakken van de werknemer meegenomen en de inhoud ervan onderzocht en gebruikt. De kantonrechter achtte deze handelwijze een ernstige inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van de werkneemster, 'op de bescherming waarvan zij uiteraard net als ieder ander recht heeft'.⁷¹ De Kantonrechter Lelystad overwoog dat een werkgever, die zelf uitgebreid onderzoek had verricht naar het doen en laten van een zieke werknemer, het recht op privacy van de werknemer had geschonden. De werkgever had informatie ingewonnen bij het ziekenhuis en de huisarts en had een medewerker

⁷⁰ President Rb. Maastricht 30 september 1991, *KG* 1991, 364. De werknemer werd in het ongelijk gesteld en ging in hoger beroep bij het Hof Den Bosch. Het Hof oordeelde ten aanzien van de rechtmatigheid van het inschakelen van de privé-detective in het voordeel van de werknemer. Het wilde het Hof voorkomen dat de bijzondere en ten dele persoonlijke aard van een arbeidsverhouding, waarin een zeker onderling vertrouwen een element is waarop beide partijen moeten kunnen rekenen, in beginsel meebrengt, dat de controle en het daaraan mogelijk verbonden onderzoek door de werkgever zelf moet geschieden. Verder leek het volgens het Hof in de rede te liggen dat bij normale verhoudingen een onderzoek naar aanleiding van concrete klachten begint met een gesprek met de werknemer zelf. Het doen controleren van zijn werknemer, buiten diens weten door een detectivebureau is slechts aanvaardbaar onder zeer bijzondere omstandigheden waarin tegen de werknemer ernstige verdenkingen zijn gerezen ter zake van ernstige overtredingen welke een onderzoek buiten de betrokkene om noodzakelijk maken. Daarvan was volgens het Hof geen sprake, aangezien de tegen de werknemer gerezen bezwaren niet van dien aard waren dat de werknemer er niet als eerste op had kunnen worden aangesproken en controle op de juistheid van diens mededelingen niet door de werkgeefster zelf hadden kunnen worden verricht. Onder die omstandigheden was het een onevenredige en ongepaste maatregel en in strijd met het goed werkgeverschap, om buiten de werknemer om een privé-detectivebureau opdracht te geven om onderzoek te doen naar de gegrondheid van de bezwaren (Hof 's-Hertogenbosch 2 december 1992, *NJ* 1993, 327). Zie ook Ktr. Utrecht 15 februari 1993, *JAR* 1993, 160 en Rb. Utrecht 25 september 1996, *JAR* 1997, 6.

⁷¹ Ktr. Rotterdam 19 december 1997, *Prg.* 1998, 4946.

laten posten bij het de praktijk van de huisarts. Verder had de werkgever de werknemer dagelijks thuis gebeld, ook in het weekend. De informatie die de werkgever eiste, had volgens de kantonrechter weinig met belangstelling of ziekteverzuimbegeleiding te maken. De kantonrechter meende dat het een werkgever niet past om op deze intimiderende wijze een werknemer tijdens arbeidsongeschiktheid te controleren. De handelwijze was niet alleen onbetamelijk, maar ook een inbreuk op de privacy.⁷²

De Kantonrechter Schiedam oordeelde ten aanzien van de inzet van camera's, dat het zwaarwegende belang van de waarheidsvinding en de gerechtvaardigde aanspraken van de werkgever op de bescherming van zijn eigendommen prevaleerden boven het belang van de werknemer bij bescherming van zijn privacy. De werkgever (Romi) had verborgen camera's geïnstalleerd om diefstal uit een voorraadkast vast te leggen. In informatiebulletins was van tevoren aangekondigd dat de werkgever van camera's gebruik kon maken.⁷³ Ook de Kantonrechter Utrecht oordeelde in het voordeel van een werkgever die (heimelijk) camera's had opgehangen. De werkgever wilde diefstal van kazen uit het magazijn opsporen, door middel van heimelijk geplaatste verborgen camera's. Volgens de kantonrechter was geen sprake van inbreuk op het privacyrecht van de betrokken werknemer. Het magazijn hoorde namelijk niet tot het gebied dat tot de persoonlijke levenssfeer van de werknemer kon worden gerekend. De werknemer had daar niets te zoeken en de werkgever was gerechtigd zijn eigendommen te bewaken, ook door het plaatsen van camera's. De werkgever was volgens de kantonrechter niet verplicht mensen die met kwade bedoelingen in het magazijn komen te waarschuwen dat er camera's hangen.⁷⁴ Ook de Rechtbank Roermond oordeelde dat de inzet van verborgen camera's geen schending van het privacyrecht opleverde. Van belang was dat de camera slechts in een individueel en bepaald geval was gehanteerd, en niet dan na een concreet vermoeden van onrechtmatig handelen jegens de werknemer was ontstaan, welk handelen ook werd bewaarheid.⁷⁵

Bij de opsporing van internetmisbruik valt volgens de Kantonrechter Almelo niet te ontkomen aan een onderzoek naar het persoonlijk gebruik door de werknemer. Deze zou de werkgever dan ook niet mogen tegenwerpen dat hij mogelijk de privacy van de werknemer heeft geschonden.⁷⁶ Volgens de Kantonrechter Alkmaar kan in zijn algemeenheid worden gezegd dat hoge telefoonkosten, met name een plotselinge en extreme stijging van de kosten, een

⁷² Ktr. Lelystad 3 oktober 2001, *JAR* 2001, 226.

⁷³ Ktr. Schiedam 8 juli 1997, *JAR* 1997, 189.

⁷⁴ Ktr. Utrecht 20 augustus 1997, *JAR* 1997, 204. Bij de stelling dat het magazijn niet tot de persoonlijke levenssfeer kan worden gerekend, kunnen vraagtekens worden gezet. Uit de jurisprudentie van het Europese Hof en de HR blijkt immers dat ook de werkplek onder het recht op privacy valt. Uit deze jurisprudentie volgt niet dat met 'werkplek' alleen de plek wordt bedoeld waar de werknemer gewoonlijk zijn arbeid verricht. Zie ook De Vries & Rutgers 2001b, p. 68.

⁷⁵ Rb. Roermond 25 februari 1998, *JAR* 1998, 79.

⁷⁶ Ktr. Almelo 30 september 1999, *Prg.* 1999, 5365.

reden kan zijn om inbreuk te maken op de privacy van de werknemer. In dat geval kan het gerechtvaardigd zijn de e-mailberichten te openen. Dit rechtvaardigt daarentegen nooit een willekeurige of buitenproportionele, dan wel onzorgvuldige inbreuk op de ook op de werkplek bestaande persoonlijke levenssfeer van de individuele werknemer.⁷⁷ De Kantonrechter te Emmen kreeg een zaak voorgelegd over een school die niet in verband wilde worden gebracht met seksactiviteiten van een werknemer. De werknemer exploiteerde een aantal seksshops en maakte in dit kader gebruik van de internetfaciliteiten van de werkgever. Volgens de werknemer had de werkgever inbreuk op zijn privacyrecht gemaakt door zijn e-mails te lezen. De kantonrechter overwoog het recht op privacy op de werkplek moet worden afgewogen tegen het recht van een onderwijsinstelling niet met seksactiviteiten in verband te worden gebracht. Laatstgenoemd recht prevaleerde.⁷⁸ De Kantonrechter Haarlem overwoog dat in het huidige tijdsgewricht een zekere 'privétisering' op de werkplek optreedt. Dit heeft tot gevolg dat een werkgever binnen zekere grenzen heeft te aanvaarden dat er onder werktijd privé-contacten worden onderhouden. Een werkgever behoort de privacy van die contacten te waarborgen. Dit betekent dat een werkgever bij onderzoek naar internetmisbruik, de persoonlijke inhoud van e-mails naar derden buiten beschouwing behoort te laten. Dat lag volgens de kantonrechter anders ten aanzien van de afbeeldingen van gewelddadige en pornografische aard welke de werknemer met zijn persoonlijke e-mails meestuurde. Het staat een werkgever namelijk vrij haar netwerk te onderzoeken op dit soort gebruik.⁷⁹

Dat het recht op privacy ook een rol kan spelen in verband met het privé-leven van werknemers, blijkt uit een uitspraak van de Kantonrechter Zwolle. Een leraar op een middelbare school, met een reformatorische achterban, had een buitenechtelijke relatie met een getrouwde lerares op diezelfde school. De school verweet de leraar de relatie niet direct te hebben gemeld. Volgens de Kantonrechter diende de werkgever de privacy van de werknemer te eerbiedigen, reeds omdat art. 8 lid 1 EVRM in de arbeidsverhouding doorwerkt. De werkgever heeft in beginsel dan ook geen recht op informatie over werknemers privé-relaties. Het is aan de werkgever aannemelijk te maken dat het recht op privacy mag worden begrensd door haar gerechtvaardigde belangen. Dat had de werkgever in dit geval niet gedaan.⁸⁰

Het recht op privacy speelt tevens een rol bij onderzoek naar het strafrechtelijk verleden van werknemers. A-G Spier wees er in zijn conclusies bij twee arresten – over onderzoek door werkgevers naar het strafrechtelijk verleden van hun werknemers – op, dat terughoudendheid past bij het aannemen van een onbepert recht van een werkgever informatie in te winnen omtrent onderwerpen die het privé-leven van een werknemer diepgaand (kunnen) raken.

⁷⁷ Ktr. Alkmaar 27 juni 2002, *Prg.* 2002, 5893.

⁷⁸ Ktr. Emmen 29 november 2000, *JAR* 2001, 4.

⁷⁹ Ktr. Haarlem 16 juni 2000, *JAR* 2000, 170. Zie ook Ktr. Amsterdam 26 april 2001, *JAR* 2001, 101.

⁸⁰ Ktr. Zwolle 30 december 1998, *JAR* 1999, 25.

Dit vloeit volgens hem mede voort uit art. 8 EVRM. Een werkgever heeft de vrijheid te vragen naar, en – zo nodig met toestemming van de werknemer – onderzoek te doen naar relevante aspecten van het verleden van een werknemer. Daartoe kan, zegt hij, afhankelijk van de functie, een strafrechtelijk verleden behoren. Het ligt volgens hem voor de hand dat een werkgever die, gezien de aard van de functie, belangstelling koestert voor de strafrechtelijke doopceel van de sollicitant, vóór het aangaan van de arbeidsovereenkomst de in zijn ogen relevante informatie verzamelt. Hierin ligt besloten dat een werkgever in het algemeen niet de vrijheid heeft om, na het aangaan van de arbeidsovereenkomst, gegevens in te winnen met betrekking tot anterieure feiten. Dit kan anders zijn indien gedurende de arbeidsovereenkomst serieuze verdenkingen ontstaan ter zake van met de aard van de werkzaamheden onverenigbare oude strafrechtelijke gedragingen. Zulks zal zijns inziens niet snel mogen worden aangenomen en het staat de werkgever met name niet vrij om, bij wijze van routinecontrole, onderzoek te doen dat op het voor de hand liggende tijdstip (tijdens de sollicitatiefase) werd nagelaten. Een tegengestelde opvatting zou een vrijbrief opleveren voor een werkgever om van een onwelgevallige werknemer af te raken, door het bij tijd en wijle stellen van nogal persoonlijke vragen, die allicht relevant zijn voor een goed functioneren.⁸¹

De Kantonrechter Assen oordeelde in gelijke zin als A-G Spier in bovengenoemde zaken deed. Het betrof een zaak waarin de werkgever de werknemer verweet tijdens het sollicitatiegesprek een uitgezeten gevangenisstraf en een verblijf in een TBS-kliniek te hebben verzwegen. Over de ‘witte vlek’ in zijn cv zei de werknemer tijdens het sollicitatiegesprek dat hij psychische problemen had gehad en daarvoor was behandeld. Na het sluiten van de arbeidsovereenkomst deed de werknemer alsnog een mededeling over het zedendelict en de ondergane TBS. Vervolgens beriep de werkgever zich op dwaling en subsidiair op een dringende reden. De kantonrechter overwoog dat gesteld noch gebleken was dat de werkgever had beoogd vanwege de eisen die de functie stelde, te informeren naar een eventueel strafrechtelijk verleden. Evenmin was aannemelijk dat de aard van de functie indienstneming van een werknemer met een strafrechtelijk verleden op voorhand uitsloot. Voorts mocht

⁸¹ Conclusies bij HR 11 mei 2001, *NJ* 2001, 409; HR 29 oktober 1999, *JAR* 1999, 255. De zaak uit 1999 ging over een werknemer die na een vijfjarig dienstverband door zijn werkgever werd geschorst, vanwege het verzwijgen en ontkennen van zijn strafrechtelijk verleden. De werknemer had niet alleen strafrechtelijke veroordelingen van voor zijn dienstverband verzwegen, maar ook veroordelingen die tijdens zijn dienstverband hadden plaatsgevonden. Kantonrechter en rechtbank waren van mening dat de werkgever vanwege het geschonden vertrouwen mocht overgaan tot schorsing van de betreffende werknemer. Het beroep in cassatie werd door de Hoge Raad verworpen. In de meest recente van de twee zaken ging het om een werknemer die tijdens zijn sollicitatie, en ook later gedurende de loop van het dienstverband, had verzwegen dat zijn vorige arbeidsovereenkomst (bij een bank) vanwege door hem gepleegde frauduleuze handelingen was geëindigd in een ontslag op staande voet. Zijn nieuwe werkgever, waar hij de functie van assistent boekhouder vervulde, kwam hier na zeven jaar dienstverband achter. Hij ontsloeg de werknemer op staande voet. De Hoge Raad was van mening dat het oordeel van de rechtbank, dat de omstandigheden geen ontslag op staande voet rechtvaardigden, geen blijk gaf van een onjuiste rechtsopvatting.

volgens de kantonrechter worden aangenomen, dat een mededeling tegenover een mogelijk nieuwe werkgever over een strafrechtelijk verleden, in zijn algemeenheid voor ex-gedetineerden of uitbehandelde TBS-ers een grote stap in de weg zou zijn om weer werk te vinden. Vervolgens overwoog de kantonrechter, met verwijzing naar A-G Spier in bovenomschreven zaken, dat op grond van art. 8 lid 1 EVRM terughoudendheid past een onbeperkt recht aan te nemen van een werkgever, om informatie in te winnen over onderwerpen die het privé-leven van de sollicitant diepgaand kunnen raken. De werknemer was dan ook niet genoodzaakt, op de vraag van de werkgever naar de ‘witte vlek’ in zijn cv, te verklaren over zijn strafrechtelijk verleden. Bovendien maakte de aard van de functie het niet nodig dat die gegevens werden gevraagd of spontaan werden verstrekt. In het spanningsveld tussen het informeren van een beoogd werkgever en de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer van een sollicitant die zijn straf heeft uitgezeten of TBS-behandeling heeft ondergaan, had de werknemer zich volgens de kantonrechter mogen beperken tot de mededeling dat hij psychische problemen had.⁸²

Het arrest *L/Wennekes Lederwaren* is een van de meest recente uitspraken van de Hoge Raad, waarin werd bevestigd dat het recht op privacy zich tevens tot de werkplek uitstrekt.⁸³ In 2.6 wordt dit arrest uitgebreid besproken in het kader van het onrechtmatig verkregen bewijs.

2.3.2 De Wet bescherming persoonsgegevens

Zoals gezegd heeft de ontwikkeling van de informatiemaatschappij geleid tot technologieën waarmee persoonsgegevens eenvoudig kunnen worden ontsloten en opgeslagen.⁸⁴ Vanuit de behoefte deze persoonsgegevens te beschermen, werd bij het codificeren van het recht op privacy in art. 10 van de Grondwet (bij de herziening in 1983) aan de formele wetgever de opdracht gegeven om regels te stellen omtrent de bescherming van persoonsgegevens (het recht op informationele privacy). Met de invoering van de Wet persoonsregistraties op 1 juli 1989, welke per 1 september 2001⁸⁵ werd vervangen door de Wet

⁸² Ktr. Assen 6 maart 2006, *JAR* 2006, 71. De kantonrechter oordeelde een ontslag op staande voet als te vergaand. Het zou voorts in strijd met dat arbeidsrechtelijke uitgangspunt zijn, indien via het leerstuk van de dwaling uit het algemeen vermogensrecht vervolgens alsnog op straffe van een buitengerechtigde vernietiging van de arbeidsovereenkomst een verdergaande informatieplicht werd gelegd. Dat zou in dit geval tot een doorkruising van het ontslagrecht leiden.

⁸³ HR 27 april 2001, *JAR* 2001, 95. Zie ook J. Dop & E. Knipschild, *De regelen der arbeidsverhouding*, Amsterdam: Russell Advocaten 2004, p. 37-42. Zij gaan kort in op het recht op privacy op het werk en behandelen met name het arrest *L/Wennekes Lederwaren*. Naast de hier behandelde rechtspraak, bestaat ook jurisprudentie waarin de rechter de zaak beoordeelt aan de hand van het goed werkgeverschap. Het recht op privacy wordt dan niet expliciet genoemd (Bijvoorbeeld Hof 's-Hertogenbosch 2 december 1992, *NJ* 1993, 327. Vgl. HR 30 januari 2004, *JAR* 2004, 68 waarin de doorwerking van het recht op gelijke beloning bij gelijke arbeid via de norm van het goed werkgeverschap liep).

⁸⁴ Deze gegevens zijn een bron van informatie, informatie is de basis van kennis en kennis is macht (*Kamerstukken II* 1997/98, 25 892, nr. 3, p. 7 (MvT)).

⁸⁵ *Stb.* 2001, 337. Het object van regelgeving van de WPR was het technologieafhankelijke begrip ‘persoonsregistraties’. Aangezien de ontwikkeling van de technologie onafhankelijk van de

bescherming persoonsgegevens (WBP), heeft de wetgever aan deze in art. 10 lid 2 en 3 Gw neergelegde verplichting voldaan.⁸⁶

In de memorie van toelichting bij de WBP werd overwogen dat in het Nederlandse systeem, buiten de werkingssfeer van art. 10 lid 1 Gw, als algemeen uitgangspunt geldt dat noch de handelingsvrijheid van degene die persoonsgegevens verwerkt, noch het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de betrokkene in abstracto zwaarder weegt. Als beide belangen dreigen te botsen, dienen zij tegen elkaar te worden afgewogen, waarbij rekening moet worden gehouden met de bijzondere grondwettelijke waarde van het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer. Met de WBP werd slechts beoogd voor deze afweging het nodige instrumentarium aan te reiken.⁸⁷ Uit deze overweging kan worden afgeleid dat de materiële normen en beginselen⁸⁸ die aan de WBP ten grondslag liggen ook gelding kunnen hebben indien de WBP strikt genomen niet van toepassing is. Deze normen zijn in onze maatschappij dermate geaccepteerd, dat ze indirect van toepassing zijn op onderzoek door de werkgever dat weliswaar buiten de werkingssfeer van de WBP valt, maar waarbij wel persoonsgegevens worden verwerkt.⁸⁹ Het gaat om de volgende normen en beginselen.⁹⁰

ontwikkeling van het recht verloopt, is een technologieneutraal juridisch begrip ontwikkeld, wat minder snel verouderd ten gevolge van technologische ontwikkelingen. Dit neutrale begrip is 'gegevensverwerking' en vormt het object van regelgeving van de WBP. Met dit begrip 'wordt aangesloten bij de realiteit van netwerkvorming waarin de computers van weleer vaak slechts een ondergeschikt knooppunt vormen' (*Kamerstukken II 1997/98*, 25 892, nr. 3, p. 6, 7).

⁸⁶ Met de invoering van de WBP is de Nederlandse wetgeving in overeenstemming gebracht met de Europese privacyrichtlijn 95/46/EG (Richtlijn van 23 november 1995, *PbEg* L281, p. 31-50). Zie *Kamerstukken II 1997/98*, 25 892, nr. 3, p. 5-7 (MvT) en over de gehele totstandkomingsgeschiedenis p. 3-6. Toetsing aan de vraag of het recht op privacy in een concreet geval is aangetast, of dat sprake is van een gerechtvaardigde inbreuk op het recht op privacy, kan uitblijven indien de WBP van toepassing is. De wetgever zei hierover: 'Niet elke verwerking van persoonsgegevens vormt een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer. Wanneer dit wel en niet het geval is, kan in zijn algemeenheid niet worden aangegeven; het is afhankelijk van de aard van de gegevens en de wijze waarop deze worden gebruikt. Wel kan worden aangenomen dat (bij, *MMK*) de verwerking van gevoelige gegevens, gelet op hun aard, onafhankelijk van de samenhang waar in zij worden gebruikt, veelal een dergelijke inbreuk wordt gemaakt. Het wetsvoorstel geeft ter uitvoering van artikel 10, derde lid, van de Grondwet, de betrokkene aanspraken met betrekking tot de verwerking van hem betreffende gegevens, ongeacht de vraag of er sprake is van een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer.' (*Kamerstukken II 1997/98*, 25 892, nr. 3, p.7). Uitgebreid over de WBP: J.H.J. Terstegge e.a. (red.), *Wet bescherming persoonsgegevens*, Deventer: Kluwer 2001; H.H. de Vries & D.J. Rutgers, *Wet bescherming persoonsgegevens. Toepassing in arbeidsverhoudingen*, Deventer: Kluwer 2001.

⁸⁷ *Kamerstukken II 1997/98*, 25 890, nr. 3, p. 9.

⁸⁸ De Vries 2001, p. 55 merkt mijns inziens terecht op dat dit met uitzondering van de procedurele verplichtingen geldt, zoals de melding van de verwerking bij het CBP. Zie ook De Vries & Rutgers 2001a, p. 62.

⁸⁹ Dit volgt ook uit de algemene aanvaarding van de horizontale werking van het recht op privacy, hetgeen in de WBP tot uitdrukking is gekomen door het dwingendrechtelijke karakter van de wettelijke bepalingen (*Kamerstukken II 1997/98*, 25 890, nr. 3, p. 10). Aldus ook de Vries die met betrekking tot de werking van de normen van de WBP ten aanzien van traditionele, analoge cameratechnieken die niet rechtstreeks onder de WBP vallen, stelt dat de WBP-normen toch indirect van toepassing zijn omdat veel van de in de WBP vastgelegde normen maatschappelijk reeds zijn

- een geldige grondslag voor verwerking;
- fair play;
- doelbinding;
- proportionaliteit;
- subsidiariteit;
- transparantie;
- geheimhouding;

Voorts dient ook specifiek met de rechten van de betrokkenen rekening te worden gehouden. Met name het proportionaliteits- en subsidiariteitsbeginsel spelen in de WBP een centrale rol. In diverse bepalingen wordt de verwerking van de persoonsgegevens gebonden aan het noodzakelijkheids criterium. De wetgever baseerde zich op de beperkingsclausules van art. 8 EVRM, waarin het proportionaliteits- en subsidiariteitsbeginsel een belangrijke rol spelen, en de jurisprudentie van het EHRM.⁹¹

Tot slot kan worden opgemerkt dat de WBP een kaderwet is: de bepalingen zijn algemeen omschreven, zodoende bevat de wet veel open normen. De bepalingen bevatten geen concrete gedragsvoorschriften, maar schrijven een belangenafweging voor op grond van bepaalde criteria. De WBP is dus niet op de arbeidsverhouding afgestemd, met als gevolg dat de algemene materiële normen in de wet op ondernemingsniveau nader moeten worden ingevuld.⁹² Daarbij is een rol weggelegd voor de ondernemingsraad, maar ook de rechter heeft de nodige interpretatieruimte gekregen.⁹³

2.3.2.1 De opsporingsmethoden en de toepasselijkheid van de WBP

De in de inleiding genoemde opsporingsmethoden van werkgevers vallen *bijna* altijd onder de normering van de WBP. Maar wanneer is dit nu precies het geval? De WBP is van toepassing op de geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens, en op de niet-geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens die in een bestand zijn opgenomen of die bestemd zijn om in

geaccepteerd, zodat deze via de overkoepelende werking van het grondrecht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer toch van toepassing zijn (De Vries 2001, p. 55).

⁹⁰ De normen en beginselen met betrekking tot de verwerking van persoonsgegevens zijn vastgelegd in Hoofdstuk II van het Databeschermingsverdrag van de Raad van Europa, welk verdrag de basis vormt voor ons huidige denken over informatiele privacy (Verdrag tot bescherming van personen met betrekking tot de geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens, Straatsburg 28 januari 1981, Trb. 1988, 7). Zie ook Terstegge 2001, p. 11.

⁹¹ *Kamerstukken II 1997/98*, 25 892, nr. 3, p. 8, 9.

⁹² De Vries & Rutgers 2001a, p. 17. De Vries 2000, p. 92 wijst op de open norm van het goed werkgeverschap en het feit dat zodoende sprake is van 'dubbele open normen' of zo men wil 'twee dimensionale open normen'. Dit kan volgens haar heel mooi gelijk opgaan: 'een wettelijk uitgangspunt van de WBP is transparantie van de gegevensverwerking; een 'goed werkgever' op zijn beurt zal niet heimelijk zijn werknemers controleren.'

⁹³ Zie ook *Kamerstukken II 1995/96*, 24 615, nr. 3, p. 12 (MvT bij de wijziging van de WOR).

een bestand te worden opgenomen (art. 2 lid 1 WBP).⁹⁴ Onder persoonsgegevens worden verstaan alle gegevens betreffende een geïdentificeerde of identificeerbaar natuurlijke persoon (art. 1 sub *a* WBP).⁹⁵ Bijgevolg kunnen zowel de gegevens over telefoon-, e-mail- en internetgebruik en de inhoud van e-mailberichten, als beeldmateriaal, zoals foto's en video-opnamen,⁹⁶ en geluidsmateriaal, zoals een stem in een telefoongesprek, als persoonsgegevens worden aangemerkt. Maar ook gegevens die voortvloeien uit een mondeling verhoor van de werknemer, kunnen als persoonsgegevens worden aangemerkt.

Onderzoek naar e-mail of internetgebruik valt derhalve altijd onder de normering van de WBP: er is per definitie sprake van geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens.⁹⁷ Opsporing via cameraobservatie,⁹⁸ onderzoek naar het telefoongebruik en het afluisteren van de telefoon, valt onder de normering van de WBP indien dit digitaal gebeurt, of de gegevens in een computerbestand worden opgenomen.⁹⁹ Ook voor het onderzoek naar justitiële gegevens geldt, dat deze opsporingsmethode onder de normering van de WBP valt, indien de gegevens geautomatiseerd worden opgeslagen. Maar ook analoge verwerking van gegevens (het vastleggen op een video- of geluidsband) kan onder de WBP vallen. Dit is het geval indien de gegevens worden opgenomen in een bestand. Onder een bestand wordt verstaan elk gestructureerd geheel van persoonsgegevens, ongeacht of dit geheel van gegevens gecentraliseerd is of verspreid is op een functioneel of geografisch bepaalde wijze, dat volgens bepaalde criteria toegankelijk is en betrekking heeft op verschillende personen.¹⁰⁰ Voor geluid- of beeldmateriaal dat op klassieke (analoge) wijze is

⁹⁴ De wet is niet van toepassing op de verwerking van persoonsgegevens ten behoeve van de politietak of ten behoeve van de uitvoering van de Wet justitiële gegevens (art. 2 lid 2 onder *c* en *e* WBP).

⁹⁵ Dit betekent dat een persoonsgegeven zonder veel moeite of hoge kosten herleidbaar moet kunnen zijn tot een (natuurlijk) persoon. Een geluidsband waarop een stem van een bepaalde persoon herkenbaar is, bevat, ook al is deze band niet voorzien van een naam, informatie over deze persoon (*Kamerstukken II* 1997/98, 25 892, nr. 3, p. 46-48 en p. 70-72. Terstegge 2001, p. 17; De Vries 2001, p. 43). Uitgebreid over de WBP, de definities en reikwijdte: De Laat & Rutgers 2005, p. 1298-1301.

⁹⁶ In verband met de behandeling van het wetsvoorstel uitbreiding strafbaarstelling heimelijk cameratoezicht, merkte de minister op: 'Er kan ook iets anders aan de orde zijn en dan denk ik aan datgene wat met deze strafbepaling niet wordt vermeden. Dat is de vraag: is het toezicht proportioneel en noodzakelijk. Dat aspect wordt geregeld met de Wet Bescherming Persoonsgegevens. Het gaat hierbij namelijk bij het maken van afbeeldingen van personen ook om het registreren van persoonsgegevens.' (*Handelingen I* 2003/03, 23, p. 737). Zie ook 2.3.4.1 en Ktr. Zwolle 11 november 2005, *JIN* 2005, 458.

⁹⁷ Zie over e-mail en internetgebruik in verband met de WBP: D.J. Kolk & M. Verbruggen, 'Het verborgen bestaan van de Wet bescherming persoonsgegevens', *ArbeidsRecht* (9) 2002-6/7, p. 3-10; H.H. de Vries & D.J. Rutgers, 'Werknemers op het web', *Bedrijfsjuridische berichten* 2001-6, p. 64-70; H. Franken, 'Niets nieuws onder de virtuele zon', *Themis* (162) 2001-3, p. 65-66; S.A. Durve, 'Privacyregeling in een nieuwe jas: Little Brother op de werkvloer', *Arbeidsrecht* (8) 2001-2, p. 15-22).

⁹⁸ Zie over cameratoezicht in verband met de WBP: De Vries & Rutgers 2001a, p. 61-73.

⁹⁹ Aldus ook De Laat & Rutgers 2005, p. 1316, 1317, 1322-1323.

¹⁰⁰ Een ongestructureerd handmatig dossier valt derhalve niet onder de WBP, maar een op enige wijze gesystematiseerde dossierkast wel. Van belang is dat de gegevens onderlinge samenhang vertonen en het systeem systematisch toegankelijk is (L.B. Sauerwein & J.J. Linneman, *Wet bescherming*

vastgelegd, zoals cassettebandjes en film- of videobanden, geldt dat indien sprake is van een geordende verzameling van dergelijk materiaal, volgens bepaalde criteria, zodat de daarop weergegeven personen gemakkelijk kunnen worden teruggevonden bij raadpleging van het aldus aangelegde bestand, de WBP van toepassing is. Het is niet relevant of het gaat om stilstaande of bewegende beelden. Zodra het materiaal min of meer toegankelijk is voor latere raadpleging, is de WBP van toepassing.¹⁰¹ Bij het verzamelen van justitiële gegevens over een sollicitant of werknemer zal al snel sprake zijn van de verwerking van persoonsgegevens in de zin van de WBP. Wellicht vindt nog niet altijd geautomatiseerde verwerking van de persoonsgegevens plaats, maar aangenomen mag worden dat gegevens over een sollicitant als regel in een bestand zullen worden opgenomen.¹⁰²

Voert de werkgever de opsporing zelf uit, dan is hij zelf verantwoordelijk voor de naleving van de WBP-voorschriften.¹⁰³ Dit betekent dat hij aansprakelijk is voor de schade of het nadeel van de betrokken werknemer, voortvloeiend uit het niet naleven van de bepalingen van de WBP. Schakelt een werkgever een recherche- of detectivebureau in ter opsporing van het wangedrag, dan is het bureau verantwoordelijk voor het in acht nemen van de WBP-normen (zie ook de bespreking van de Privacygedragscode in 2.3.4.4).¹⁰⁴ Dit neemt niet weg dat de werknemer nog wel een vordering uit onrechtmatige daad, ex art. 6:162 BW, tegen de werkgever kan instellen.

2.3.2.2 Opsporing van wangedrag uit het verleden: onderzoek naar strafrechtelijke gegevens

Strafrechtelijke persoonsgegevens¹⁰⁵ worden in het regime van de WBP aangemerkt als bijzondere gegevens, waarvan de verwerking *in beginsel*

persoonsgegevens. Handleiding voor verwerkers van persoonsgegevens, Den Haag: Ministerie van Justitie 2001, p. 12-15).

¹⁰¹ *Kamerstukken II 1997/98*, 25 892, nr. 3, p. 70-71.

¹⁰² De Vries 2001, p. 47. Het enkele feit dat een personeelsdossier chronologisch is geordend, kan echter nog niet tot de conclusie leiden dat sprake is van een gestructureerd geheel van persoonsgegevens dat volgens bepaalde criteria toegankelijk is (HR 3 juni 2005, *LJN AT1093*, met conclusie van D.W.F. Verkade, waarin uitgebreid wordt ingegaan op het begrip 'bestand' ex art. 1 onder *c* WBP).

¹⁰³ De verplichtingen van de WBP rusten op de verantwoordelijke: de natuurlijke persoon, rechtspersoon of ieder ander die, of het bestuursorgaan dat, alleen of tezamen met anderen, het doel van en de middelen voor de verwerking van persoonsgegevens vaststelt (art. 1 sub *d* WBP). De verantwoordelijke is degene die zorg moet dragen voor de naleving van de verplichtingen, bedoeld in de artikelen 6 tot en met 12 en 14, tweede en vijfde lid van de WBP (art. 15 WBP).

¹⁰⁴ Naar mijn mening kan een door de werkgever ingeschakeld bureau, dat als taak heeft het wangedrag op te sporen, niet als bewerker in de zin van de WBP worden aangemerkt. De gegevensverwerking is dan namelijk niet het onderwerp van de dienstverlening, maar slechts een uitvloeisel van een andere vorm van dienstverlening (*Kamerstukken II 1997/98*, 25 892, nr. 3, p. 62). Anders De Vries & Rutgers 2001a, p. 62. Een bewerker is degene die ten behoeve van de verantwoordelijke persoonsgegevens verwerkt, zonder aan zijn rechtstreeks gezag te zijn onderworpen (art. 1 sub *e* WBP).

¹⁰⁵ Het begrip "strafrechtelijke gegevens" heeft, blijkens de memorie van toelichting bij de WBP, zowel betrekking op veroordelingen als op 'min of meer gegronde verdenkingen'. Onder verdenkingen worden verstaan concrete aanwijzingen jegens een bepaalde persoon. Verder omvat de omschrijving

verboden is (art. 16 WBP).¹⁰⁶ Dit betekent dat een werkgever in beginsel geen gegevens mag inwinnen over bepaalde strafrechtelijk verdenkingen die in het verleden jegens een sollicitant of werknemer zijn gerezen. Het in art. 22 lid 2 sub *b* WBP geformuleerde ontheffingsverbod geeft de werkgever echter de mogelijkheid strafrechtelijke persoonsgegevens van sollicitanten en werknemers te verwerken: het verbod is niet van toepassing op de verantwoordelijke die deze gegevens verwerkt ter bescherming van zijn eigen belangen voor zover het gaat om strafbare feiten die reeds zijn gepleegd, of die op grond van feiten en omstandigheden naar verwachting zullen worden gepleegd, jegens de verantwoordelijke of jegens personen die in zijn dienst zijn.¹⁰⁷ Op grond van art. 22 lid 3 WBP is de werkgever verplicht, ter verwerking van strafrechtelijke persoonsgegevens van zijn werknemers, met instemming van de ondernemingsraad een regeling vast te stellen omtrent de verwerking van deze gegevens (art. 27 lid 1 sub *k* WOR, zie 2.3.3). Met deze bepaling werd zeker gesteld dat de verwerking van strafrechtelijke gegevens in de arbeidsrechtelijke sfeer slechts plaatsvindt na betrokkenheid van de ondernemingsraad.¹⁰⁸

‘strafrechtelijke gegevens’ volgens de memorie van toelichting mede gegevens omtrent de toepassing van het formele strafrecht, bijvoorbeeld het gegeven dat iemand is gearresteerd of dat tegen hem proces-verbaal is opgemaakt wegens een bepaald vergrijp. De term ‘veroordelingen’ ziet volgens de wetgever op de gegevens waarbij de rechter onherroepelijk, maar ook waarbij de rechter nog niet onherroepelijk strafrechtelijk gedrag heeft vastgesteld (*Kamerstukken II 1997/98*, 25 892, nr. 3, p. 118).

¹⁰⁶ De wetgever beoogde passende en specifieke waarborgen te geven voor de verwerking van gegevens inzake overtredingen, strafrechtelijke veroordelingen en veiligheidsmaatregelen. Met veiligheidsmaatregelen worden bedoeld rechterlijke uitspraken, ongeacht of deze afkomstig zijn van de strafrechter, de civiele of de administratieve rechter, waarbij op enigerlei wijze aan de betrokkene voorschriften zijn gegeven met betrekking tot zijn gedrag. In de regel gaat het dan om zogenaamde ‘straatverboden’, het is iemand dan verboden een bepaalde straat of gebouw binnen te gaan (*Kamerstukken II 1997/98*, 25 892, nr. 3, p. 119 (MvT)). Gegevens over personen die wegens gebleken of vermoede onregelmatigheden niet op gelijke voet als anderen aan het maatschappelijk verkeer kunnen deelnemen, of op wie de aandacht is gericht als gevolg van mogelijk verwijtbaar gedrag, behoeven volgens de wetgever extra bescherming. Dientengevolge behoort de verwerking van dergelijke gegevens aan bijzondere waarborgen te worden onderworpen. ‘Niet alleen de persoonlijke levenssfeer, maar ook het gelijkheidsbeginsel is hier in het geding. De *presumptio innocentiae* (het vermoeden van onschuld) brengt met zich mee dat iemand niet duurzaam de verdenking mag worden tegengehouden van een strafbaar feit, wanneer niet in rechte zijn schuld is vastgesteld. Vervolgens brengt de resocialisatiegedachte met zich mee dat iemand niet na een veroordeling en het ondergaan van de straf, duurzaam van deelname aan de samenleving kan worden uitgesloten. Het resocialisatiebelang dient te worden afgewogen tegen het belang van de samenleving om zich te beveiligen tegen criminaliteit.’ (Met het wetsvoorstel werd beoogd om ook van andere fundamentele rechten en vrijheden dan alleen het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer een concretisering te geven (*Kamerstukken II 1997/98*, 25 892, nr. 3, p. 118).

¹⁰⁷ Behalve overheidsorganen hebben volgens de memorie van toelichting ook private (rechts)personen een gerechtvaardigde beveiligingsbehoefte, in welk verband onder omstandigheden de verwerking van persoonsgegevens noodzakelijk is (*Kamerstukken II 1997/98*, 25 892, nr. 3, p. 119). Onderdeel *a* van art. 22 lid 2 WBP ziet op het gebruik van strafrechtelijke gegevens met het oog op een beslissing omtrent de betrokkene op zijn verzoek. De werkgever die uit het oogpunt van bescherming van zijn bedrijf strafrechtelijke persoonsgegevens nodig heeft ter beoordeling van de geschiktheid van de sollicitant voor de functie, zou wellicht op deze grond een beroep kunnen doen.

¹⁰⁸ De bepaling impliceert volgens de memorie van toelichting een opdracht tot zelfregulering (*Kamerstukken II 1997/98*, 25 892, nr. 3, p. 121). Bijgevolg hoeft over het instemmingsrechtrecht van de ondernemingsraad geen verwarring te bestaan. Volgens de nota naar aanleiding van het verslag

Overigens is op het inwinnen van strafrechtelijke gegevens ook de Wet justitiële gegevens en strafvorderlijke gegevens van toepassing (uitgebreid 2.3.4.3).

2.3.2.3 Consequenties van de WBP voor opsporing door de werkgever

Wat zijn nu de consequenties indien de inzet van een opsporingsmethode onder de werking van de WBP valt?¹⁰⁹ Allereerst betekent dit dat de werkgever vooraf verplicht is de inzet bij het CBP te melden (art. 27 lid 1 WBP). Het verzamelen van gegevens over sollicitanten is van deze meldingsplicht vrijgesteld, althans voor zover de verwerking van de gegevens geschiedt voor de beoordeling van de geschiktheid van de betrokkene voor de functie (zie ook 2.3.4.2).¹¹⁰ Verzuimt de werkgever de opsporingsmethode vooraf bij het CBP te melden, dan kan het CBP een bestuurlijke boete opleggen (art. 66 WBP). Bovendien is het niet-vermelden een strafbaar feit waarop een geldboete, of, indien sprake is van

werd beoogd een privaatrechtelijke 'countervailing power' te geven voor de verwerking van strafrechtelijke persoonsgegevens door particulieren. In het vierde lid staat een zogenaamde publiekrechtelijke 'countervailing power': het verbod tot het verwerken van strafrechtelijke persoonsgegevens is niet van toepassing wanneer de gegevens worden verwerkt door een particulier recherchebureau ten behoeve van een werkgever, krachtens een vergunning op grond van de Wet particuliere beveiligingsorganisaties en recherchebureaus. Het verwerken van strafrechtelijke gedragsgegevens zou veelal inherent zijn aan het onderzochte gedrag en wordt gedekt door de vergunning die de Minister van Justitie afgeeft. De regering hechtte waarde aan de notie van een procedureel tegenwicht bij de nadere invulling van de noodzakelijkerwijs vage normen voor deze categorie bijzondere persoonsgegevens (*Kamerstukken II 1997/98, 25 892, nr. 6, p. 40*).

¹⁰⁹ Gewezen kan worden op een tweetal rapporten van de Registratiekamer, respectievelijk CBP over het af luisteren van telefoongesprekken door de werkgever en onderzoek naar e-mail en internet: B.J.P. Hulsmen, *Als de telefoon wordt opgenomen. Regels voor het registreren, meeluisteren en opnemen van telefoongesprekken van werknemers*, 's-Gravenhage: Registratiekamer 1996 en J.H.J. Terstege/S. Lieon, 'Goed werken in netwerken; Regels voor controle op e-mail en internetgebruik van werknemers' Den Haag: College bescherming persoonsgegevens 2002. De in het eerste rapport gestelde voorwaarden vloeien inmiddels voort uit de eisen van de WBP. In het rapport wordt als voorwaarde gesteld dat de werkgever alleen zakelijke gesprekken mag af luisteren, en dat alleen op incidentele basis, met medeweten van de werknemer. De werkgever heeft de toestemming van de werknemer nodig, of er moet sprake zijn van dreigend strafbaar gedrag, welke dreiging niet op minder ingrijpende wijze kan worden verhinderd. Voldaan moet worden aan het proportionaliteits- en subsidiariteitsbeginsel (zie ook De Laat & Rutgers 2005, p. 1317). In het tweede rapport worden de bepalingen van de WBP en andere wettelijk bepalingen praktisch uitgewerkt voor de controle op e-mail en internetgebruik van werknemers. In het rapport worden een aantal vuistregels geformuleerd. Eén van deze vuistregels is privé-mail van zakelijke mail te scheiden en privé-mail zo veel mogelijk te ontzien (zie ook De Laat & Rutgers 2005, p. 1323-1324).

¹¹⁰ Bepaalde verwerkingen zijn op grond van het zogenaamde Vrijstellingsbesluit van melding vrijgesteld (Besluit van 7 mei 2001, houdende aanwijzing van verwerkingen van persoonsgegevens die zijn vrijgesteld van de melding bedoeld in artikel 27 van de Wet bescherming persoonsgegevens (*Stb.* 2001, 250). Inwerkingtreding 1 september 2001 (*Stb.* 2001, 337)). De inzet van *niet* verborgen cameratoezicht, is van deze meldingsplicht vrijgesteld, indien gegevens worden verwerkt met het oog op de beveiliging van personen, gebouwen, terreinen, zaken en productieprocessen, die zijn toevertrouwd aan de werkgever (art. 38 lid 1 Vrijstellingsbesluit). Inzet van camera's ter opsporing van wangedrag valt daar naar mijn mening niet onder (vgl. art. 38 lid 2 Vrijstellingsbesluit: 'Het eerste lid is niet van toepassing op verwerkingen met het oog op de handhaving van de openbare orde'). Bovendien zal de werkgever bij de opsporing van wangedrag meestal van verborgen cameratoezicht gebruik willen maken; de vrijstelling geldt alleen voor duidelijk zichtbare camera's. Zie ook de Vries 2001, p. 49 en p. 56-57.

opzet, gevangenisstraf staat (art. 75 WBP). Ten aanzien van deze twee straffen geldt een cumulatieverbod (art. 66 lid 5 jo. art. 75 lid 5 WBP).

De werkgever dient de betrokken werknemers op de hoogte stellen van de inzet van de opsporingsmethode. Dit vloeit voort uit het in art. 33 en art. 34 WBP neergelegde transparantiebeginsel.¹¹¹ Doet hij dit niet, dan is geen sprake van een behoorlijke en zorgvuldige verwerking van persoonsgegevens ex art. 6 WBP. Betekent dit nu dat de werkgever geen gebruik mag maken van heimelijk cameraobservatie of een andere heimelijke methode van opsporing? Volgens het CBP mag de werkgever in ieder geval geen gebruik maken van structurele heimelijke observatie door middel van een camera. Incidenteel heimelijk cameratoezicht kan in uitzonderlijke omstandigheden gerechtvaardigd zijn: er dient sprake te zijn van een redelijke verdenking ten aanzien van een of meer medewerkers die de inzet van dergelijke controle rechtvaardigt. Vereiste is dat andere middelen zijn uitgeput en dat er een zwaarwegend belang van de onderneming in het geding is. De werkgever is bovendien op grond van art. 27 WBP jo. art. 32 lid 1 WBP jo. art. 31 WBP expliciet verplicht te melden dat het om *verborgen* cameratoezicht gaat. Hij is namelijk voornemens gegevens te verwerken zonder dat de werknemers hiervan op de hoogte zijn en in dat geval stelt het CBP een voorafgaand onderzoek in (art. 31 lid 1 onder *b* WBP).¹¹² Naar aanleiding van het voorafgaand onderzoek ex art. 31 WBP besluit het CBP of het een nader onderzoek ex art. 32 lid 3 WBP instelt. Het nader onderzoek leidt tot een verklaring omtrent de rechtmatigheid van de gegevensverwerking

¹¹¹ Deze artikelen, en art. 9 eerste lid, art. 30 derde lid en art. 35 WBP, kunnen buiten toepassing worden gelaten, voor zover dat noodzakelijk is voor één van de in art. 43 WBP genoemde belangen. Een van die belangen is de voorkoming, opsporing en vervolging van strafbare feiten (sub *b*). In de memorie van toelichting werd echter alleen op de in art. 43 sub *e* WBP genoemde grond ingegaan: de bescherming van de betrokkene of van de rechten en vrijheden van anderen. De gronden genoemd onder *a* tot en met *d* zouden voor zichzelf spreken (*Kamerstukken II 1997/98, 25 892, nr. 3, p. 171-172*). Naar mijn mening heeft grond *b* geen betekenis voor de verwerking van persoonsgegevens in het kader van de opsporing door werkgevers. Daar waar de wet spreekt over het voorkomen, opsporen en vervolgen van strafbare feiten, wordt mijns inziens verwezen naar de bepalingen van het Wetboek van Strafvordering. Het Wetboek van Strafvordering bepaalt nauwkeurig welke instanties zijn belast met de voorkoming, opsporing en vervolging van strafbare feiten: de werkgever heeft daarin geen functie toebedeeld gekregen (zie 2.4). Desondanks blijkt het CBP van mening te zijn dat een werkgever, ter voorkoming, opsporing of vervolging van strafbare feiten binnen zijn bedrijf, een beroep kan doen op art. 43 sub *b* WBP (Dit blijkt uit het CBP-rapport 'Goed werken in netwerken', p. 23, zie ook 4.3.2 van hoofdstuk 4). Opmerkelijk is dat het CBP niet alleen uitgaat van een bevoegdheid van de werkgever tot het voorkomen en opsporen van strafbare feiten, maar ook van een bevoegdheid tot 'vervolging'. Het is de vraag wat moet worden verstaan onder de vervolging van strafbare feiten door een werkgever. Toepassing van de bepaling zou tot gevolg hebben dat de werkgever die gegevens heeft verzameld voor een bepaald doel, ze incidenteel in strijd met dit doel mag gebruiken indien dit noodzakelijk is ter voorkoming, opsporing en vervolging van strafbare feiten. Bovendien zou een werknemer niet van tevoren hoeven te worden geïnformeerd over een naar hem in te stellen onderzoek, de intensiteit waarmee dat gebeurt of het doel daarvan, indien de doelstelling van de gegevensverzameling het voorkomen, opsporen en vervolgen van strafbare feiten is.

¹¹² Op grond van art. 32 lid 1 WBP is de werkgever verplicht een onderzoek waarop art. 31 lid 1 WBP van toepassing is, als zodanig bij het CBP te melden.

en is een besluit in de zin van de Awb (art. 32 lid 5 en 6 WBP).¹¹³ Voorts moeten de werknemers er wel van op de hoogte zijn dat onder bepaalde omstandigheden gebruik kan worden gemaakt van heimelijke cameraobservatie.¹¹⁴ Dit sluit aan bij de strafbepaling omtrent het verboden heimelijk cameratoezicht ex art. 139f Sr (zie 2.3.4.1), welke bepaling de werkgever op grond van art. 6 WBP in acht dient te nemen: de gegevensverwerking mag niet in strijd met de wet zijn.¹¹⁵ Tot slot vloeit kan uit het, aan de WBP ten grondslag liggende, transparantiebeginsel worden afgeleid, dat in de uitzonderlijke omstandigheid dat de werkgever de werknemers niet vóóraf hoeft in te lichten over de gegevensverwerking, hij dit in ieder geval achteraf moet doen. Ik meen dat het voorgaande ook van toepassing kan worden geacht op de heimelijke inzet van andere opsporingsmethoden, zoals onderzoek naar telefoongesprekken of e-mails en onderzoek naar internetgebruik.

De werkgever die een opsporingsmethode wil inzetten waarbij persoonsgegevens worden verwerkt, dient bij de aanvang van de inzet een uitdrukkelijk omschreven en gerechtvaardigd doel te hebben (art. 7 WBP).¹¹⁶ Als doel zou de werkgever kunnen aanvoeren de opsporing van bepaald

¹¹³ Een voorbeeld is de melding van de Raad Nederlandse detailhandel d.d. 18 februari 2004 dat het voornemens was persoonsgegevens te gaan verwerken door invoering van het waarschuwingsregister detailhandel. Dit per 16 juni 2005 in werking getreden register, dat wordt beheerd door de Stichting Fraude Aanpak Detailhandel (FAD), betreft een lijst met personen die ten gevolge van frauduleus handelen door één van de deelnemende ondernemers is ontslagen en tegen wie aangifte bij de politie is gedaan. Naar aanleiding van de melding besloot het CBP tot een voorafgaand onderzoek als bedoeld in art. 31 WBP: het betrof namelijk de verwerking van strafrechtelijke gegevens ten behoeve van derden (art. 31 lid 1 onder c WBP). Dit voorafgaand onderzoek leidde tot het besluit een nader onderzoek ex art. 32 lid 4 WBP in te stellen. Het toetsingskader van dit onderzoek is de rechtmatigheid van de gegevensverwerking aan de hand van de in de WBP gestelde normen: art. 8 onder f WBP (waarbij de proportionaliteit, subsidiariteit, de ernst van de misstand en de gevolgen van de betrokkene de belangenafweging invullen), art. 6, 7, 10, 11 en 13 WBP. Het oordeel was dat het waarschuwingsregister een noodzakelijke, aanvullende maatregel is ter voorkoming dat een arbeidsovereenkomst wordt aangegaan met een persoon die ten gevolge van frauduleus handelen door één van de deelnemende ondernemingen is ontslagen en tegen wie aangifte is gedaan (de zogenaamde 'filiaalopper'). Als aanvullende preventieve maatregel voor de aanpak van personeelsfraude werd het register gerechtvaardigd geacht, onder de voorwaarde dat het naast en niet in plaats van de andere maatregelen van pre-employment screening werd ingezet. Zo dient ook nog van de verklaring omtrent het gedrag gebruik te worden gemaakt. Bovendien vloeide uit art. 8 onder f WBP voort dat alleen werknemers die ernstige strafbare feiten hebben gepleegd op een dergelijk bedrijfstakbrede lijst mogen worden geplaatst. De conclusie van het CBP was dat de gemelde gegevensverwerking onder de genoemde voorwaarden in beginsel rechtmatig was. De verklaring van het CBP is te vinden op de website: www.collegebeschermingpersoonsgegevens.nl.

¹¹⁴ 'Privacy: checklist voor de ondernemingsraad' 2002, p. 13. Daarnaast is op de website van het CBP een informatieblad over 'Camera's op de werkplek' verschenen. Het CBP geeft hierin aan dat de werkgever in ieder geval geen camera's mag plaatsen in niet-openbare ruimten waar men ongestoord zichzelf moet kunnen zijn, zoals een kleedruimte. Voorts is de plaatsing van een camera volgens het CBP toegestaan, indien dit noodzakelijk is voor de behartiging van het gerechtvaardigde belang van de werkgever. Beveiliging van eigendom is een gerechtvaardigd belang. De werkgever moet het cameratoezicht wel kenbaar maken. Voorts heeft de ondernemingsraad instemmingsrecht en in organisaties waar geen ondernemingsraad is, moet het personeel in ieder geval worden voorgelicht.

¹¹⁵ Zie ook De Laat & Rutgers 2005, p. 1302.

¹¹⁶ Het doel is namelijk medebepalend voor een eventuele beoordeling van de rechtmatigheid van de gegevensverwerking (*Kamerstukken II 1997/98*, 25 892, nr. 3, p. 20, 78, 79).

wangedrag, waarvan hij het vermoeden heeft dat een of meer werknemers zich daaraan schuldig maken. Voorts mag de werkgever de gegevensverwerking slechts verwerken indien de verwerking op een van de in art. 8 WBP genoemde gronden kan steunen. Behalve voor de eerste grond, ondubbelzinnige toestemming van de betrokkene, geldt voor al deze gronden het noodzakelijkheidsvereiste (proportionaliteit en subsidiariteit): de voorgenomen gegevensverwerking moet noodzakelijk zijn voor het doel.¹¹⁷

Gelet op de bedoeling van de wetgever, kan de werkgever de verwerking van persoonsgegevens in het kader van de opsporing van wangedrag naar mijn mening nooit gronden op de toestemming van de werknemer (of sollicitant). Volgens de wetgever kan namelijk in situaties waarin sprake is van ongelijke machtsverhoudingen tussen de verantwoordelijke en de betrokkene, de toestemming van de betrokkene niet als rechtvaardigingsgrond worden aangevoerd. De wetgever meende dat ook tussen een sollicitant en een toekomstige werkgever een dermate ongelijke machtsverhouding bestaat, dat de werkgever de toestemming van de sollicitant niet als grondslag voor het verzamelen van gegevens over het strafrechtelijk verleden van de sollicitant kan aanvoeren. Ter bescherming van de sollicitant bestaat de procedure die op grond van de Wet justitiële gegevens moet worden gevolgd (zie 2.6.4).¹¹⁸ Ik meen dat hetzelfde opgaat voor de situatie waarin de werkgever onderzoek wil doen naar strafrechtelijke gegevens van een *werknemer*: tussen de werkgever en werknemer bestaat eveneens een ongelijke machtsverhouding (zie hoofdstuk 1). Voorts is de Wet justitiële gegevens ook op de strafrechtelijke gegevens van een werknemer van toepassing.

Maar ook indien de werkgever andere dan strafrechtelijke persoonsgegevens van een werknemer wil verwerken in het kader van opsporing van wangedrag, kan hij in mijn opvatting geen beroep doen op de toestemming van de betrokken werknemer ex art. 8 sub *a* WBP.¹¹⁹ Volgens de wetgever kan namelijk niet van rechtsgeldige toestemming worden gesproken, indien de

¹¹⁷ Het proportionaliteitsbeginsel houdt in dat de inbreuk op de belangen van de betrokkene niet onevenredig zwaar mag zijn in verhouding tot het met de verwerking te dienen doel. Het subsidiariteitsbeginsel houdt in dat het doel waarvoor de gegevens worden verwerkt in redelijkheid niet op een andere, voor de betrokkene minder nadelige wijze, kan worden bereikt. Zie ook *Kamerstukken II 1997/98*, 25 892, nr. 3, p. 8, 9.

¹¹⁸ De opvolger van de Wet op de Justitiële documentatie en de verklaring omtrent het gedrag (*Kamerstukken II 1997/98*, 25 892, nr. 3, p. 65 en 80. Zie ook De Vries & Rutgers 2001a, p. 23).

¹¹⁹ Het CBP gaat blijkens haar publicaties op het internet *wel* uit van de mogelijkheid van ondubbelzinnige toestemming van de werknemer als rechtvaardigingsgrond, weliswaar als restcategorie. De vereiste instemming van de werknemer mag volgens de het CBP echter niet worden verward met de instemming van de ondernemingsraad. Ook al heeft de ondernemingsraad zijn instemming gegeven voor een bepaalde verwerking, de toestemming van de individuele werknemer blijft noodzakelijk als op deze grond een beroep wordt gedaan (M.TH. Munster-Frederiks, 'Privacy: checklist voor de ondernemingsraad', CBP). Ook in de literatuur wordt van deze mogelijkheid uitgegaan: De Vries en Rutgers 2001, p. 63 noemen de toestemming als rechtvaardigingsgrond bij cameratoezicht, maar wijzen er op dat niet te snel van toestemming mag worden uitgegaan. Zij wijzen art. 8 sub *f* dan ook aan als de grondslag waarop cameratoezicht doorgaans gebaseerd zal worden (Zie ook De Vries & Rutgers 2001a, p. 23 en De Vries 2001, p. 51).

betrokkene onder druk van de omstandigheden waarin hij verkeert of de relatie waarin hij staat tot de verantwoordelijke, tot toestemming overgaat.¹²⁰ Deze omstandigheden doen zich nu juist voor in een arbeidsverhouding: de werknemer is economisch afhankelijk van, en juridisch ondergeschikt aan de werkgever. Met name door de economische afhankelijkheidspositie van de werknemer bestaat het gevaar van ‘economische dwang’.¹²¹ Onder deze omstandigheden kan naar mijn mening nooit met zekerheid worden gezegd dat de betrokken werknemer zijn toestemming in vrijheid heeft gegeven.¹²²

De werkgever dient de verwerking van persoonsgegevens bij opsporing van wangedrag dan ook op een van de andere gronden genoemd in art. 8 WBP te baseren. De meest toepasselijke grond ter rechtvaardiging van de verwerking van persoonsgegevens bij de opsporing van wangedrag, staat in art. 8 onder *f* WBP:¹²³ de gegevensverwerking is noodzakelijk voor de behartiging van het gerechtvaardigde belang van de verantwoordelijke of van een derde aan wie de gegevens worden verstrekt, tenzij het belang of de fundamentele rechten en vrijheden van de betrokkene, in het bijzonder het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer, prevaleert.¹²⁴ Bij deze door de werkgever te maken belangenafweging speelt de mate van gevoeligheid van de gegevens en de maatregelen die de werkgever heeft genomen teneinde rekening te houden met de belangen van de werknemer een rol. Van belang is bijvoorbeeld of de werkgever in een gedragscode nadere voorschriften heeft opgenomen over het gebruik dat van de gegevens wordt gemaakt, en de personen aan wie ze kunnen worden verstrekt.¹²⁵ Het feit dat de ondernemingsraad heeft ingestemd met een

¹²⁰ *Kamerstukken II 1997/98*, 25 892, nr. 3, p. 65. Verder moet de wilsuiting betrekking hebben op een bepaalde (categorie van) gegevensverwerking en moet sprake zijn van ‘informed consent’: de werknemer dient behoorlijk geïnformeerd te zijn oever hetgeen waarvoor hij zijn toestemming geeft. Bovendien dient de werknemer zijn wil expliciet te hebben geuit in woord, geschrift of gedrag (De Laat & Rutgers 2005, p. 1300-1301).

¹²¹ Zie ook Pheijffer 2000, p. 92, 93; Hoogenboom 1988, p. 54, 55.

¹²² Volgens de wetgever mag er geen enkele twijfel bestaan over de toestemming van de betrokkene (*Kamerstukken II 1997/98*, 25 892, nr. 3, p. 80). Vgl. De Vries & Rutgers 2001a, p. 56.

¹²³ Aldus ook De Vries & Rutgers 2001a, p. 23 en De Vries 2001, p. 51.

¹²⁴ Met de laatste zinsnede van art. 8 sub *f* WBP, vanaf ‘tenzij’, wordt de nadruk gelegd op het proportionaliteitsvereiste.

¹²⁵ Volgens de memorie van toelichting impliceert de bepaling een motiveringsplicht voor de verantwoordelijke, die voor zichzelf de volgende vragen dient te beantwoorden: 1. Is er werkelijk een belang dat verwerking van persoonsgegevens rechtvaardigt? 2. Wordt met de verwerking een inbreuk gemaakt op belangen of fundamentele rechten van degene wiens gegevens worden verwerkt en zo ja, dient dan – afhankelijk van de ernst van de inbreuk – gegevensverwerking niet achterwege te blijven? 3. Kan het doel dat met de verwerking wordt nagestreefd ook langs andere weg – zonder verwerking – worden bereikt? 4. Is de verwerking, in de mate die is beoogd, evenredig aan het nagestreefde doel? Het is duidelijk dat met de laatste twee vragen het subsidiariteits- en het proportionaliteitsbeginsel worden toegepast. De in art. 8 sub *f* WBP besloten noodzakelijkheidseis veronderstelt dat de werkgever op al deze vragen een bevredigend antwoord geeft en deze desgevraagd zichtbaar maakt, zodat zij eventueel door de rechter kunnen worden getoetst (*Kamerstukken II 1997/98*, 25 892, nr. 3, p. 86). Bij de belangenafweging kon volgens de wetgever relevant zijn of deze afspeelt in de publieke of de private sector. Spelen de belangen in de private sector, dan zouden de in het geding zijnde grondrechten slechts een afgeleide, horizontale werking, hebben, namelijk voor zover zij uit een oogpunt van maatschappelijke zorgvuldigheid ook door burgers jegens elkaar in acht behoren te

regeling omtrent de verwerking van persoonsgegevens, kan naar mijn mening niet de conclusie rechtvaardigen dat het belang van de werknemer bij bescherming van zijn fundamentele rechten, zoals het recht op privacy, ondergeschikt is aan het belang van de werkgever.¹²⁶ De instemming kan slechts een aanwijzing zijn dat de werkgever een gerechtvaardigd belang bij de verwerking heeft.¹²⁷

Tot slot vloeit uit de artikelen 9 tot en met 14 WBP nog een aantal vereisten voort waar de werkgever op moet letten bij de verwerking van persoonsgegevens in het kader van de opsporing van wangedrag. Zo dient hij rekening te houden met de verwantschap tussen het doel van de verwerking en het doel waarvoor de gegevens zijn verkregen, de aard van de betreffende gegevens, de gevolgen van de beoogde verwerking voor de betrokken werknemer, de wijze waarop de gegevens zijn verkregen en de mate waarin jegens de betrokken werknemer wordt voorzien in passende waarborgen. Op grond van art. 10 WBP mogen de camerabeelden in beginsel niet langer dan 24 uur worden bewaard.¹²⁸ Uit art. 11 WBP volgt dat een werkgever die diefstal uit de kassa wil opsporen met behulp van een camera, de camera alleen op de kassa mag richten. Ze mogen alleen dat gedeelte van de werkplek bestrijken dat overeenkomt met het geformuleerde doel.¹²⁹ Op grond van de artikelen 12, 13 en 14 WBP dient de werkgever te voorkomen dat camerabeelden kunnen worden gemanipuleerd, hetgeen valt aan te merken als onrechtmatige verwerking.

worden genomen (*Kamerstukken II 1997/98*, 25 892, nr. 3, p. 87, 88). In de vorige paragraaf is al duidelijk geworden dat het recht op privacy ook in de verhouding 'werkgever-werknemer' in acht moet worden genomen.

¹²⁶ Zie ook de President van de Rechtbank en het Hof in de *KOMA-zaak* (Hof 's-Hertogenbosch 2 juli 1986, *NJ* 1987, 451). Zie 2.3.1.

¹²⁷ Aldus ook Van der Stroom 2003, p. 17.

¹²⁸ Art. 10 bevat een bepaling over bewaartermijnen. Op de website van het CBP is een informatieblad verschenen waarin wordt ingegaan op de bewaartermijnen van persoonsgegevens. Het CBP geeft als richtsnoer dat video-opnamen na 24 uur moeten worden vernietigd, tenzij een langere bewaartermijn noodzakelijk is. In dat geval is volgens het CBP een maximale bewaartermijn van twee weken gerechtvaardigd, mits een goede onderbouwing wordt gegeven. Indien na het zien van de videobeelden blijkt dat daarop een incident is waar te nemen, mogen ze langer worden bewaard, bijvoorbeeld voor het nemen van een vervolgactie in het kader van opsporing of vervolging van een strafbaar feit (Registratiekamer, 'In beeld gebracht. Privacyregels voor het gebruik van videocamera's voor toezicht en beveiliging', 's-Gravenhage: Registratiekamer 1997) (Vgl. art. 38 lid 6 Vrijstellingsbesluit, waarin de 24-uursbepaling voor cameratoezicht dat is vrijgesteld van melding ex art. 27 WBP is opgenomen). Daarnaast is meer recentelijk een informatieblad van het CBP op de website verschenen: 'Camera's op de werkplek', *Informatieblad* nummer 3, maart 2004, CBP.

¹²⁹ De Vries & Rutgers 2001b, p. 64-65. Op grond van het tweede lid van art. 11 WBP dient een werkgever de nodige maatregelen treffen opdat de persoonsgegevens, gelet op de doeleinden waarvoor zij worden verzameld of vervolgens worden verwerkt, juist en nauwkeurig zijn. Dit betekent dat de werkgever de gegevens continue moet toetsen. Hij kan namelijk aansprakelijk worden gesteld voor de gevolgen van beslissingen die op basis van foutieve, verouderde, niet ter zake doende of onrechtmatig verkregen gegevens zijn genomen (zie ook Terstegge 2001, p. 23 en De Laet & Rutgers 2005, p. 1318).

Handelt de werkgever in strijd met het bovenstaande, dan staan de betrokken werknemer een aantal acties open op grond van de WBP.¹³⁰ Zo heeft de werknemer een inzage- en informatierecht (art. 35 WBP), een correctierecht (art. 36 WBP) en een recht tot het aantekenen van verzet tegen de gegevensverwerking (art. 40 WBP). Weigert de werkgever aan een dergelijk verzoek gehoor te geven, dan kan de werknemer zich tot de rechtbank wenden met het verzoek de werkgever te bevelen het verzoek alsnog te honoreren (art. 45 jo.46 WBP). Indien de werkgever dan nog geen gevolg geeft aan het verzoek tot verwijdering, handelt hij in strijd met de WBP. In dat geval heeft de betrokken werknemer jegens de werkgever (of het recherchebureau) recht op vergoeding van de door hem geleden schade (art. 49 WBP).¹³¹ Voorts kan de werkgever, op vordering van de werknemer die schade lijdt, door de rechter worden geboden de opsporingsmethode te staken (art. 50 WBP).¹³² Daarnaast heeft het CBP op grond van art. 65 WBP de bevoegdheid, middels het toepassen van bestuursdwang, op te treden tegen overtredingen van de WBP.¹³³

2.3.2.4 Rechtspraak

Ondanks het belang van de WBP voor opsporing door werkgevers, zijn slechts een paar (gepubliceerde) arbeidsrechtelijke uitspraken terug te vinden, waarin aan deze wet aandacht wordt besteed.¹³⁴ In beide zaken gaat het om opsporing van wangedrag via e-mail en internetgebruik.

De meest recente zaak diende voor de Kantonrechter Venlo. Een werkgever had bij de betrokken werknemer internetmisbruik opgespoord: de werknemer had stelselmatig pornografische en andere niet zakelijke internetsites bezocht. Dit was volgens de werkgever in strijd met het geldende bedrijfsreglement. De werknemer betwistte dat bekend was gemaakt dat het internetgebruik van werknemers zou worden onderzocht. Bovendien zou de werkgever art. 16 WBP hebben overtreden: de verwerking van persoonsgegevens betreffende iemands seksuele leven valt onder het verbod van verwerking van gevoelige gegevens. De kantonrechter verwierp het verweer van de werknemer dat de feitengaring van de werkgever in strijd met de WBP was. Het belang dat de WBP beoogt te beschermen, was volgens de kantonrechter van een geheel andere orde dan waar het in deze zaak om ging. Volgens de kantonrechter zag de WBP op de bescherming van personen tegen de

¹³⁰ Terstegge 2001, p. 32 wijst er op dat het procesrecht in de WBP bijzonder slecht uit de verf is gekomen. De bedoeling is in ieder geval dat conflicten over de WBP tussen werkgever en werknemer aan de civiele rechter worden voorgelegd. Op de website van het CBP is een informatieblad verschenen over de rechten van de betrokkenen: CBP, 'Rechten van de betrokkene', Informatieblad maart 2004.

¹³¹ Werkgever A, die informatie over werknemer X doorgeeft aan opvolgend werkgever B, als gevolg waarvan werknemer X zijn tijdelijke arbeidsovereenkomst bij werkgever B misloopt, kan aansprakelijk zijn voor de schade van de werknemer bestaande in het misgelopen loon (De Laat & Rutgers 2005, p. 1310).

¹³² *Kamerstukken II 1997/98*, 25 892, nr. 3, p. 176-177. Terstegge 2001, p. 33.

¹³³ Zie ook Terstegge 2001, p. 29-35.

¹³⁴ Zie ook De Laat & Rutgers 2005, p. 1293.

(ongewenste) werking en aanwending van gegevens met betrekking tot ras, geloofsovertuiging en/of seksuele leven. De WBP zou de werkgever niet verbieden ongewenste en onwenselijke uitwassen op de werkvloer tegen te gaan. Bovendien had de controle zich uitsluitend beperkt tot internetgebruik en was deze tevoren kenbaar gemaakt.¹³⁵

Een van de andere schaarse uitspraken waarin de WBP (WPR) in verband met opsporing van wangedrag wordt genoemd, is Kantonrechter Emmen 29 november 2000 (zie ook 2.3.1.4). De werkgever had onderzoek gedaan naar het e-mail en internetgebruik van de betrokken werknemer. De werknemer beriep zich erop dat bestanden waarin de e-mail berichten waren opgeslagen, waren aan te merken als persoonsregistraties waarop de WPR van toepassing was. De kantonrechter ging echter aan dit verweer voorbij.¹³⁶

2.3.3 *Het instemmingsrecht van de ondernemingsraad*

Het instemmingsrecht van de ondernemingsraad kan bij opsporing van wangedrag op twee manieren aan de orde komen.¹³⁷ In de eerste plaats kunnen in het kader van de opsporing persoonsgegevens van werknemers worden verwerkt (zie 2.3.2.1). Op grond van art. 27 lid 1 sub *k* WOR heeft de ondernemer de instemming van de ondernemingsraad nodig voor besluiten tot vaststelling, wijziging of intrekking van een regeling omtrent de verwerking van, alsmede de bescherming van persoonsgegevens van werknemers.¹³⁸ Een

¹³⁵ Ktr. Venlo 27 juni 2003, *JAR* 2003, 217. Ik ben het met de kantonrechter eens, dat men zich de vraag kan stellen of gegevens over pornografisch getinte e-mailberichten of internetsites wel onder persoonsgegevens betreffende iemands seksuele leven, ex art. 16 WBP, vallen (zie ook D.J. Kolk & M. Verbruggen in hun artikel 'Het verborgen bestaan van de Wet bescherming persoonsgegevens', *ArbeidsRecht* (9), 2002-6/7, p. 3-22).

¹³⁶ Ktr. Emmen 29 november 2000, *JAR* 2001, 4.

¹³⁷ Indien de ondernemingsraad van mening is dat de ondernemer ten onrechte voor een besluit niet de instemming van de ondernemingsraad heeft gevraagd (of de vervangende toestemming van de kantonrechter), kan de ondernemingsraad binnen een maand, schriftelijk een beroep doen op de nietigheid van het genomen besluit (art. 27 lid 5 WOR). Vervolgens kan de ondernemingsraad, na vooraf eerst de schriftelijke bemiddeling van de bedrijfscommissie te hebben gevraagd, de kantonrechter verzoeken de ondernemer te verplichten zich te onthouden van handelingen die strekken tot uitvoering van het nietige besluit. De ondernemer kan, eveneens pas na eerst de schriftelijke bemiddeling van de bedrijfscommissie, de kantonrechter verzoeken te verklaren dat de ondernemingsraad ten onrechte een beroep op de nietigheid heeft gedaan (art. 27 lid 6 WOR).

¹³⁸ Deze bepaling is ingevoerd per 4 maart 1998 (*Stb.* 1998, 107). Art. 27 sub *k* WOR is op dit punt aangepast aan de terminologie van de WBP (Wet van 5 april 2001, *Stb.* 2001, 180). Voor de uitleg van de term 'persoonsgegevens' kan dan ook worden verwezen naar hetgeen hierover is gezegd bij de bespreking van de WBP. In de door het CBP uitgegeven brochure 'Privacy: checklist voor de ondernemingsraad' worden als voorbeelden van persoonsgegevens genoemd: naam, adres, sofnummer, een video-opname van een persoon, gegevens over iemands telefoon- of computergebruik, het kenteknummer of het benzineverbruik van een lease-auto, iemands ziekteverzuim en de redenen daarvan, een registratie van gevolgde cursussen en opleidingen en biometrische gegevens (bijvoorbeeld irisscan en vingerafdruk). Zie voor een van de weinige gepubliceerde uitspraken waarin het instemmingsrecht van de ondernemingsraad in verband met de bescherming van persoonsgegevens aan de orde komt: Ktr. Zwolle 24 juli 1996, *JAR* 1996, 178. Een werknemer voerde tegen de installatie van een zogenaamde boordcomputer in zijn dienstauto aan, dat in strijd met art. 27 WOR geen instemming van de ondernemingsraad was gevraagd. De kantonrechter overwoog dat in het midden kon blijven of bedoelde instemming was vereist. De ondernemingsraad

werkgever die strafrechtelijke persoonsgegevens van zijn werknemers wil verwerken, is zelfs verplicht een dergelijke regeling vast te stellen (art. 22 lid 3 WBP, zie 2.3.2.2). Voorts kan een werkgever op grond van zijn uit de WBP voortvloeiende verplichtingen gedwongen zijn een regeling op te stellen. De ondernemingsraad dient bij het verlenen van instemming steeds de dwingendrechtelijke bepalingen van de WBP te respecteren.¹³⁹

In de tweede plaats heeft de werkgever ex art. 27 lid 1 sub *l* WOR de instemming van de ondernemingsraad nodig voor elk besluit tot vaststelling, wijziging of intrekking van een regeling inzake voorzieningen voor waarneming of controle van werknemers.¹⁴⁰ Bij een voorziening moet worden gedacht aan hulpmiddelen van technische aard, of apparatuur die bestemd of geschikt is voor waarneming.¹⁴¹ Tot deze voorzieningen, die ook wel worden aangeduid met de term ‘personeelsvolg- of informatiesystemen’¹⁴² (zie ook 2.3.1), kunnen in ieder geval worden gerekend camera’s, (digitale) telefooncentrales, programmatuur die controle op e-mail en internetgebruik mogelijk maakt en voorzieningen die het mogelijk maken om telefoongesprekken af te luisteren.¹⁴³ Ter opsporing van wangedrag kan een werkgever van een dergelijke voorziening gebruik willen maken. Met name kan worden gedacht aan het gebruik van camera’s en het af luisteren van telefoons.

had namelijk geen beroep gedaan op de het ontbreken van de vereiste instemming ingevolge artikel 27 WOR en in verband daarmee op de nietigheid van het besluit tot invoering van de boordcomputer, dan wel van de uitvoeringshandelingen. Zowel ten opzichte van de ondernemingsraad als ten opzichte van de individuele werknemer was derhalve sprake van een geldig besluit van de werkgeefster om met boordcomputers te gaan werken.

¹³⁹ Het CBP heeft daarom een checklist gemaakt die de ondernemingsraden een handreiking biedt bij de afwegingen die rond het verwerken van persoonsgegevens moeten worden gemaakt. Aan de hand van deze checklist kan een passend niveau van privacybescherming in bedrijven en organisaties worden gerealiseerd: ‘Privacy: checklist voor de ondernemingsraad’, CBP, brochure april 2002, <http://www.cbp.web.nl>.

¹⁴⁰ Overigens kan bij de invoer van technologische voorzieningen waarmee werknemers kunnen worden geobserveerd, ook het adviesrecht van de ondernemingsraad ex art. 25 lid 1 sub *k* WOR een rol spelen. Gedacht kan worden aan de invoering van digitale telefooncentrales, aan de hand waarvan telefoongegevens van werknemers tot in detail kunnen worden geregistreerd.

¹⁴¹ Hof ’s-Gravenhage 15 maart 2001, *JAR* 2001, 140. Er moet dus naar de *mogelijke* effecten van een dergelijk systeem worden gekeken. Indien het personeel *in feite* niet wordt gevolgd, maar wel zou *kunnen* worden gevolgd, is sprake van een voorziening in de zin van art. 27 lid 1 sub *l* WOR (CBP, ‘Privacy: checklist voor de ondernemingsraad’).

¹⁴² Het CBP spreekt over bijzondere gevallen van de verwerking van persoonsgegevens (zie de door het CBP gepubliceerde ‘Checklist voor de ondernemingsraad’).

¹⁴³ Voorts vallen hieronder workflow-managementsystemen, boardcomputers, RSI-programmatuur en toegangscontrole (zie onder meer De Vries 2001, p. 43 en Van de Pol 1998, p. 58-60). In het SER-advies over het instemmingsrecht van de ondernemingsraad (SER-advies 94/06, p. 124) en in de memorie van toelichting bij de wijziging van de WOR (*Kamerstukken II* 1995/96, 24 615, nr. 3, p. 12) werd gewezen op de grote implicaties die dergelijke voorzieningen kunnen hebben voor de kwaliteit van de arbeidsverhoudingen. De wettelijke bepaling strekt ertoe de ondernemingsraad houvast te bieden voor de betrokkenheid bij dergelijke voorzieningen. Het instemmingsrecht van de ondernemingsraad werd daartoe een passend instrument geacht. In het SER-advies werd overigens ook gewezen op het fundamentele goed van bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de arbeidssfeer.

Voorwaarde voor het instemmingsrecht van de ondernemingsraad is echter dat sprake is van een ‘regeling’. Een regeling moet volgens de wetgever worden gekwalificeerd als een besluit van algemene strekking. Een besluit gericht op een individuele werknemer is geen besluit van algemene strekking. Een besluit dat betrekking heeft op een groep, dus ten minste twee of meer, personeelsleden zou daarentegen wel algemene strekking hebben.¹⁴⁴ Van een *schriftelijke* regeling hoeft geen sprake te zijn. Uit een bestendig handelen van de werkgever kan een bepaald vast beleid naar voren komen, hetgeen een aanwijzing kan zijn van een besluit van algemene strekking.¹⁴⁵ Naar mijn mening duidt de term ‘regeling’ op een duurzaam gebruik, een bestendig handelen. Een incidenteel besluit tot het inzetten van een bepaalde opsporingsmethode, of tot het inzetten van een derde ter opsporing van het wangedrag, kan – ondanks het feit dat wellicht persoonsgegevens worden verwerkt en werknemers worden geobserveerd – dan ook niet worden aangemerkt als een ‘regeling’ waarvoor de instemming van de ondernemingsraad is vereist.¹⁴⁶ De vraag die rijst is wanneer dan wel sprake is van vast beleid, althans van een besluit van algemene strekking. Hoe vaak moet een werkgever een bepaalde opsporingsmethode hanteren om van vast beleid te kunnen spreken? Indien een werkgever twee keer een camera heeft ingezet ter opsporing van wangedrag, is dan sprake geweest van een besluit van algemene strekking?

Ter voorkoming van rechtsonzekerheid en rechtsongelijkheid zouden werkgevers *altijd* (dus niet alleen ex art. 22 lid 3 WBP in het geval van verwerking van strafrechtelijke persoonsgegevens) in samenspraak met de ondernemingsraad (of personeelsvertegenwoordiging) een regeling moeten opstellen omtrent de opsporing van wangedrag: welke opsporingsmethoden worden gehanteerd, onder welke omstandigheden wordt van deze methoden gebruik gemaakt en wat zijn de rechten van de betrokken werknemer(s)? Met een dergelijke regeling kan tevens aan de wens van de wetgever worden tegemoetgekomen, dat op ondernemingsniveau, in samenwerking met de ondernemingsraad, nadere invulling wordt gegeven aan de open normen van de WBP (zie 2.3.2).¹⁴⁷

¹⁴⁴ *Kamerstukken II 1975/76*, 13 954, nr. 3, p. 44.

¹⁴⁵ Loonstra & Zondag 2006, p. 567.

¹⁴⁶ Aldus ook Rood/van der Heijden 2004, p. 339. Ook in de rechtspraak van de CRvB wordt deze zienswijze onderschreven: CRvB 2 oktober 2003, *TAR* 2004, 73; Pres. Rb. Rotterdam 27 mei 2005, *LJN* AT7586. Anders M. Brink, ‘Een besluit in strijd met artikel 27 WOR (?)’, *De Naamloze Vennootschap* 1981-12, p. 197-204. Ook de CBP lijkt van deze opvatting uit te gaan. In het op de website verschenen informatieblad ‘Camera’s op de werkplek’ wordt verdedigd dat incidenteel gebruik van camerasystemen, bijvoorbeeld ter bestrijding van diefstal of fraude, eventueel zonder de instemming van de ondernemingsraad kan plaatsvinden. Het CBP voegt daar aan toe dat instemming ook niet is vereist indien het cameratoezicht geen betrekking heeft op een groep werknemers.

¹⁴⁷ In de memorie van toelichting bij de wijziging van de WOR werd er op gewezen dat de WPB (toen WPR) verplicht tot zelfregulering - binnen de kaders van de WPB. De materiële normen van de WPB zijn alleen globaal van aard en kunnen door middel van zelfregulering worden toegesneden op de omstandigheden van het geval. De algemene normering van de WBP biedt beleidsvrijheid voor de ondernemer. De invulling van deze beleidsvrijheid behoort te geschieden met instemming van de

2.3.4 Bijzondere regelingen

Behalve het recht op privacy, de regels van de WBP en het instemmingsrecht van de ondernemingsraad, dient de werkgever bij de opsporing van wangedrag met nog een aantal andere, bijzondere, regelingen rekening te houden. Thans sta ik stil bij het belang van deze bijzondere regelingen voor de door werkgevers gehanteerde, in de inleiding genoemde, opsporingsmethoden.

2.3.4.1 Art. 139f Sr en art. 441b Sr¹⁴⁸

De opsporing van wangedrag door middel van cameraobservatie wordt in de eerste plaats genormeerd door art. 139f Sr. *Niet-kenbaar* gebruik van camera's wordt, in verband met een reëel risico voor de persoonlijke levenssfeer, in zijn algemeenheid zodanig onwenselijk geacht, dat dit voor woningen of andere niet voor het publiek toegankelijke plaatsen strafbaar is gesteld:¹⁴⁹ één van de

ondernemingsraad, zodat de belangen van de werknemers met elkaar in evenwicht worden gebracht (*Kamerstukken II 1995/96*, 24 615, nr. 3, p. 12 (MvT bij de wijziging van de WOR)). Ook het CBP geeft in het op de website verschenen informatieblad 'Camera's op de werkplek' aan dat het aan te bevelen is dat ook een werkgever die incidenteel gebruik wil maken van cameratoezicht dit met de ondernemingsraad bespreekt.

¹⁴⁸ Art. 138a Sr stelt strafbaar het opzettelijk en wederrechtelijk binnendringen in een geautomatiseerd werk voor de opslag of verwerking van gegevens, of in een deel daarvan, indien daarbij (a) enige beveiliging wordt doorbroken of (b) de toegang wordt verworven door een technische ingreep, met behulp van valse signalen of een valse sleutel dan wel door het aannemen van een valse hoedanigheid. Onderzoek naar e-mail of internetgebruik door of in opdracht van de werkgever, zal niet snel onder computervrederebreuk vallen, aangezien de werkgever over het algemeen gerechtigd is tot het communicatienetwerk. Van het wederrechtelijk binnendringen is dan geen sprake. Art. 139c Sr stelt strafbaar het opzettelijk met een technisch hulpmiddel aftappen of opnemen van gegevens van een telecommunicatienetwerk, die niet voor hem, mede voor hem of voor degenen in wiens opdracht hij handelt, zijn bestemd. Het tweede lid bepaalt dat niet strafbaar is het aftappen of opnemen door of in opdracht van de gerechtigde tot een voor de telecommunicatie gebedigde aansluiting, behoudens in geval van kennelijk misbruik. Aangezien de werkgever gerechtigd is tot de telecommunicatieaansluiting van zijn bedrijf, is hij in beginsel niet strafbaar bij het af luisteren van de telefoon van zijn werknemers (aldus ook De Laat & Rutgers 2005, p. 1316). In het rapport van de Registratiekamer over het af luisteren van telefoongesprekken van werknemers wordt er terecht op gewezen dat, ook als het af luisteren niet strafbaar is, dit wel onrechtmatig is, indien de werkgever niet handelt zoals een goed werkgever betaamt (Hulsman 1996). Indien de werkgever de overige toepasselijke regels in acht heeft genomen, met name die van de WBP, is bij het af luisteren van telefoongesprekken ter opsporing van wangedrag naar mijn mening geen sprake van misbruik.

¹⁴⁹ Volgens de delictomschrijving van art. 139f Sr moet het opzet zijn gericht op het vervaardigen van een afbeelding van een persoon. Dit betekent dat degene die de afbeelding vervaardigt, bijvoorbeeld de werkgever, het oogmerk moet hebben een afbeelding van een persoon te vervaardigen. Indien de werkgever camera's inzet met het oog op het opsporen van wangedrag door werknemers, zal al snel sprake zijn van het oogmerk een afbeelding van een persoon te maken. Verder moet het vervaardigen van de afbeelding 'wederrechtelijk' zijn. Hiermee wordt in de eerste plaats beoogd het heimelijk gebruik van camera's door de overheid in het belang van de opsporing en nationale veiligheid van strafbaarstelling uit te sluiten. Ten tweede is het bestanddeel 'wederrechtelijk' opgenomen in verband met het recht op vrije nieuwsgaring dat voortvloeit uit het recht op vrije meningsuiting. Aan deze twee uitzonderingen kan de werkgever in het kader van onderzoek naar wangedrag door werknemers derhalve geen rechtvaardigingsgrond ontleen. Het was echter niet de bedoeling van de wetgever een limitatieve opsomming van situaties waarin de wederrechtelijkheid ontbreekt, te geven. Afhankelijk van de concrete omstandigheden van het geval kan de rechter tot het oordeel komen dat de

belangrijkste randvoorwaarden voor het rechtmatig toepassen van cameratoezicht is dat het gebruik van de camera's kenbaar is.¹⁵⁰ Dit betekent dat de werkgever geen heimelijk gebruik van camera's mag maken ter observatie van zijn werknemers.¹⁵¹

Bij de behandeling van het wijzigingsvoorstel van artikel 139f Sr maakte de Minister van Justitie (Korthals) onderscheid tussen twee vormen van cameragebruik door werkgevers. De eerste is het gebruik van camera's door een ondernemer onder andere in winkels of bedrijfsterreinen ter voorkoming van diefstal of overvallen. De wettelijke bepaling staat hieraan op geen enkele wijze in de weg. Op dergelijke plaatsen blijft cameratoezicht mogelijk, mits dit op duidelijke wijze kenbaar is gemaakt. Van het kenbaar maken zou bovendien een preventieve werking uitgaan. Over de wijze van kenbaar maken zei de minister dat het gaat om de kenbaarheid van de aanwezigheid van de camera's. Dit kan bijvoorbeeld door het zichtbaar ophangen van de camera of het plaatsen van een bordje.¹⁵²

De tweede vorm van het gebruik van camera's is het gebruik door de werkgever teneinde onregelmatigheden van werknemers te constateren. Het gaat dan om toezicht op de werkvloer. Werkgevers kunnen hierbij een gerechtvaardigd belang hebben, bijvoorbeeld ten behoeve van de beveiliging van het bedrijf of om schadetoebrengend handelen te stoppen. Onder omstandigheden kan de werkgever onwenselijk gedrag van werknemers vastleggen, maar hierbij dient terughoudendheid te worden betracht. De werkgever mag volgens de minister alleen camera's inzetten indien daartoe een noodzaak bestaat en het doel daarvan vooraf concreet is bepaald. Ook dient vast te staan dat geen minder ingrijpende maatregelen bestaan om het doel te

wederrechtelijkheid ontbreekt. Onder wederrechtelijk wordt verstaan 'zonder daartoe gerechtigd te zijn' (*Kamerstukken II* 2000/01, 27 732, nr. 3, p. 5-6, p. 11-12 en nr. 5, p. 6).

¹⁵⁰ Het artikel is gewijzigd bij Wet van 8 mei 2003 tot wijziging van de artikelen 139f en 441b van het Wetboek van Strafrecht (uitbreiding strafbaarstelling heimelijk cameratoezicht), inwerkingtreding 1 januari 2004 (*Stb.* 2003, 365). Over de gevolgen van de wijziging van art. 139f Sr voor het arbeidsrecht zijn de volgende bijdragen verschenen: M.P. van der Stroom, 'Camera's op de werkvloer', *Juridisch up to date* 2003-23/24, p. 16-20; L.C. Roelofs, 'Verborgene cameratoezicht op de werkplek: straks nog toelaatbaar?', *ArbeidsRecht* (10) 2003-10, p. 21-27; K. Ostendorf, 'Uitbreiding strafbaarstelling heimelijk cameratoezicht en de consequenties daarvan op de werkplek', *Sociaal Recht* (18) 2003-10, p. 305-310; D.J. Rutgers & H.H. de Vries, 'De Hoge Raad en cameratoezicht op de werkvloer', *ArbeidsRecht* (8) 2001-10, p. 18-23.

¹⁵¹ Tijdens de parlementaire behandeling werd gevraagd waarom geen nadere, dat wil zeggen scherpere, eisen werden gesteld aan het gebruik van cameratoezicht op de werkvloer. De minister antwoordde dat voor cameratoezicht, toegepast door werkgevers op de werkvloer, reeds specifieke, scherpere eisen gelden. Als voorbeeld verwees hij naar de regeling van art. 27 lid 1 onderdeel I van de WOR. Verder wees hij op de verplichting van art. 611 van Boek 7 van het BW en stelde dat de regels van goed werkgeverschap onder andere met zich brengen dat de werkgever niet zonder noodzaak zijn werknemers bij voortdurende cameratoezicht mag blootstellen (met verwijzing naar het Hof in de *KOMA-zaak*). Genoemde eisen bleven volgens de minister naast de voorgestelde strafbaarstelling bestaan (*Kamerstukken II* 2000/01, 27 732, nr. 5, p. 15).

¹⁵² *Kamerstukken II* 2000/01, 27 732, nr. 7, p. 1-2.

bereiken.¹⁵³ Tevens wees de minister op het instemmingsrecht van de ondernemingsraad. Aan het kenbaarheidsvereiste kan een werkgever voldoen door de camera's zichtbaar op te hangen of door op bordjes aan te geven dat cameratoezicht wordt toegepast. Indien dit in een bepaald geval de effectiviteit aan het cameratoezicht zou ontnemen, kan de werkgever ook een verborgen camera inzetten. De werknemers moeten dan wel vooraf van deze mogelijkheid op duidelijke wijze in kennis zijn gesteld. Dit kan bijvoorbeeld door middel van een circulaire waarin is omschreven onder welke omstandigheden de werkgever zich de mogelijkheid voorbehoudt een verborgen camera in te zetten.¹⁵⁴ Voorts kan de mededeling in het bedrijf worden opgehangen. Volgens de minister wordt zelfs aan het kenbaarheidsvereiste voldaan door het heimelijk cameratoezicht in de vergadering van de ondernemingsraad aan de orde te stellen.¹⁵⁵ Het kenbaar maken betekent volgens de minister overigens niet dat de werkgever moet aangeven waar de camera's hangen, hij dient alleen aan te geven *dat* er camera's hangen.¹⁵⁶

Kortom, een werkgever kan vrij eenvoudig aan het kenbaarheidsvereiste voldoen.¹⁵⁷ De stelling dat een werkgever die door middel van een verborgen camera wangedrag wil opsporen, niets anders rest dan een misdrijf te begaan, is naar mijn mening dan ook onjuist. Evenmin leidt het voorgaande tot de conclusie dat de werkgever ter rechtvaardiging van verborgen cameratoezicht niets anders rest dan een beroep te doen op de 'ontsnappingsmogelijkheid' van het ontbreken van de wederrechtelijkheid.¹⁵⁸ De minister achtte een ruimere

¹⁵³ Alhoewel de WBP hier niet werd genoemd, had de minister waarschijnlijk het oog op de bepalingen van de WBP.

¹⁵⁴ *Kamerstukken II* 2000/01, 27 732, nr. 7, p. 2-3.

¹⁵⁵ Overigens is het volgens de minister geen vereiste dat de ondernemingsraad met het voorstel instemt (*Handelingen I*, 2002/03, 23, p. 737 en 741). Zie voor een voorbeeld waarin het op de hoogte stellen van de ondernemingsraad voldoende werd geacht Ktr. Zwolle 11 november 2005, *JIN* 2005, 458. De Rechtbank Haarlem oordeelde daarentegen dat alleen informatie aan of instemming van de ondernemingsraad niet voldoende is; de werknemers dienen zelf te worden geïnformeerd (Rb. Haarlem 22 december 2004, *JIN* 2005, 56, m. nt. van W.A. Zondag). Ik sluit me bij het oordeel van de Rechtbank Haarlem aan: met de bespreking van de mogelijkheid in de vergadering van de ondernemingsraad wordt niet aan het kenbaarheidsvereiste voldaan. De ondernemingsraad is dan wellicht op de hoogte, maar het is niet aan de individuele werknemers bekend gemaakt. De instemming van de ondernemingsraad kan wel een aanwijzing zijn dat aan het proportionaliteits- en subsidiariteitsvereiste is voldaan (aldus ook W. A. Zondag in zijn noot onder Rb. Haarlem 22 december 2004 en onder Ktr. Zwolle 11 november 2005, *JIN* 2005, 458).

¹⁵⁶ De minister (Donner) gaf verder aan dat voor het kenbaar maken niet is vereist dat de werknemers weten in welke situatie sprake is van toezicht; de werknemers moeten het *kunnen* weten. Even later gaf de minister daarentegen aan dat het kenbaar maken kan gebeuren door de mededeling 'dat is geconstateerd dat er dingen verdwijnen en dat het daarom noodzakelijk is om gedurende een zekere tijd heimelijk camera's op te stellen om te kijken wie dat doet.' Naar mijn mening dient de werkgever de werknemers te zijner tijd altijd op de hoogte te stellen van het feit dat de omstandigheden waaronder van verborgen cameratoezicht gebruik wordt gemaakt, zich voordoen. Indien de werkgever dit niet doet, ontstaat voor de werknemers een constante druk heimelijk te worden gefilmd. Mijns inziens is dit in strijd met het proportionaliteitsbeginsel. Dit vereiste vloeit veeleer voort uit de WBP, en niet uit art. 139f Sr: op grond van deze bepaling moet het cameratoezicht alleen kenbaar zijn gemaakt (*Handelingen I* 2002/03, 23, p. 736-742).

¹⁵⁷ Aldus ook Ostendorf 2003, p. 308.

¹⁵⁸ Anders Rutgers & de Vries 2001, p. 20-21.

uitleg van het bestanddeel ‘wederrechtelijk’ dan ook niet nodig en niet wenselijk: de bepaling laat volop ruimte voor bedrijven en werkgevers om (verborgen) camera’s in te zetten.¹⁵⁹ Ook tijdens de (latere) behandeling in de Eerste Kamer gaf de minister aan dat hij de uitsluiting van de wederrechtelijkheid niet tot bedrijven wilde uitbreiden: dit was niet nodig, aangezien het voor de werkgever voldoende is om een waarschuwing te geven.¹⁶⁰ Dit liet volgens de minister echter onverlet, dat de rechterlijke vrijheid met zich mee kan brengen dat ook andere omstandigheden tot het rechterlijk oordeel kunnen leiden, dat in een concreet geval de wederrechtelijkheid ontbreekt. De regering kon hier niet op vooruit lopen, zodat geen voorbeelden konden worden gegeven.¹⁶¹

Gelet op het feit dat een werkgever vrij eenvoudig aan het kenbaarheidsvereiste kan voldoen, zonder daarbij de effectiviteit van het verborgen cameratoezicht teniet te doen, dient een beroep op het ontbreken van de wederrechtelijkheid naar mijn mening in beginsel niet te worden gehonoreerd.¹⁶² De enkele opsporing van wangedrag mag geen excuus voor niet-kenbaar gemaakt (verborgen) cameratoezicht zijn. Dit standpunt vindt steun in de parlementaire behandeling:

‘Als de mededeling dat er heimelijk cameratoezicht plaatsvindt in het bedrijf ertoe leidt dat er niet meer uit de kas gestolen wordt of dat erg geen andere dingen meer gestolen worden, dan heb je vanaf dat moment als ondernemer niets te klagen. Je hebt de diefstal immers voorkomen. Als je specifieke verdenkingen hebt, kan de politie erbij worden gehaald. Dan komt er een opsporingsonderzoek. Dan speelt het criterium van de wederrechtelijkheid weer wel, maar wij hebben de burgers in Nederland niet als opsporingsinstanties over elkaar gezet. In deze situatie kan de loutere mededeling dat er toezicht is, diefstal voorkomen. Daarmee is het opgelost.’¹⁶³

Door in het kader van opsporingsactiviteiten van de werkgever een beroep op het ontbreken van de wederrechtelijkheid toe te staan, zou datgene wat de

¹⁵⁹ Anders Thierry 2001, p. 134. In zeer bijzondere gevallen zal de werkgever hier wellicht een beroep op kunnen doen. De rechtspraak zal moeten uitwijzen wanneer dit het geval is, maar de oplossing is mijns inziens veel eenvoudiger: de werkgever neemt het kenbaarheidsvereiste in acht.

¹⁶⁰ *Handelingen I*, 2002/03, 23, p. 741.

¹⁶¹ *Kamerstukken II* 2000/01, 27 732, nr. 7, p. 4. Blijkbaar was het Hof 's-Hertogenbosch van mening, dat in de situatie waarin de Officier van Justitie de werkgever toestemming heeft gegeven tot het plaatsen van de camera, de wederrechtelijkheid ontbreekt (Hof 's-Hertogenbosch 6 januari 2003, *NJ* 2003, 279).

¹⁶² Dit zou slechts in zeer uitzonderlijke situaties mogen gebeuren. Gedacht zou kunnen worden aan de opsporing van dermate ernstige misdrijven dat kennisgeving van het cameratoezicht vooraf, op wat voor manier dan ook, achterwege zou moeten blijven. De werkgever begeeft zich dan evenwel op het terrein van de opsporing van zeer ernstige strafbare feiten. Dit is het terrein van politie en justitie. Bovendien dient bij zeer ernstige misdrijven rekening te worden gehouden met een aangifteplicht van de werkgever (art. 160 Sv). Anders Roelofs 2003, p. 25.

¹⁶³ *Handelingen I*, 2002/03, 23, p. 741.

wetgever door de voordeur heeft buitengezet, door de achterdeur weer worden binnen gelaten.¹⁶⁴

In de tweede plaats wordt het gebruik van camera's door de werkgever genormeerd door art. 441b Sr. Dit artikel ziet namelijk op het verbod van heimelijk cameratoezicht in voor het publiek wel toegankelijke ruimten, zoals een winkel of een bank. Wenst de werkgever een camera in zijn winkel op te hangen, bijvoorbeeld om de kassa in de gaten te houden, dan dient hij dit van tevoren kenbaar te maken, zowel aan zijn personeel als aan het winkelend publiek. Dit kan hij doen door de camera's duidelijk zichtbaar op te hangen, of door bijvoorbeeld bordjes te plaatsen.¹⁶⁵

2.3.4.2 De NVP-Sollicitatiecode

De Nederlandse Vereniging voor Personeelsbeleid (NVP) heeft in overleg met de Stichting van de Arbeid een sollicitatiecode opgesteld, als bijlage bij de Aanbeveling werving en selectie.¹⁶⁶ De regels van deze code kunnen relevant zijn bij onderzoek naar in het verleden begaan wangedrag van sollicitanten. De code is weliswaar niet bindend, hij bevat basisregels die arbeidsorganisaties naar het oordeel van de NVP bij de werving en selectie in acht behoren te nemen, de regels geven wel een indicatie van hetgeen een werkgever mag vragen tijdens een sollicitatie.

De code is gebaseerd op vijf uitgangspunten. Zo behoort iedere sollicitant een eerlijke kans op aanstelling te krijgen (gelijke kansen bij gelijke geschiktheid) en wordt van sollicitanten slechts die informatie gevraagd die nodig is voor de beoordeling van de geschiktheid voor de functie. Voorts behoort de verkregen informatie vertrouwelijk en zorgvuldig te worden behandeld en dient de privacy van de sollicitant te worden gerespecteerd. Indien de organisatie inlichtingen over de sollicitant wil inwinnen bij derden, moet zij hiertoe vooraf diens toestemming vragen. Bovendien dient de beoogde informatie direct verband te houden met de te vervullen vacature en mag geen onevenredige inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van de sollicitant worden gemaakt. Indien een sollicitant meent onbillijk, onzorgvuldig of onjuist te zijn behandeld, kan hij een schriftelijke klacht indienen bij de betrokken organisatie. Deze behoort de klacht te onderzoeken en gemotiveerd en schriftelijk te reageren. De ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging wordt

¹⁶⁴ Dat het kenbaarheidsvereiste in de praktijk onwerkbaar zou zijn, omdat niet alleen werknemers maar ook derden de werkvloer betreden, is naar mijn mening geen overtuigend argument ter rechtvaardiging van heimelijk cameratoezicht (Anders F.B.M. Olijslager, 'Het gebruik van verborgen camera's verder genormeerd in het Wetboek van Strafrecht', *Privacy & informatie* (7) 2004-1, p. 17-26). De minister stelde terecht dat de ondernemer die gebruik wenst te maken van verborgen camera's verantwoordelijkheid is voor het in kennis stellen van de personen die hiermee mogelijk in beeld worden gebracht (*Kamerstukken I* 2000/01, 27 732, nr. 57c, p. 1-2). Dat de werkgever hier wat moeite voor moet doen lijkt mij, gezien de belangen en fundamentele rechten die er mee gemoeid zijn, niet meer dan acceptabel.

¹⁶⁵ *Kamerstukken II* 2000/01, 27 732, nr. 3, p. 5-7.

¹⁶⁶ Stichting van de Arbeid, Aanbeveling werving en selectie. Bijlage I: NVP-Sollicitatiecode, Den Haag, 9 maart 2000.

jaarlijks op de hoogte gesteld over het aantal, de aard en de wijze van afhandeling van ingediende klachten. Bij het uitblijven van een reactie, of bij een onbevredigende reactie, kan de sollicitant zich wenden tot de NVP die deze klacht toetst aan de code. De NVP stelt de betrokken organisatie in de gelegenheid te reageren en doet daarna een juridisch niet bindende uitspraak. Klachten wegens inbreuk op een wettelijke regeling worden door de NVP niet in behandeling genomen, maar doorverwezen naar de rechter of de Commissie Gelijke Behandeling.

2.3.4.3 De Wet justitiële gegevens en strafvorderlijke gegevens

Bij de opsporing van wangedrag uit het verleden van een werknemer of sollicitant speelt de Wet justitiële gegevens en strafvorderlijke gegevens (WJG) een belangrijke rol. Deze per 1 april 2004 in werking getreden wet¹⁶⁷ is de opvolger van de Wet op de justitiële documentatie en op de verklaringen omtrent het gedrag.¹⁶⁸ De wet regelt de verwerking¹⁶⁹ van justitiële en strafvorderlijke gegevens en de afgifte van de verklaring omtrent het gedrag.¹⁷⁰ De verklaring omtrent het gedrag kan om verschillende redenen worden aangevraagd. Meestal wordt de verklaring aangevraagd door sollicitanten die een verklaring bij de toekomstige werkgever moeten overleggen. Bij de regeling van de verstrekking van justitiële gegevens hebben de uit art. 8 EVRM voortvloeiende beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit een belangrijke rol gespeeld: voor screeningsdoeleinden kan worden volstaan met een verklaring omtrent het gedrag. Deze is gebaseerd op een gedegen integriteitonderzoek en geeft geen opsomming van concrete justitiële gegevens.¹⁷¹ Voor een screening wordt het niet noodzakelijk geacht een verdergaande inbreuk op de persoonlijke levenssfeer te maken.¹⁷²

In het kader van de arbeidsrelatie kan het systeem van de verklaring omtrent het gedrag worden aangemerkt als een compromis tussen twee tegenstrijdige belangen. Enerzijds het belang van de werkgever die inzicht wil krijgen in de betrouwbaarheid van de sollicitant en anderzijds het belang van de

¹⁶⁷ *Stb.* 2004, 129.

¹⁶⁸ *Stb.* 2002, 552.

¹⁶⁹ Het begrip verwerking is ontleend aan de WBP.

¹⁷⁰ Onder justitiële gegevens worden verstaan alle beslissingen die door het openbaar ministerie of de rechter zijn genomen, met uitzondering van de beslissing tot niet vervolgen omdat de betrokken persoon dan ten onrechte als verdachte is aangemerkt (art. 5, 6 en 7 Besluit Justitiële gegevens). Onder strafvorderlijke gegevens worden verstaan gegevens over een persoon die zijn verkregen in het kader van een strafvorderlijk onderzoek en die het openbaar ministerie in een strafdossier of langs geautomatiseerde weg verwerkt (art. 1 onder *b* WJG). De verklaring omtrent het gedrag is blijkens art. 28 van de WJG een verklaring van de minister van justitie, dat uit een onderzoek met betrekking tot het gedrag van de persoon, gelet op het risico voor de samenleving in verband met het doel waarvoor de afgifte is gevraagd en na afweging van het belang van betrokkene, niet is gebleken van bezwaren tegen die persoon. De verklaring bevat geen andere mededelingen. Kort gezegd geeft de verklaring een oordeel omtrent de integriteit van een persoon (Knape 2003, p. 217).

¹⁷¹ Zie onder meer *Kamerstukken II* 1999/00, 24 797, nr. 7, p. 15.

¹⁷² *Kamerstukken II* 2001/02, 24 797, nr. 23, p. 8; Knape 2003, p. 216.

sollicitant op bescherming van zijn recht op privacy en op resocialisatie. Bij de beoordeling van de aanvraag wordt met beide belangen rekening gehouden.¹⁷³

De werknemer moet de aanvraag zelf bij de burgemeester indienen (art. 30 jo. art. 33 WJG).¹⁷⁴ In de praktijk komt het er op neer dat de sollicitant bij de aanvraag van de verklaring een brief van de werkgever dient te overleggen, waarin de werkgever aangeeft wat de aard van de functie is en wat het risico voor de samenleving is indien een niet integer persoon deze functie gaat uitoefenen. De werkgever dient aannemelijk te maken dat een onderzoek naar het gedrag van de sollicitant, gelet op het doel van de aanvraag, noodzakelijk is. Lukt dit niet, dan wordt de aanvraag niet in behandeling genomen (art. 34 WJG). Dit betekent derhalve dat de werkgever geen recht heeft op de verzochte informatie.¹⁷⁵

Nadat de Minister van Justitie heeft vastgesteld dat een noodzaak tot onderzoek bestaat, wordt de integriteit van de persoon in kwestie getoetst. Deze toetsing vindt plaats aan de hand van de gegevens uit het justitieel documentatieregister en de door de werkgever verstrekte gegevens. Bij de beoordeling wordt gebruik gemaakt van zogenaamde screeningsprofielen. Deze zijn openbaar en brengen per functie in kaart aan welke delicten in het bijzonder aandacht moet worden besteed.¹⁷⁶ Zo zijn bij functies waarbij wordt omgegaan met kinderen met name zeden- en geweldsdelicten van belang. Door de openbaarmaking van de screeningsprofielen kunnen sollicitanten van tevoren al een inschatting maken van hun kansen, maar ook werkgevers kunnen de profielen vooraf raadplegen ter verduidelijking van hetgeen zij mogen eisen.¹⁷⁷ Pakt de toets voor de sollicitant positief uit, dan wordt een verklaring afgegeven dat de betreffende persoon uit een oogpunt van integriteit geschikt is voor de betreffende functie. Andere gegevens worden in de verklaring niet vermeld.¹⁷⁸ De verklaring wordt niet afgegeven indien in de justitiële documentatie een strafbaar feit is vermeld, dat, indien herhaald, gelet op het risico voor de samenleving en de overige omstandigheden van het geval, aan een behoorlijke uitoefening van de taak of bezigheden waarvoor de verklaring wordt gevraagd, in de weg zal staan (art. 35 WJG).

2.3.4.4 Regelingen voor particuliere recherche- en detectivebureaus

Bij de opsporing van wangedrag maken werkgevers gebruik van externe recherche- en detectivebureaus. Ze worden ingezet voor intramuraal onderzoek: het opsporen van wangedrag op de werkvloer. Daarnaast worden ze ingezet voor extramuraal onderzoek: opsporing van wangedrag dat niet op de werkvloer plaatsvindt. Het extramuraal onderzoek richt zich blijkens de jurisprudentie

¹⁷³ Knape 1997, p. 84.

¹⁷⁴ De burgemeester stuurt de aanvraag terstond door naar de Minister van Justitie (art. 30 lid 4 WJG).

¹⁷⁵ Knape 2003, p. 218.

¹⁷⁶ De screeningsprofielen zijn gepubliceerd in *Stcr.* 2004, 63, p. 12.

¹⁷⁷ *Kamerstukken II* 2001/02, 24 797, nr. 13, p. 11.

¹⁷⁸ Knape 2003, p. 218.

voornamelijk op zieke werknemers die gedurende hun ziekteverzuim elders zouden bijverdienen.

Deze bureaus maken vaak gebruik van dezelfde tactische en technische opsporingstechnieken als de strafvorderlijke autoriteiten (met uitzondering van de vrijheidsbenemende dwangmiddelen). Ze verhoren, observeren, doen buurtonderzoeken en laten in particuliere laboratoria sporenonderzoeken en handschriftenanalyses uitvoeren.¹⁷⁹ Verder bestaat (een deel van) het personeel vaak uit ex-politiemensen. Aangezien deze bureaus in een privaatrechtelijke context opereren, vallen ze niet onder de publiekrechtelijke voorschriften voor opsporing.¹⁸⁰ Gelet op het feit dat ze met hun werkzaamheden de persoonlijke levenssfeer van burgers kunnen raken, zijn er twee bijzondere regelingen in het leven geroepen die de bevoegdheden van deze bureaus normeren: de Wet particuliere beveiligingsorganisaties en recherchebureaus (WPBR)¹⁸¹ en de Privacygedragscode sector particuliere onderzoeksbureaus.

Anders dan de naam van de WPBR doet vermoeden, vallen naast de particuliere recherchebureaus ook de particuliere detectivebureaus onder de reikwijdte van deze wet.¹⁸² Op grond van art. 2 is het verboden zonder vergunning van de Minister van Justitie door middel van de instandhouding van een recherchebureau recherchewerkzaamheden te verrichten of aan te bieden. De vergunning wordt verleend indien naar redelijke verwachting zal worden voldaan aan de regels gesteld in de artikelen 6 tot en met 10 van deze wet en ook overigens zal worden gehandeld in overeenstemming met hetgeen van een goed recherchebureau in het maatschappelijk verkeer mag worden verwacht. Art. 13 WPBR verplicht de persoon die werkzaam is voor een recherchebureau en daarbij de beschikking krijgt over gegevens waarvan hij het vertrouwelijk karakter kent, of redelijkerwijs moet vermoeden, tot geheimhouding van die gegevens. Deze verplichting bestaat niet indien een wettelijk voorschrift hem tot bekendmaking verplicht, de bekendmaking uit zijn werkzaamheden voortvloeit of indien het gegevens betreft die betrekking hebben op een strafbaar feit en aan de politie worden verstrekt. Met deze bepaling werd beoogd extra waarborgen te

¹⁷⁹ Hoogenboom 1994, p. 75-77.

¹⁸⁰ Uitgebreid over de privatisering van opsporing: A.B. Hoogenboom e.a. (red.), *Privatisering van toezicht en opsporing*, Den Haag: Koninklijke Vermande 2000 en A.B. Hoogenboom, *Het Politiecomplex. Over de samenwerking tussen politie, bijzondere opsporingsdiensten en particuliere recherche* (diss. Leiden), Arnhem: Gouda Quint 1994.

¹⁸¹ Wet van 24 oktober 1997, *Stb.* 1997, 500. Inwerkingtreding 1 april 1999, *Stb.* 1999, 100. In de memorie van toelichting werd er op gewezen dat recherchewerkzaamheden kunnen raken aan de persoonlijke levenssfeer van burgers. Ze zijn immers gericht op het vergaren van gegevens over personen. De reden tot het stellen van regels voor recherchebureaus lag daarom vooral in het belang van de bescherming van de persoonlijke levenssfeer (*Kamerstukken II* 1993/94, 23 478, nr. 3, p. 8).

¹⁸² Deze groep voldoet namelijk volledig aan de omschrijving van het begrip recherchebureau, gegeven in artikel 1, eerste lid, onder *f* WPBR: een natuurlijke of rechtspersoon die in de uitoefening van een beroep of bedrijf met winstoogmerk recherchewerkzaamheden verricht, voor zover die werkzaamheden worden verricht op verzoek van een derde, in verband met een eigen belang van deze derde en betrekking hebben op een of meer bepaalde natuurlijke personen. Een interne bedrijfsrecherchedienst valt derhalve niet onder de reikwijdte van de wet (*Kamerstukken II* 1993/94, 23 478, nr. 5, p. 24).

bieden voor de bescherming van de privacy van personen die met een beveiligingsorganisatie of particulier recherchebureau in aanraking komen.¹⁸³

Bij de bespreking van de WBP bleek dat een recherchebureau dat in opdracht van een werkgever persoonsgegevens over een werknemer of sollicitant verzamelt, als verantwoordelijke in de zin van de WBP kan worden aangemerkt. Dit blijkt ook uit de door het CBP goedgekeurde Privacygedragscode sector particuliere onderzoeksbureaus.¹⁸⁴ De gedragscode voorziet in een aanvulling en uitwerking van de materiële bepalingen van de WBP en is bindend voor alle particuliere recherchebureaus in de zin van de WPBR: het naleven van de gedragscode is een voorwaarde voor het verkrijgen van de vergunning.¹⁸⁵ Het doel van de gedragscode is richtlijnen te geven voor het omgaan met persoonsgegevens die in het kader van onderzoek voor opdrachtgevers worden verwerkt. Bovendien moet de gedragscode bijdragen aan de doorzichtigheid van de door de particuliere sector te hanteren onderzoeksmethoden en -middelen. Als voorbeelden van rekerchewerkzaamheden waarbij persoonsgegevens worden verwerkt worden onder meer genoemd:

- het onderzoeken van handelingen in strijd met concurrentiebedingen, relatiebedingen of geheimhoudingsbepalingen;
- het onderzoeken van gedragingen in strijd met ziekteverzuim bepalingen en/of andere vormen van werkverzuim;
- het uitvoeren van handelingen in het kader van achtergrondonderzoeken en

¹⁸³ *Kamerstukken II* 1993/94, 23 478, nr. 3, p. 12. Bij de parlementaire behandeling van de wet gaf de minister van justitie (Sorgdrager) aan dat in zijn algemeenheid niet is te zeggen of, en zo ja, in welke gevallen en onder welke voorwaarden, het is toegestaan om personen te schaduwen of te screenen. Evenmin was in zijn algemeenheid te zeggen of het toelaatbaar is dat door particuliere recherchebureaus in vuilnisemmers naar gegevens wordt gezocht. Onder omstandigheden kan het schaduwen van een persoon evenwel worden aangemerkt als een onrechtmatige daad in de zin van art. 6:162 BW en meer in het bijzonder als een inbreuk op het recht op privacy. Verwezen werd naar de zaak van de Edamse bijstandsmoeder en Hof Den Bosch 2 december 1992, *NJ* 1993, 327 (zie ook 2.3.1.2 en 2.3.1.4) (*Kamerstukken II* 1994/95, 23 478, nr. 5, p. 23).

¹⁸⁴ Op 13 januari 2004 is door het CBP de Privacygedragscode sector particuliere onderzoeksbureaus goedgekeurd, nadat de Vereniging van Particuliere Beveiligingsorganisaties (VBP) hiertoe een verzoek had ingediend zoals bedoeld in art. 25 lid 1 WBP. De sector particuliere onderzoeksbureaus bestaat uit organisaties die als recherchebureau in de zin van art. 1 lid 1 onder f van de WPBR worden aangemerkt en die lid zijn van de VBP. Volgens de gedragscode wordt een particulier onderzoeksbureau aangemerkt als verantwoordelijke in de zin van de WBP. Zo zijn de particuliere onderzoeksbureaus verplicht de gegevensverwerking vooraf te melden bij het CBP (art. 27 WBP) en wordt bij heimelijke waarneming eerst een onderzoek door het CBP ingesteld (art. 31 WBP). In hoofdstuk 5 van de gedragscode worden algemene principes van gegevensverwerking voortvloeiend uit de verplichtingen van de WBP besproken. Zo geldt op grond van art. 6 WBP dat een recherchebureau geen gegevens mag vergaren in strijd met de wet.

¹⁸⁵ Per 1 juni 2004 zijn niet alleen de recherchebureaus die lid zijn van de VPB, maar alle particuliere recherchebureaus in de zin van de WPBR verplicht de gedragscode op te volgen.

- het onderzoeken van laakbare handelingen door werknemers in de arbeidsverhouding (zoals diefstal, verduistering en handelen of nalaten in strijd met gedragscodes of contractuele verplichtingen).

Als een van de basisregels voor het onderzoek geldt, dat bij het bepalen van de aard van de onderzoeksmethoden en -middelen de uit art. 6 en art. 8 WBP voortvloeiende beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit in acht dienen te worden genomen. Verder worden per onderzoeksmethode normen gegeven voor een rechtmatige verwerking van persoonsgegevens in de zin van art. 6 WBP. Besproken worden:

- het betreden van openbare (besloten) plaatsen;
- het interviewen van personen (verhoor);
- observatie;
- heimelijke observatie door middel van camera's;
- onderzoek in geautomatiseerde voorzieningen (e-mail en internetgebruik);
- vertrouwelijke communicatie (meeluisteren van gesprekken, het aftappen van telefoongesprekken en onderzoek naar e-mailberichtenverkeer) en
- proefaankopen.

De normering van deze onderzoeksmethoden in de gedragscode staat in het teken van de proportionaliteit en subsidiariteit en is vergelijkbaar met de normering van strafvorderlijke bevoegdheden (zie 2.4). Zo moet iemand die wordt 'geïnterviewd' (overeenkomstig het 'nemo tenetur'-beginsel en de onschuldpresumptie), worden gewezen op het feit dat medewerking is gebaseerd op vrijwilligheid.¹⁸⁶ Een van de normen is zelfs een letterlijke weergave van het uit 'nemo tenetur'-beginsel voortvloeiende pressieverbod: de particulier onderzoeker onthoudt zich van alles waarvan niet kan worden gezegd dat de verklaring van de bevraagde persoon in vrijheid is afgelegd (vgl. art. 29 lid 1 Sv).

2.4 Opsporing in het strafrecht

In de vorige paragraaf is in beeld gebracht hoe de door werkgevers gehanteerde opsporingsmethoden worden genormeerd. Het recht op privacy, de WBP, het instemmingsrecht van de ondernemingsraad en een aantal bijzondere bepalingen waarborgen de bescherming van de betrokken werknemers. De vraag is of deze

¹⁸⁶ Overigens kan naar mijn mening beter de term 'verhoor' in plaats van 'interview' worden gebruikt, aangezien de term 'interview' niet in overeenstemming is met de daadwerkelijke bedoeling en aard van het gesprek. Doel van het gesprek is namelijk aanwijzingen te vergaren over de al dan niet vermeende betrokkenheid van de persoon of een derde bij een te onderzoeken gedraging.

waarborgen voldoende tegenwicht bieden aan de door werkgevers gehanteerde, ingrijpende opsporingsmethoden (zie 2.1). Gelet op de gelijkenis tussen de door werkgevers gehanteerde opsporingsmethoden en de strafrechtelijke opsporingsmethoden, rijst de vraag hoe die opsporingsmethoden in het strafrecht worden genormeerd.

Opsporing in het strafrecht vindt plaats in het kader van het strafprocesrecht.¹⁸⁷ Het strafproces kan worden getypeerd als een voortdurend proces, welke voortdurendheid bestaat uit een activiteit die in alle fasen van het strafproces samenvattend gezegd bestaat uit onderzoeken.¹⁸⁸ Ter uitoefening van het onderzoek worden in het strafprocesrecht bevoegdheden toegekend.¹⁸⁹ Aangezien met de uitoefening van die bevoegdheden rechten en vrijheden van betrokken burgers kunnen worden geschonden, vindt die toedeling geclausuleerd plaats: de bevoegdheden worden beperkt tot bepaalde functionarissen en autoriteiten, bepaalde gevallen, bepaalde gronden en termijnen. Hierin ligt de ambivalentie van het strafprocesrecht.¹⁹⁰ Enerzijds heeft het strafprocesrecht een instrumentele functie: de waarheidsvinding. Anderzijds heeft het strafprocesrecht een beschermende, machtskritische functie: de bescherming van het individu tegen ingrijpende onderzoeksactiviteiten van de strafvorderlijke overheid.¹⁹¹ Beide functies vormen twee kanten van dezelfde medaille. In dit verband wordt gesproken over het zwaard en het schild van het Wetboek van Strafvordering en het strafrecht als een gekanaliseerde vorm van machtsuitoefening.¹⁹²

Allereerst sta ik in 2.4.1 stil bij de strafrechtelijke opsporingsbevoegdheden en -methoden (het zwaard). Vervolgens komt in 2.4.2 de rechtsbeschermende kant van het strafprocesrecht aan de orde (het schild).

2.4.1 Opsporingsbevoegdheden en -methoden

Na een korte bespreking van de begrippen ‘opsporing’ en ‘opsporingsbevoegdheden’, komen de voor dit onderzoek relevante strafrechtelijke opsporingsmethoden aan bod.

2.4.1.1 Opsporing(sbevoegdheden)

Alvorens in een strafzaak beslissingen kunnen worden genomen, dienen de feiten te worden ‘opgespoord’. Het begrip ‘opsporing’ kan worden omschreven

¹⁸⁷ Hoe en door wie wordt onderzocht of een strafbaar feit is begaan en door wie en naar welke maatstaven daarover en over de daaraan te verbinden strafrechtelijke sancties wordt beslist, wordt bepaald in het strafprocesrecht. Het materiële strafrecht kan alleen langs de weg van het strafprocesrecht tot toepassing kan worden gebracht. Het strafprocesrecht vormt de schakel tussen het strafbare feit en de door de rechter op te leggen sanctie (Corstens 2002, p. 4; Enschedé/Bosch & Sutorius 2002, p. 21).

¹⁸⁸ Mevis 2004, p. 99.

¹⁸⁹ Corstens 2002, p. 5-6.

¹⁹⁰ Corstens 2002, p. 6.

¹⁹¹ Eissens & Staal/Hoekendijk 1985, p. 29.

¹⁹² Foqué & 't Hart 1990, p. 15, 17.

als al het onderzoek dat geschiedt ter opheldering van een vermoedelijk gepleegd strafbaar feit en ter voorbereiding van een ter zake daarvan eventueel op te leggen strafrechtelijke sanctie.¹⁹³ Kort gezegd: het aan de dag brengen van de waarheid. Alle fasen van een strafzaak impliceren het doen van onderzoek.¹⁹⁴ De betekenis van de term ‘opsporing’ is dan ook niet beperkt tot de fase van het opsporingsonderzoek,¹⁹⁵ of zelfs tot de context van het Wetboek van Strafvordering. Deze betekenis van het opsporingsbegrip wordt aangeduid met opsporen in materiële zin. De term heeft dan dezelfde betekenis als in het gewone spraakgebruik.¹⁹⁶ De algemene opsporingsbevoegdheid komt in deze opvatting aan iedereen toe, iedereen mag zijn oren en ogen openhouden, iedereen mag opsporen.¹⁹⁷ Sommige burgers maken zelfs hun beroep van opsporing, zoals de privé-detective of de bedrijfsrechercheur.¹⁹⁸ Tegenover het begrip materiële ‘opsporing’ staat (uiteraard) het begrip formele ‘opsporing’. Dit ziet op een opsporingsbegrip dat beperkt blijft tot de context van het Wetboek van Strafvordering.¹⁹⁹ Zodra sprake is van opsporing in strafvorderlijke zin staan de strafvorderlijke autoriteiten allerhande bevoegdheden ter beschikking.²⁰⁰

¹⁹³ Corstens 2002, p. 241.

¹⁹⁴ Dit betekent dat alle strafvorderlijke autoriteiten, ook niet-opsporingsambtenaren, zoals de rechter-commissaris en de rechter ter terechtzitting, aan onderzoek doen. Zij treden weliswaar op in andere fasen van het strafrechtelijk onderzoek, of zelfs buiten de context van strafvordering om, en hebben niet altijd opsporing tot taak, maar ook zij doen aan opsporen in de zin van onderzoek doen naar de waarheid in een strafzaak (Mevis 2004, p. 104-111).

¹⁹⁵ Het opsporingsonderzoek en het eventueel daarop volgende gerechtelijk vooronderzoek vormen samen het voorbereidend onderzoek. Met de invoering van de Wet Bob op 1 februari 2000 (*Stb.* 1999, 245, p. 15) is in art. 132a Sv een wettelijke definitie van het begrip ‘opsporingsonderzoek’ gekomen: ‘Onder het opsporingsonderzoek wordt verstaan het onderzoek onder leiding van de officier van justitie naar aanleiding van een redelijk vermoeden dat een strafbaar feit is begaan of dat in georganiseerd verband misdrijven worden beraamd of gepleegd als omschreven in artikel 67, eerste lid, die gezien hun aard of samenhang met andere misdrijven die in dat georganiseerd verband worden beraamd of gepleegd een ernstige inbreuk op de rechtsorde opleveren, met als doel het nemen van strafvorderlijke beslissingen’. In deze definitie wordt het begrip ‘opsporing’ als fase in het strafrechtelijk onderzoek bedoeld. Daarnaast kan het strafrechtelijk financieel onderzoek tot het voorbereidend onderzoek horen. Deze modaliteit van strafrechtelijk onderzoek is alleen gericht op het vaststellen van door criminaliteit verkregen voordeel. Het voorbereidend onderzoek gaat vooraf aan het onderzoek ter terechtzitting. Het heeft tot doel gegevens te verzamelen over het vermoedelijk gepleegde strafbare feit en over de verdachte (art. 132 Sv) (Mevis 2004, p. 110 en p. 255 e.v.; Corstens 2002, p. 229 en p. 329 e.v.).

¹⁹⁶ Reijntjes 1991, p. 268.

¹⁹⁷ In de literatuur komt dan ook de opvatting naar voren dat in deze context niet van een bevoegdheid kan worden gesproken. Het begrip ‘bevoegdheid’ ziet immers op de situatie dat de een, met uitsluiting van alle anderen, iets mag doen en niet op de situatie dat iedereen gerechtigd is dat ‘iets’ te doen (Corstens 2002, p. 243; Reijntjes 1989, p. 7).

¹⁹⁸ Reijntjes 1989, p. 6.

¹⁹⁹ Reijntjes 1991, p. 268.

²⁰⁰ In het Wetboek van Strafvordering wordt het algemeen kader aangegeven waarbinnen justitieel onderzoek dient te worden verricht. Daarnaast zijn ook in bijzondere wetten bepalingen opgenomen die de opsporing, vervolging en berechting van strafbare feiten betreffen. Voorbeelden van dergelijke bijzondere wetten zijn de Wet wapens en munitie (WMM), de Wet op de economische delicten (WED) en de Opiumwet. Een belangrijk verschil tussen het Wetboek van Strafvordering en deze bijzondere wetten is de algemene strekking van het Wetboek van Strafvordering. Het Wetboek van Strafvordering is geschreven om de opsporing, vervolging en berechting van alle strafbare feiten te regelen, dus ook die in de bijzondere wetten zijn geregeld (Mevis 2004, p. 99 en 175; Brouwer 1999,

Indien met een opsporingsbevoegdheid inbreuk op een grondrecht kan worden gemaakt, met name het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer (art. 10 Gw en art. 8 EVRM), behoeft de uitoefening een legitimatie in een wet in formele zin.²⁰¹ Voorbeeld van dergelijke opsporingsbevoegdheden zijn de dwangmiddelen. Dit zijn opsporingsbevoegdheden die tegen de wil van de betrokken burgers kunnen worden ingezet: met dwang.²⁰² De regeling van de dwangmiddelen kan worden aangemerkt als een gesloten systeem: ze vinden allemaal hun grondslag in een formele wet, een groot deel in het Wetboek van Strafvordering.²⁰³

Opsporingshandelingen waarmee geen, of slechts een beperkte inbreuk op een grondrecht wordt gemaakt, behoeven geen specifieke wettelijke regeling. Gedacht kan worden aan meer of minder onschuldig gedrag zoals het openhouden van oren en ogen, het uittypen van een proces-verbaal, overleg met

p. 1). Aangezien met deze opsporingsbevoegdheden inbreuk kan worden gemaakt op rechten en vrijheden van burgers, is het van belang vast te stellen wanneer de fase van opsporing begint. Voor de opening van een opsporingsonderzoek is, anders dan voor de andere modaliteiten van strafrechtelijk onderzoek, geen officiële beslissing nodig (Mevis 2004, p. 111).

²⁰¹ Mevis 2004, p. 211. Dit geldt overigens niet alleen voor opsporingsbevoegdheden, maar voor alle inbreuken op grondrechten in het kader van het strafprocesrecht of daarbuiten (Simmelink 1987, p. 39-42; Corstens 2002, p. 338). Een groot aantal van de opsporingsbevoegdheden is geregeld in de wet (het Wetboek van Strafvordering of een bijzondere wet zoals de Wet Wapens en Munitie). Bij het opnemen van de bevoegdheden in de wet, is leidend geweest 'dat bevoegdheden die ingrijpen op de vrijheid of op andere grondrechten van burgers, een specifieke regeling behoeven' (*Kamerstukken II* 1996/97, 25 403, nr. 3, p. 9 (MvT bij het Wetsvoorstel Bijzondere opsporingsbevoegdheden). Hierbij verdient aantekening dat het opnemen van alle bevoegdheden in een wet, niet alleen onmogelijk is, maar ook geen nut heeft. Een expliciete regeling is alleen zinvol indien reden bestaat om het geoorloofde zo nauwkeurig mogelijk af te scheiden van het ongeoorloofde. Iets wat in het bijzonder het geval is bij gedragingen waarmee ernstige inbreuk op grondrechten wordt gemaakt (Reijntjes 1997, p. 215).

²⁰² Mevis 2004, p. 222; Enschedé/Bosch & Sutorius 2002, p. 92. Over de vraag of daadwerkelijk sprake moet zijn van de uitoefening van dwang om van een dwangmiddel te kunnen spreken lopen de meningen in de literatuur hier en daar uiteen. Zo kun je twisten over de vraag of de bevoegdheid de uitlevering te bevelen van voor inbeslagneming vatbare voorwerpen een dwangmiddel is (art. 96a en 105 Sv). Door het geven van het bevel wordt immers niet daadwerkelijk dwang uitgeoefend, maar daar staat tegenover dat de bevoegdheid wel kracht bijgezet wordt door de strafbaarheid van degene die weigert aan het bevel gevolg te geven en de mogelijkheid tot inbeslagneming op grond van art. 104 Sv. Corstens 2002, p. 337 e.v., is van mening dat een dwangmiddel een in het kader van de strafvordering aan te wenden bevoegdheid is waardoor *daadwerkelijk*, anders dan door tenuitvoerlegging van een straf of maatregel, inbreuk wordt gemaakt op rechten en vrijheden. De bevoegdheid tot het bevelen van uitlevering ex art. 105 Sv is volgens hem dan ook geen dwangmiddel. Enschedé/Bosch & Sutorius 2002, p. 92 zijn van mening dat ook door het bevel tot uitlevering een inbreuk wordt gemaakt op rechten van de betrokkene en hanteren daarom niet het beperktere begrip 'dwangmiddel' zoals Corstens dat doet. Brouwer 2002, p. 8 wijst op het feit dat de bevelsbevoegdheid van art. 96a Sv in Titel IV staat, dat als opschrift draagt 'Enige bijzondere dwangmiddelen' en hanteert daarom de 'wettelijke betekenis' van het begrip 'dwangmiddel'. Minkenhof 2002, p. 122 ten slotte, is van mening dat niet altijd van fysieke dwang sprake hoeft te zijn en meent dat bijvoorbeeld ook het af luisteren van telecommunicatie een dwangmiddel is.

²⁰³ Daarnaast vinden een aantal dwangmiddelen hun regeling in een bijzondere wet in formele zin, zoals de Opiumwet of de Wet Wapens en Munitie. In de wettelijke bepalingen worden de dwangmiddelen nauwkeurig omschreven en limitatief opgesomd. Naarmate het dwangmiddel dieper ingrijpt in rechten en vrijheden, zijn de voorwaarden stringenter en de kring van autoriteiten die het dwangmiddel toe mogen passen kleiner (Enschedé/Bosch & Sutorius 2002, p. 94).

collega's, of het verkrijgen van informatie over een verdachte bij zijn burens.²⁰⁴ Deze bevoegdheden mogen volgens de Hoge Raad worden gebaseerd op de algemene opsporingstaak geformuleerd in art. 2 Politiewet en op de artikelen 141 en 142 Sv.²⁰⁵ De toepassing van deze niet ingrijpende bevoegdheden dient wel de toets van de ongeschreven beginselen, zoals de proportionaliteit en subsidiariteit, te kunnen doorstaan. Voorts is de toepassing alleen toegestaan indien deze past en dient ter uitvoering van de politietaak.²⁰⁶

De wettelijke bepaling waarin de bevoegdheid staat geregeld, wijst tevens de bevoegde instantie aan; dit zijn over het algemeen opsporingsambtenaren.²⁰⁷ Tot de opsporingsambtenaren worden gerekend, in hiërarchische volgorde van hoog naar laag, de officieren van justitie,²⁰⁸ de hulpofficieren van justitie (politieambtenaren met hogere rang) en de ambtenaren van politie.²⁰⁹ Bij de uitoefening van de bevoegdheden geldt als uitgangspunt dat ingrijpende bevoegdheden voorbehouden dienen te blijven aan hogere opsporingsambtenaren. De meest ingrijpende bevoegdheden zijn door de wetgever uit handen van de opsporingsambtenaren genomen en toegekend aan de rechter-commissaris, of mogen alleen met zijn machtiging worden uitgeoefend.²¹⁰

²⁰⁴ Mevis 2004, p. 211.

²⁰⁵ HR 10 april 2001, *NJ* 2001, 424; HR 16 januari 2001, *NJ* 2001, 207; HR 19 december 1995, *NJ* 1996, 249, r.o. 6.4.5. (*Zwolsman-arrest*). Over het antwoord op de vraag of uit een algemene taakstelling een bevoegdheid kan worden afgeleid, bestaat in de literatuur onenigheid. Mevis 2004, p. 213 stelt dat de opvatting dat vage taakstellende artikelen als art. 2 Politiewet ook tot bevoegdheidsbasis voor concreet optreden kunnen worden gemaakt, vanuit rechtsstatelijk oogpunt kwestieus is. 'Grondwet en EVRM verlangen in het algemeen duidelijker bevoegdheidsbepalingen. Hier lijkt de wetgever op het punt van de normering van politiebevoegdheden ter opsporing in de wet, te onduidelijk. Dat komt de normering van die bevoegdheden niet ten goede. De praktijk en vooral de jurisprudentie daarover zal moeten leren hoe de normering er op dit punt precies uit zal gaan zien.' Verder wijst hij er op dat het onderscheid tussen 'een inbreuk', een 'beperkte' inbreuk en een 'ernstige' inbreuk erg onduidelijk is (Mevis 2004, p. 210-213, zie ook Mevis 1990, p. 943 e.v.). Zie ook Buruma 2001, p. 35, 36; Groenhuijsen & Knigge 2001, p. 128, 193-199; Rozemond 1997, p. 40.

²⁰⁶ *Kamerstukken II* 1996/97, 25 403, nr. 3, p. 8 (MvT). Corstens 2002, p. 98-99.

²⁰⁷ In sommige bepalingen worden ook burgers aangewezen als bevoegde personen. Dit is het geval bij aanhouding bij ontdekking op heterdaad (art. 53 Sv), het betreden van plaatsen ter aanhouding bij heterdaad (art. 53 Sv) en de bevoegdheid om bij aanhouding bij een ontdekking op heterdaad bepaalde voor inbeslagname vatbare voorwerpen in beslag te nemen (art. 95 Sv).

²⁰⁸ De OvJ is de vertegenwoordiger van het Openbaar Ministerie, welke de eindverantwoordelijkheid over de opsporing heeft. Het OM behoort tot de rechterlijke macht, terwijl de politieambtenaren tot de politie behoren, het gaat dus om ambtenaren van twee verschillende organisaties (Mevis 2004, p. 185).

²⁰⁹ Zie over de bevoegdheid van politie bij controle en opsporing G.P.A. Aler, *De politiebevoegdheid bij opsporing en controle* (diss. Amsterdam UvA), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1982.

²¹⁰ Mevis 2004, p. 185-187. Naast de opsporingsbevoegdheden staat politieambtenaren nog een andere groep bevoegdheden ter beschikking: de zogenaamde controlebevoegdheden. Dit zijn bevoegdheden die buiten het kader van de strafvordering vallen, met de strekking de naleving van bepaalde voorschriften te controleren. Controlebevoegdheden behoren niet tot de wettelijke opsporing, maar kunnen bij de opsporing van strafbare feiten soms wel een rol spelen, aangezien ze de opsporing kunnen inleiden. Ze mogen ook worden gebruikt om na een gerezen verdenking meer informatie boven tafel te krijgen (HR 13 mei 1997, *NJ* 1998, 481). In de literatuur wordt wel gewezen op de vage grens tussen strafvorderlijke opsporing en controle (Minkenhof/Reijntjes 2002, p. 12; Mols

2.4.1.2 Opsporingsmethoden

In het kader van de opsporing kan gebruik worden gemaakt van verschillende opsporingsmethoden. Dit zijn bevoegdheden ter opsporing van strafbare feiten, die geen dwang met zich brengen. Gedacht kan worden aan het doorzoeken van een huis, het afluisteren van een telefoon of het observeren van iemand.²¹¹ Een aantal van die opsporingsmethoden vertonen overeenkomsten met de door werkgevers gehanteerde opsporingsmethoden. Het betreft observatie met gebruik van camera's,²¹² het opnemen van vertrouwelijke communicatie, en het opnemen van telecommunicatie.²¹³ Deze bijzondere opsporingsbevoegdheden zijn geregeld of gewijzigd bij de Wet Bijzondere opsporingsbevoegdheden (Wet Bob).²¹⁴

Het gebruik van camera's bij de opsporing van strafbare feiten vindt plaats in het kader van observatie van een persoon. Onder observatie wordt verstaan het heimelijk waarnemen of volgen van personen of objecten. Onderscheid kan worden gemaakt tussen stelselmatige en niet-stelselmatige observatie. In de wet is alleen de *stelselmatige* observatie geregeld: het al dan niet heimelijk, systematisch en gericht waarnemen en/of volgen van een persoon met als te verwachten resultaat dat daardoor een min of meer volledig beeld kan worden verkregen van bepaalde aspecten van zijn of haar leven (bij invoering van de Wet Bob geplaatst in art. 126g Sv en art. 126o Sv).²¹⁵ Doorslaggevend

1997, p. 128). Overigens kunnen met controlebevoegdheden in beperkte mate inbreuken op rechten en vrijheden worden gemaakt. In dat geval spreekt men van niet-strafvorderlijke dwangmiddelen (*Kamerstukken II*, 1996/97, 25 403, nr. 3, p. 6. Corstens 2002, p. 252-255, 261-262, 284-286; Enschedé/Bosch & Sutorius 2002, p. 113; Lensing & Mulder 1994, p. 39; Minkenhof/Reijntjes 2002, p. 12-13.

²¹¹ Mevis 2004, p. 222. Er bestaat een grote verscheidenheid aan technieken. De ontwikkeling is zo snel gegaan dat het onmogelijk is van tevoren te beschrijven wat wel en niet mag (Reijntjes 1989, p. 9). Naast de wettelijk geregelde opsporingsmethoden die inbreuk op grondrechten kunnen maken, bestaan niet-wettelijke opsporingsmethoden. Voorbeelden zijn het inzetten van speurhonden, radarapparatuur en dactyloscopisch onderzoek (Simmelink 1987, p. 34).

²¹² Daarnaast worden camera's in een vroegere fase van het strafproces ingezet voor toezicht en controle, bijvoorbeeld in het verkeer. De politie heeft ter uitvoering van zijn taak tot handhaving van de openbare orde ex art. 2 Politiewet de bevoegdheid gebruik te maken van videocamera's. Zo heeft de politie de bevoegdheid camera's te plaatsen in probleemgebieden, zoals de Amsterdamse Wallen. Op deze registraties door de politie is overigens de Wet Politie registers van toepassing en niet de Wet bescherming Persoonsgegevens (zie 2.3.2.1 en art. 2 lid 2 sub c WBP). De bevoegdheid tot toezicht op openbare plaatsen komt op grond van Hoofdstuk XI van de Gemeentewet ook de burgemeester toe. Van deze bevoegdheid, die wel wordt genormeerd door de WBP, heeft het gebruik de laatste jaren een grote vlucht heeft genomen. Met name in uitgaansgebieden en bij voetbalwedstrijden wordt steeds meer gebruik gemaakt van camera's als toezichtmaatregel. Aangezien camera's inbreuk op het recht op privacy maken, is behoefte ontstaan aan normering van deze vorm van toezicht (*Kamerstukken II* 1997/98, 25 760, nr. 1, p. 23). Dit heeft geleid tot een wijziging van de artikelen over cameratoezicht in niet en wel voor het publiek toegankelijke plaatsen, per 1 januari 2004 (art. 139f Sr en art. 441b Sr) (*Stb.* 2003, 198). Zie uitgebreid 2.6.1.

²¹³ Deze onderzoeksmethoden vallen onder observatie in de ruimste zin van het woord (Buruma 2001, p. 33).

²¹⁴ *Stb.* 1999, 245.

²¹⁵ *Stcrt.* 2000, 25 (Aanwijzing opsporingsbevoegdheden). Inwerkingtreding Bob was 1 februari 2000, *Stb.* 2000, 32. Art. 126g Sv regelt de stelselmatige observatie als bijzondere opsporingsbevoegdheid

bij de wettelijke regeling van observatie was de intensieve vormen van de oppervlakkige vormen te onderscheiden.²¹⁶ Stelselmatige observatie van personen kan namelijk een schending van de privacy opleveren. Dientengevolge was een expliciete wettelijke regeling noodzakelijk.²¹⁷ Bij de vaststelling of een min of meer volledig beeld van bepaalde aspecten van iemands leven wordt verkregen zijn van belang de duur, de plaats, de intensiteit of frequentie van de observatie en het al dan niet toepassen van een technisch hulpmiddel.²¹⁸ Met een technisch hulpmiddel wordt bedoeld een hulpmiddel dat over een kortere of langere periode signalen registreert (zoals een videocamera).²¹⁹ Bevoegd is de officier van justitie, bij verdenking van een misdrijf.²²⁰ Gewone opsporingsambtenaren zijn zonder bevel van de officier van justitie bevoegd tot niet-stelselmatige observatie.

De bevoegdheid tot het opnemen van vertrouwelijke communicatie is bij de invoering van de Wet Bob geïntroduceerd in art. 126f Sv en art. 126s Sv. Onder vertrouwelijke communicatie wordt verstaan de in beslotenheid

bij het redelijk vermoeden van een misdrijf en art. 126o Sv regelt de stelselmatige observatie bij het redelijk vermoeden dat in georganiseerd verband misdrijven worden beraamd of gepleegd. De term 'heimelijk' is niet in de wettelijke omschrijving opgenomen, aangezien ook niet heimelijke observatie een inbreuk zou kunnen maken op de persoonlijke levenssfeer en onder stelselmatige observatie zou kunnen vallen.

²¹⁶ In de Memorie van Toelichting werd voorts onderscheid gemaakt tussen statische en dynamische observatie en observatie met en zonder technische hulpmiddelen. Onder statische observatie wordt verstaan observatie vanuit een min of meer vast waarnemingspunt. Dynamische of mobiele observatie wordt ook wel aangeduid als 'volgerij', waarbij de te observeren personen of goederen worden gevolgd en tijdens het volgen heimelijk waargenomen. Deze onderscheidingen waren volgens de regering voor de wettelijke vormgeving niet doorslaggevend. Het ging er immers om de intensieve vormen van observatie te onderscheiden van de oppervlakkige.

²¹⁷ Niet stelselmatige observatie van personen maakt slechts een beperkte inbreuk op de persoonlijke levenssfeer. Dientengevolge behoeft deze vorm van observatie geen expliciete wettelijke regeling: de algemene taakomschrijving van art. 2 Politiewet en de artikelen 141 en 142 Sv bieden een toereikende grondslag (*Kamerstukken II 1996/97*, 25 403, nr. 3, p. 110 (MvT) en Corstens 2002, p. 421). Zie bijvoorbeeld Hof Arnhem 23 december 2002, *NJ* 2003, 134.

²¹⁸ Deze elementen zijn ieder voor zich, maar met name in combinatie met elkaar, bepalend voor de vraag of een min of meer volledig beeld van bepaalde aspecten van iemands leven wordt verkregen. De normale surveillance of het oppervlakkig in de gaten houden van bijvoorbeeld een groep jongeren zal doorgaans geen stelselmatige observatie zijn. Zodra een persoon intensief of frequent wordt gevolgd, zal wel sprake zijn van stelselmatige observatie (*Kamerstukken II 1996/97*, 25 403, nr. 3, p. 27). Voor meer voorbeelden van stelselmatige en niet stelselmatige observatie zie 'Aanwijzing opsporingsbevoegdheden', *Stcrt.* 2000, 25 (zie ook <http://www.om.nl/bob/docs/22.htm> (30 maart 2004)) en Buruma 2001, p. 40, 41 (met verwijzing naar vindplaatsen).

²¹⁹ Observatie met behulp van een technisch hulpmiddel dat een zintuigversterkend doel heeft, zoals een verrekijker of een camera die als oog fungeert (dus zonder te registreren), valt in beginsel niet onder stelselmatige observatie. De gedachte hierachter is dat de registratie van beelden of bewegingen van een persoon met een technisch hulpmiddel ingrijpender is, dan het waarnemen van beelden of bewegingen door een opsporingsambtenaar die daarvan achteraf verslag doet. Een registratie maakt het mogelijk om op elk moment een exacte en volledige weergave te geven van hetgeen is waargenomen. Bovendien is het mogelijk in een registratie gericht te zoeken op tijd en plaats (*Kamerstukken II 1996/97*, 25 403, nr. 3, p. 27).

²²⁰ Er dient een afweging te worden gemaakt van het opsporingsbelang tegen het belang van de bescherming van de persoonlijke levenssfeer. Deze afweging behoort niet door een opsporingsambtenaar, maar door de officier van justitie te gebeuren (*Kamerstukken II 1996/97*, 25 403, nr. 3, p. 26).

plaatsvindende uitwisseling van berichten tussen twee of meer personen. Vertrouwelijke communicatie kan op zeer verschillende wijzen plaatsvinden. Behalve het gesproken en geschreven woord valt ook de communicatie via de ether of de kabel onder vertrouwelijke communicatie. Dientengevolge valt niet alleen een in beslotenheid gevoerd gesprek, maar ook een niet openbaar e-mailbericht onder de reikwijdte van deze bepaling.²²¹ Op grond van de wettelijke bepaling mag alleen vertrouwelijke communicatie worden onderschept indien deze ook wordt opgenomen. Deze voorwaarde is ingesteld om de uitoefening van de bevoegdheid achteraf controleerbaar te maken, op een wijze die vergelijkbaar is met de telecommunicatietap. Indien vertrouwelijke communicatie kan worden onderschept zonder gebruikmaking van een technisch hulpmiddel, valt dit niet onder de wettelijke regeling. Dit is bijvoorbeeld het geval indien deelnemers aan een gesprek zo hard praten dat zij door anderen te verstaan zijn. In dat geval is geen sprake van schending van hun privacy.²²² Gelet op het ingrijpende karakter van deze opsporingsmethode, is de officier van justitie slechts bevoegd tot het geven van een bevel tot het af luisteren van vertrouwelijke communicatie, na een schriftelijke machtiging van de rechter-commissaris. De rechter-commissaris toetst of aan de wettelijke voorwaarden voor toepassing en aan de ongeschreven beginselen van een behoorlijke procesorde (proportionaliteit en subsidiariteit) is voldaan. De wetgever beoogde hiermee een grote mate van rechtsbescherming te bieden.²²³ Voorts kan het bevel voor ten hoogste een periode van vier weken worden gegeven (met de mogelijkheid van verlenging voor telkens vier weken) en alleen bij het vermoeden van misdrijven die ernstige inbreuk op de rechtsorde maken. Reden voor de zware normering van deze bevoegdheid is, behalve het ingrijpende karakter, het feit dat met deze bevoegdheid tevens de communicatie van de gespreksdeelnemers kan worden opgenomen. Alleen bij de telefoontap gelden, om dezelfde reden, vergelijkbaar zware waarborgen.²²⁴

²²¹ Overigens kan communicatie via internet of e-mail via een telecommunicatienetwerk ook onder de bevoegdheid tot het opnemen van telecommunicatie vallen. Het onderscheid met de hierna te behandelen bevoegdheid tot het opnemen van telecommunicatie is, dat laatstgenoemde bevoegdheid beperkt is tot communicatie via de telecommunicatie-infrastructuur en daarvoor altijd de medewerking van de aanbieder van de telecommunicatie is vereist. Alhoewel de bevoegdheid tot het opnemen van communicatie daarom in bepaalde opzichten als meer ingrijpend kan worden gezien dan het opnemen van telecommunicatie, gelden voor beide bevoegdheden dezelfde voorwaarden. Indien echter vaststaat dat kan worden volstaan met het opnemen van telecommunicatie, mag niet worden overgegaan tot het meer ingrijpende middel van het opnemen van vertrouwelijke communicatie (subsidiariteitsbeginsel). Dit vloeit voort uit de in het strafrecht algemeen geldende regel dat, indien de omstandigheden niet tot de toepassing van meer algemene bevoegdheden nopen, de meest specifieke bevoegdheid dient te worden toegepast (*Kamerstukken II 1996/97*, 25 403, nr. 3, p. 36-37).

²²² *Kamerstukken II 1996/97*, 25 403, nr. 3, p. 37-38.

²²³ *Kamerstukken II 1996/97*, 25 403, nr. 3, p. 15.

²²⁴ *Kamerstukken II 1996/97*, 25 403, nr. 3, p. 38.

De bevoegdheid tot het af luisteren van telecommunicatie, vaak aangehaald als telefoontap, staat in art. 126m Sv en art. 126t Sv²²⁵ en is gewijzigd bij de invoering van de Wet Bob.²²⁶ Ook voor het uitoefenen van deze bevoegdheid geldt dat de communicatie, ter controle achteraf, moet worden opgenomen. Deze bepalingen geven derhalve niet de bevoegdheid tot het enkel af luisteren van telecommunicatie.²²⁷ Onder telecommunicatie wordt blijkens het tweede lid van art. 126m Sv verstaan, ‘niet voor het publiek bestemde communicatie via een openbaar telecommunicatienetwerk, dan wel met gebruikmaking van openbare telecommunicatiediensten’.²²⁸ Behalve communicatie via de telefoon omvat het faxverkeer en e-mail, althans voor zover dat via de telefoonlijn loopt. Vanwege het ingrijpende karakter van de telefoontap (het zal meestal plaatsvinden zonder medeweten van de betrokkenen) kan het bevel tot de telefoontap alleen door de officier van justitie worden gegeven, na een verkregen schriftelijke machtiging van de rechter-commissaris. Voor de daaraan ten grondslag liggende gedachte verwijs ik naar de bespreking van het opnemen van vertrouwelijke communicatie. Na de verkregen machtiging is de officier van justitie verantwoordelijk voor de organisatie en de uitvoering van de bevoegdheid. De kring van personen van wie de telefoon kan worden getapt is breder dan alleen de verdachte: niet alleen gesprekken waaraan de verdachte deelneemt, maar ook (niet-verdachte) derden kunnen worden getapt.²²⁹ Daar staat tegenover dat telefoontap alleen geoorloofd is bij een misdrijf omschreven in art. 67 lid 1 Sv (een misdrijf waarop voorlopige hechtenis staat), dat gezien zijn aard of de samenhang met andere door de verdachte begane misdrijven een ernstige inbreuk op de rechtsorde oplevert, en alleen indien het onderzoek dit dringend vordert. Met deze laatste eis wordt uitdrukkelijk vastgelegd dat de rechter-commissaris, met name bij het tappen van een telefoon van een derde, aan de vereisten van proportionaliteit en subsidiariteit dient te toetsen.²³⁰ De telefoontap is gebonden aan een termijn van vier weken, welke eventueel kan worden verlengd. De betrokkene behoort achteraf (zodra het belang van het onderzoek het toelaat) van de tap op de hoogte te worden gesteld (art. 126bb Sv).

2.4.2 Rechtsbescherming

Zoals in de inleiding al werd beschreven, zijn de aspecten van handhaving en rechtsbescherming in het strafrecht met elkaar ‘versmolten’. Deze voortdurende

²²⁵ Respectievelijk bij het redelijk vermoeden van een misdrijf en bij het redelijk vermoeden dat in georganiseerd verband misdrijven worden beraamd of gepleegd.

²²⁶ *Stb.* 1999, 245. In Nederland staat de mogelijkheid tot het af luisteren van telefoongesprekken al sinds 1971 in het Wetboek van Strafvordering (Wet van 7 april 1971, *Stb.* 1971, 180).

²²⁷ Vgl. *Kamerstukken II* 1996/97, 25 403, nr. 3, p. 37. Aldus ook Corstens 2002, p. 416.

²²⁸ Volgens Corstens betekent dit dat de telecommunicatie die plaatsvindt door middel van een netwerk dat alleen is bestemd voor het telecommunicatieverkeer binnen een bedrijf, niet onder het bereik van de strafvorderlijke bepalingen met betrekking tot telefoontap vallen (Corstens 2002, p. 414).

²²⁹ Zie Corstens 2002, p. 417.

²³⁰ *Kamerstukken II* 1996/97, 25 403, nr. 3, p. 39, 40.

synthese legitimeert de strafrechtelijke handhaving en maakt deze tot rechtshandhaving. Zo wordt in elke regel waarin aan een bepaald strafvorderlijk orgaan bevoegdheden worden toegekend, tevens de beperkingen van die bevoegdheden gegeven; in de inleiding omschreef ik dit als geclausuleerde bevoegdheidstoedeling.²³¹ De rechtsbescherming wordt in het strafprocesrecht op nog een aantal andere manieren gewaarborgd. Bij de bespreking van de opsporingsbevoegdheden kwam al aan de orde dat het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer een belangrijke normering van de strafvorderlijke bevoegdheden vormt. Voor een uitgebreide bespreking van het recht op privacy verwijs ik naar 2.3.1.²³² Voorts kan worden gewezen op het legaliteitsbeginsel ex art. 1 Sv (2.4.2.1). In nauw verband met het strafvorderlijke legaliteitsbeginsel staat het vereiste van een redelijk vermoeden van een strafbaar feit (2.4.2.2). Verder ontleent de verdachte in het strafrecht bescherming aan een aantal beginselen.²³³ Bij de bespreking maak ik onderscheid tussen de klassieke beginselen van strafprocesrecht (2.4.2.3) en de beginselen van behoorlijk strafprocesrecht (2.4.2.4).²³⁴ Tot slot ontleent de verdachte burger in het strafrecht (indirect) rechtsbescherming aan de regeling omtrent het onrechtmatig verkregen bewijs (2.4.2.5).²³⁵

2.4.2.1 Het strafvorderlijke legaliteitsbeginsel

Art. 1 Sv bepaalt: 'Strafvordering heeft alleen plaats op de wijze bij de wet voorzien'.²³⁶ De achterliggende gedachte van het strafvorderlijke legaliteitsbeginsel is terug te vinden in het werk van De Bosch Kemper. Als hoofdvereisten van strafvordering noemt hij, naast waarheid en spoed, als derde

²³¹ Het handhavingselement moet in elke fase van het strafproces doortrokken zijn van elementen van rechtsbescherming (Mevis 2004, p. 136-137).

²³² Zie voor een uitgebreide bespreking van het recht op privacy in het strafrecht Buruma 2001, p. 33-37; Corstens 2002, p. 257-261; Groenhuijsen & Knigge 2001, p. 190-199; Lensing & Mulder 1994, p.125-129. Zie over het recht op privacy in verband met het preventief fouilleren R.M. Vennix, 'Korthals en Peper met proefproject Millinxbuurt mogelijk verdacht van ambtsmisdrijf', *Nederlands Juristenblad* (75) 2000-1, p. 14-15. Zie over het recht op privacy in verband met het publiceren van foto's van veelplegers op internet de Gastcolumn van Ulco van de Pol, *Algemeen Politieblad* 2004-2, p. 73.

²³³ Beginselen kunnen worden gedefinieerd als 'fundamentele denkwijzen over standen van zaken of toedrachten.' (G.C.G.J. van Roermond, 'Contract der contracten', in: J.M. Barendrecht, M.A.B. Chao-Duivis & H.A.W. Vermeulen (red.), *Beginselen van contractenrecht* (Nieskens-Ispordingbundel), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 131-144. Corstens 2002, p. 49 e.v. maakt een onderscheid tussen beginselen en uitgangspunten. Ik acht dit strikte onderscheid voor de verdere bespreking niet van belang en zal beide termen dan ook door elkaar gebruiken.

²³⁴ Dit onderscheid is onder meer terug te vinden bij Corstens 2002, p. 49-70 en Lensing & Mulder 1994, p. 12 e.v.. Lensing en Mulder 1994, p. 9 gaan bij het maken van onderscheid nog verder door binnen de algemene beginselen te onderscheiden in beginselen die in het bijzonder de verdachte, het Openbaar Ministerie, de rechter en de berechting betreffen.

²³⁵ Daarnaast kan nog worden gewezen op het belang van de rechtstreeks werkende bepalingen van mensenrechtenverdragen voor de rechtsbescherming van de verdachte in het strafrecht (Mevis 2004, p. 39-40; Corstens 2002, p. 30-33). De betekenis van deze bepalingen komt bij de bespreking van de klassieke beginselen van strafprocesrecht in 2.4.2.3 naar voren.

²³⁶ Uitgebreid over het (strafvorderlijke) legaliteitsbeginsel 4.5.2 (.1) van hoofdstuk 4.

hoofdvereiste nauwgezetheid in het eerbiedigen van ieders persoonlijke vrijheid.²³⁷

‘De grenzen, binnen welke het regt der persoonlijke vrijheid kan beperkt worden, zijn bij eenen grondwettigen regeringsvorm door de wet bepaald. De persoonlijke vrijheid der burgers is de algemene regel; de bepalingen der wet zijn slechts uitzonderingen op denzelven.’²³⁸

Na een uiteenzetting van de geschiedenis van art. 1 Sv, gaat hij in op de relatie tussen deze bepaling en de grondwet:

‘Uit deze geschiedkundige opgave kan men duidelijk zien dat de algemene bedoeling van dit artikel voornamelijk is geweest, om aan het hoofd van het wetboek van strafvordering eene bepaling te plaatsen, waarmede hetzelfde in verband werd gebragt met de grondwet, en het is dan ook in betrekking tot dezelve, dat het behoort te worden uitgelegd.’²³⁹

Met andere woorden: art. 1 Sv garandeert dat de strafvorderlijke bevoegdheden die inbreuk maken op grondwettelijke rechten, zoals het recht op persoonlijke vrijheid, vooraf door de formele wetgever zijn vastgesteld. De strekking van art. 1 Sv is in die zin gelegen in het tot stand brengen van een verbinding tussen het strafprocesrecht en die bepalingen van de grondwet, waarin waarborgen voor de persoonlijke vrijheid zijn vervat.²⁴⁰ Inbreuken op grondrechten die onder art. 1 Sv vallen, zijn alleen gerechtvaardigd, indien de formele wetgever deze inbreuken heeft gelegitimeerd in een wet in formele zin.²⁴¹ Deze wet in formele zin is (meestal) het Wetboek van Strafvordering.²⁴² In de bepalingen van het Wetboek van Strafvordering wordt aangegeven onder welke voorwaarden in het kader van de strafvordering inbreuken op grondrechten van burgers zijn gelegitimeerd: de geclausuleerde bevoegdheidstoedeling.

²³⁷ De Bosch Kemper 1838, Inleiding, p. V.

²³⁸ De Bosch Kemper 1838, Inleiding, p. IX.

²³⁹ De Bosch Kemper 1838, Eerste afdeling, p. 3.

²⁴⁰ Simmelink 1987, p. 40.

²⁴¹ Dientengevolge gaat de bescherming die art. 1 Sv biedt verder dan die van de Grondwet. In de Grondwet wordt gesproken over te stellen beperkingen ‘bij of krachtens de wet’, waarmee het stellen van beperkingen niet alleen is voorbehouden aan de wetgever in formele zin. Het eerste artikel van het Wetboek van Strafvordering bepaalt dat strafvordering alleen plaats heeft op de wijze bij *de wet* voorzien. Dit betekent dat al het strafvorderlijk handelen waarmee een inbreuk wordt gemaakt op een grondrecht en onder art. 1 Sv valt, een directe legitimatie in een wet in formele zin moet hebben. Aldus ook Mevis 2004, p. 189. Zie ook Mevis 1989, p. 117. Bovendien gaat de bescherming verder dan de bescherming die art. 8 lid 2 EVRM biedt: volgens het EHRM mag onder ‘wet’ ook een wet in materiële zin en ongeschreven recht worden verstaan.

²⁴² Voorts staan bepalingen in een aantal (al eerder genoemde) bijzondere wetten, zoals de WMM, de Opiumwet en de WED.

2.4.2.2 Het redelijk vermoeden van een strafbaar feit

Strafvordering heeft alleen plaats bij de wet voorzien. Onder strafvordering valt volgens de Hoge Raad al het optreden dat ‘opsporing’ moet worden genoemd.²⁴³ De vraag rijst derhalve wanneer sprake is van opsporing. Van opsporing is volgens de Hoge Raad sprake indien een op feiten en omstandigheden gebaseerd redelijk vermoeden bestaat dat een strafbaar feit is begaan.²⁴⁴ Het Wetboek van Strafvordering kent alleen opsporingsbevoegdheden toe voor die situatie.²⁴⁵ Van een bekende verdachte hoeft nog geen sprake te zijn; in veel gevallen bestaat wel een redelijk vermoeden dat een strafbaar feit is gepleegd, maar ontbreekt van de dader nog ieder spoor, bijvoorbeeld bij een inbraak.²⁴⁶ In het Wetboek van Strafvordering staat een groot aantal bepalingen waarin de opsporingsbevoegdheid niet wordt gekoppeld aan een redelijk vermoeden van een strafbaar feit, maar aan het bestaan van een verdachte. Art. 27 Sv koppelt de term ‘verdachte’ aan het redelijk vermoeden van een strafbaar feit: als verdachte wordt aangemerkt degene te wiens aanzien een redelijk vermoeden van schuld aan een strafbaar feit bestaat. Art. 27 Sv is dan ook een centrale bepaling in het strafprocesrecht: indien sprake is van een verdachte in de zin van art. 27 Sv, geeft dat toegang tot de toepassing van een groot aantal strafvorderlijke bevoegdheden.

²⁴³ HR 12 april 1897, W 1897, 6954 (*Muilkorf-arrest*).

²⁴⁴ HR 19 december 1995, NJ 1996, 249 (*Zwolsman-arrest*).

²⁴⁵ Met de invoering van de Wet Bob is het concept ‘redelijk vermoeden’ in verband met het strafvorderlijk opsporingsbegrip verruimd: onder opsporing valt nu ook het handelen bij een redelijk vermoeden dat in georganiseerd verband misdrijven worden beraamd of gepleegd als omschreven in artikel 67, eerste lid, die gezien hun aard of samenhang met andere misdrijven die in dat georganiseerd verband worden beraamd of gepleegd een ernstige inbreuk op de rechtsorde opleveren (art. 132a Sv). Dit ‘verdenkingscriterium’ (term ontleend aan Enschedé/Bosch & Sutorius 2002, p. 116) wordt herhaald in art. 126o Sv, wat het eerste artikel vormt van Titel V waarin de bijzondere opsporingsbevoegdheden ingevoerd bij de Wet Bob een wettelijke regeling hebben gekregen. Het opsporingsbegrip is door de toevoeging van deze tweede gedaante van het opsporingsonderzoek uitgebreid met het onderzoek dat ziet op het in kaart brengen van georganiseerde criminele verbanden met als doel het nemen van strafvorderlijke beslissingen. Het vermoeden dat een georganiseerd verband enige betrokkenheid heeft met misdrijven als in art. 132a en art. 126o lid 1 Sv omschreven, is voldoende om van opsporing te kunnen spreken. Deze gedaante van het opsporingsonderzoek noemt men de ‘vroegsporing’. Van een redelijk vermoeden dat een *concreet* delict is begaan, is dan nog geen sprake. Door uitbreiding van het opsporingsbegrip met deze tweede modaliteit van opsporing vallen de hierbij behorende bevoegdheden ook onder de normerende werking van art. 1 Sv. Voor de uitvoering van de tweede modaliteit van het opsporingsonderzoek staan de opsporingsambtenaren alleen de bevoegdheden van titel V van het Wetboek van Strafvordering ter beschikking. Dezelfde bevoegdheden kunnen overigens ook worden ingezet in het klassieke opsporingsonderzoek naar aanleiding van een redelijk vermoeden dat een strafbaar feit is gepleegd; deze zijn geregeld in Titel IVa Sv. Het inzetcriterium is dan telkens de verdenking van een misdrijf of van een misdrijf als omschreven in art. 67 lid 1 Sv. Mevis 2004, p. 200-208; Corstens 2002, p. 250-251. Indien van een verdenking van een strafbaar feit geen sprake is en ook een vermoeden van het beramen of plegen van ernstige misdrijven in georganiseerd verband ontbreekt, dan is geen sprake van opsporing, maar wel van strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde (*Kamerstukken II 1996/97*, 25 403, nr. 3, p. 6 (MvT)).

²⁴⁶ Mevis 2004, p. 196; Corstens 2002, p. 241 e.v.; Groenhuijsen & Knigge 2001, p. 127. In dit verband wordt ook wel van klassieke opsporing gesproken. Enschedé/Bosch & Sutorius 2002, p. 112.

2.4.2.3 Klassieke beginselen van strafprocesrecht

Thans bespreek ik een aantal klassieke beginselen van strafprocesrecht waaraan de verdachte in het strafrecht rechtsbescherming ontleent.²⁴⁷

Als eerste kan worden gewezen op een van de belangrijkste strafprocesrechtelijke beginselen, de *onschuldpresumptie* of *praesumptio innocentiae*: een verdachte burger heeft het recht voor onschuldig te worden gehouden, totdat zijn schuld in rechte is komen vast te staan.²⁴⁸ Het beginsel is gecodificeerd in art. 6 lid 2 EVRM. Het ziet niet op een *feitelijk* vermoeden van onschuld, maar op een *normatieve* aanwijzing dat een verdachte niet als schuldige of reeds veroordeelde mag worden behandeld.²⁴⁹ Het beoogt verdachten te beschermen tegen het zwaard van vrouwe Justitia voordat haar vonnis is geveld.²⁵⁰

‘Zij dient als tegengif voor de invloed die uitgaat van de resultaten van het vooronderzoek, en van de ervaringsregel dat de meeste beschuldigen ook inderdaad schuldig zijn; (...) een tegengif waaraan te meer behoefte bestaat naarmate in de strafrechtspleging een sterker lekenelement een rol speelt.’²⁵¹

Het beginsel brengt met zich dat geen straf wordt ondergaan vóór de veroordeling. Dit betekent ook dat de strafvorderlijke autoriteiten de verdachte bij de toepassing van dwangmiddelen niet als een reeds veroordeelde mogen behandelen. Gelet op het ingrijpende, ‘straffende’ karakter van dwangmiddelen, is de toepassing van deze opsporingsbevoegdheden dan ook aan strenge voorwaarden gebonden (zie ook 2.4.1.1): de verdachte mag geen slachtoffer worden van arbitrair overheidsoptreden. Voorts brengt de *praesumptio*

²⁴⁷ Ik bespreek niet alle beginselen. Alleen die beginselen die naar mijn mening relevant kunnen zijn in verband met de rechtsbescherming van de werknemer tegen opsporingshandelingen van werkgevers, komen aan de orde. De beginselen die ik buiten beschouwing laat zijn: het ‘fair trial’-beginsel ex art. 6 EVRM (een van de meest fundamentele beginselen van het strafrecht), het autonomiebeginsel (OM en verdachte zijn vrij in het bepalen van hun procespositie.), het vervolgingsmonopolie van het Openbaar Ministerie (alleen het Openbaar Ministerie is bevoegd tot de vervolging van strafbare feiten) en het opportunitiebeginsel (het Openbaar Ministerie kan van vervolging afzien op gronden aan het algemeen belang ontleend, art. 167 lid 2 Sv en art. 242 lid 2 Sv). Zie Corstens 2002, p. 50-51; Enschedé/Bosch & Sutorius 2002, p. 50-51, 79 en p. 120-125; Lensing & Mulder 1994, p. 25-28, 136-147 en p. 153-161.

²⁴⁸ Het beginsel houdt nauw verband met het beginsel ‘geen straf zonder schuld’, waarover meer in hoofdstuk 3. Zie over de onschuldpresumptie Corstens 2002, p. 53, 54; N. Keijzer, ‘Enkele opmerkingen over de praesumptio innocentiae in strafzaken’, in: Balkema e.a., *Naar eer en geweten* (Liber amicorum J. Remmelink), Arnhem: Gouda Quint 1987, p. 235-253; Lensing & Mulder 1994, p. 57-66. Zie voor een bespreking van de onschuldpresumptie in het kader van het voorarrest J. uit Beijerse, *Op verdenking gevangengezet. Het voorarrest tussen beginselen en praktische behoeften* (diss. Rotterdam), Nijmegen: Ars Aequi libri 1998.

²⁴⁹ Dientengevolge is het beginsel van de onschuldpresumptie niet in strijd met het beginsel ‘geen proces zonder verdenking’. Dat beginsel vereist namelijk dat voor de uitoefening van bepaalde bevoegdheden de *feitelijke* verdenking van een gepleegd strafbaar feit bestaat, of ernstige bezwaren tegen de verdachte.

²⁵⁰ Keijzer 1987, p. 245.

²⁵¹ Keijzer 1987, p. 242, die het citaat heeft ontleend aan H. Packer, *The limits of the criminal sanction*, Stanford, CA: Stanford University Press 1968, p. 160, 161, en vervolgens heeft vertaald.

innocentiae met zich dat bekentenissen niet door middel van misleiding of dwang mogen worden verkregen. In tegendeel, de verdachte behoort de loop van het onderzoek te kunnen beïnvloeden. Indien nog geen gerechtelijk vooronderzoek is ingesteld, heeft de verdachte het recht de rechter-commissaris te verzoeken een onderzoek in te stellen; de zogenaamde mini-instructie ex art. 36a-e Sv.²⁵² Verder is de verdachte gedurende het gerechtelijke vooronderzoek bevoegd bepaalde getuigen op te geven bij de rechter-commissaris (art. 208 Sv) en is hij bevoegd getuigen ter terechtzitting te doen oproepen (art. 263 Sv).

Niet alleen politie en justitie dienen de onschuldpresumptie te respecteren, ook de strafrechter mag geen blijk geven van zijn overtuiging omtrent schuld of onschuld van de verdachte. Deze uitwerking van de onschuldpresumptie wordt verwoord in art. 271 lid 2 Sv: 'Noch de voorzitter, noch een der rechters geeft op de terechtzitting blijk van enige overtuiging omtrent schuld of onschuld van de verdachte.' Dientengevolge behoren politie en justitie voorzichtig te zijn in hun berichtgeving aan de media. Voorkomen moet worden dat de verdachte nog voor het rechterlijk oordeel als schuldige wordt gezien, hetgeen tevens de strafrechter zou kunnen beïnvloeden.

Tot slot vloeit uit het beginsel van de onschuldpresumptie voort dat de verdachte niet mag worden belast met het bewijs van zijn onschuld. Hij is niet verplicht te antwoorden op hem gestelde vragen en bij redelijke twijfel omtrent de schuld van de verdachte, slaat de weegschaal in het voordeel van de verdachte door: *in dubio pro reo*. Dit betekent evenwel niet dat het niet bewezen worden van de schuld, bewijs oplevert van de onschuld van de verdachte. De onschuldpresumptie is immers slechts een regel van procesrecht die (onder meer) het recht geeft vrijuit te gaan indien het ten laste gelegde niet wordt bewezen.

Het '*nemo tenetur*'-beginsel kan worden gekarakteriseerd als een van de meest omstreden beginselen van ons strafrecht.²⁵³ Het betekent dat niemand gehouden is zichzelf te bezwaren of te beschuldigen: niemand hoeft mee te werken aan zijn eigen veroordeling. Niet alleen bestaat onenigheid over de vraag naar het bestaan van het beginsel in ons strafproces,²⁵⁴ maar ook over de inhoud en reikwijdte van het beginsel bestaat onenigheid. Met name over de vraag hoe ver '*nemo tenetur*' zich buiten het zwijgrecht uitstrekt. In art. 14 lid 3 onder g

²⁵² Zie ook Corstens 2002, p. 297.

²⁵³ Voor een uitgebreide bespreking waarin tevens wordt ingegaan op de betekenis van het beginsel voor meldingsplicht van artsen bij euthanasie zie J.M. Reijntjes (red.), *Nemo tenetur*, Arnhem: Gouda Quint 1996.

²⁵⁴ Voor een overzicht van enerzijds standpunten waarin het bestaan wordt ontkend en anderzijds standpunten waarin het bestaan juist wordt erkend zie Koops 2000, p. 29, 30. Het standpunt van Corstens 1999, p. 263 kan daaraan worden toegevoegd: 'Dit uitgangspunt – ook wel aangeduid als de *nemo-tenetur*-regel (*nemo tenetur prodere se ipsum*) – kent de Nederlandse strafrechtspleging niet', met verwijzing onder meer naar een uitspraak van de HR 15 februari 1977, *NJ* 1977, 557. Na het wijzen van de zaak *Funke* door het EHRM kan naar mijn mening de betekenis van het beginsel voor het Nederlandse strafrecht moeilijk worden ontkend (zie noot 94). Zie ook Knoops & Stevens 2003, p. 285.

IVBPR wordt het beginsel verwoord als het recht niet gedwongen te worden tegen zichzelf te getuigen of een bekentenis af te leggen. Voorts is door het EHRM in de zaak *Funke* erkend, dat het ‘nemo tenetur’-beginsel in het recht op een fair hearing ligt besloten (art. 6 lid 1 EVRM).²⁵⁵ Nadien zijn nog een aantal andere arresten over het ‘nemo tenetur’-beginsel door het Europees Hof geweest,²⁵⁶ maar wat – buiten het zwijgrecht – nu de daadwerkelijke inhoud en reikwijdte van het beginsel is, blijft vooralsnog duister.²⁵⁷

Over de rechtsgronden van het ‘nemo tenetur’-beginsel bestaat in de literatuur meer overeenstemming. Genoemd kunnen worden het pressieverbod, de betrouwbaarheid van het bewijs en de procesautonomie.²⁵⁸ Het pressieverbod ziet op de afkeuring van dwang ter verkrijging van medewerking, met name een bekende verklaring. Het vloeit voort uit het verbod op marteling (de pijnbank) en hangt dan ook nauw samen met eerbiediging van de menselijke waardigheid. Dat het dwingen van de verdachte mee te werken aan de bewijslevering kan leiden tot onbetrouwbaar bewijs, spreekt voor zich: zo zou een verdachte onder dwang een verklaring kunnen verzinnen. Verder is een verplichting mee te werken in strijd met het recht van de verdachte zijn eigen houding in het proces te bepalen (de procesautonomie). Uit dit recht vloeit voort dat de verdachte mag zwijgen indien hij dit wenst.

In de Nederlandse strafwetgeving komt het beginsel in een aantal bepalingen tot uitdrukking.²⁵⁹ De belangrijkste is waarschijnlijk art. 29 Sv, dat bepaalt dat de verdachte niet tot antwoorden verplicht is: het zwijgrecht. Het zwijgrecht wordt versterkt door de verplichting neergelegd in lid 2:

‘Voor het verhoor wordt de verdachte medegedeeld dat hij niet verplicht is tot antwoorden’

Dit wordt de ‘cautie’ genoemd en is bedoeld om de verdachte bewust te maken van het hem toekomende recht. Indien in de opsporingsfase voorafgaand aan een verhoor is verzuimd de cautie te geven, mag de door de verdachte gedurende dat verhoor afgelegde verklaring in beginsel niet voor het bewijs worden gebruikt.²⁶⁰ In art. 29 Sv vinden we, naast het zwijgrecht, een verwoording van het pressieverbod terug:²⁶¹

²⁵⁵ EHRM 25 februari 1993, *NJ* 1993, 485 (*Funke*).

²⁵⁶ EHRM 8 februari 1996, *NJ* 1996, 725 (*Murray*); EHRM 17 december 1996, *NJ* 1997, 699 (*Saunders*); EHRM 3 mei 2001, *NJ* 2003, 354 (*JB tegen Zwisterland*).

²⁵⁷ Koops & Stevens 2003, p. 293. Vgl. Groenhuijsen & Knigge 2001, p. 177-179.

²⁵⁸ Koops & Stevens 2003, p. 286; Koops 2000, p. 46-50.

²⁵⁹ Zie bijvoorbeeld art. 96a lid 2 Sv (bevel tot uitlevering van spullen kan niet aan de verdachte worden gegeven) en art. 137 Sr (verplichte melding van kennis omtrent een te plegen misdrijf geldt niet indien iemand door de kennisgeving gevaar voor een strafvervolgung voor zichzelf doet ontstaan).

²⁶⁰ Dit is slechts anders indien de verdachte door het verzuim niet in zijn belangen is geschaad, hetgeen het geval is indien de verdachte ondanks het verzuim op de hoogte was van het feit dat hij niet tot antwoorden verplicht was (Lensing & Mulder 1994, p. 74). Of een verdachte niet in zijn belangen is geschaad, dient steeds per geval te worden nagegaan (Corstens 2002, p. 270-271).

²⁶¹ Voor het verhoor bij de rechter-commissaris vinden we een soortgelijke bepaling in art. 173 Sv: ‘Geene vragen worden gedaan welke de strekking hebben verklaringen te verkrijgen, waarvan niet

‘In alle gevallen waarin iemand als verdachte wordt gehoord, onthoudt de verhoorende rechter of ambtenaar zich van alles wat de strekking heeft een verklaring te verkrijgen, waarvan niet gezegd kan worden dat zij in vrijheid is afgelegd.’

Het verbiedt directe pressie door middel van grovere of verfijndere intimidatie van de verdachte. Hieronder valt bijvoorbeeld een belofte in de trant van: ‘Als je bekent, mag je naar huis’.²⁶² Maar ook het langdurig verhoren, het stellen van suggestieve vragen of strikvragen, en het gebruik van listen valt onder het pressieverbod. Het handelen door strafvorderlijke autoriteiten in strijd met het pressieverbod leidt tot uitsluiting van de verkregen verklaring voor het bewijs.

2.4.2.4 De beginselen van behoorlijk strafprocesrecht

De beginselen van behoorlijk strafprocesrecht zijn ontleend aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.²⁶³ Eind jaren '70 van de vorige eeuw is de normatieve kracht van deze beginselen in de jurisprudentie erkend in de vorm van de beginselen van behoorlijk strafprocesrecht.²⁶⁴ Bijgevolg moeten de strafvorderlijke autoriteiten bij de uitoefening van hun bevoegdheden niet alleen de wettelijke en verdragsrechtelijke voorschriften en de klassieke beginselen in acht nemen, maar ook de hier besproken beginselen van behoorlijk strafprocesrecht. Bovendien is de rechter bevoegd het handelen van politie en Openbaar Ministerie aan deze beginselen te toetsen.²⁶⁵ De beginselen van

gezegd kan worden dat zij in vrijheid zijn afgelegd.’ en voor het verhoor ter terechtzitting in art. 271 lid 1 Sv: ‘De voorzitter draagt zorg dat geen vragen worden gesteld, welke de strekking hebben verklaringen te verkrijgen, waarvan niet gezegd kan worden dat zij in vrijheid zijn afgelegd.’

²⁶² Lensing & Mulder 1994, p. 85.

²⁶³ Uitgebreid over de werking van de beginselen van een goede procesorde in het strafrecht: C.P.M. Cleiren, *Beginselen van een goede procesorde. Een analyse van rechtspraak in strafzaken* (diss. Leiden), Arnhem: Gouda Quint 1989; G.J.M. Corstens, ‘Beginselen van behoorlijk procesrecht’, *Trema* (8) 1985-7, p. 173-190; Lensing 1988, p. 960-978. Over de verhouding beginselen van behoorlijk strafprocesrecht en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur C.P.M. Cleiren, ‘Identiteit van beginselen van behoorlijke strafrechtspleging en beginselen van behoorlijk bestuur?’, *Delikt en Delinkwent* 1990-20, p. 497-514.

²⁶⁴ HR 12 december 1978, *NJ* 1979, 142 (*Braak bij binnentreden-arrest*), de HR overwoog hierin ‘dat immers bij de beantwoording van de vraag of een opsporingsambtenaar als evenbedoeld een ruit opzettelijk mag vernielen, rekening moet worden gehouden met de beginselen van een goede procesorde welke onder meer meebrengen dat indien het belang van het onderzoek een inbreuk op het recht van huisvrede noodzakelijk maakt, de opsporingsambtenaar gehouden is er zorg voor te dragen dat die inbreuk niet groter is dan wordt gerechtvaardigd door de omstandigheden;’. Corstens 2002, p. 59-60. Lensing 1988, p. 962 wijst evenwel op het feit dat reeds in een arrest van de Hoge Raad uit 1954 wordt gesproken over ‘een goede procesorde’.

²⁶⁵ HR 22 december 1981, *NJ* 1982, 233 (*Ontvankelijkheid OM-arrest*); HR 22 november 1983, *NJ* 1984, 805 (*Luciano-arrest*); HR 5 december 1989, *NJ* 1990, 719, waarin het Hof oordeelde dat de overweging van de procureur-generaal dat de zelfstandige bevoegdheid van de officier van justitie voortduurt niet alleen na (eventuele) opening van een gerechtelijk vooronderzoek maar tevens gedurende de gehele (verdere) loop van het strafproces juist was, maar dat dit onverlet laat dat de wijze waarop de officier van justitie in een concrete zaak gebruik maakt van deze bevoegdheid vatbaar is voor toetsing aan algemene beginselen van behoorlijk strafprocesrecht en aan art. 6 EVRM. Zie met name de noot van T.M. Schalken waarin uitgebreid wordt ingegaan op de introductie

behoorlijk strafprocesrecht hebben betrekking op de uitoefening van discretionaire bevoegdheden door de strafvorderlijke overheid, het zogenaamde 'Freies Ermessen'.²⁶⁶ Het Wetboek van Strafvordering staat namelijk bol van de discretionaire bevoegdheden. Dientengevolge hebben de strafvorderlijke autoriteiten veel vrijheid bij het beantwoorden van de vraag of een bevoegdheid of een recht wel of niet wordt uitgeoefend. Deze beleidsvrijheid²⁶⁷ bergt het gevaar van willekeur in zich. Het *verbod van willekeur* is dan ook het meest fundamentele beginsel van strafprocesrecht. Het ligt ten grondslag aan alle andere beginselen van behoorlijk strafprocesrecht. In verband met het verbod van willekeur kan worden gewezen op het belangrijke vereiste van transparantie van de strafrechtspleging. De verschillende actoren in het strafrecht dienen te verantwoorden op welke wijze zij de ter beschikking staande middelen aanwenden en welke keuzes daaraan ten grondslag liggen.²⁶⁸ Op deze manier kan het handelen achteraf worden getoetst, hetgeen een belangrijke waarborg vormt tegen willekeur bij de uitoefening van die bevoegdheden.²⁶⁹

De beginselen van behoorlijk strafprocesrecht zijn onder te verdelen in de materiële beginselen (het vertrouwensbeginsel, het beginsel van zuiverheid van oogmerk, het beginsel van redelijke en billijke belangenafweging en het gelijkheidsbeginsel) en de procedurele beginselen (zoals het motiveringsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel). Met name de materiële beginselen spelen in het strafprocesrecht een belangrijke rol.²⁷⁰ Thans volgt een korte bespreking.

Het *vertrouwensbeginsel* houdt in dat de overheid moet handelen in gebondenheid aan toezeggingen die bij de verdachte gerechtvaardigde verwachtingen hebben opgewekt, tenzij zwaarwichtige belangen zich hiertegen verzetten.²⁷¹ In de rechtspraak is het met name aan de orde gekomen bij de belangrijkste discretionaire bevoegdheid van ons strafprocesrecht, de beslissing van de Officier van Justitie tot (verdere) vervolging of sepot (art. 167 en art. 242 Sv). Een beroep op het gerechtvaardigd vertrouwen dat niet zou worden vervolgd is alleen succesvol, indien sprake is geweest van een uitdrukkelijke en onvoorwaardelijke toezegging, welke toezegging aan het Openbaar Ministerie kan worden toegerekend. Wordt, in strijd met het gerechtvaardigd vertrouwen,

en werking van de beginselen van behoorlijk procesrecht in het strafrecht. Melai 1982, p. 456-457; De Roos 1990, p. p. 15-17; De Roos 1989, p. 2-5.

²⁶⁶ Cleiren 1989, p. 35.

²⁶⁷ Zie voor een definitie en het onderscheid tussen beleidsvrijheid en beoordelingsvrijheid: Duk 1988a, p. 157. Van beleidsvrijheid is volgens hem sprake voor zover het iemand 'rechtens vrijstaat, van een gebruik van een recht of bevoegdheid af te zien in gevallen waarin de voorwaarden voor rechtmatige uitoefening daarvan wel vervuld zijn.' Iemand heeft beoordelingsvrijheid 'voor zover het rechtens aan hem is overgelaten om zelfstandig, en in beginsel met uitsluiting van ieder ander, te beoordelen of de voorwaarden voor rechtmatige uitoefening van een van zijn rechten of bevoegdheden in concreto zijn vervuld.' (p. 157).

²⁶⁸ Borgers 2003, p. 556.

²⁶⁹ Een wettelijke uitwerking van het transparantievereiste is terug te vinden in art. 126bb Sv.

²⁷⁰ Corstens 2002, p. 60-61; Lensing & Mulder 1994, p. 13.

²⁷¹ Lensing 1988, p. 965; Corstens 2002, p. 61-62.

toch vervolgd, dan leidt dit tot niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie.²⁷²

Het *beginsel van zuiverheid van oogmerk*, ook wel aangeduid als het verbod van ‘*détournement de pouvoir*’, brengt met zich dat bevoegdheden alleen mogen worden toegepast met het doel waarvoor zij in het leven zijn geroepen. Het beginsel wordt niet geschonden indien de uitoefening van een bevoegdheid *mede* op het beoogde doel is gericht. ‘*Détournement de pouvoir*’ is, anders dan in het bestuursrecht, in de strafwet niet geregeld, maar in de strafrechtspraak wel erkend.²⁷³

Uit het *beginsel van een redelijke en billijke belangenafweging* vloeit voort dat bij de uitoefening van een bevoegdheid, de in aanmerking komende belangen behoorlijk tegen elkaar worden afgewogen. Er mag geen sprake mag zijn van willekeur.²⁷⁴ De beslissing tot uitoefening van een bevoegdheid dient in redelijkheid te worden genomen. Het beginsel is zowel van toepassing tijdens het voorbereidend onderzoek, als bij de berechting en straftoemeting. Uit het beginsel van de redelijke en billijke belangenafweging vloeien de belangrijke beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit voort. Het optreden van de autoriteiten dient evenredig te zijn aan het doel (proportionaliteit) en getracht moet worden het doel op de minst bezwarende wijze te bereiken (subsidiariteit). Uit rechtspraak²⁷⁵ en wet blijkt dat deze beginselen met name bij de toepassing van dwangmiddelen een belangrijke rol spelen.²⁷⁶ De voorwaarden waaronder dwangmiddelen mogen worden toegepast, zijn gerelateerd aan de ernst van de verdenking, de ernst van het vermoedelijk gepleegde strafbare feit en de aard van de inbreuk op de rechtspositie van de betrokkene.²⁷⁷

Tot slot het *gelijkheidsbeginsel*. Het in art. 1 Gw verwoorde beginsel dat gelijke gevallen gelijk moeten worden behandeld, heeft niet zo veel voet aan de grond gekregen als de andere materiële beginselen. Dit is te verklaren uit het feit dat het strafprocesrecht wordt gekarakteriseerd door ongelijkheid: opsporing en vervolging zitten vol met ongelijkheden. De straftoemetingenvrijheid van de rechter ziet juist op het feit dat recht kan worden gedaan aan de bijzondere omstandigheden van het geval en de bijzondere kenmerken van de verdachte. Er

²⁷² Corstens 2002, p. 61-65; Lensing & Mulder 1994, p. 40-44.

²⁷³ Corstens 2002, p. 66-67; Lensing & Mulder 1994, p. 44-47.

²⁷⁴ T.M. Schalken in zijn noot bij HR 5 december 1989, *NJ* 1990, 719 stelt zich de vraag of wel gesproken kan worden van een zelfstandig beginsel van een redelijke en billijke belangenafweging. Schalken stelt dat het beginsel doorgaans verscholen ligt in rechterlijke overwegingen, waarbij het expliciet om andere beginselen gaat: het vertrouwensbeginsel, het gelijkheidsbeginsel en het beginsel van zuiverheid van oogmerk. Hij meent dan ook dat eerder sprake is van een ‘harde’ regel die tot het verbod van willekeur is terug te voeren.

²⁷⁵ Zie bijvoorbeeld HR 12 december 1978, *NJ* 1979, 142 (*Braak bij binnentreden*-arrest) en HR 5 december 1989, *NJ* 1990, 719.

²⁷⁶ Corstens 2002, p. 339; Mols 1997, p. 87-91.

²⁷⁷ Corstens 2002, p. 67-69; Lensing & Mulder 1994, p. 47-51. Als voorbeeld kan worden verwezen naar de regeling van de voorlopige hechtenis (art. 63 e.v. Sv): voorlopige hechtenis kan alleen worden bevolen door de rechter-commissaris, bovendien moet sprake zijn van ernstige bezwaren tegen de verdachte en het moet gaan om de verdenking van een misdrijf. Daarnaast moeten ook nog gronden voor voorlopige hechtenis aanwezig zijn (art. 67a Sv).

wordt uitgegaan van het vermoeden dat geen enkele zaak precies gelijk is aan een andere.²⁷⁸

2.4.2.5 Onrechtmatig verkregen bewijs

Een vraag die nauw samenhangt met de voor onderzoek geldende regels, is die naar de rechtmatigheid en het gebruik van het verkregen bewijs. Het niet in acht nemen van de regels, maakt het onderzoek in beginsel onrechtmatig. Bijgevolg is het hieruit voortgekomen bewijs onrechtmatig verkregen. Indien politie of justitie gedurende het voorbereidend onderzoek bepaalde, de verdachte beschermende, geschreven of ongeschreven regels of beginselen niet in acht nemen, en herstel van deze vormverzuimen²⁷⁹ is niet meer mogelijk, heeft de strafrechter ter zitting de keuze uit vier mogelijke reacties (art. 359a lid 1 Sv).²⁸⁰ In de eerste plaats kan hij besluiten geen gevolgen aan het verzuim te verbinden. Ten tweede kan hij, indien het door het verzuim veroorzaakte nadeel op deze manier kan worden gecompenseerd, besluiten tot strafvermindering.²⁸¹ In derde plaats kan de strafrechter besluiten dat het onrechtmatig verkregen bewijs niet mag bijdragen aan het bewijs van het ten laste gelegde feit. Tot slot kan de rechter, indien ten gevolge van het verzuim geen sprake kan zijn van een behandeling van de zaak die aan de beginselen van een behoorlijke procesorde voldoet, besluiten het Openbaar Ministerie niet ontvankelijk te verklaren.²⁸² Bij het maken van zijn keuze houdt de rechter rekening met het belang dat de geschonden regel dient, de ernst van het verzuim en het nadeel dat daardoor wordt veroorzaakt (art. 359a lid 2 Sv).

Uitsluiting van het bewijs kan alleen als sanctie worden toegepast indien het bewijs rechtstreeks door het verzuim is gekregen.²⁸³ Tussen het

²⁷⁸ Corstens 2002, p. 65-66; Lensing & Mulder 1994, p. 51-52. Voor het problematische karakter van het gelijkheidsbeginsel in het strafrecht een uiteenzetting van de theoretische betekenis van het gelijkheidsbeginsel in het strafrecht: Blad & Mevis 1997, p. 7 en J.R. Blad, 'De theoretische betekenis van het gelijkheidsbeginsel voor het strafrecht', in: Blad & Mevis 1997, p. 27 e.v.

²⁷⁹ Onder vormverzuimen vallen niet alleen geschreven, wettelijke regels, maar ook de klassieke en de, in overwegende mate, ongeschreven beginselen van behoorlijk strafprocesrecht. Zie bijvoorbeeld de zaak *Kahn*, EHRM 12 mei 2000, *NJ* 2002, 180, waarin het ging om de vraag of schending van het recht op privacy (art. 8 EVRM) automatisch moest leiden tot uitsluiting van het deswege onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal (vanwege schending van het beginsel van een fair trial ex art. 6 EVRM). 'Onder vormverzuimen wordt verstaan het niet naleven van strafprocesrechtelijke geschreven en ongeschreven vormvoorschriften' (*Kamerstukken II* 1993/94, 23 705, nr. 3, p. 25). Corstens 2002, p. 658. Zo kan bewijs wettig, maar tegelijkertijd ook onrechtmatig zijn. Dit is het geval indien de uitoefening van een bevoegdheid door de wet was toegestaan, maar disproportioneel of in strijd met het vertrouwensbeginsel was (Corstens 2002, p. 659).

²⁸⁰ In art. 359a Sv zijn de in de jurisprudentie ontwikkelde sancties op vormverzuimen vastgelegd, maar herstel van het verzuim dient bij de toepassing van art. 359a Sv voorop te staan. (*Kamerstukken II* 1993/94, 23 705, nr. 3, p. 25). Zie HR 26 juni 1962, *NJ* 1962, 470 (*Bloedproef II*) en HR 18 april 1978, *NJ* 1978, 365 (*Erwtentpistool*).

²⁸¹ Zie bijvoorbeeld Rb. Alkmaar 18 februari 2003, *NJ* 2003, 263.

²⁸² Corstens 2002, p. 654; Embregts 2003, p. 99-102.

²⁸³ In ieder geval tot aan de invoering van art. 359a Sv (per 2 november 1996 (*Stb.* 1996, 522), Wet van 14 september 1995 tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering (vormverzuimen), *Stb.* 1995, 441) bestond in de literatuur lange tijd verschil van mening over de rechtsgrond van het in de jurisprudentie ontwikkelde leerstuk van de uitsluiting van onrechtmatig verkregen bewijs (Lensing &

bewijsmateriaal en het geschonden vormvoorschrift moet een direct causaal verband bestaan. Dit betekent dat bewijsmateriaal niet hoeft te worden uitgesloten indien ook andere factoren aan die verkrijging hebben bijgedragen.²⁸⁴

Voor de sanctie van bewijsuitsluiting worden in het strafrecht drie argumenten aangevoerd. Als eerste kan het preventie- of effectiviteitsargument worden genoemd. Dit heeft tot doel het gedrag van de strafvorderlijke autoriteiten in de goede richting te sturen door middel van een directe sanctie op ongewenst gedrag.²⁸⁵ Het tweede argument is het reparatie-argument en houdt in dat door uitsluiting van het bewijsmateriaal het gedane onrecht jegens de verdachte zo veel mogelijk wordt hersteld. In de derde plaats wordt door de bewijsuitsluiting aan het publiek gedemonstreerd dat ook de overheid zich aan de regels moet houden op straffe van sancties. Dit noemt men het demonstratie-argument.²⁸⁶

Naast deze argumenten voor bewijsuitsluiting zijn een aantal argumenten tegen bewijsuitsluiting aan te voeren. Een daarvan is het belang van de waarheidsvinding. De waarheidsvinding is gediend bij het aan het licht brengen van alle belangrijke feiten. Met name in het geval van zware misdrijven weegt dit belang zwaar. Het is dan moeilijker te verkroppen dat bepaald bewijs niet mag meewerken tot de bewezenverklaring, met als gevolg dat de verdachte wordt vrijgesproken. Bovendien kan dit tot publieke onrust leiden.²⁸⁷ Het belang van de waarheidsvinding kan daarentegen ook als argument vóór bewijsuitsluiting dienen. De schending van rechtsbeschermende regels bij het vergaren van bewijs kan immers tot onbetrouwbaar bewijs leiden (zie de bespreking van het 'nemo tenetur'-beginsel). Dit is uiteraard niet altijd het geval, maar met de uitsluiting van het onrechtmatig bewijs wordt tevens het

Mulder 1994, p. 201). Als gevolg van codificatie van de sancties in art. 359a Sv lijkt deze discussie thans achterhaald. Voor de gevallen die niet onder art. 359a Sv vallen, kan als rechtsgrond voor bewijsuitsluiting worden aangevoerd dat ook de overheid zich aan de regels dient te houden. Indien de overheid zich niet houdt aan de door de wetgever vastgelegde regels voor onderzoek, welke regels mede zien op bescherming van grondrechten en vrijheden van burgers, behoort dit te worden gesanctioneerd. Vormverzuimen die niet onder de regeling van art. 359a Sv vallen, zijn vormverzuimen tijdens het onderzoek ter terechtzitting (*Kamerstukken II* 1993/94, 23 705, nr. 3, p. 24). Corstens 2002, p. 654-655; Embregts 2003, p. 102, 103 en 107. Zie ook C.P.M. Cleiren en P.A.M. Mevis, 'Het dubbelzijdig karakter van onrechtmatig strafvorderlijk overheidsoptreden', in: C.P.M. Cleiren e.a. (red.), *Voor risico van de overheid?*, Rotterdam: Sanders Instituut 1996.

²⁸⁴ *Kamerstukken II* 1993/94, 23 705, nr. 3, p. 25-26. Zie ook HR 30 maart 2004, *NJ* 2004, 344. Bewijsmateriaal dat voortvloeit uit het onrechtmatig verkregen bewijs, het secundaire bewijs (het primair onrechtmatig verkregen bewijs is het bewijs dat direct voortvloeit uit de onrechtmatige gedraging) of de zogenaamde 'fruits of the poisonous tree', kan als 'besmet' bewijsmateriaal als ontoelaatbaar terzijde worden geschoven (Corstens 2002, p. 662; Embregts 2003, p. 122-123).

²⁸⁵ Hier kunnen kanttekeningen bij worden gemaakt, zie Embregts 2003, p. 111-112.

²⁸⁶ Corstens 2002, p. 655; Embregts 2003, p. 105.

²⁸⁷ Corstens 1999, p. 656; Embregts 2003, p. 109. Een hiermee samenhangend argument is dat bij lichte delicten de kosten van bewijsuitsluiting (vrijspraak) zwaarder wegen dan de baten. Als belangrijkste argument is hiertegen in te brengen dat dit de onrechtmatige opsporing in de hand zou werken (Embregts 2003, p. 110).

gevaar van mogelijk onbetrouwbaar bewijs uitgesloten. Dit kan op zijn minst als een gunstig neveneffect worden beschouwd.²⁸⁸

Het effect van bewijsuitsluiting in het strafrecht moet niet worden overschat. De resultaten van de onrechtmatige bewijsgaring mogen weliswaar niet voor het bewijs worden gebezigd, ze worden de strafrechter niet onthouden. Dientengevolge wordt de strafrechter, ondanks de eventuele bewijsuitsluiting, mogelijkserwijs toch door het bewijsmateriaal beïnvloed. Bewijsuitsluiting zou tot op zekere hoogte dan ook als een wassen neus kunnen worden beschouwd.²⁸⁹ Aan de argumenten tegen bewijsuitsluiting kan worden tegemoetgekomen door middel van genuanceerde toepassing van de bewijsuitsluitingsregel.²⁹⁰ In de jurisprudentie van de Hoge Raad wordt deze genuanceerde benadering toegepast. Het onrechtmatig verkregen materiaal werkt ‘onder omstandigheden’ niet mee tot het bewijs.²⁹¹ Rekening moet worden gehouden met de grondslag voor de bewijsuitsluitingsregel en andere factoren, zoals de ernst van het delict, het belang van de waarheidsvinding en de schending van de grondrechten van de verdachte. Bovendien kan rekening worden gehouden met het feit dat het materiaal ook op rechtmatige wijze had kunnen worden verkregen.²⁹² Voorts wordt getoetst of de onrechtmatige verkrijging het onderliggende rechtsgoed heeft aangetast. Is dat niet het geval, dan hoeft het onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal niet te worden uitgesloten. Ook de schending van een regel die niet de verdachte, maar een derde beoogt te beschermen, hoeft niet te leiden tot uitsluiting van het onrechtmatig verkregen bewijs; de verdachte is in dat geval niet in zijn belangen aangetast en jegens hem is niet onrechtmatig gehandeld. Dit staat bekend onder de ‘Schutznorm’ of ‘relativiteit’. Tot slot bestaat de mogelijkheid tot relativering van de bewijsuitsluitingsregel aan de hand van de goede trouw.²⁹³

Het gebruik van door derden onrechtmatig verkregen bewijs, is niet per definitie onrechtmatig.²⁹⁴ Indien de politie door een derde gestolen documenten

²⁸⁸ Vgl. Embregts 2003, p. 107. Corstens noemt als extra argument tegen bewijsuitsluiting de mogelijkheid dat de verdachte kan ‘meeprofitieren’ van de bewijsuitsluiting, indien daarnaast onvoldoende bewijsmateriaal overblijft voor een bewezenverklaring. Volgens hem wordt de verdachte dan niet vrijgesproken vanwege onvoldoende betrouwbaar bewijsmateriaal, maar omdat de overheid onrechtmatig heeft gehandeld. Naar mijn mening leidt het onrechtmatig handelen van de overheid gedurende de fase van het voorbereidend onderzoek nu juist tot de mogelijke onbetrouwbaarheid van het verkregen bewijsmateriaal en gaat voornoemde redenering niet op (Corstens 2002, p. 656).

²⁸⁹ Een meerdere malen aangedragen oplossing hiervoor is om in een voorprocedure het bewijs reeds uit te sluiten. In ons strafvorderlijk systeem is het evenwel nog steeds de strafrechter die het bewijsmateriaal in een strafzaak selecteert en waardeert (Corstens 2002, p. 656; Embregts 2003, p. 110-111).

²⁹⁰ Tegenstanders stellen alternatieven voor zoals nietigheid en schadevergoeding (Embregts 2003, p. 115-122).

²⁹¹ HR 18 april 1987, *NJ* 1978, 365.

²⁹² Corstens 2002, p. 653-657. Uitgebreid over de genuanceerde toepassing Embregts 2003, p. 123-154.

²⁹³ HR 19 juni 2001, *NJ* 2001, 574. Corstens 2002, p. 657-663.

²⁹⁴ Er moet een onderscheid worden gemaakt tussen onrechtmatige bewijsgaring en onrechtmatig gebruik van bewijsmateriaal (zie de noot van Corstens bij HR 11 april 1995, *NJ* 1995, 537 en Corstens 2002, p. 659-660). HR 16 oktober 1990, *NJ* 1991, 175, in deze zaak ging het om

in handen krijgt, betekent dit niet dat de politie deze documenten op onrechtmatige wijze heeft verkregen. Dit blijkt uit rechtspraak van de Hoge Raad.

‘Daartoe heeft het Hof overwogen dat meergenoemde diefstal weliswaar jegens de verdachte onrechtmatig is, maar dit niet kan leiden tot de conclusie dat de politie het bewijsmateriaal onrechtmatig heeft verkregen nu niet is gesteld of aannemelijk is geworden dat de politie iets te verwijten valt ter zake van het plegen van de diefstal dan wel van de wijze waarop de gestolen dossiers vervolgens in handen van de recherche zijn gekomen en door deze in beslag zijn genomen.’²⁹⁵

De Hoge Raad overwoog dat onder deze omstandigheden niet valt in te zien waarom het enkele gebruik van dergelijke documenten zou moeten leiden tot terzijdestelling van bewijsmateriaal als onrechtmatig verkregen in de strafzaak tegen de verdachte. Criterium voor de rechtmatigheid van het gebruik is de wijze waarop de strafvorderlijke overheid aan het materiaal is gekomen: heeft de overheid die derde aangezet tot de onrechtmatigheid, of is het onrechtmatig verkregen materiaal haar in de schoot geworpen? In de eerste situatie is het gebruik van het materiaal door de strafvorderlijke overheid als onrechtmatig aan te merken. In de tweede situatie is dat niet zonder meer het geval.²⁹⁶

2.5 Legitimatie van opsporing door de werkgever

Naar aanleiding van 2.3 en 2.4 kan worden geconcludeerd dat de door werkgevers gehanteerde opsporingsmethoden (zoals cameraobservatie en het af luisteren of onderzoeken van telefoongesprekken en e-mailverkeer), gelijkens vertonen met strafrechtelijke (bijzondere) opsporingsmethoden. Hierbij moet met name worden gedacht aan (stelselmatige) observatie en het opnemen van vertrouwelijke (tele)communicatie. Uit 2.4 blijkt voorts dat, vanwege hun ingrijpende aard, opsporingsmethoden in het strafrecht uitgebreid zijn genormeerd: de bevoegdheidstoedeling vindt geclausuleerd plaats. Daarnaast dienen bij de uitoefening bepaalde regels en beginselen in acht te worden

documenten die de FIOD had verkregen via een ex-werknemer die de stukken op onrechtmatige wijze uit het bedrijf had meegenomen. Zie ook Y. Buruma, ‘Particuliere opsporing’, AA (49) 2000-2, p. 117-121.

²⁹⁵ HR 11 april 1995, *NJ* 1995, 537. Zie ook HR 18 februari 1997, *NJ* 1997, 500.

²⁹⁶ Corstens 2002, p. 658. Zie bijvoorbeeld Hof 's-Hertogenbosch 6 januari 2003, *NJ* 2003, 279: ‘De enkele omstandigheid dat de officier van justitie vooraf op de hoogte was van het plaatsen van die camera maakt het nog niet tot handelen van het openbaar gezag als bedoeld in artikel 8, lid 2, EVRM.’ Niettemin kan het onrechtmatig optreden van derden onder omstandigheden in de strafrechtelijke procedure tot uitsluiting van het door die derden onrechtmatig verkregen bewijs leiden. Dit is het geval indien zodanige schending van beginselen van behoorlijke procesorde of veronachtzaming van de rechten van de verdediging in de strafzaak heeft plaatsgevonden, dat dit tot gevolg heeft dat dit dient te leiden tot uitsluiting van het bewijsmateriaal (HR 18 maart 2003, *NJ* 2003, 527).

genomen. Dit legitimeert de inzet van deze opsporingsmethoden in het strafrecht. Uit 2.3 blijkt dat ook op de door werkgevers gehanteerde, ingrijpende, opsporingsmethoden een groot aantal regels van toepassing is. De vraag die rijst is, of deze regels de rechtszekerheid en rechtsgelijkheid van de betrokken werknemers optimaal waarborgen. Met andere woorden, legitimeren deze regels de uitoefening van de opsporingsbevoegdheid door de werkgever?

Van belang bij de beantwoording van deze vraag zijn niet alleen de overeenkomsten tussen de door de werkgever en de door de strafvorderlijke autoriteiten gebruikte opsporingsmethoden, maar ook de gelijkenis tussen de verhouding werkgever-werknemer en de verhouding overheid-burger. Op het eerste gezicht lijkt hier sprake te zijn van twee totaal verschillende relaties. De verhouding overheid-burger is een publiekrechtelijke, verticale en daarmee ongelijke relatie; er is sprake van de machtspositie van de overheid jegens de burger. De overheid heeft vergaande bevoegdheden waarmee diep kan worden ingegrepen in de grondrechten en -vrijheden van burgers. De verhouding werkgever-werknemer is in beginsel een privaatrechtelijke, horizontale verhouding tussen twee gelijke, civiele partijen; bescherming van de een tegen de macht van de ander is niet aan de orde. De relatie werkgever-werknemer vertoont daarentegen ook grote gelijkenis met de relatie overheid-burger. In beide relaties is sprake van formele en feitelijke ondergeschiktheid van de burger, dan wel werknemer, en van eenzijdige besluitvorming waaraan de burger c.q. werknemer is gebonden.²⁹⁷ In dit opzicht heeft de verhouding werkgever-werknemer een gedeeltelijk verticaal karakter. De werknemer is economisch afhankelijk van, en juridisch ondergeschikt aan, de werkgever. Het verschil met de relatie overheid-burger zit in de vrijwilligheid en daarmee de vrijheid van de werknemer al dan niet een arbeidsrelatie met de werkgever aan te gaan. Deze vrijheid is echter veelal een schijnvrijheid. Een werknemer zal economisch vaak genoodzaakt zijn een dergelijke werkrelatie aan te gaan. De keuze voor de werkgever is dan slechts relatief.²⁹⁸

Gelet op vooromschreven gelijkenis in de verhouding werkgever-werknemer en overheid-burger, en gelet op de overeenkomsten tussen opsporing door de werkgever en opsporing door de strafvorderlijke overheid, hanteer ik ter beantwoording van de vraag of de uitoefening van de opsporingsbevoegdheid door werkgevers gelegitimeerd is, de strafrechtelijke regels en beginselen voor opsporing als inspiratiebron.

²⁹⁷ Aldus ook Terstegge & de Vries 1994, p. 10; E. Verhulp, *Grondrechten in het arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 1999, p. 41/42; Verhulp 1996, p. 61. Zie ook A-G Mok in zijn conclusie bij het arrest Venhorst/Inan HR 30 maart 1984, *NJ* 1985, 350.

²⁹⁸ Verhulp 1996, p. 61; Loonstra & Zondag 2006, p. 23. Vgl. E. Claeys-Leboucq & S. Lievens, 'Privacy bij het aangaan en het behoud van een dienstbetrekking', *Rechtskundig Weekblad* (39) 1975-13, p. 769-792: 'De opwerping dat de kandidaat een vrij mens is en zich vrijwillig opgeeft voor het onderzoek is naar onze mening niet zo steekhoudend. De keuzevrijheid schijnt ons niet zo groot omdat men uiteindelijk voor een functie kiest waarmee men voor zijn onderhoud moet instaan'.

2.5.1 Wettelijke regeling en het recht op privacy

Ter legitimatie van de uitoefening van de opsporingsbevoegdheid is een wettelijke regeling van de rechtsgrond niet vereist: de bevoegdheid is reeds algemeen aanvaard en kan worden gebaseerd op art. 7:611 BW, art. 7:660 BW, en de bijzondere contractuele vertrouwensrelatie tussen werkgever en werknemer (zie 2.2). Voorts is het vanwege de voortschrijdende technologische ontwikkelingen niet mogelijk en niet gewenst een uitputtende wettelijke regeling van de door werkgevers mogelijk in te zetten opsporingsmethoden te geven. Bovendien is dit ook uit een oogpunt van rechtszekerheid ongewenst: het toevoegen van nog meer regels aan de reeds bestaande zeer uitgebreide regelgeving, zou de overzichtelijkheid niet ten goede komen.

Ter legitimatie van de uitoefening van de opsporingsbevoegdheid van de werkgever is, mede gelet op de gebruikte opsporingsmethoden, wel een wettelijke bepaling noodzakelijk, waarin het grondrecht op privacy²⁹⁹ in de arbeidsverhouding expliciet wordt erkend.³⁰⁰ Het grondrecht op privacy is een fundamenteel recht, waarop met de door werkgevers gehanteerde opsporingsmethoden diepe inbreuk kan worden gemaakt. Bijgevolg dienen, met het oog op rechtszekerheid en rechtsgelijkheid, hoge eisen te worden gesteld aan de bescherming van het privacyrecht in de arbeidsverhouding. De horizontale werking van het recht op privacy is in de literatuur en jurisprudentie dan wel erkend (2.3.1), bij gebrek aan een wettelijke regeling wordt de bescherming van dit recht in onvoldoende mate gewaarborgd: er bestaat geen garantie dat alle werkgevers en rechters het recht op privacy van werknemers op gelijke wijze

²⁹⁹ Met het recht op privacy bedoel ik het recht op privacy in ruime zin, dus niet alleen het recht op informationele privacy, maar ook op relationele en ruimtelijke privacy. Ook met het oog op de nog steeds verdergaande technologische ontwikkelingen is dit aanbevelenswaardig. Aldus ook Van der Heijden 1992, p. 21. Anders de Vries 2000, p. 96.

³⁰⁰ In het kader van de opsporing van wangedrag door werkgevers bestaat alleen gevaar voor schending van het grondrecht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer. Bijgevolg beperk ik mijn betoog tot een regeling over het privacyrecht. Voor een betoog tot wettelijke regeling van grondrechten van werknemers in het algemeen verwijs ik naar de dissertatie van Verhulp (E. Verhulp, *Vrijheid van meningsuiting van werknemers en ambtenaren* (diss. Amsterdam UvA), Den Haag: Sdu 1996). Hij is van mening dat ten aanzien van de rol van grondrechten in het arbeidsrecht regelgeving verduidelijkend kan werken en in ieder geval de rechter kan dwingen rekenschap te geven van de werking van grondrechten en de hierbij betrokken belangen 'Op het vele gebruik van vage normen in het arbeidsrecht en de onzekere uitkomst van een belangenafweging waarmee die normen worden ingevuld wordt daarom m.i. terecht kritiek uitgeoefend.' (Verhulp 1996, p. 72). In dit verband kan tevens worden gewezen op het voorstel van de FNV tot invoering van een artikel met betrekking tot de bescherming van grondrechten van werknemers (Jaspers e.a. 2000, p. 9 e.v. en de door de FNV in maart 1999 uitgegeven brochure 'Onder geen beding', Amsterdam: Stichting FNV Pers 1999). De regeling zou volgens de FNV kunnen worden gerealiseerd door aan Titel 10 van Boek 7 van het BW een nieuwe algemene bepaling toe te voegen: 'Art. 611a: 1. De werkgever kan de werknemer slechts in de uitoefening van diens grondrechten beperken, indien hij daarbij een zwaarwichtig belang heeft en indien het belang van de werknemer bij de uitoefening van diens grondrechten daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken. 2. Elk beding in strijd met lid 1 is nietig.' Daarbij zou de rechter moeten toetsen aan redelijkheid en billijkheid.

toepassen.³⁰¹ De huidige rechtspraak over de doorwerking van het privacyrecht in de arbeidsverhouding wordt dan ook als ‘grillig’ en ‘casuïstisch’ gekarakteriseerd.³⁰² Dit leidt tot rechtsonzekerheid en rechtsongelijkheid: het recht wordt ondoorzichtig en onvoorspelbaar.³⁰³ Ter legitimatie van de uitoefening van de opsporingsbevoegdheid door de werkgever is doorwerking van het grondrecht op privacy via de norm van het goed werkgeverschap niet afdoende.³⁰⁴ Het goed werkgeverschap kan *in beginsel* als veiligheidsklep dienen bij gebrek aan een expliciete wettelijke regeling, maar dit neemt niet de behoefte weg aan een duidelijke regel die de rechtspositie voorspelbaar maakt.³⁰⁵ Het privacyrecht wordt weliswaar door de WBP gewaarborgd, maar deze wet is niet altijd van toepassing. Bovendien ziet de WBP voornamelijk op bescherming van het informatiele recht op privacy. Tot slot sluit een wettelijke regeling van het privacyrecht in de arbeidsverhouding aan bij de internationale ontwikkelingen op dit gebied.³⁰⁶

De mogelijkheid van afwijking zou moeten worden beperkt tot die gevallen waarin dit noodzakelijk is ter behartiging van zwaarwichtige en gerechtvaardigde belangen van de werkgever of derden (waaronder ook andere werknemers worden verstaan).³⁰⁷

³⁰¹ In de loop der jaren zijn wel diverse bepalingen in wettelijke regelingen opgenomen die het recht op privacy van werknemers mede invullen, bijvoorbeeld de Wet medische keuringen en de Wet op de identificatieplicht (De Vries 2000, p. 85).

³⁰² De Vries 2001, p. 39-41. Zie ook Verhulp 1996, p. 47. Vgl. Verhey 1992, p. 426 en Verhulp 1999, p. 142-160. De Vries 2000, p. 74 bespreekt vier factoren die volgens haar ieder voor zich, maar ook in onderlinge samenhang, bijdragen aan de diversiteit in rechterlijke uitspraken over privacybescherming van werknemers: leegloop van het privacybegrip, toevlucht tot ‘goed werkgeverschap’, de privacyparadox (privacy op de werkplek levert een paradoxale situatie op) en privacy als alibi (misbruik het privacyrecht door een werknemer die zich heeft misdragen, maar het daarvan door de werkgever (onrechtmatig) verzamelde bewijs met een beroep op schending van het recht op privacy terzijde wil laten leggen).

³⁰³ Aldus ook Verhulp 1996, p. 72: ‘Daar waar de rol van de grondrechten in de arbeidsverhouding wordt bepaald aan de hand van de omstandigheden van het geval neemt de onberekenbaarheid en de ondoorzichtigheid van het recht toe.’

³⁰⁴ Zie bijvoorbeeld Heerma van Voss 1999, p. 107 en 111-113 en De Vries 2000, p. 82-83. Zie voor voorbeelden uit de jurisprudentie over doorwerking van het privacyrecht via de norm van het goed werkgeverschap: Hof ‘s-Hertogenbosch 2 juli 1986, NJ 1987, 451 (*Koma-zaak*); Ktr. Rotterdam 19 december 1997, *Prg.* 1998, 4946; Ktr. Middelburg 23 april 1991, *Prg.* 1991, 3537 en Pres. Rb. Amsterdam 14 december 1989, *KG* 1990, 33.

³⁰⁵ Heerma van Voss 1999, p. 11-12: ‘Er is dan ook een blijvend belang gemoeid met de formulering van rechtsregels in de rechtspraak en met codificatie in de wet van het recht dat aanvankelijk in het kader van vage normen wordt geformuleerd.’ Zie over de kritiek op de horizontale werking van grondrechten via vage normen Verhulp 1996, p. 49-59.

³⁰⁶ Zie De Vries 2003, p. 231 en de op internet gepubliceerde ‘comparative study’ van de European industrial relations observatory on-line, een project van de European Foundation for the improvement of Living and Working conditions, <http://www.eiro.eurofound.eu.int>.

³⁰⁷ De ‘noodzakelijkheidseis’ impliceert een toetsing aan de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit. (vergelijk de bepaling van art. 8 onder *f* WBP. Zie ook 2.3.2.3). Op deze manier blijft de mogelijkheid van een belangenafweging bestaan bij de beoordeling van de rechtmatigheid van een opsporingsmethode. Dit is gewenst aangezien sprake is van een horizontale, private verhouding, waarin meerdere belangen een rol spelen (Aldus ook Verhulp 1996, p. 33, 72). Het is daarentegen ook van belang dat bij deze belangenafweging expliciet wordt stilgestaan bij het fundamentele recht op eerbieding van de persoonlijke levenssfeer. Dit sluit aan bij de opvatting dat

2.5.2 *Het vereiste van een redelijk vermoeden van wangedrag*

Voert de werkgever het vermoeden, dat een van zijn werknemers zich aan wangedrag schuldig maakt, aan als grondslag voor de inzet van een opsporingsmethode, en de WBP is van toepassing, dan vloeit uit de bepalingen van deze wet reeds het vereiste voort, dat sprake moet zijn van een *redelijk* vermoeden. Er dient immers een welbepaald en uitdrukkelijk omschreven en gerechtvaardigd doel te zijn (art. 7 WBP). Bovendien moet de werkgever kunnen aantonen dat de opsporingsmethode *noodzakelijk* is voor de behartiging van zijn gerechtvaardigd belang (art. 8 onder *f* WBP). De *heimelijke* inzet van een van de opsporingsmethoden is sowieso alleen gerechtvaardigd indien aan het vereiste van een redelijke verdenking jegens een of meerdere werknemers is voldaan (zie 2.3.2.3). Voor het door de werkgever ingezette detective- of recherchebureau vloeit het vereiste van een redelijk vermoeden tevens voort uit de, aan de Privacygedragscode ten grondslag liggende, beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit.

Voor die opsporingsmethoden waarop de WBP niet direct van toepassing is, vloeit de eis van een redelijk vermoeden van wangedrag in ieder geval uit de grondslag van de opsporingsbevoegdheid voort: bij het vermoeden dat een van de werknemers zich niet aan de uit de vertrouwensrelatie voortvloeiende verplichtingen houdt, heeft de werkgever de bevoegdheid tot opsporing over te gaan (zie 2.2). Uiteraard moet wel sprake zijn van een *redelijk* vermoeden: de voorwaarde zou anders een lege huls zijn.

2.5.3 *Klassieke beginselen van opsporing*

Aan het feit dat tijdens de opsporingsfase nog slechts sprake is van een vermoeden van wangedrag, wordt bij gelding van de WBP voldoende recht gedaan: de toepassing van de opsporingsmethoden is in dat geval aan zware voorwaarden gebonden (zie 2.3.2.3). De beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit klinken sterk in deze voorwaarden door en maken arbitrair optreden onmogelijk. De bepalingen van de WBP voorkomen tevens dat een werknemer zichzelf zou kunnen 'bezwaren' als gevolg van opsporingsactiviteiten waarvan hij niet op de hoogte was (art. 6 jo art. 33 en 34 WBP). Schakelt een werkgever een recherchebureau in dat overgaat tot het verhoren van de werknemers, dan is dit bureau op grond van de Privacygedragscode reeds verplicht iedere werknemer voor het verhoor mede te delen dat medewerking is gebaseerd op vrijwilligheid. Verder geldt voor het bureau een pressieverbod: een verklaring mag niet onder dwang worden verkregen (zie 2.3.4.4). Uit het feit dat de Privacygedragscode een uitwerking van de WBP vormt, kan worden afgeleid dat deze normen tevens door de WBP worden geïmpliceerd.

het recht niet mag vervallen tot een pure belangenafweging, maar gebonden moet blijven aan ethische principes (Heerma van Voss 1999, p. 10 met verwijzing naar R.J.P. Kottenhagen, *Van precedent tot precedent, over de plaats en functie van het rechtersrecht in een gecodificeerd rechtsstelsel*, Arnhem: Gouda Quint 1986).

In die gevallen waarin de WBP niet direct van toepassing is, maar wel sprake is van de verwerking van persoonsgegevens,³⁰⁸ zijn voornoemde voorwaarden indirect toch op de werkgever van toepassing. De in de WBP neergelegde normen zijn in onze maatschappij immers dermate geaccepteerd, dat ze indirect van toepassing moeten worden geacht op onderzoek door de werkgever dat weliswaar buiten de werkingssfeer van de WBP valt, maar waarbij wel persoonsgegevens worden verwerkt (zie 2.3.2).³⁰⁹ Gedacht kan worden aan het verzamelen van gegevens door middel van het verhoren van een werknemer. Verder vloeit naar mijn mening reeds uit de fundamentele rechtsbeschermende waarde van het pressieverbod voort, dat ook een werkgever die ter opsporing van wangedrag een werknemer verhoort, zich dient te onthouden van alles waarvan niet kan worden gezegd dat de verklaring van de werknemer in vrijheid is afgelegd.³¹⁰ Voorts beschermen art. 139f Sr en art. 441b Sr de (onschuldige) werknemer tegen zelfincriminatie.

Aangezien de toepassing van een in de inleiding genoemde opsporingsmethode, waarbij op geen enkele wijze persoonsgegevens worden verwerkt, zeer onwaarschijnlijk is (zie de ruime omschrijving van verwerken in art. 1 onder b WBP), laat ik deze optie buiten beschouwing.

2.5.4 *Beginselen van behoorlijke opsporing*

Ook de werkgever behoort zich bij de opsporing van wangedrag aan bepaalde, aan de beginselen van behoorlijk bestuur ontleende, ongeschreven beginselen te houden. Dit vloeit voort uit de norm van het goed werkgeverschap.³¹¹ Bijgevolg kunnen ze worden aangeduid als de beginselen van goed werkgeverschap. De belangrijkste zijn: het zorgvuldigheidsbeginsel (waaronder tevens het vereiste van een zorgvuldige belangenafweging, en de daaruit voortvloeiende beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit vallen), het beginsel van zuiverheid van oogmerk, het motiveringsbeginsel, het vertrouwensbeginsel, het evenredigheidsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel.³¹² Onder het zorgvuldigheidsbeginsel kan naar mijn mening ook het vereiste van transparantie worden geschaard: de werkgever is verplicht (desnoods achteraf) aan te geven welke opsporingsmethoden hij (heeft) gebruikt en welke werknemers daarbij betrokken zijn (gewest).³¹³

³⁰⁸ Dit kan het geval zijn indien geen sprake is van de geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens en de persoonsgegevens bovendien niet in een bestand zijn opgenomen of bestemd zijn om in een bestand te worden opgenomen (zie art. 1 jo art. 2 WBP en 2.3.2.1).

³⁰⁹ *Kamerstukken II* 1997/98, 25 890, nr. 3, p. 9. Zie ook De Vries 2001, p. 55.

³¹⁰ Vgl. punt 6 van de noot van Zondag bij Ktr. Zwolle 24 mei 2005, *JIN* 2005, 299.

³¹¹ Dit wordt de reflexwerking van het goed werkgeverschap genoemd: normen die niet direct doorwerken in de arbeidsverhouding, maar waaraan wel gezag toekomt, kunnen via de norm van het goed werkgeverschap toch invloed uitoefenen (Heerma van Voss 1999, p. 6). Uitvoerig over de reflexwerking: M.A.C. de Wit, *Het goed werkgeverschap als intermediair van normen in het arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 1999.

³¹² Heerma van Voss 1999, p. 37-71.

³¹³ Dit kan eventueel worden gezien als de arbeidsrechtelijke variant op de publiekrechtelijke notificatieplicht.

Voornoemde beginselen komen tevens in de bepalingen van de WBP tot uitdrukking. Het transparantiebeginsel is uitgewerkt in art. 33 en art. 34 WBP: deze bepalingen vereisen dat de werkgever duidelijkheid geeft aan de werknemers over de in te zetten opsporingsmethoden. Uit het aan de WBP ten grondslag liggende transparantiebeginsel vloeit voort, dat in die situaties waarin deze verplichting niet vóóraf geldt, de verplichting in ieder geval ná de inzet van de opsporingsmethoden dient te worden nageleefd. Op deze wijze kan het handelen van de werkgever, tijdens de opsporingsfase, worden gecontroleerd. Voorts komt het beginsel van zuiverheid van oogmerk terug in de bepaling van art. 9 WBP; de verzamelde gegevens mogen niet worden gebruikt op een wijze die onverenigbaar is met het doel waarvoor ze zijn verkregen. Het vertrouwensbeginsel staat weliswaar niet letterlijk in de WBP, maar bij juiste toepassing van de bepalingen van de WBP zal mijns inziens niet snel sprake kunnen zijn van geschonden vertrouwen bij de werknemer. Aan het gelijkheidsbeginsel wordt voldaan door ten allen tijde de normen van de WBP na te leven. Verder wordt met de instemming van de ondernemingsraad eveneens aan de beginselen van goed werkgeverschap tegemoetgekomen (met name het zorgvuldigheidsbeginsel). Overigens vloeien voornoemde beginselen voor het detective- of recherchebureau tevens uit de Privacygedragscode voort. Bij de heimelijke inzet van camera's wordt aan het vertrouwensbeginsel tegemoet gekomen door het uit art. 139f Sr en art. 441b Sr voortvloeiende kenbaarheidsvereiste. Tot slot worden voornoemde beginselen bij onderzoek naar (strafrechtelijke) gegevens over een sollicitant of werknemer gewaarborgd door de bepalingen van de NVP-Sollicitatiecode en de Wet Justitiële gegevens en strafvorderlijke gegevens.

2.5.5 Onrechtmatig verkregen bewijs

Een werkgever die bij zijn opsporingsactiviteiten een van de in 2.3 besproken regels schendt, handelt onrechtmatig. Het hieruit voortvloeiende bewijs is dan onrechtmatig verkregen.³¹⁴ Heeft de werkgever (of het recherchebureau) bepalingen van de WBP geschonden, dan staan de werknemer een aantal acties open (zie 2.3.2.3). Verder kan de ondernemingsraad actie ondernemen indien de ondernemer heeft verzuimd de vereiste instemming te vragen voor een regeling met betrekking tot een bepaalde opsporingsmethode waarvoor die instemming is vereist (zie 2.3.3). Een sollicitant kan bij het niet naleven van de NVP-

³¹⁴ In navolging van de in de literatuur heersende opvatting knoop ik hiermee aan bij het normatieve kader van art. 6:162 lid 2 BW. Zie W.H. van Soeren, 'Onrechtmatig verkregen bewijs in de civiele procedure', AA (35) 1986-7/8, p. 483-489; M. Kremer, *Onrechtmatig verkregen bewijs in civiele zaken* (diss. Groningen), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999, p. 95-135; M.C.D. Embregts, *Uitsluitel over bewijsuitsluiting. Een onderzoek naar de toelaatbaarheid van onrechtmatig verkregen bewijs in het strafrecht, het civiele recht en het bestuursrecht* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2003, p. 56; H.H. de Vries, 'Opsporingstechnieken in de onderneming en het recht op privacy', in: E. Verhulp & W.A. Zondag, *Disfunctioneren en wangedrag van werknemers*, Deventer: Kluwer 2003, p. 215-247. Naar mijn mening komt de in art. 6:162 lid 2 BW genoemde rechtvaardigingsgrond reeds aan de orde bij de toetsing of sprake is van rechtmatig handelen van de werkgever.

Sollicitatiecode eventueel een klacht indienen bij de werkgever of de NVP. Tot slot zou een werknemer, die meent dat een werkgever zich schuldig heeft gemaakt aan verboden heimelijk cameratoezicht, aangifte bij de politie kunnen doen.

De vraag die resteert is, wat rechtens geldt ten aanzien van het uit het onrechtmatig handelen verkregen materiaal. Kan de werkgever dit materiaal gebruiken als bewijs in een procedure tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst? Redenerend vanuit de bijzondere overeenkomst tussen werkgever en werknemer, is dit de meest relevante vraag: de werkgever maakt immers van de betreffende opsporingsmethoden gebruik, teneinde bewijsmateriaal te verzamelen over de werknemer die zich aan wangedrag schuldig maakt. Dit materiaal kan de werkgever vervolgens tegen die werknemer gebruiken, onder meer ter onderbouwing van een ontslag of ontbinding van de arbeidsovereenkomst: de voor de betrokken werknemer zwaarst mogelijke sancties (zie hoofdstuk 3). Voor het gebruik van het uit het onrechtmatig handelen verkregen materiaal bestaan desondanks geen regels. Dientengevolge is de situatie ontstaan, dat een werkgever wordt verboden op een bepaalde manier te handelen, terwijl hij de vruchten van dat handelen gewoon mag gebruiken. Bij gebrek aan duidelijke regels is ook in de arbeidsrechtelijke jurisprudentie over onrechtmatig verkregen bewijs geen eenduidige lijn te ontdekken: de ene rechter laat het materiaal zonder meer tot het bewijs toe, terwijl de andere rechter het materiaal, vanwege de wijze waarop het is verkregen, van het bewijs uitsluit of het onrechtmatig handelen van de werkgever compenseert door middel van een hogere ontbindingsvergoeding (zie uitgebreid 2.6).³¹⁵

2.5.6 Concluderend

Geconcludeerd kan worden dat de huidige regels de opsporingsbevoegdheid *in beginsel* legitimeren. Bovendien blijkt uit het voorgaande dat de strafrechtelijke regels en beginselen voor opsporing grotendeels ook op het arbeidrechtelijke beginsel van het goed werkgeverschap kunnen worden gebaseerd. Bijgevolg dienen deze normen ook reeds in acht te worden genomen indien men de vergelijking met het strafrecht niet zou (willen) maken.

Voorts speelt de WBP een grote normerende rol. Ondanks de merkwaardige situatie dat rechters de WBP nauwelijks lijken toe te passen (zie 2.3.2.4), is de WBP bijna altijd, direct dan wel indirect,³¹⁶ van toepassing en komen de belangrijkste normen in deze wet tot uitdrukking. Voorwaarde is dat een wettelijke bepaling wordt ingevoerd, waarin het fundamentele recht op privacy van de werknemer wordt erkend. Het is het meest voor de hand liggend om deze bepaling op te nemen in titel 10 van boek 7 van het Burgerlijk Wetboek (de arbeidsovereenkomst). Terugblikkend op de in 2.3.2.4 besproken

³¹⁵ Zie ook 2.3.1.4 en 2.3.2.4.

³¹⁶ Aldus ook De Laat & Rutgers 2005, p. 1317.

rechtspraak, kan worden geconcludeerd dat zowel de Kantonrechter Venlo als de Kantonrechter Emmen te snel zijn voorbijgegaan aan de werking van de WBP, respectievelijk WPR. Voorts waren de bepalingen van de WBP (of WPR) waarschijnlijk ook van toepassing op een groot deel van de zaken behandeld in 2.3.1.4. Desondanks werd in deze rechtspraak met geen woord over de WBP of WPR gerept.

Voorwaarde voor legitimatie van de betreffende opsporingsbevoegdheden is wel, dat er meer duidelijkheid komt over de vruchten van onrechtmatig handelen door werkgevers. Uit het transparantiebeginsel vloeit weliswaar de verplichting voort dat de werkgever aangeeft hoe hij tijdens de opsporingsfase heeft gehandeld, maar eenduidige regels over het gebruik van het daaruit voortgekomen materiaal ontbreken; dit leidt tot rechtsonzekerheid en rechtsongelijkheid voor de betrokken werknemers. Niettemin kunnen de gevolgen van het gebruik van onrechtmatig verkregen materiaal voor deze werknemers zeer ingrijpend zijn. Dientengevolge rijst de vraag hoe het onrechtmatig verkregen bewijs in een civiele procedure, tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst, dient te worden gewaardeerd. Deze vraag staat in de volgende paragraaf (2.6) centraal.

2.6 Onrechtmatig verkregen bewijs³¹⁷

Zoals in 2.5. naar voren kwam (zie ook 2.4.2.5), is een vraag die nauw met de regels voor opsporing samenhangt, die naar de rechtmatigheid van het verkregen bewijs. Worden de regels niet nageleefd, dan is het daaruit voortgekomen bewijs onrechtmatig verkregen. De werkgever kan het onrechtmatig verkregen materiaal aanwenden in een arbeidsrechtelijke procedure tegen de werknemer. Hoe dient de arbeidsrechter om te gaan met het door de werkgever onrechtmatig verkregen bewijs?³¹⁸ Dient hij sancties te verbinden aan de onrechtmatige verkrijging, en zo ja, welke sancties?

³¹⁷ Voor een uitgebreide beschouwing verwijs ik naar mijn eerder in ArA verschenen artikel: M.M. Koevoets, 'Onrechtmatig verkregen bewijs in het arbeidsrecht', *ArA* 2004-3, p. 39-58.

³¹⁸ Het door werkgevers op onrechtmatige wijze verkregen bewijsmateriaal is geen onbekend onderwerp in de arbeidsrechtelijke literatuur. Roelofs schreef over onrechtmatig verkregen bewijs in verband met de wijziging van art. 139f en art. 441b van het Wetboek van Strafrecht en de gevolgen daarvan voor het gebruik in een civiele procedure van met cameratoezicht op de werkplek verkregen bewijs. Zij meende dat onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal als gevolg van strafbaar handelen van de werkgever in beginsel toch toelaatbaar is in de civiele procedure. Een verplichting tot schadevergoeding op grond van art. 6:162 BW als alternatief voor uitsluiting van onrechtmatig verkregen bewijs leek haar minder juist (L.C. Roelofs, 'Verborgene cameratoezicht op de werkplek: straks nog toelaatbaar?', *ArbeidsRecht* (10), 2003-10, p. 21-27). Jager ging in op de consequenties van de Wet bescherming persoonsgegevens (WBP) voor de arbeidsrechtpraktijk. Zij meende dat werknemers zouden kunnen bepleiten dat door werkgevers in strijd met de strenge regels van de WBP verwerkte gegevens in een personeelsdossier, niet in een geschil mogen worden betrokken (M.J. Jager, 'De Wet bescherming persoonsgegevens in de arbeidsrechtpraktijk toegepast', *ArbeidsRecht* (10), 2003-10, p. 10-16). In zijn reactie op het artikel van Jager, stelde Even dat een dergelijk gevolg hem in de regel te vergaand leek. In het civiele recht zal bewijsuitsluiting op grond

Allereerst bespreek ik in 2.6.1 de (arbeidsrechtelijke) rechtspraak.³¹⁹ Uit deze bespreking blijkt dat verschillend wordt gedacht over onrechtmatig verkregen bewijs in het arbeidsrecht. Sommige rechters laten de vraag naar de rechtmatigheid van het verkregen bewijs zelfs in het midden. In 2.6.2 bespreek ik het belang van de beoordeling van de rechtmatigheid van het bewijs. Tevens ga ik in op het belang van sancties: niet iedere rechter verbindt een sanctie aan de onrechtmatige vergaring van bewijs. In 2.6.3 ga ik in op de mogelijkheid van differentiatie in sancties. In 2.6.4 staat tot slot de vraag naar de vaststelling van de eventuele sanctie centraal.

van de onrechtmatige verkrijging ervan volgens hem niet snel aan de orde komen. Hij verwees hiervoor onder meer naar voornoemd artikel van Roelofs. Dit nam volgens hem niet weg dat een beroep op overtreding van de WBP toch nuttig kan zijn. Schending van de WBP door de werkgever zou bijvoorbeeld een rol kunnen spelen bij het vaststellen van de hoogte van de vergoeding in een art. 7:685 BW-procedure (J.H. Even, 'Reactie op "De wet bescherming persoonsgegevens in de arbeidsrechtpraktijk toegepast"', *ArbeidsRecht* (10), 2003-12, p. 37-39). Evenals Roelofs, ging Ostendorf in haar beschouwing in op de gevolgen van de wijziging van de artikelen 139f en 441b van het Wetboek van Strafrecht voor het gebruik van (heimelijk) cameratoezicht op de werkplek. Zij stelde zich de vraag of de rechter het bewijs dat is verkregen door cameratoezicht, dat niet aan de zorgvuldigheidsnormen voldoet, buiten beschouwing moet laten. Deze vraag kwam volgens haar het scherpst naar voren bij een ontslag op staande voet, waarbij het enige beschikbare bewijsmateriaal de onrechtmatig verkregen camerabeelden is. Zij meende dat de rechter ruimte heeft van onrechtmatig verkregen bewijs in een civiele procedure gebruik te maken. Daarnaast was zij van mening dat de rechter de mogelijkheid heeft zijn oordeel over de onrechtmatigheid van het verkregen bewijs mee te nemen in zijn belangenafweging en tot uitdrukking te brengen in de c-factor van de kantonrechtersformule bij de toekenning van een vergoeding (K. Ostendorf, 'Uitbreiding strafbaarstelling heimelijk cameratoezicht en de consequenties daarvan op de werkplek', *Sociaal Recht* (18), 2003-10, p. 305-310). Thierry ging in het kader van het gebruik van camera's op de werkvloer ter opsporing van strafbare feiten in op het arrest *L/Wennekes Lederwaren* en de mogelijkheid van het gebruik van onrechtmatig verkregen bewijs. Ook los van de omstandigheden die de Hoge Raad aanvoerde voor toelating hiervan, moest volgens Thierry het onrechtmatig verkregen materiaal in beginsel tot het bewijs tegen een werknemer kunnen worden gebezigd (D.M. Thierry, 'Het gebruik van camera's ter opsporing van strafbare feiten op de werkvloer', *Bedrijfsjuridische berichten* 2001-12, p. 132-134).

³¹⁹ Ook in het ambtenarenrecht wordt af en toe het verweer van onrechtmatig verkregen bewijs gevoerd: Pres. Rb. Rotterdam 27 mei 2005, *LJN* AT7586. In deze zaak ging het om een buschauffeur van het gemeentelijk vervoersbedrijf (RET), die wegens zeer ernstig plichtsverzuim oneervol disciplinair was ontslagen. De ambtenaar verzocht de rechter schorsing van het besluit en beriep zich onder meer op het feit dat de werkgever het bewijs van zijn plichtsverzuim had verkregen met behulp van de heimelijke inzet van camera's in strijd met art. 441b Sr. De RET had, na meerdere klachten van passagiers dat ze na betaling geen kaartje hadden gekregen, eerst zonder resultaat een dienstmededeling doen uitgaan. Vervolgens had de werkgever met behulp van een onopvallende camera in een aantal bussen en via observatie door een onderzoeksbureau, onderzoek verricht naar alle nachtbuschauffeurs. Uit dit onderzoek bleek dat de chauffeur zich aan zeer ernstig plichtsverzuim had schuldig gemaakt. De voorzieningenrechter was met de chauffeur van oordeel dat de inzet van het cameratoezicht in strijd met art. 441b Sr was. De chauffeur had echter geen grieven aangevoerd tegen de dynamische observatie door middel van de medewerkers van het onderzoeksbureau; dientengevolge werden de resultaten van dit onderzoek door de rechter wel bij zijn beoordeling betrokken. De rechter achtte evenwel onvoldoende aannemelijk gemaakt dat de chauffeur zich aan zeer ernstig plichtsverzuim had schuldig gemaakt. Bijgevolg was de opgelegde disciplinaire straf van ontslag in strijd met art. 3:4 Awb: de straf was onevenredig.

2.6.1 Rechtspraak³²⁰

Het Hof Den Bosch oordeelde (in kort geding) over de bruikbaarheid van een rapport van een detectivebureau. Aan het inschakelen van een detectivebureau kleefden volgens het Hof bezwaren: er is sprake van een inbreuk op de privacy en degene tegen wie het onderzoek zich richt kan in een situatie worden gebracht waarin hij zich niet uit vrije wil zou hebben begeben. Voorts viel volgens het Hof niet uit te sluiten dat de werknemer woorden in de mond waren gegeven en dat hij dus was uitgelokt. Dientengevolge achtte het Hof het rapport niet bruikbaar voor het bewijs.³²¹ Hetzelfde Hof oordeelde bijna twee jaar later dat de inzet van een privé-detective een onevenredige en ongepaste maatregel was, welke een goed werkgeefster had behoren na te laten. Dit vitieerde het rapport op zichzelf echter nog niet in dier voege, dat het onder geen omstandigheden zou mogen worden gebruikt.³²²

De Kantonrechter Rotterdam besloot aan de inhoud van een rapport van een door de werkgever ingeschakeld recherchebureau voorbij te gaan. De kantonrechter achtte de wijze waarop het rapport tot stand was gekomen zo zeer in strijd met hetgeen van een goed werkgever, die immers ook de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van haar werknemers te respecteren heeft, verlangd kan worden, dat de inhoud er van genegeerd behoorde te worden. Dientengevolge kwam het bestaan van een dringende reden niet vast te staan. Bovendien liet de kantonrechter bij de vaststelling van de ontbindingsvergoeding meewegen dat door het inschakelen van het recherchebureau inbreuk was gemaakt op de persoonlijke levenssfeer van de werknemster.³²³ De Kantonrechter Utrecht deed iets soortgelijks. De kantonrechter was van mening dat het door werkgeefster inschakelen van een detectivebureau om de gangen van een werknemer na te gaan, zonder eerst met de werknemer zelf te overleggen, een ongepaste en onevenredige maatregel was. Als gevolg hiervan was de goede naam van de werknemer aangetast. De kantonrechter sloot het rapport niet van het bewijs uit, maar compenseerde de opsporingshandelingen van de werkgever in de ontbindingsvergoeding. De kantonrechter kende de door werkgeefster verzochte ontbinding toe, met een schadevergoeding van f 90.000,-, waarvan f 10.000,- immateriële schadevergoeding vanwege de inzet van het detectivebureau.³²⁴

³²⁰ De arbeidsrechtelijke rechtspraak over onrechtmatig verkregen bewijs kan eventueel in twee categorieën worden ingedeeld: zaken waarin de rechter niet expliciet stelling neemt ten aanzien van de rechtmatigheid van het verkregen bewijs, en zaken waarin de rechter dat wel doet. De tweede categorie kan verder worden onderverdeeld in vier subcategorieën: zaken waarin de rechter geen consequenties aan de onrechtmatigheid verbindt, zaken waarin de rechter het onrechtmatig verkregen materiaal uitsluit van het bewijs, zaken waarin de rechter de onrechtmatige verkrijging op een andere wijze sanctioneert en tot slot de zaken waarin de rechter het bewijs als rechtmatig verkregen beoordeelt (zie Koevoets 2004, p. 42-46).

³²¹ Hof 's-Hertogenbosch 16 januari 1991, *NJ* 1991, 637.

³²² Hof 's-Hertogenbosch 2 december 1992, *NJ* 1993, 327.

³²³ Ktr. Rotterdam 19 december 1997, *Prg.* 1998, 4946.

³²⁴ Ktr. Utrecht 15 februari 1993, *JAR* 1993, 160.

Een uitspraak van de Rechtbank Utrecht sluit bij de twee voornoemde uitspraken aan. De werkgever (LBP) had bedrijfsrecherchebureau Hoffman de opdracht gegeven onderzoek te doen naar een werknemer/statutair directeur (Kupers).³²⁵ LBP had het vermoeden dat Kupers zich niet aan de bepalingen van het concurrentiebeding hield. Naar aanleiding van de bevindingen uit de telefoontaps besloot LBP een ontbindingsverzoek in te dienen. Kupers verweerde zich primair met de stelling dat het met de telefoontaps verzamelde bewijsmateriaal op onrechtmatige wijze was verkregen. De rechtbank kwam na afweging van alle omstandigheden tot de conclusie dat de aanwijzingen die LBP had gehad om Kupers te verdenken onvoldoende waren om een zo ingrijpend middel als het afluisteren van de telefoon toe te passen. Het uit het 'aftappen' van Kupers' telefoon verkregen bewijsmateriaal moest in beginsel dan ook als onrechtmatig verkregen worden aangemerkt. Dit betekende volgens de rechtbank niet dat bewijsmateriaal als het onderhavige, ongeacht de inhoud daarvan, onder alle omstandigheden buiten beschouwing moet worden gelaten. Hierbij dienden het belang van de werknemer, om aan niet al te vergaande maatregelen van zijn werkgever te worden blootgesteld, en het belang van de werkgever, bij het achterhalen van de waarheid, tegen elkaar te worden afgewogen. Uit hetgeen kon worden afgeleid uit de transcripten van de telefoontap, maakte de rechtbank op dat Kupers zich schuldig had gemaakt aan onbehoorlijk handelen jegens zijn werkgeefster. Gelet op de resultaten van de telefoontap, in relatie tot het belang van LBP, was de rechtbank van oordeel dat het uit de telefoontaps verkregen bewijsmateriaal wel meegewogen kon en moest worden. De rechtbank voegde aan haar overwegingen evenwel toe dat ze rekening hield met het verwijt dat de werkgever viel te maken ten aanzien van de ingrijpendheid van de, door haar, jegens Kupers ingezette opsporingsmiddelen. De rechtbank kende het ontbindingsverzoek toe, maar achtte, rekening houdend met de ingezette opsporingsmethode, een vergoeding billijk van f 205.350,-.³²⁶

Ook de Kantonrechter Gouda oordeelde dat, mede in verband met de bijzondere aard van de arbeidsverhouding, het inschakelen van een detectivebureau een ongepaste maatregel was: de tegen de werknemer bestaande verdenking berustte slechts op een anonieme telefonische mededeling. Niettemin kwam aan het rapport wel bewijskracht toe. Dit oordeel steunde volgens de kantonrechter op de omstandigheid dat de waarnemingen in het rapport geen inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van de werknemer vormden. Bovendien was de werknemer niet bereid geweest in een gesprek met de werkgever eigener beweging opening van zaken te geven.³²⁷

³²⁵ Bovendien had LBP in aanvulling van dit onderzoek zelf gedurende een periode van drie weken de telefoongesprekken van Kupers opgenomen.

³²⁶ Dit was een vergoeding die gelijk was aan de helft van de som waarvoor plaats zou zijn indien aan Kupers geen verwijt van betekenis viel te maken. Rb. Utrecht 25 september 1996, *JAR* 1997, 6. Zie uitgebreid over deze uitspraak H.H. de Vries, 'Afluisteren van telefoongesprek -onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal', *ArbeidsRecht* 1997-3, p. 13-17.

³²⁷ Ktr. Gouda 27 mei 1999, *KG* 1999, 161.

Volgens de Rechtbank Amsterdam was het vergaren van bewijs door de werkgever door het lezen van faxen die hij op het bureau van de werknemer had aangetroffen, hoewel ongepast jegens de werknemer, onvoldoende om de gevolgtrekking te rechtvaardigen dat de faxen als onrechtmatig verkregen niet meer tot het bewijs konden bijdragen. Indien de werkgever de betreffende documenten onder zich zou hebben gekregen door diefstal uit de tas van de werknemer, had de afweging tussen waarheidsvinding en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de werknemer, volgens de rechtbank anders kunnen uitvallen.³²⁸

De Kantonrechter Zwolle kreeg bewijs voorgelegd in de vorm van een door een werknemster van een bank afgelegde verklaring. In deze verklaring gaf de werknemster toe dat zij negen oneigenlijke offertes had opgemaakt en verzonden. De werknemster stelde bij de kantonrechter dat de verklaring onder ongeoorloofde druk van de afdeling Veiligheidszaken van het bedrijf was afgelegd. De tijdens het verhoor afgelegde verklaring zou niet in vrijheid zijn afgelegd en ondertekend. Volgens de kantonrechter werd dit door de bank gemotiveerd weersproken. De werknemster was voorts niet concreet genoeg over hoe zij dan onder ongeoorloofde druk was gezet, waarbij zij evenmin had aangegeven op welke onderdelen haar verklaring niet volledig of niet juist was. De kantonrechter overwoog dat uit de schoorvoetende erkenning van de bank dat het gesprek met de werknemster “wat stevig” is geweest, nog niet volgde dat met de door de werknemster afgelegde en zonder enig voorbehoud ondertekende verklaring geen rekening kon worden gehouden.³²⁹

De Kantonrechter Amsterdam kreeg bewijs voorgelegd in de vorm van een in opdracht van de werkgever uitgevoerd DNA-onderzoek. Een ziekenhuismedewerkster had een bedreigende brief gekregen en vermoedde te weten welke collega haar deze brief had gestuurd. De werkgever liet een handschriftonderzoek doen, waarbij de brief uitsluitend werd vergeleken met het handschrift van de verdachte collega. Uit dit onderzoek volgde dat deze werknemster de vermoedelijke dader was, maar 100% zekerheid was er niet. De werkgever verzocht daarop alle werknemers mee te werken aan een bloedonderzoek. De verdachte werknemster werkte aan dit DNA-onderzoek mee, maar vroeg achteraf haar bloedmonster terug. Niettemin waren de resultaten op dat moment al bekend: de betreffende werknemster was de dader. De werkgever verzocht ontbinding van de arbeidsovereenkomst primair wegens een dringende reden, subsidiair wegens een gewichtige reden. De kantonrechter ging weliswaar tot ontbinding over, maar liet het door de werkgever aangevoerde DNA-bewijs buiten beschouwing. De kantonrechter overwoog dat deze onderzoeksmethode zeer ingrijpend was. Bovendien had de werkgever de

³²⁸ Rb. Amsterdam 20 mei 1998, *JAR* 1998, 135. Overigens had de werknemer wel aangevoerd dat de werkgever de documenten uit zijn tas had gestolen. De rechtbank overwoog dat de werkgever dit voldoende gemotiveerd had ontkend en het daarom op de weg van de werknemer had gelegen op dit punt een voldoende concreet bewijsaanbod te doen, hetgeen hij had nagelaten.

³²⁹ Ktr. Zwolle 24 mei 2005, *JIN* 2005, 299.

werknemer nooit geconfronteerd met haar vermoedens en was onduidelijk waarop dit vermoeden was gestoeld. Nu de werknemer had verzocht het onderzoek stop te zetten, had de werkgever geen gebruik mogen maken van de resultaten uit het onderzoek. Bijgevolg liet de kantonrechter het uit het DNA-onderzoek verkregen bewijsmateriaal buiten beschouwing. Het gevolg was dat niet kwam vast te staan dat de werknemster schuldig was aan het schrijven van de brief. De kantonrechter ging toch tot ontbinding over, aangezien verdere vruchtbare samenwerking niet meer mogelijk was. Dit kwam echter voor rekening van de werkgever: de kantonrechter paste in het kader van de kantonrechtersformule de correctiefactor 1,5 toe.³³⁰

De Kantonrechter Haarlem kreeg het verweer van een werknemer voorgelegd dat de werkgever (KLM) het bewijs onrechtmatig had verkregen. Tijdens zijn afwezigheid had de werkgever privé-spullen in zijn bureaula doorzocht, zijn computer onderzocht en een diskette met het label privé' afgelezen. Deze manier van bewijsgaring was volgens de werknemer onrechtmatig zodat het bewijs niet mocht bijdragen aan de overtuiging van wangedrag van de werknemer. De kantonrechter overwoog dat van een zekere 'privétisering' op de werkplek sprake was. Dit had tot gevolg dat de werkgever de privacy van privé-contacten van de werknemer behoort te waarborgen. De persoonlijke inhoud van het e-mailverkeer van de werknemer werd daarom buiten beschouwing gelaten. Dit lag evenwel anders ten aanzien van afbeeldingen van gewelddadige en pornografische aard die de werknemer met zijn persoonlijke e-mails placht mee te sturen. Het stond een werkgever volgens de kantonrechter vrij haar netwerk te onderzoeken op dit soort gebruik. De kantonrechter overwoog:

'Van onrechtmatig verkregen bewijs is dan geen sprake, wat de betekenis van dat begrip ook zou zijn in een procedure als deze.'³³¹

Ook de uitdraai die KLM had gemaakt van de gegevens van haar eigen telefoon/telefaxnetwerk, kon niet als onrechtmatig verkregen bewijs worden gekwalificeerd.

Ook de Kantonrechter Amsterdam verwierp het bewijsverweer van de betrokken werknemer. Bij softwarebedrijf CTI was na een telefoontje de verdenking gerezen dat een werknemer zijn contractuele geheimhoudingsverplichting ten aanzien van alle klant- en maatschappijgegevens schond. Daarop had CTI de pc van de betreffende werknemer nagekeken en een drietal aan een concurrent gerichte mailtjes aangetroffen. De werknemer werd op staande voet ontslagen en CTI vorderde veroordeling van de werknemer tot betaling van de boete uit het boetebeding. De werknemer voerde onder meer als verweer aan, dat CTI het bewijs van de overtreding had verkregen door inbreuk te maken op zijn recht op privacy. De kantonrechter verwierp het argument dat

³³⁰ Ktr. Amsterdam 19 oktober 2005, *JAR* 2006, 1.

³³¹ Ktr. Haarlem 16 juni 2000, *JAR* 2000, 170.

de e-mails op onrechtmatige wijze waren verkregen. Het bracht althans niet mee dat CTI ze niet als bewijs mocht gebruiken.³³²

De Kantonrechter Amsterdam kreeg in een door de werkgever geëntameerde ontbindingsprocedure bewijs voorgelegd verkregen met een verborgen videocamera. De kantonrechter overwoog dat de beelden niet onrechtmatig waren verkregen, nu er een concrete aanwijzing was van georganiseerde diefstallen binnen het bedrijf.³³³

Ook de voorzieningenrechter te Haarlem kreeg het bewijsverweer van onrechtmatig verkregen camerabeelden voorgelegd. De bedrijfsrecherche van Schiphol had heimelijk camera's geplaatst naar aanleiding van vermoedens dat werknemers (monteurs van de Storingsdienst) tijdens het werk sliepen. Naar aanleiding van de verkregen beelden werden vijf werknemers op staande voet ontslagen. De werknemers beriepen zich op nietigheid van het ontslag en vorderden doorbetaling van het loon. Aan hun vordering legden zij onder meer ten grondslag, dat Schiphol hen niet voldoende duidelijk had gewaarschuwd voor de mogelijke gevolgen van slapen tijdens werktijd. Voorts legden ze aan hun vordering ten grondslag dat de camerabeelden onrechtmatig waren verkregen en Schiphol zich zelfs strafbaar had gedragen: Schiphol had haar werknemers niet op voldoende duidelijke wijze in kennis gesteld van het heimelijk cameratoezicht. De voorzieningenrechter oordeelde dat Schiphol inderdaad niet aan de voorwaarden van art. 139f Sr had voldaan, door het heimelijk cameratoezicht niet vooraf kenbaar te maken. De goedkeuring en/of instemming van de (voorzitter van) de Centrale Ondernemingsraad maakte dit volgens de voorzieningenrechter niet anders. Niettemin oordeelde de rechter dat in het midden kon blijven of de het door het cameratoezicht verkregen (onrechtmatig) bewijs in deze civiele procedure buiten beschouwing diende te blijven. Het verweer dat de werknemers niet tijdig en deugdelijk waren gewaarschuwd voor de mogelijke gevolgen van slapen tijdens werktijd slaagde reeds. De handelwijze van Schiphol werd nog wel in de overwegingen met betrekking tot de rechtsgeldigheid van het ontslag op staande voet ten nadele van Schiphol meegewogen.³³⁴

De Kantonrechter Haarlem kreeg eveneens een ontbindingsverzoek voorgelegd naar aanleiding van bewijs verkregen met een verborgen camera. Meldingen van vermissing van kleine geldbedragen was voor de werkgever (een zorgcentrum) aanleiding een camera in de kleedruimte van het personeel te plaatsen. Met behulp van de camera werd geconstateerd dat de werkneemster € 0,50 uit de jas van een collega pakte. De werkneemster heeft vervolgens bekend en is geschorst. Volgens de kantonrechter had de werkneemster zichzelf

³³² Ktr. Amsterdam 24 april 2002, *JAR* 2002, 174.

³³³ Ktr. Amsterdam 8 september 2003, *JAR* 2003, 230. Verder overwoog de kantonrechter nog dat beslist onaannemelijk was dat de beelden waren gemanipuleerd, nu ze waren voorzien van een doorlopende tijdaanduiding een duidelijke samenhang en voortgang vertonen. Dit komt overeen met de vereisten van art. 9-14 van de WBP, maar hier wordt niet naar verwezen (zie 2.3.2.3).

³³⁴ Rb. Haarlem 22 december 2004, *JIN* 2005, 56, m. nt. van W.A. Zondag.

hiermee onmogelijk gemaakt, met name ten opzichte van haar collega's die haar niet meer vertrouwden. De omstandigheden dat de werkneemster ten tijde van de diefstal in een staat van overspannenheid verkeerde, reeds 10 jaar in dienst was het een oudere werkneemster betrof (59 jaar), waren volgens de kantonrechter wellicht verzachtende omstandigheden in het strafrecht, maar een strafrechtelijke sanctie was niet aan de orde. Dat de diefstal was ontdekt met een verborgen camera in de kleedkamer deed niet af aan het feit dat van de werkgever in redelijkheid niet kon worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren; het was de werkneemster bekend dat in het tehuis door middel van camera's toezicht werd gehouden op haar en andermans eigendommen. De kantonrechter overwoog dat het uiteraard een verrassing voor haar was dat er opeens ook een camera in de kleedkamer hing, maar dat maakte de bewijsgaring volgens de rechter (in elk geval civielrechtelijk) nog niet onrechtmatig.³³⁵ Aangezien de ontbinding van de arbeidsovereenkomst aan de werkneemster was te wijten, althans in haar risico sfeer lag, kende de kantonrechter de werkneemster geen vergoeding toe.³³⁶

Tot slot heeft ook de Hoge Raad een bewijsverweer van een werknemer moeten beoordelen: de zaak *L/Wennekes Lederwaren*.³³⁷ Een werkgever, Wennekes, had bedrijfsrecherchebureau Hoffman ingeschakeld om verduistering binnen het bedrijf op te sporen. Naar aanleiding hiervan kwamen twee gevallen van diefstal aan het licht, waaronder die door werkneemster L.³³⁸ De werkneemster werd met deze video-opnamen geconfronteerd, waarna ze op staande voet werd ontslagen wegens het verduisteren van geld uit de kassa.³³⁹ Wennekes had volgens L echter een ernstige inbreuk op de privacy van haar werknemers gemaakt.³⁴⁰ Deze inbreuk was volgens L niet gerechtvaardigd,

³³⁵ De kantonrechter slaat de plank hier naar mijn mening volledig mis: er was niet alleen sprake van niet-kenbaar gemaakt verborgen cameratoezicht, hetgeen op grond van art. 139f Sr strafbaar is, maar het ging ook nog om een verborgen camera in een kleedruimte. In het kader van het wetsvoorstel uitbreiding strafbaarstelling heimelijk cameratoezicht is zelfs apart stil gestaan bij cameratoezicht in pashokjes en kleedruimten. De minister van justitie (Donner) merkte op dat op dergelijke plaatsen, waar de verwachting van eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer over het algemeen hoog kan worden geacht, hoge eisen mogen worden gesteld aan de wijze waarop de camera's kenbaar zijn gemaakt. De aanwezigheid dient op ondubbelzinnige wijze kenbaar te worden gemaakt op de plaats zelf. Het is duidelijk dat de werkgever in bovenstaande zaak niet aan het kenbaarheidsvereiste had voldaan en dus in ieder geval strafbaar heeft gehandeld (*Kamerstukken II* 2001/02, 27 732, nr. 9, p. 1-2). Bovendien is deze vorm van verwerking van persoonsgegevens hoogstwaarschijnlijk in strijd met het noodzakelijkheidsvereiste en de andere bepalingen van de WBP: juist bij het bevestigen van een camera in een privacygevoelige omgeving als een kleedruimte speelt de naleving van de WBP-normen een belangrijke rol. De conclusie had dan ook moeten zijn dat de werkgever zich schuldig had gemaakt aan onrechtmatige bewijsvergaring.

³³⁶ Ktr. Haarlem 25 oktober 2005, *LJN* AU5582.

³³⁷ Zie over dit arrest in verband met onrechtmatig verkregen bewijs ook: W.A. Zondag, 'Opsporing van interne criminaliteit door de werkgever: de verborgen videocamera', *ArA* 2001-3, p. 91-105.

³³⁸ Op (geheime) videobeelden was te zien dat L een portemonnee verkoopt, deze verkoop niet registreert op de kassa en na ontvangst van de betaling door de klant het bedrag in haar handtas stopt, die opgeborgen is in een kast achter de toonbank.

³³⁹ Werkneemster ontkende overigens uitdrukkelijk dat zij gelden zou hebben ontvreemd uit de kassa.

³⁴⁰ Opmerkelijk is dat de werkneemster geen beroep deed op art. 139f (oud) Sr. De zaak speelde zich weliswaar af vóór de wetwijziging van art. 441b Sr (zie 2.3.4.1), maar ook onder het regime van het

omdat werknemers hiervoor behoren te worden gewaarschuwd. Het recherchebureau had daarentegen zonder medeweten van de werknemers camera's geplaatst. L beriep zich er dan ook op dat met de geheime opnamen een ongerechtvaardigde inbreuk op haar privacy was gemaakt en dat het bewijsmateriaal als gevolg daarvan onrechtmatig was verkregen. De Hoge Raad behandelde eerst de vraag of sprake was van een ongeoorloofde inbreuk op het recht op privacy. Hij overwoog dat dienaangaande van belang was dat een concreet vermoeden bestond dat een van de werknemers zich schuldig maakte aan strafbare feiten en dit vermoeden anders dan met gebruikmaking van een verborgen camera niet zou kunnen worden gestaafd. Nu enerzijds Wennekes aldus een gerechtvaardigd belang had door middel van een geheime videocamera opnamen te maken, terwijl anderzijds de opnamen slechts de gedragingen bij de kassa betroffen, moest worden aangenomen dat ook indien Wennekes bij het onderzoek inbreuk op het privé-leven van L zou hebben gemaakt, dit nog niet betekende dat dit bewijsmateriaal niet in de procedure mocht worden gebruikt.³⁴¹

2.6.2 De beoordeling van de rechtmatigheid en het belang van sancties

Uit de jurisprudentie blijkt dat niet alle rechters expliciet stelling nemen ten aanzien van de rechtmatigheid, maar direct overgaan tot de vraag naar de toelaatbaarheid van het bewijs (bijvoorbeeld de Hoge Raad in de zaak *L/Wennekes Lederwaren*). Naar mijn mening dient een rechter die wordt geconfronteerd met door de werkgever verzameld bewijsmateriaal, altijd als eerste de rechtmatigheid van de bewijsvergaring en het gebruik te beoordelen: hij mag niet zijn ogen sluiten voor eventuele misstanden bij het verzamelen van het bewijs.³⁴² Dit vloeit mede voort uit het in art. 6 lid 1 EVRM neergelegde

oude artikel was het heimelijk gebruik van camera's ter waarneming van werknemers in een winkel reeds strafbaar (*Handelingen I* 2002/03, nr. 23, p. 737 en *Kamerstukken II* 2001/02, 27 732, nr. 7, p. 10). Overigens liep de A-G vooruit op het wetsvoorstel, maar zag daarin geen argument om het mogelijk op strafbare wijze vergaarde materiaal van het bewijs uit te sluiten (r.o. 3.50).

³⁴¹ HR 27 april 2001, *JAR* 2001, 95. Zie voor een gelijksoortige zaak over heimelijk cameratoezicht Ktr. Zwolle 11 november 2005, *JIN* 2005, 458: de werkgever had het heimelijk cameratoezicht voorgelegd aan de ondernemingsraad en daarmee, volgens de kantonrechter, aan het kenbaarheidsvereiste ex art. 139f Sr voldaan. Gelet op het feit dat de werkgever al met andere maatregelen had geprobeerd de diefstal op te helderen, hetgeen niet was gelukt, oordeelde de kantonrechter bovendien dat de werkgever een redelijk belang had bij de inzet van heimelijk cameratoezicht: van onrechtmatig verkregen bewijs was geen sprake. De kantonrechter overwoog bovendien, met verwijzing naar *L/Wennekes lederwaren*, dat het verkrijgen van videobeelden in strijd met art. 139f Sr niet zonder meer betekende dat de opnamen niet een civiele procedure als bewijsmiddel zouden mogen worden gebruikt.

³⁴² De vergaring en het gebruik dienen samen te worden beoordeeld. Snijders wees er op dat de rechter anders zou vervallen in een 'Pilatusrol' (H.J. Snijders, *Op de grens van burgerlijk recht en burgerlijk procesrecht* (oratie Rotterdam), Arnhem: Gouda Quint, Deventer: Kluwer, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992, p. 59). Waarschijnlijk refereerde hij hiermee aan de uitdrukking 'dat heeft Pilatus zo geschreven', waarmee volgens de Dikke van Dale wordt bedoeld 'aldus is beslist en daaraan is niets meer te veranderen'. Met andere woorden, de rechter dient zijn oordeel toereikend te motiveren. Dit geldt naar mijn mening des te meer indien de werkgever bij de opsporing inbreuk heeft gemaakt op een wettelijke strafbepaling als art. 139f Sr. De wetgever heeft met deze wettelijke bepaling expliciet

fundamentele recht op een eerlijk proces.³⁴³ De beoordeling en waardering van het bewijs door de rechter, moeten plaatsvinden in het licht van dit fundamentele recht. Met de beoordeling van de rechtmatigheid van het bewijs worden de rechtszekerheid en rechtsgelijkheid gediend. Door middel van de motivering van zijn oordeel over de rechtmatigheid van de verkrijging, kan de rechter de grenzen bevestigen die worden gesteld aan de opsporingsbevoegdheid van werkgevers.³⁴⁴ Zo motiveerde de Kantonrechter Haarlem zijn oordeel dat het bewijs niet onrechtmatig was vergaard in onvoldoende mate: hij ging volledig voorbij aan de normerende werking van art. 139f Sr en de bepalingen van de WBP (zie 2.6.1).³⁴⁵

Het overslaan van de waardering van het bewijs bergt overigens het gevaar in zich, dat uit het oordeel over de toelaatbaarheid van het bewijs, de rechtmatigheid van de bewijsgaring wordt afgeleid, in plaats van andersom.³⁴⁶ De vraag naar de rechtmatigheid van de verkrijging van het bewijs is een voorvraag, die moet worden beantwoord alvorens een antwoord kan worden gegeven op de vraag of het bewijs wel of niet tot de procedure kan worden toegelaten. Is het bewijs rechtmatig verkregen, dan staat niets in de weg aan toelating van het materiaal tot het bewijs.³⁴⁷ De vaststelling dat het bewijs daarentegen onrechtmatig is verkregen, is tevens van belang voor de eventuele sanctie: bij de vaststelling van de rechtmatigheid spelen de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit een belangrijke rol (zie 2.3.2 en 2.5.4). De mate waarin deze beginselen zijn geschonden, is bepalend voor het antwoord op de vraag of een sanctie wordt opgelegd en zo ja, welke.³⁴⁸

In de rechtspraak wordt niet altijd een sanctie verbonden aan de conclusie dat de werkgever het bewijs op onrechtmatige wijze heeft verkregen (zie bijvoorbeeld Kantonrechter Gouda³⁴⁹). Naar mijn mening zou dit wel moeten.³⁵⁰ Ter behoud van het evenwicht tussen waarheidsvinding en

duidelijk gemaakt dat het van tevoren niet kenbaar gemaakt heimelijk cameratoezicht ongewenst is. Bijgevolg is het strafbaar gesteld. De civiele rechter kan bij de beoordeling van het door de werkgever in strijd met deze bepaling verkregen bewijsmateriaal niet om de wil van de wetgever heen. Hij behoort daaraan tegemoet te komen door in zijn motivering expliciet in te gaan op deze onrechtmatigheid en de consequenties daarvan (aldus ook Ostendorf 2003, p. 309).

³⁴³ Art. 6 EVRM is een ieder verbindende verdragsbepaling, waaraan de betrokken werknemer in een arbeidsrechtelijke procedure rechten en plichten kan ontleen.

³⁴⁴ Embregts 2003, p. 49. Met name indien wordt besloten tot toelating van onrechtmatig verkregen bewijs, behoort de rechter zijn oordeel dan ook voldoende te motiveren (Aldus ook De Vries 2003, p. 245, 246. Volgens haar is het belangrijk dat de rechter de uitspraak goed motiveert, met het oog op de verdere ontwikkeling van het leerstuk van het onrechtmatig verkregen bewijs in het civiele recht. Zie ook P.F van der Heijden, 'De verborgen videocamera en de verborgen rechter', *NJB* 1992-10, p. 329-330).

³⁴⁵ Ktr. Haarlem 25 oktober 2005, *LJN* AU5582.

³⁴⁶ Kremer 1999, p. 13.

³⁴⁷ Zie ook Embregts 2003, p. 48-49.

³⁴⁸ Zie voor toepassing van deze beginselen bijvoorbeeld de overwegingen van zowel de Hoge Raad, de Rechtbank, als de A-G in de zaak *L/Wennekes Lederwaren*.

³⁴⁹ Ktr. Gouda 27 mei 1999, *KG* 1999, 161.

³⁵⁰ De arbeidsrechter moet wel altijd rekening houden met de mogelijkheid dat de werknemer al een beroep heeft gedaan op de onrechtmatigheid van het handelen van de werkgever, en naar aanleiding

rechtsbescherming is het van belang dat de regels die zien op rechtsbescherming ook daadwerkelijk worden nageleefd: deze regels legitimeren uiteindelijk de uitoefening van de opsporingsbevoegdheid. Dientengevolge is het van belang dat er voor de werkgever een stok achter de deur is om deze regels na te leven. Indien de werkgever weet dat het schenden van de regels tot een sanctie in de arbeidsrechtelijke sfeer leidt, zal hij bij de bewijsgaring (nog) zorgvuldiger te werk gaan: de schending kan wellicht in de weg staan aan de geldigheid van een ontslag op staande voet, of tot kennelijke onredelijkheid van een gewoon ontslag leiden (zie 2.6.3).³⁵¹ Het praktische element van deze redenering kan worden aangeduid als het preventieargument: het dreigen met sancties stuurt het handelen van de werkgever in de goede richting.³⁵² Bijgevolg dragen de sancties bij aan de legitimatie van de opsporingsbevoegdheid (legitimatieargument).

2.6.3 Differentiatie in sancties

Indien blijkt dat de werkgever het bewijs op onrechtmatige wijze heeft verkregen, staat de arbeidsrechter voor de keuze welke sanctie hij oplegt. Deze hoeft niet altijd te bestaan uit de uitsluiting van het onrechtmatig verkregen bewijs: differentiatie in sancties is niet alleen mogelijk, maar ook wenselijk.

Allereerst de *mogelijkheid* van differentiatie. Naast de sanctie van bewijsuitsluiting, kan worden gedacht aan de (al eerder in de literatuur naar voren gebrachte) sanctie van schadevergoeding (ex art. 7:681 BW, wegens kennelijke onredelijkheid van het ontslag).³⁵³ Bij een ontbinding van de arbeidsovereenkomst kan de onrechtmatigheid tot uitdrukking worden gebracht in de c-factor van de Kantonrechttersformule (zie bijvoorbeeld de uitspraken van

daarvan reeds een schadevergoeding heeft gekregen. De rechter blijft uiteraard vrij in de waardering van het bewijs, maar in die situatie bestaat vanuit de gedachte van preventie en legitimatie geen grond meer voor sanctionering van de werkgever.

³⁵¹ Snijders 1992, p. 58 zegt over de vergelijking strafproces en burgerlijk proces ten aanzien van het gebruik in rechte van onrechtmatig verkregen bewijs: 'Niettemin treedt in zoverre een parallel op, dat de wijze van behandeling van onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal in het burgerlijk proces niet mag prikkelen tot misdadige bewijsgaring.'

³⁵² Vergelijk het strafrechtelijke preventieargument voor uitsluiting van onrechtmatig verkregen bewijs (zie 2.4.2.5).

³⁵³ Ostendorf 2003, p. 309; Kremer 1999, p. 305-306. Roelofs 2003, p. 26 lijkt een verplichting tot schadevergoeding minder juist, aangezien dat bijvoorbeeld zou betekenen dat gevolgschade – schade die erin is gelegen dat het geding mogelijk een nadeliger uitkomst voor de getroffene heeft dan zonder het onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal het geval zou zijn geweest – voor vergoeding in aanmerking komt. Dit lijkt haar onjuist omdat het volgens haar geen schade aan een rechtmatig belang betreft. Naar mijn mening is de beantwoording van de vraag of de gevolgschade wel of niet voor vergoeding in aanmerking komt niet relevant, aangezien de door de werkgever te betalen schadeloosstelling niet ziet op de vergoeding van de gevolgschade, maar op de preventie van het niet-naleven van de op opsporing toepasselijke regels. De door de werkgever te betalen vergoeding moet in de eerste plaats dan ook als een sanctie in de vorm van een boete worden beschouwd. Dat deze ten gunste van de betrokken werknemer komt, is voor de hand liggend aangezien de geschonden regels zijn rechten beogen te beschermen. Behalve als sanctie kan de vergoeding op deze wijze fungeren als schadevergoeding voor de gemaakte inbreuk op de rechten van de getroffen werknemer. Dat het daarbij geen schade aan een rechtmatig belang zou betreffen, zoals Roelofs met verwijzing naar Kremer stelt, is naar mijn mening onjuist

de Kantonrechter Utrecht³⁵⁴ en van de Rechtbank Utrecht³⁵⁵). Voorts kan worden gedifferentieerd in de hoogte van de schade- of ontbindingsvergoeding. Zoals gezegd is differentiatie ook *wenselijk*. De door de werkgever geschonden regel beoogt niet altijd een fundamenteel belang te beschermen. Bovendien zal het schenden van een regel, de betrokken werknemer niet altijd in zijn belangen schaden. Daar komt bij dat partijen tegenover elkaar staan in een privaatrechtelijke verhouding en procedure. Dientengevolge behoort niet alleen met de rechten en belangen van de werknemer, maar ook met die van de werkgever rekening te worden gehouden. Zo heeft de werkgever het recht de veiligheid in en om zijn bedrijf te waarborgen.³⁵⁶ Deze private belangen van de werkgever vormen in een civiele procedure, als tegenhanger van de belangen van de werknemer, een belangrijke factor bij de toetsing van het handelen van de werkgever aan de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit. Differentiatie in sanctionering sluit ook aan bij de ontwikkeling tot responsabilisering (zie 2.2).³⁵⁷ Bij het bepalen van de sanctie, behoort naar mijn mening ook met deze ontwikkeling rekening te worden gehouden. De arbeidsrechter kan dit doen door de werkgever de kleine onregelmatigheden gedurende het uitgevoerde onderzoek niet, of niet al te zwaar, aan te rekenen.

2.6.4 Vaststelling van de sanctie en de mogelijkheid van bewijsuitsluiting

De arbeidsrechter kan dus uit verschillende sancties kiezen. De vraag die rijst, is aan de hand van welke criteria de arbeidsrechter de juiste sanctie dient vast te stellen. Uit de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit, en uit het preventie- en legitimatieargument voor sanctionering van onrechtmatige bewijsgaring, kan de volgende regel worden afgeleid: de vaststelling van de sanctie is het resultaat van de afweging tussen het belang dat de geschonden bepaling beoogde te beschermen en de mate waarin dit belang daadwerkelijk is geschonden enerzijds, en de te beschermen belangen van de werkgever bij de schending anderzijds. Hoe groter het belang en de schending zijn, en hoe kleiner het belang van de werkgever is, hoe zwaarder de sanctie dient te zijn en vice versa. Is sprake van een geringe schending van een ondergeschikt belang van de werknemer tegenover een groot belang van de werkgever (bijvoorbeeld de veiligheid van de medewerkers of derden), dan kan onder omstandigheden worden afgezien van een sanctie. Het is dan wel van groot belang dat de rechter zijn oordeel uitvoerig motiveert.

³⁵⁴ Ktr. Utrecht 15 februari 1993, *JAR* 1993, 160.

³⁵⁵ Rb. Utrecht 25 september 1996, *JAR* 1997, 6.

³⁵⁶ Dit betreft weliswaar geen fundamenteel recht, maar men zou kunnen betogen dat het recht op veiligheid een grondrecht zou moeten zijn (zie U. Rosenthal & E.R. Muller, 'Het grondrecht op veiligheid', in: Muller 2004, p. 59-69).

³⁵⁷ Zie hierover uitgebreid: Garland 2001, p. 124 e.v. Hij gebruikt de term 'responsibilization strategy', welke hij ontleent aan Pat O'Malley, die de term 'responsibilize' gebruikte.

Uitsluiting van het onrechtmatig verkregen bewijs kan als de zwaarste sanctie worden aangemerkt.³⁵⁸ Kremer en Embregts verschillen van mening over de mogelijkheid van uitsluiting van onrechtmatig verkregen bewijs. Volgens Kremer bestaat geen grondslag voor bewijsuitsluiting als rechtsgevolg van onrechtmatige bewijsgaring.³⁵⁹ Embregts merkt daarentegen op dat in het civiele veld geen verdeeldheid bestaat over de vraag of bewijsuitsluiting een passende consequentie is bij onrechtmatig verkregen bewijs.

‘Het is niet zozeer de vraag *of* bewijsuitsluiting een passende sanctie is, maar de vraag *wanneer* die consequentie precies verbonden moet worden aan onrechtmatige bewijsgaring, die de civilisten bezighoudt.’³⁶⁰

Naar mijn mening is de uitsluiting van onrechtmatig verkregen bewijs als sanctie in een arbeidsrechtelijke procedure mogelijk.³⁶¹ De beginselen van

³⁵⁸ Heeft het onrechtmatig verkregen bewijs tot een ontslag op staande voet geleid (zoals in de zaak L/Wennekes Lederwaren), welk ontslag door de werknemer wordt aangevochten, dan zou zelfs kunnen worden overwogen het materiaal uit te sluiten van het bewijs dat sprake is van een dringende reden. Zie ook Ostendorf 2003, p. 308. In de Belgische rechtspraak zijn meerdere voorbeelden terug te vinden, waarin de rechter het onrechtmatig verkregen materiaal niet tot het bewijs van een dringende reden toeliet (zie Lacevic & Zondag 2004, p. 94-96). Dit betekent niet dat de onrechtmatigheid van het verkregen bewijs per definitie in de weg staat aan de geldigheid van een daarop gebaseerd ontslag op staande voet. Dit is alleen het geval indien de belangenafweging zodanig in het nadeel van de werkgever uitvalt, dat de enige juiste sanctie het uitsluiten van het onrechtmatig verkregen bewijs is, en de overige omstandigheden geen dringende reden opleveren. Is dit niet het geval, en moet derhalve worden geconcludeerd dat sprake was van een geldig ontslag op staande voet, dan resteert de betrokken werknemer niets anders dan een actie uit wanprestatie vanwege het schenden van de contractuele verplichting zich als goed werkgever te gedragen of een actie op grond van art. 49 van de Wet bescherming persoonsgegevens (WBP). Anders dan Roelofs ben ik van mening dat bij een terecht gegeven ontslag op staande voet de schadeplichtigheid van de werknemer ex art. 7:677 lid 3 BW niet in de weg staat aan schadeplichtigheid van de werkgever op grond van art. 6:74 BW of art. 49 WBP vanwege de onrechtmatige wijze van verzameling van het bewijs (Roelofs 2003, p. 26). De schadeplichtigheid van de werkgever is immers niet gerelateerd aan het ontslag op staande voet of de gevolgen daarvan voor de werknemer, maar aan de wijze waarop hij het bewijs heeft verzameld (dit is een andere situatie dan die zich voordeed in het arrest Schoenmaker. In dat arrest ging het om de vraag of een terecht gegeven ontslag op staande voet in de weg staat aan de kennelijke onredelijkheid van dat ontslag. De Hoge Raad beantwoordde deze vraag bevestigend en achtte daarvoor mede van belang dat de werknemer op grond van art. 7:677 lid 3 BW schadeplichtig was geworden jegens de werkgever (HR 12 februari 1999, *NJ* 1999, 643).

³⁵⁹ Kremer 1999, p. 304-308.

³⁶⁰ Embregts 2003, p. 239.

³⁶¹ Uitsluiting van het bewijs *kan*, maar hoeft niet per definitie het gevolg te zijn van onrechtmatig handelen door de werkgever (aldus ook De Vries 2003, p. 246. Zie ook Rb. Roermond 17 oktober 1990, *NJ* 1991, 639: ‘Een algemene regel dat onrechtmatig verkregen bewijs te allen tijde buiten beschouwing moet blijven, kan niet in het civiele proces worden aanvaard.’ Anders Terstege 2002, p. 31-34). Het per definitie uitsluiten van onrechtmatig verkregen bewijs zou in strijd met het uitgangspunt van het civiele procesrecht zijn, dat recht wordt gedaan op basis van de werkelijkheid en dat degene die gelijk heeft, dat ook moet kunnen krijgen (Kremer 1999, p. 296; Snijders 1992, p. 58; Embregts 2003, p. 214 en 237). Zo kan het onder omstandigheden tegen het rechtsgevoel indruisen, materiaal waarmee wordt aangetoond dat de werknemer een ernstige inbreuk heeft gemaakt op de rechten van de werkgever of medewerkers, niet tot het bewijs mee te laten werken (Dit is te vergelijken met het feit dat het belang van de waarheidsvinding in het strafprocesrecht zwaarder weegt in geval van zware misdrijven. Het is dan namelijk moeilijker te verkroppen dat bepaald bewijs niet mag meewerken tot de bewezenverklaring, met als mogelijk gevolg dat de

subsidiariteit en proportionaliteit, en de noodzaak van legitimatie en preventie in acht genomen, *kan* het belang dat de geschonden regel beoogt te beschermen, afgewogen tegen de belangen van de werkgever, onder omstandigheden met zich brengen dat het onrechtmatig verkregen materiaal moet worden uitgesloten van het bewijs (zie bijvoorbeeld de bespreking van Kantonrechter Amsterdam 19 oktober 2005³⁶² in 2.6.1).³⁶³ Een extra argument vóór bewijsuitsluiting, als sanctie op onrechtmatig handelen van de werkgever bij de opsporing van wangedrag, is de reparatiegedachte: de uitsluiting van het bewijs ‘repareert’ het jegens de werknemer begane onrecht. Het kan onder omstandigheden ook in het arbeidsrecht tegen het rechtsgevoel indruisen, dat de werkgever zou kunnen profiteren van bewijsmateriaal dat hij middels onrechtmatig handelen jegens de

verdachte wordt vrijgesproken (Corstens 2002, p. 656)). In een dergelijk geval behoort het materiaal, ook al is het op onrechtmatige wijze verkregen, in de arbeidsrechtelijke procedure te worden toegelaten tot het bewijs. De Minister van Justitie (Donner) wees er tijdens de behandeling van het Wetsvoorstel tot wijziging van art. 139f Sr en art. 441b Sr op, dat de doctrine over het onrechtmatig verkregen bewijs er met name op ziet overheidsinstanties aan hun bevoegdheden te houden. Indien particulieren afbeeldingen maken in strijd met bepalingen, hoefde dit volgens hem niets af te doen aan de bewijskracht van die informatie in een civiel proces over ontslag of schadevergoeding. Hij verwees daarbij naar de zaak *L/Wennekes Lederwaren* (HR 27 april 2001, *JAR* 2001, 95. De Minister gaf daarentegen niet aan dat het onrechtmatig verkregen bewijs nooit mag worden uitgesloten in een civiele procedure: hij erkende mijns inziens slechts de mogelijkheid van toelating van het onrechtmatig verkregen bewijs in de civiele procedure (*Kamerstukken II* 2001/02, 27 732, nr. 7, p. 10 en *Handelingen I* 2002/03, 23, p. 738 en p. 741).

³⁶² Ktr. Amsterdam 19 oktober 2005, *JAR* 2006, 1.

³⁶³ Zie ook W.A. Zondag in zijn noot onder Ktr. Zwolle 11 november 2005, *JIN* 2005, 458 en onder Rb. Haarlem 22 december 2004, *JIN* 2005, 56. Ik ben het met een aantal andere schrijvers oneens, dat het op grond van de strafrechtelijke bewijsregels niet voor de hand zou liggen in het ontslagrecht nauw omschreven eisen te stellen aan het gebruik van onrechtmatig verkregen bewijs (zie Kremer 1999, p. 296; Snijders 1992, p. 58; Embregts 2003, p. 214 en 237). Overigens komen we deze opvatting ook tegen in de conclusie van de A-G bij het arrest *L/Wennekes Lederwaren*. Omdat strafrechtelijk ingrijpen potentieel veel verderstrekkende consequenties heeft, kon volgens A-G Spier als hoofdregel gelden dat wat in het strafrecht mag a fortiori in het privaatrecht toelaatbaar is (Roelofs 2003, p. 26 deelt deze mening van de A-G). Hierbij kon volgens hem worden aangetekend dat de Strafkamer van de Hoge Raad toelaatbaar acht dat zelfs een door diefstal verkregen bewijsmiddel dat aan de politie is overhandigd als basis dient voor een vermoeden dat uiteindelijk tot een succesvolle strafvervolgung leidt. In het strafprocesrecht geldt inderdaad de regel dat het gebruik door politie en Openbaar Ministerie van door derden onrechtmatig verkregen bewijs niet per definitie onrechtmatig is (zie 2.4.2.5). Naar mijn mening gaat de vergelijking met het gebruik van door een werkgever onrechtmatig verkregen bewijs in een civielrechtelijke procedure evenwel niet op. In de genoemde strafprocesrechtelijke regel gaat het namelijk over door particuliere derden onrechtmatig verkregen bewijs dat wordt afgeleverd bij politie of justitie. De essentie van deze regel is niet dat het bewijs door een *particulier* onrechtmatig is verkregen en derhalve kan meewerken tot het bewijs, maar dat politie of justitie niet onrechtmatig hebben gehandeld bij de verkrijging van het bewijs. Het gaat er om dat de derden niet handelden in opdracht van politie of justitie, en ook niet door de justitiële autoriteiten tot dat onrechtmatig handelen waren aangezet. Politie en justitie hebben het bewijs als het ware in de schoot geworpen gekregen. Dientengevolge kan het in de strafrechtelijke procedure rechtmatig worden gebruikt. Indien een werkgever het bewijs zelf onrechtmatig heeft verkregen, en het vervolgens wil gebruiken in de procedure tegen de betrokken werknemer, is geen sprake van een *derde* die het bewijs (zonder opdracht van de werkgever) heeft verzameld (en het vervolgens aan de werkgever heeft geleverd). De toelating van onrechtmatig verkregen bewijs in een arbeidsrechtelijke procedure, kan dan ook niet worden afgeleid uit voornoemde strafprocesrechtelijke regel.

werknemer, heeft verkregen.³⁶⁴ Het stelsel van de wet staat bovendien niet aan bewijsuitsluiting in de weg: de rechter is vrij in de waardering van het bewijs (art. 152 Rv). Niettemin dient van bewijsuitsluiting – evenals in het strafprocesrecht – op genuanceerde wijze gebruik te worden gemaakt.³⁶⁵

2.7 Samenvatting en conclusies

Uit de jurisprudentie blijkt dat werkgevers ingrijpende methoden hanteren ter opsporing van wangedrag van werknemers: het e-mailverkeer en het telefoon- en internetgebruik wordt onderzocht, en (geheime) camera's en recherche- of detectivebureaus worden ingezet. Het zelf opsporen van wangedrag is voor werkgevers onder bepaalde omstandigheden effectiever en efficiënter. Zo kan de vuile was worden binnengehouden en kan direct tot actie worden overgegaan. Rechtsgrond van de opsporingsbevoegdheid is art. 7:611 BW en art. 7:660 BW, in combinatie met de bijzondere contractuele vertrouwensrelatie tussen werkgever en werknemer: indien een van de werknemers zich niet als goed werknemer gedraagt, heeft de werkgever de bevoegdheid het wangedrag op te sporen.

De opsporingsbevoegdheid van de werkgever wordt door een groot aantal regels genormeerd. In de eerste plaats dient de werkgever het fundamentele recht van de werknemer op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer te respecteren. In de rechtspraak van het EHRM en de Hoge Raad is bepaald dat dit grondrecht ook horizontale werking heeft en bovendien doorwerkt in de arbeidsverhouding. Ter beantwoording van de vraag of een gedraging of handeling onder de bescherming van het privacyrecht valt, is van belang of de werknemer, ten aanzien van die gedraging, een 'reasonable expectation of privacy' had. Bij de vaststelling of van een dergelijke 'expectation' sprake is, is onder meer van belang of de werkgever aan het 'kenbaarheidsvereiste' heeft voldaan: heeft de werkgever van te voren kenbaar gemaakt dat die gedragingen object van onderzoek waren? In dat geval is geen sprake geweest van een 'reasonable expectation of privacy'. Dit 'kenbaarheidsvereiste'

³⁶⁴ Vergelijk het reparatieargument in het strafrecht, zie 2.4.2.5. Zie ook Van Soeren 1986, p. 486. Ik ben het derhalve niet met Kremer eens, dat geen grondslag zou bestaan voor bewijsuitsluiting als rechtsgevolg van onrechtmatige bewijsgaring. Onder bepaalde omstandigheden zijn andere sancties nu eenmaal geen geschikt alternatief voor bewijsuitsluiting. Ik ben met Embregts van mening dat de mogelijkheid van bewijsuitsluiting *naast* andere sancties bestaat. In tegenstelling tot Kremer meen ik dat die andere (materiële) sancties geen alternatief zijn voor de processuele sanctie van de bewijsuitsluiting (Embregts 2003, p. 266; Kremer 1999, p. 304-308).

³⁶⁵ Uitgebreid over de genuanceerde toepassing Embregts 2003, p. 123-154. Vgl. de benadering van de CRvB in het ambtenarentuchtrecht: 'De Raad stelt voorop dat weliswaar in het ambtenarentuchtrecht niet de strikte bewijsregels gelden die in het strafrecht van toepassing zijn, maar dat voor de constatering van plichtsverzuim dat tot disciplinaire bestraffing aanleiding kan geven noodzakelijk is dat op basis van de beschikbare, deugdelijk vastgestelde gegevens de overtuiging is verkregen dat de betrokken ambtenaar zich aan de hem verweten gedragingen heeft schuldig gemaakt.' (CRvB 31 december 1996, *TAR* 1997, 32).

komt ook in een aantal andere regelingen, die de opsporingsbevoegdheid van de werkgever normeren, terug: de WBP en art. 139f Sr.

De WBP is bijna altijd van toepassing op de in dit hoofdstuk centraal staande, door werkgevers gehanteerde, opsporingsmethoden. Twee belangrijke, aan de WBP ten grondslag liggende beginselen zijn de proportionaliteit en subsidiariteit. Uit de bepalingen van de WBP kan worden afgeleid dat de inzet van een heimelijke opsporingsmethode, zoals cameratoezicht, alleen is toegestaan indien sprake is van een redelijke verdenking van wangedrag jegens een of meer medewerkers, welke verdenking de heimelijk inzet rechtvaardigt. Ter rechtvaardiging van de verwerking van persoonsgegevens in het kader van de opsporing van wangedrag, dient de werkgever te voldoen aan het noodzakelijkheidsvereiste: de gegevensverwerking is noodzakelijk ter behartiging van zijn gerechtvaardigd belang en het belang of de fundamentele rechten en vrijheden van de werknemer, in het bijzonder het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer, prevaleert niet. De werkgever kan ter rechtvaardiging nooit een beroep doen op de toestemming van de betrokken werknemer. Wil de werkgever strafrechtelijke persoonsgegevens verwerken, dan schrijft de WBP voor dat hij hieromtrent, met instemming van de ondernemingsraad, een regeling vaststelt. Leeft de werkgever de bepalingen van de WBP niet na, dan staan de betrokken werknemer op grond van de WBP een aantal acties open. Zo kan hij verzet aantekenen of schadevergoeding vorderen van de werkgever, of van het door de werkgever ingeschakelde recherche- of detectivebureau.

Op grond van art. 139f Sr mag de werkgever geen gebruik maken van niet-kenbaar gemaakt heimelijk cameratoezicht. Aan het kenbaarheidsvereiste kan vrij eenvoudig worden voldaan. Dientengevolge sluit deze bepaling de mogelijkheid van heimelijk cameratoezicht niet uit: een circulaire waarin wordt aangekondigd dat bij een vermoeden van wangedrag (bijvoorbeeld diefstal) heimelijk cameratoezicht wordt ingezet, is voldoende. Art. 441b Sr ziet op het verbod van heimelijk cameratoezicht in voor het publiek wel toegankelijke ruimten, zoals een winkel of een bank. Ook hiervoor geldt het kenbaarheidsvereiste.

Voorts spelen het instemmingsrecht van de ondernemingsraad, de NVP-Sollicitatiecode en de Wet justitiële gegevens en strafvorderlijke gegevens een normerende rol. Heeft de werkgever ter opsporing van het wangedrag een recherche- of detectivebureau ingeschakeld, dan zijn (tevens) de Wet particuliere beveiligingsorganisaties en recherchebureaus, en de Privacygedragscode sector particuliere onderzoeksbureaus van toepassing. Ook in deze regelingen spelen de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit een belangrijke rol.

Gezien de overeenkomst tussen de door werkgevers gehanteerde opsporingsmethoden met bepaalde strafrechtelijke opsporingsmethoden, ben ik tevens ingegaan op de regeling van die strafrechtelijke opsporingsmethoden. Opsporingsbevoegdheden worden in het strafrecht geclausuleerd toegekend. Verder vindt normering in het strafprocesrecht onder meer plaats via het legaliteitsbeginsel, het vereiste van een redelijk vermoeden dat een strafbaar feit

is gepleegd, de klassieke beginselen van strafprocesrecht en de beginselen van behoorlijk strafprocesrecht. De mogelijkheid van sanctionering van onrechtmatig verkregen bewijs, kan als sluitstuk van de strafrechtelijke normering worden gezien. Als gevolg van deze normering is in het strafrecht sprake van een evenwicht tussen waarheidsvinding en rechtsbescherming: een gekanaliseerde vorm van machtsuitoefening. Dit legitimeert de uitoefening van de bevoegdheden en de toepassing van ingrijpende opsporingsmethoden.

De vraag die rees, was of de toepassing van gelijksoortige opsporingsmethoden door werkgevers, ook gelegitimeerd is: bieden de regels die de opsporingsbevoegdheid van de werkgever normeren optimale waarborgen voor de rechtszekerheid en rechtsgelijkheid van de betrokken werknemers? Gelet op de gelijkennis in de verhoudingen werkgever-werknemer en overheid-burger, en de overeenkomsten in opsporingsmethoden, heb ik ter beantwoording van voornoemde vraag de regels die de vergelijkbare opsporingsbevoegdheden in het strafrecht normeren, als inspiratiebron gehanteerd. Ook indien men deze vergelijking niet zou (willen) maken, vloeien uit het arbeidsrechtelijke beginsel van goed werkgeverschap grotendeels dezelfde regels en beginselen voor opsporing voort. Conclusie was dat de huidige regels de uitoefening van de bevoegdheid van de werkgever tot opsporing *in beginsel* legitimeren. Voorwaarde is wel dat een wettelijke bepaling wordt ingevoerd (bij voorkeur in titel 10 van boek 7 BW) waarin expliciet het privacyrecht van de werknemer wordt geregeld. Tweede voorwaarde is dat ook in het arbeidsrecht eenduidige regels omtrent onrechtmatig verkregen bewijs worden geïntroduceerd. Thans bestaan voor de gevolgen van onrechtmatig handelen van de werkgever bij het opsporen van wangedrag geen regels. De huidige arbeidsrechtelijke rechtspraak over onrechtmatig verkregen bewijs is dan ook zeer verschillend. Dit leidt tot rechtsongelijkheid ten aanzien van, en rechtsonzekerheid over de grenzen van de bevoegdheid tot opsporing. Naar mijn mening behoort een arbeidsrechter altijd in te gaan op de rechtmatigheid van het door de werkgever verkregen bewijs. Met de beoordeling en motivering van de rechtmatigheid van het bewijs, worden de rechtszekerheid en rechtsgelijkheid gediend. Blijkt dat de werkgever het bewijs op onrechtmatige wijze heeft verkregen, dan behoort in beginsel altijd een sanctie te worden opgelegd. Ter behoud van het evenwicht tussen waarheidsvinding en rechtsbescherming is het van belang dat de regels die zien op rechtsbescherming ook daadwerkelijk worden nageleefd: deze regels legitimeren uiteindelijk de uitoefening van de opsporingsbevoegdheid. Het dreigen met sancties stuurt het handelen van de werkgever in de goede richting (preventieargument). Bijgevolg dragen de sancties bij aan de legitimatie van de opsporingsbevoegdheid (legitimatieargument). De arbeidsrechter heeft de keuze uit verschillende sancties. Mede gelet op het feit dat ook rekening moet worden gehouden met de belangen van de werkgever, is differentiatie zowel mogelijk als wenselijk. Naast de uitsluiting van het onrechtmatig verkregen bewijs kan worden gedacht aan (schade)vergoeding (ex art. 7:681 BW). Voorts kan worden gedifferentieerd in de hoogte van de (schade)vergoeding. De vaststelling van de sanctie is het resultaat van de afweging tussen het belang dat de geschonden

bepaling beoogde te beschermen en de mate waarin dit belang daadwerkelijk is geschonden enerzijds, en de te beschermen belangen van de werkgever bij de schending anderzijds. Onder bijzondere omstandigheden kan eventueel van een sanctie worden afgezien. Anderzijds kan het vanuit een oogpunt van legitimatie en preventie noodzakelijk zijn, het onrechtmatig verkregen materiaal uit te sluiten van het bewijs dat de werknemer zich aan wangedrag heeft schuldig gemaakt. Extra argument voor uitsluiting van door de werkgever onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal is de reparatiegedachte: de uitsluiting van het bewijs 'repareert' het jegens de werknemer begane onrecht. Zowel bij de vaststelling van de rechtmatigheid, als bij de vaststelling van de sanctie, behoren de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit een belangrijke rol te spelen.

3. Sancties door de werkgever

3.1 Inleiding

In hoofdstuk twee stond opsporing door de werkgever centraal; welke regels normeren de opsporingsbevoegdheid van de werkgever? De opsporingsbevoegdheid wordt in ieder geval genormeerd door het recht op privacy ex art. 10 Gw, art. 8 EVRM en art. 17 IVBPR, de bepalingen van de WBP (met name de artikelen 6 tot en met 16, 22, 27, 33 en 34), en het instemmingsrecht van de ondernemingsraad ex art. 27 lid 1 onder *k* en *l* WOR. Voorts werd in hoofdstuk twee duidelijk dat, vanwege de gelijkenis tussen bepaalde onderzoeksmethoden van werkgevers en strafvorderlijke onderzoeksmethoden, strafprocesrechtelijke beginselen de onderzoeksbevoegdheid van de werkgever normeren. Als laatste behandelde ik de rechtsgevolgen van het niet in acht nemen van de toepasselijke regels: onrechtmatig verkregen bewijs in het arbeidsrecht.

In dit hoofdstuk staat het sanctioneren centraal; welke sancties kan de werkgever opleggen? Ik spits het onderzoek vervolgens toe op de volgende twee vragen: mag een werkgever twee maal voor hetzelfde wangedrag een sanctie opleggen? En moet de schuld van een werknemer vaststaan alvorens de werkgever een sanctie mag opleggen? En hoe luidt het antwoord op deze vragen indien de werknemer voor het wangedrag tevens strafrechtelijk wordt vervolgd? Hierbij dringt zich de gelijkenis met het strafrecht op; het strafrecht is hét sanctierecht bij uitstek. In het strafrecht zijn bepaalde rechtsbeginselen van toepassing. Deze bieden de burgers bescherming tegen dubbele bestraffing ('ne bis in idem') en het ondergaan van een straf bij het ontbreken van schuld ('geen straf zonder schuld').

Gelet op het feit dat het begrip 'sanctie' geen wettelijke term is, wordt in 3.2 eerst ingegaan op de betekenis van dit begrip. Daarbij wordt de vraag behandeld of bepaalde arbeidsrechtelijke maatregelen, waarvan gewoonlijk wordt aangenomen dat ze als sancties kunnen worden beschouwd, terecht als zodanig worden aangemerkt. Gezien de gelijkenis met het strafrecht, wordt in 3.3 het strafrechtelijke sanctiebegrip besproken. Vervolgens wordt in 3.4 gezien in hoeverre sancties in het arbeidsrecht gelijkenis vertonen met sancties in het strafrecht. In 3.5 ga ik in op de toepassing van de beginselen 'ne bis in idem' en 'geen straf zonder schuld' in het arbeidsrecht. Daartoe wordt eerst de inhoudelijke betekenis van deze beginselen besproken (3.5.1). Vervolgens bespreek ik de argumenten voor toepassing van deze beginselen in het arbeidsrecht (3.5.2) en kom ik tot een conclusie dienaangaande (3.5.3). In 3.6 komt aan de orde wat de gevolgen zijn van toepassing van de beginselen 'ne bis in idem' en 'geen straf zonder schuld' voor de normering van sancties in het arbeidsrecht. Aangezien de beginselen alleen van toepassing blijken te zijn op straffen, sta ik in 3.7 apart stil bij de normering van ordemaatregelen. In 3.8 besteed ik aandacht aan de overige bij sancties door de werkgever in acht te nemen regels.

Tot slot besteed ik, ter illustratie, in 3.9 aandacht aan de normering van sancties in een rechtsgebied dat nauw bij het arbeidsrecht aansluit: het sociale-zekerheidsrecht. Hoe wordt daar omgegaan met de vragen of twee maal voor hetzelfde wangedrag een sanctie mag worden opgelegd, en of de schuld moet vaststaan alvorens een sanctie mag worden opgelegd? In 3.10 staan de samenvatting en de conclusies.

3.2 Het begrip ‘sanctie’

Zoals gezegd, is het begrip ‘sanctie’ geen wettelijke term. Dientengevolge brengt de kwalificatie ‘sanctie’ geen rechtsgevolgen met zich mee. Een definitie van het begrip is in zoverre dan ook niet van belang.¹ Ter beantwoording van de vraag welke sancties een werkgever kan opleggen, dient het begrip ‘sanctie’ daarentegen wel worden te afgebakend: welke handelingen van de werkgever, als reactie op wangedrag van een werknemer, kunnen als ‘sanctie’ worden aangemerkt? In deze paragraaf wordt gezocht naar de kenmerken van het begrip ‘sanctie’. Aan de hand van deze kenmerken wordt getoetst of bepaalde arbeidsrechtelijke maatregelen terecht als ‘sanctie’ worden aangemerkt.

3.2.1 Oorsprong en betekenis

Het begrip ‘sanctie’ stamt af van het Latijnse woord *sanctio*, wat ‘strafbepaling’ of ‘verordening’ betekent. Dit komt van het Latijnse werkwoord *sancio*, waarvan de grondbetekenis is: heiligen, (onder de bescherming der goden) onschendbaar maken. Het kan verder de volgende betekenissen hebben; a) plechtig verordenen, vaststellen; b) bekrachtigen; c) op straffe verbieden.²

In ‘Van Dale’ wordt het omschreven als; 1 bekrachtiging, erkenning of goedkeuring door een daartoe bevoegd gezag van een bestaande toestand of van een genomen besluit of maatregel; 2 middel om de naleving van een voorschrift of verdragsbepaling af te dwingen of als straf voor een overtreding. Als synoniemen voor ‘sanctie’ noemt de Van Dale bij de tweede betekenis; waarborg, dwangmiddel.³ In het hiernavolgende beperk ik mij tot de bespreking van het begrip sanctie in het juridisch taalgebruik.⁴

3.2.2 Literatuur

Vooropgesteld kan worden dat het begrip ‘sanctie’ niet tot het strafrecht beperkt blijft;⁵ ook in het privaatrecht en bestuursrecht⁶ wordt over sancties gesproken.⁷

¹ Lenos 1998, p. 12; Duk 1973, p. 7.

² A.D. Leeman/Fred. Muller & E.H. Renkema, *Beknopt Latijns-Nederlands woordenboek. Elfde druk*, Groningen: Wolters 1967. Zie ook De Doelder 1981, p. 3; Mulder 1974, p. 9; Rogier 1992, p. 7.

³ G. Geerts & H. Heestermans (red.), *Van Dale groot woordenboek der Nederlandse taal. Twaalfde druk*, Utrecht/Antwerpen: Van Dale Lexicografie 1992.

⁴ Zie voor het onderscheid sociale en juridische sancties André de la Porte 1984, p. 7.

⁵ Voor een bespreking hiervan verwijs ik naar 3.3.

Niettemin is het begrip ‘sanctie’ met name in de strafrechtelijke en bestuursrechtelijke literatuur regelmatig aan de orde gekomen.⁸ De definities en omschrijvingen vertonen onderling verschillen.⁹ In afwijking van andere schrijvers zijn Henket en Van Nispen bijvoorbeeld van mening dat ook preventieve maatregelen onder het begrip ‘sanctie’ vallen.¹⁰ Voorts bestaat verschil van mening over het antwoord op de vraag of sancties zowel positief als negatief kunnen zijn. Sommige schrijvers zijn van mening dat beide vormen mogelijk zijn. Zij wijzen er in dit verband op dat, in overeenstemming met de betekenissen van het woord sanctie, het begrip sanctie meer omvat dan alleen de strafrechtelijke straf. In hun visie is een straf altijd een sanctie (namelijk een negatieve sanctie), maar een sanctie niet altijd een straf.¹¹ Rogier merkt in dit verband op dat de omschrijvingen van het begrip sanctie in de woordenboeken, en de sociologische en filosofische betekenis, met elkaar gemeen hebben, dat sancties zowel positief als negatief kunnen zijn.¹² Duk en Henket menen daarentegen dat ‘positieve sancties’ buiten het sanctiebegrip moeten vallen.¹³

Afgezien van deze verschillen, ontlopen de omschrijvingen van het begrip ‘sanctie’ elkaar niet wezenlijk.¹⁴ Een in de literatuur vaak aangehaald werk in verband met het begrip ‘sanctie’ is de oratie van Duk. Hij duidde, zonder pretentie van definiëring, globaal als sancties aan:

⁶ Voor een uitgebreide bespreking van wat in de literatuur onder een bestuursrechtelijke sanctie moet worden verstaan verwijs ik naar Lenos 1998, p. 12-15; Verheul 1994, p. 13-26; Rogier 1992, p. 7-18 en 103-142.

⁷ De Doelder 1981, p. 3-5; Lenos 1998, p. 1; Hildebrandt 2002, p. 120-121; Van Nispen 2003, p. 1-8. Hazewinkel-Suringa/Remmelink stellen dat het strafrecht een sanctierecht is: ‘De handhaving van de (normen) regels door een machtsmiddel ter bekrachtiging en ter bestrijding van de gedragingen die de gelding van die norm in gevaar brengen, staat meer dan bij andere rechtssectoren, bijv. het civiele recht, voorop.’ Hiermee geven zij niet alleen aan wat in het algemeen onder sanctierecht kan worden verstaan, maar ook dat sanctierecht niet beperkt is tot het strafrecht, maar bijvoorbeeld ook in het civiele recht een rol kan spelen. Duk zette in 1977 ook al vraagtekens bij de beperking van het sanctiebegrip tot ‘machtsmiddelen’ waarover de *overheid* beschikt (Duk 1977, p. 57-58).

⁸ Het arbeidsrecht wordt niet als ‘sanctierecht’ aangemerkt. Dientengevolge bestaan geen arbeidsrechtelijke definities van het sanctiebegrip en ben ik genoodzaakt mij bij de beschrijving van het begrip te beperken tot de voornamelijk strafrechtelijke en bestuursrechtelijke schrijvers.

⁹ Aldus ook Rogier 1992, p. 9.

¹⁰ Henket 1997, p. 7-8; Van Nispen 2003, p. 1-2.

¹¹ Hildebrandt 2002, p. 120-121; Mulder 1974, p. 10; Rogier 1992, p. 9; André de la Porte 1984, p. 5-7.

¹² Rogier 1992, p. 8.

¹³ Duk 1973, p. 11; Henket 1997, p. 8. Voorts valt nog te wijzen op de discussie die in het bestuursrecht speelt, ten aanzien van de vraag of automatische sancties (van rechtswege intredende sancties) ook onder het sanctiebegrip vallen. Lenos 1998, p. 15-21 gaat hier uitgebreid op in, aangezien deze sancties op het terrein van de sociale zekerheid veel voorkomen. De hierna te bespreken arbeidsrechtelijke sancties zijn evenwel allemaal indirecte, dus niet van rechtswege intredende sancties. Het zijn immers geen gevolgen die krachtens de wet automatisch intreden als aan bepaalde voorwaarden is voldaan. Het zijn daarentegen sancties waarvoor eerst een menselijk handelen is vereist voordat ze intreden. Overigens kan worden verdedigd dat ook van rechtswege intredende sancties pas intreden door een menselijk handelen. De van rechtswege intredende gevolgen hebben immers geen praktische consequenties als niet ten minste één persoon de conclusie trekt dat ze zijn ingetreden (Brouwer 1990, p. 257-258).

¹⁴ Verheul 1994, p. 14.

‘door het recht geregelde (althans toegelaten, of geboden) reacties op – dan wel van rechtswege intredende gevolgen van – onrechtmatig gedrag, voor zover de overtreder daardoor in zijn belangen wordt getroffen.’¹⁵

De andere in de literatuur geformuleerde omschrijvingen van het begrip ‘sanctie’ stemmen grotendeels met deze definitie overeen. Dientengevolge kunnen uit de literatuur twee kenmerken worden afgeleid, die in bijna alle omschrijvingen van het begrip ‘sanctie’ voorkomen.¹⁶ Deze kunnen naar mijn mening dan ook als hoofdkenmerken van het begrip ‘sanctie’ worden beschouwd. Indien hieraan is voldaan, kan er in beginsel vanuit worden gegaan dat sprake is van een sanctie. Het betreft de volgende kenmerken:¹⁷

1. In de eerste plaats moet het gaan om een reactie op de schending van een (rechts)norm of -regel, althans verplichting, dan wel onrechtmatig of onwettig gedrag.
2. Ten tweede wordt degene die de rechtsnorm heeft geschonden door de reactie in zijn belangen getroffen, of heeft de reactie in ieder geval nadelige gevolgen voor hem.

In sommige omschrijvingen (zoals in die van Duk) komt terug dat de sanctie door of in het recht geregeld, althans juridisch genormeerd, moet zijn.¹⁸ Naar mijn mening is dit geen kenmerk van een sanctie, maar een garantie dat de toepassing van sancties plaatsvindt door middel van een eerlijk proces waarin de beginselen van rechtszekerheid en rechtsgelijkheid worden gewaarborgd.¹⁹

Tot slot kan worden opgemerkt dat het ontslag van een werknemer door sommige schrijvers expliciet als voorbeeld van een sanctie wordt genoemd.²⁰ In

¹⁵ Duk 1973, p. 11. In een artikel uit 1988 herhaalde hij deze omschrijving van de term ‘sanctie’ (Duk 1988b, p. 105-106). Duk wijst erop dat sancties een zeer ‘evasief’ karakter hebben; ze zijn moeilijk te ‘vatten’. Bovendien wordt volgens Duk met een zelfde beslissing of maatregel, nu eens wel en dan weer niet gereageerd op onrechtmatig gedrag (Aldus ook M. Henket 1997, p. 8: ‘In dit verband kan opgemerkt worden dat sommige maatregelen soms wel, soms niet het karakter van een sanctie hebben.’).

¹⁶ Lenos 1998, p. 13 noemt deze kenmerken een ‘gemeenschappelijke deler’ die de definities van het begrip ‘sanctie’ gemeen hebben.

¹⁷ Oostenbrink 1967, p. 3-4 (overigens ging Oostenbrink in zijn dissertatie uit van de omschrijving die Scholten van het begrip gaf in het Algemeen deel van de Asser serie uit 1934, p. 33); Asser/Scholten (algemeen deel) 1974, p. 25. Scholten bespreekt de sancties in het burgerlijk recht. Hij omschrijft ze als regelingen van het rechtsgevolg van overtreding van rechtsnorm of niet-nakoming van belofte: ‘Indirecte middelen dus om af te dingen wat het recht oplegt; nadelige gevolgen voor hem, die zich daaraan niet stoort.’; Mulder 1974, p. 11; Brouwer 1990, p. 253-257; Rogier 1992, p. 11 en p. 42; Verheul 1994, p. 13; Hazewinkel-Suringa/Rommelink 1996, p. 10; Henket 1997, p. 6-7; Lenos 1998, p. 13. Lenos wijst erop dat in de literatuur verschil van mening bestaat of ‘het toebrengen van leed’, dat verder gaat dan iemand in zijn belangen treffen, onderdeel van de definitie moet zijn. Met name strafrechtelijk georiënteerde schrijvers zouden dit als element van een sanctie beschouwen (Lenos 1998, p. 13); Van Nispen 2003, p. 1-2.

¹⁸ Zie ook Brouwer 1990, p. 258-269; Van Nispen 2003, p. 1-2.

¹⁹ Hiervoor verwijs ik naar hetgeen hierover is gezegd in hoofdstuk 4, met name paragraaf 4.7.3 en 4.9.

²⁰ Mulder 1974, p. 10-11; Brouwer 1990, p. 258-269.

het hiernavolgende wordt gezien welke arbeidsrechtelijke maatregelen met recht als sanctie kunnen worden aangemerkt.

3.2.3 *Arbidsrechtelijke sancties*

De volgende maatregelen worden in literatuur en jurisprudentie doorgaans als potentiële arbeidsrechtelijke sancties beschouwd:²¹

1. de waarschuwing;
2. de berisping;
3. de overplaatsing;
4. het passeren voor een periodieke verhoging;
5. het intrekken van emolumenten;²²
6. de functieverlaging met de daarbij behorende loonsverlaging;
7. vermindering van vakantiedagen;
8. de schorsing of non-actiefstelling met of zonder behoud van loon;²³
9. het inhouden van het loon;
10. de boete;
11. beëindiging van de arbeidsovereenkomst; opzegging, opzegging wegens een dringende reden en ontbinding door de kantonrechter, zowel wegens verandering in de omstandigheden als wegens een dringende reden als wegens wanprestatie.

Ter beantwoording van de vraag of deze arbeidsrechtelijke maatregelen met recht als sancties worden aangemerkt, dient te worden getoetst aan de twee hierboven geformuleerde kenmerken van het begrip 'sanctie'. Allereerst rijst dus de vraag of met deze maatregelen wordt gereageerd op de schending, door een werknemer, van een (rechts)norm of -regel, althans verplichting, dan wel op onrechtmatig of onwettig gedrag van een werknemer. Aangezien ik uitga van

²¹ Ik bespreek hier alleen de mogelijke *sancties*. De kwalificatie van arbeidsrechtelijke sancties als straf of als ordemaatregel komt in 3.4.2 van hoofdstuk 3 aan de orde.

²² Hieronder versta ik tevens het niet toekennen van een gratificatie (zie hierover Zondag 2003a, p. 21). In de 'Van Dale' 2005 (14^e druk) wordt onder emolumenten verstaan: 'Ongeregelde bijkomende verdiensten boven die vaste aan een ambt verbonden beloning'.

²³ Schorsing zonder behoud van loon is sinds het arrest *Van der Gulik/Visser & Partners* alleen nog toegestaan indien op de wijze omschreven in art. 7:628 lid 5 en 7 BW van art. 7:628 lid 1 BW is afgeweken (HR 21 maart 2003, *JAR* 2003, 91). Zie ook de annotatie van Zondag bij dit arrest: W.A. Zondag, 'De bevoegdheid tot schorsing en het recht op doorbetaling van loon', *ArA* 2003-2, p. 26-61. Zie ook Loonstra & Zondag 2006, p. 144; S.F. Sagel, 'Recht op loon tijdens schorsing en op non-actiefstelling?', *ArbidsRecht* (10) 2003-6/7, p. 3-10; W.A. Zondag, 'De bevoegdheid tot schorsing en het recht op doorbetaling van loon', *ArA* 2003-2, p. 26-61 en zijn noot bij Hof 's-Gravenhage 9 september 2005, *JIN* 2005, 411. In het ambtenarenrecht is een schorsing zonder behoud van loon nog wel mogelijk: art. 92 ARAR regelt de mogelijkheid van gedeeltelijke en gehele inhouding van de bezoldiging gedurende schorsing. Opmerkelijk is dat aan dit artikel de bepaling is toegevoegd, dat geen inhouding plaatsvindt indien schorsing plaatsvindt bij politiebewaring of in verzekeringstelling, mits niet gevolgd door inbewaringstelling. Kortom, gedurende een schorsing tijdens in verzekeringstelling behoort de bezoldiging te worden doorbetaald, tenzij de ambtenaar daaropvolgend in voorlopige hechtenis wordt genomen.

de situatie dat deze maatregelen worden ingezet als reactie op wangedrag van een werknemer, kan deze vraag bevestigend worden beantwoord. Immers, onder wangedrag versta ik in de eerste plaats gedrag dat onder een strafrechtelijke delictsomschrijving valt. In dat geval wordt met de arbeidsrechtelijke maatregel gereageerd op de schending van een rechtsnorm en/of rechtsregel.²⁴ Daarnaast versta ik onder wangedrag, gedrag gedurende werktijd, dat niets te maken heeft met de uitoefening van de werkzaamheden onder gezag van de werkgever, en dat voor de betrokken werkgever onacceptabel is (zie hoofdstuk 1). In dat geval wordt met de maatregel gereageerd op de schending van de verplichtingen voortvloeiend uit de arbeidsovereenkomst ex art. 7:610 BW. Daarnaast kan de schending van de rechtsnorm van het goed werknemerschap ex art. 7:611 BW in het geding zijn.²⁵

²⁴ Als hoofdkenmerk van rechtsregels kan worden beschouwd dat zij bepalen hoe verkeerspartners zich jegens elkaar behoren te (of mogen) gedragen, dat wil zeggen hoe de één mag verwachten dat een ander zich ten opzichte van zijn gedragingen zal gedragen (Glastra van Loon 1980, p. 70). Voor de betekenis van de begrippen 'rechtsregel' en 'rechtsnorm', verwijs ik verder naar de duidelijke en daarmee zeer bruikbare uitleg die H.J.L.M. van de Luytgaarden geeft in zijn bijdrage 'De rechtsnorm op de praktijk af', in de bundel *Rechtsuitgang*, Bruggink e.a. (red.), Groningen: Wolters Noordhoff 1992, p. 246-256. Alvorens dieper in te gaan op de betekenis van het begrip rechtsnorm, geeft hij het verschil aan tussen de drie begrippen 'wettelijke bepaling', 'rechtsregel' en 'rechtsnorm'. Onder 'wettelijke bepaling' verstaat hij een bepaling die geformuleerd is in een daartoe door een bevoegde wetgevende autoriteit vastgesteld en uitgevaardigd document, hetzij materiële hetzij formele wetgeving, waarin voor een bepaalde situatie een juridische regeling wordt vastgesteld. Onder rechtsregel wordt volgens hem, naast wettelijke bepaling, een regel verstaan die deel uitmaakt van het gewoonterecht, het ongeschreven recht, pseudowetgeving en met name het recht zoals dat gestalte wordt gegeven door de rechtspraak. Een 'rechtsnorm' geeft de inhoud weer van een wettelijke bepaling of rechtsregel, de daarin neergelegde norm. Franken legt een rechtsregel uit als een door de overheid uitgevaardigde, abstract geformuleerde rechtsnorm, die voor de samenleving als geheel geldt (Franken 2001, p. 45.). Enschedé/Bosch & Sutorius omschrijven de rechtsnorm als volgt: 'Een norm is een rechtsnorm, wanneer de overheid – de staat – de naleving van die norm in rechte afdwingbaar maakt (actie) of wanneer zij althans het bestaan van de norm in rechte erkent.' (Enschedé/Bosch & Sutorius 2002, p. 4-5). Het voert hier te ver om dieper in te gaan op de vele betekenissen die in de literatuur aan de termen 'rechtsnorm' en 'rechtsregel' zijn gegeven. Zie hiervoor onder meer: R.J. Jue, *Notabeleid en recht. Een rechtstheoretisch onderzoek naar het karakter van beleidsnota's, in het bijzonder de planologische kernbeslissing* (diss. Twente), Deventer: Kluwer 1982, p. 3-5 en 47-217; A.M. Donner, 'Boekbespreking R.J. Jue: Notabeleid en recht', *Bestuurswetenschappen* (38) 1984-7, p. 454-456; D.W.P. Ruiters, 'Het begrip rechtsnorm', in: J.G. Steenbeek, M.C. Burkens & J.B.J.M. ten Berge (red.), *Bestuur en norm* (Crince Le Roy-bundel), Deventer: Kluwer 1986, p. 223-233; P.W. Brouwer, *Samenhang in recht. Een analytische studie* (diss. Leiden), Groningen: Wolters-Noordhoff 1990; G.E. Mulder, 'Iets over rechtsnormen en beginselen', in: Balkema e.a., *Liber Amoricum Th. W. van Veen*, Arnhem: Gouda Quint 1985, p. 219-241; A.J. Hoekema, *Rechtsnormen en sociale feiten. Een sociologisch onderzoek naar repressieve reacties op kleine havendiefstal* (diss. UvA), Rotterdam: Universitaire Pers 1972.

²⁵ Vgl. Enschedé: 'Het gaat in het arbeidstuchtrecht om de negatieve sanctionering van door de arbeider in het kader van de dienstbetrekking begane normschendingen van zuiver arbeidsrechtelijke én van andere aard. Het gedrag van de arbeider kan een schending betekenen van tot hem gerichte gedragsregels, materiële normen dus (...). Die materiële normen kunnen voortvloeien uit de in de dienstbetrekking wortelende plichten. In zoverre vormt het arbeidstuchtrecht duidelijk een deel van het arbeidsrecht. Maar het kan ook gaan om de schending, in het kader van de dienstbetrekking, van materiële normen van algemenere strekking; men denke daarbij niet alleen aan bepalingen in de arbeids- en veiligheidswetgeving enz. maar ook aan feiten als diefstal of verduistering. Er lijkt dan als het ware samenloop van tuchtrecht en strafrecht te zijn.' (Enschedé 1971, p. 3-4).

Het tweede kenmerk doet de vraag rijzen hoe de zinsneden ‘in zijn belangen getroffen’ en ‘nadelige gevolgen voor hem’ dienen te worden geïnterpreteerd. Brouwer wijst er naar mijn mening terecht op dat hierin twee standpunten kunnen worden ingenomen.²⁶ Enerzijds een subjectieve benadering van de vraag of het slachtoffer (de werknemer) door de sanctie in zijn belangen is getroffen en anderzijds een objectieve benadering van de vraag of het slachtoffer (de werknemer) door de sanctie in zijn belangen is getroffen. Bij de subjectieve benadering is een sanctie pas een sanctie, indien het slachtoffer van de sanctie deze onder de concrete, en hem betreffende bijzondere omstandigheden ook als een sanctie ervaart. Dit hoeft bijvoorbeeld niet het geval te zijn indien een dakloze een gevangenisstraf van een maand krijgt opgelegd. De objectieve benadering houdt in dat ‘men afziet van bijzondere omstandigheden, maar op grond van een generalisatie met betrekking tot de menselijke aard een aantal gevolgen selecteert die over het algemeen, dat wil zeggen door de meeste mensen in de meeste omstandigheden, als nadeel worden ervaren.’²⁷ De laatste benadering is de wijze waarop juridische sancties over het algemeen plegen te worden geselecteerd. Ook mijn voorkeur gaat uit naar de objectieve benadering. Alleen aan de hand van deze benadering kan in zijn algemeenheid worden vastgesteld welke arbeidsrechtelijke maatregelen als sancties kunnen worden aangemerkt.

Toetsing van de arbeidsrechtelijke maatregelen 1 tot en met 11 aan het tweede kenmerk van het begrip ‘sanctie’, leidt tot de conclusie dat in ieder geval de maatregelen 3 tot en met 11 als sanctie kunnen worden aangemerkt; deze maatregelen zullen door de meeste werknemers als nadelig worden ervaren. Met betrekking tot de eerste twee maatregelen, de waarschuwing en de berisping,²⁸ geldt naar mijn mening dat alleen een officiële waarschuwing of berisping die wordt aangetekend in het betreffende personeelsdossier, als sanctie kan worden aangemerkt. Een aantekening kan immers negatieve consequenties hebben voor de carrièremogelijkheden van de betreffende werknemer binnen het bedrijf. Dit zal de meeste werknemers in hun belangen treffen. Een niet officiële waarschuwing of berisping heeft daarentegen niet altijd direct aanwijsbare nadelige gevolgen voor de betrokkene.²⁹

²⁶ Brouwer 1990, p. 267-268.

²⁷ Brouwer 1990, p. 267.

²⁸ Waarschuwen wordt in de Van Dale omschreven als 1. opmerkzaam maken op het gevaar of nadeel dat men uit zekere oorzaak zou kunnen ondervinden, 2. als (mogelijk) schadelijk afraden, 3. laten weten en 4. onder bedreiging vermanen. Onder waarschuwing wordt ook verstaan iets wat als verbod van komende, ergere gebeurtenissen geldt. Een berisping wordt onder meer omschreven als een afkeurende uiting of een lichte straf.

²⁹ Verwezen kan worden naar het ambtenarenrecht waar alleen een *schriftelijke* berisping als disciplinaire kan worden opgelegd (art. 81 lid 1 sub *a* ARAR en art. 16:1:2 lid 1 sub *a* CAR/UWO). Voorts zou zelfs kunnen worden verdedigd dat een informele waarschuwing of berisping juist in het belang van de betrokkene is; een gewaarschuwd mens telt voor twee.

3.2.4 Kanttekeningen

Bij de conclusie dat de maatregelen 1 tot en met 11 met recht als sanctie kunnen worden aangemerkt, dienen twee kanttekeningen te worden geplaatst. De eerste houdt in dat, zoals aan het begin van paragraaf 3.2.3 werd aangegeven, deze maatregelen als *mogelijke* tuchtrechtelijke sancties kunnen worden gezien. Sommige van deze maatregelen hebben soms namelijk wel, maar soms ook niet het karakter van een sanctie. Dit is afhankelijk van het antwoord op de vraag of aan het eerste kenmerk wordt voldaan; wordt met de maatregel gereageerd op wangedrag van een werknemer.³⁰ Zo wordt met een ‘gewoon’ ontslag of ontbinding niet altijd op de schending van een verplichting gereageerd, terwijl dit bij een ontslag wegens een dringende reden bijna wel altijd het geval is. Verder kan het (eenmalig) inhouden van een periodieke verhoging, of een andere financiële regeling, ook een maatregel zijn waarmee wordt geageerd op de slechte financieel-economische positie waarin een bedrijf verkeert. De tweede kanttekening hangt nauw met de eerste samen. De omschrijving van sommige maatregelen in bijvoorbeeld wetsartikelen of CAO's (of andere collectieve regelingen) maken niet altijd duidelijk dat ze tevens als sanctie kunnen fungeren. Met Duk ben ik daarentegen van mening dat hoe een bepaalde reactie op wangedrag in een bepaald voorschrift is gekwalificeerd, niet ter zake doet; het komt aan op haar werkelijke karakter.³¹

3.3 Sancties in het strafrecht

Het strafrecht wordt wel omschreven als hét sanctierecht bij uitstek; de handhaving van rechtsnormen door een machtsmiddel staat meer dan in andere rechtsgebieden voorop.³² Teneinde de arbeidsrechtelijke sanctie in de volgende paragraaf te kunnen vergelijken met de strafrechtelijke sanctie, wordt in deze paragraaf de strafrechtelijke sanctie besproken. In het strafrecht kennen we twee soorten sancties: de straf en de maatregel. In dit verband wordt ons strafrechtelijk sanctiestelsel wel aangeduid als een ‘tweesparenstelsel’ of een ‘dualistisch sanctiestelsel’.³³ Beide sancties kunnen door de strafrechter worden

³⁰ Zie ook Duk 1973, p. 15 die stelt dat met een zelfde beslissing, een zelfde maatregel, nu eens wel en dan weer niet wordt gereageerd op onrechtmatig gedrag.

³¹ Duk 1973, p. 21.

³² Mevis 2004, p. 123; Hazewinkel-Suringa/Rommelink 1996, p. 10; Corstens 2002, p. 1. Mevis wijst erop dat de grondslag van het strafrecht puur sanctierecht is, namelijk sanctioneren van gedrag door straf om geen andere reden dan dat misdaan is. In verband hiermee merkt hij op: ‘Het is maar dat u weet met welk een primitieve menselijke bezigheid u zich met de studie in het strafrecht inlaat.’ Alhoewel het strafrecht kan worden aangemerkt als het sanctierecht bij uitstek, komt de primitieve menselijke bezigheid van het sanctioneren van gedrag door straf ook in andere rechtsgebieden voor. In het onderliggende hoofdstuk zal blijken dat bijvoorbeeld ook in het arbeidsrecht sancties worden opgelegd enkel en alleen omdat is misdaan (Vgl. Jörg & Kelk 1998, p. 319). Zie over het onderscheid tussen strafrechtelijke en andere juridische sancties ook André de la Porte 1984, p. 8-10.

³³ Van der Landen 1992, p. 1; Hazewinkel-Suringa/Rommelink 1996, p. 643-645. Enschedé/Bosch & Sutorius 2002, p. 187, hanteren een breder strafrechtelijk sanctiebegrip. Naast de straffen en

opgelegd bij een bewezenverklaring van een strafbaar feit (art. 351 Sv). Allereerst sta ik stil bij de straf (3.3.1). Vervolgens behandel ik de maatregel (3.3.2).³⁴

3.3.1 De straf

De straffen zijn geregeld in titel II van het Wetboek van Strafrecht. In art. 9 Sr staan de soorten straffen opgesomd; ze kunnen worden onderverdeeld in hoofdstraffen (gevangenisstraf, hechtenis, taakstraf en geldboete) en bijkomende straffen (ontzetting van bepaalde rechten, verbeurdverklaring en openbaarmaking van de rechterlijke uitspraak).

De straf kan worden omschreven als de van overheidswege opgelegde, weloverwogen leedtoevoeging aan een persoon, vanwege diens verwijtbaar handelen in strijd met een aldus gesanctioneerde rechtsregel.³⁵ Vergelding van het verwijtbaar handelen door middel van leedtoevoeging is het onderscheidende kenmerk van de 'straf'.³⁶ Het gaat bij de vaststelling of een bepaalde sanctie een straf is overigens om hetgeen ermee wordt *beoogd* (leedtoevoeging), en niet om het subjectieve ervaringsleed.³⁷ Die leedtoevoeging heeft in de loop van de geschiedenis geleid tot verschillende theorieën over de rechtvaardiging en de zin van het straffen; de rechtvaardigings- of strafrechtstheorieën. Deze theorieën kunnen worden onderscheiden in de absolute, de relatieve en de verenigingstheorieën.³⁸

maatregelen door de strafrechter opgelegd, verstaan zij onder sancties ook de overige strafrechtelijke sancties. Deze verdelen ze onder in de sancties die het strafproces beëindigen (transactie, sepot) en de sancties die geen einde maken aan het strafproces, maar dit begeleiden (dwangmiddelen en het terechtstaan). Uitgebreid over het onderscheid straf en maatregel: D. van der Landen, *Straf en maatregel* (diss. Tilburg), Arnhem: Gouda Quint 1992.

³⁴ Aangezien het 'criminal charge'-begrip ex art. 6 EVRM niet van belang is voor de afbakening van het strafrechtelijke sanctiebegriff, laat ik het hier buiten beschouwing. Het begrip 'criminal charge' ziet namelijk op de *procedure* tot het opleggen van een sanctie; indien een door de overheid geëntameerde, eventueel niet-strafrechtelijke, procedure tot het opleggen van een sanctie als 'criminal charge' (strafvervolgning) kan worden aangemerkt, zijn de waarborgen verwoord in art. 6 EVRM lid 2 (de onschuldpresumptie) en 3 (procedurele waarborgen, zoals het recht op rechtsbijstand en een tolk) op die procedure van toepassing. Het 'criminal charge'-begrip zou daarom wel een rol kunnen spelen bij beantwoording van de vraag naar de toepassing van de strafrechtelijke waarborgen 'ne bis in idem' en 'geen straf zonder schuld' bij het opleggen van sancties in het arbeidsrecht. Om die reden zal ik in 4.5 wel ingaan op het 'criminal charge'-begrip.

³⁵ Hazewinkel-Suringa/Remmelink 1996, p. 644.

³⁶ Kooijmans geeft, ter onderscheiding van de strafrechtelijke maatregel, de volgende definitie van de straf: 'een door het recht geregelde vergeldende reactie van een bestuursorgaan of een rechter op een bepaalde verwijtbare gedraging, welke reactie eenzijdig en zonder toestemming van de betrokkene kan worden opgelegd en niet van algemene strekking is.' De kern van de strafdefinitie is volgens hem gelegen in de vergelding, de beoogde leedtoevoeging, van de verwijtbaarheid die in een strafbaar feit tot uiting komt (Kooijmans 2002, p. 247-248). Jonkers 1984, p. 3, stelt dat het specifieke van de straf is gelegen in het verband tussen de leedtoevoeging en een onbehoorlijk doen of nalaten.

³⁷ Kooijmans 2002, p. 231, noot 22. Hij verwijst naar A. van Oortmerssen, *Het gratierecht in beweging*, Amsterdam (VU) 1987, p. 153: 'Men kan immers iets wel als een straf beleven, zoals een bezoek aan de tandarts, maar daarom hoeft er formeel van een straf nog geen sprake te zijn.'

³⁸ Dit zijn de in de literatuur meest besproken theorieën, waarvan kan worden gezegd dat ze nog steeds een functie hebben voor ons huidige denken over de rechtvaardiging van het straffen. Daarnaast kan als categorie nog de natuurrechtelijke wils- en verdragstheorieën worden genoemd; de burgers

In de *absolute* theorieën staat de vergelding van de schuld aan het begane onrecht centraal.³⁹ De dader wordt gestraft *omdat* hij misdeed; de dader heeft de straf verdiend, een rekening moet worden vereffend.⁴⁰ Wat het mogelijke effect van de straf is, doet er niet toe. Er moet worden vergolden en dus worden gestraft, want de schuld is alleen af te doen door het ondergaan van leed. In de absolute theorieën wordt daarom vastgehouden aan de straf, ook al zou deze geen enkel nuttig effect hebben of de dader zelfs slechter maken.⁴¹ Strafgrond en strafdoel vallen samen in de absolute theorieën; beiden bestaan uit vergelding van het gepleegde onrecht. De omvang van de straf wordt gerelateerd aan de misdaad die moet worden bestraft. De ernst van het feit en de omvang van het verwijt dat de dader valt te maken, moeten terugkomen in de aard en de hoogte van de straf. Tot het eind van de 18^e eeuw bleef de leer van de vergelding de grondslag van het strafrecht en ook in de 19^e eeuw was dit het standpunt van tal van schrijvers.

In de *relatieve* theorieën wordt ter rechtvaardiging van de straf niet teruggekeken naar het begane onrecht, maar wordt juist vooruit gekeken, naar het effect en de functie van de straf.⁴² Centraal staat niet vergelding, maar speciale preventie (het voorkomen van recidive, resocialisatie en uitschakeling)⁴³ en generale preventie (afschrikking van anderen, voorkomen van eigenrichting en het bevestigen van normen).⁴⁴ Met de straf wordt beoogd te voorkomen dat het onrecht in de toekomst weer zal plaatsvinden; straffen *opdat*, in plaats van *omdat*. Ook in de relatieve theorieën vallen grondslag en doel van het straffen samen; de straf wordt gerechtvaardigd door het beoogde doel. Er wordt niet gestraft omdat de straf ‘verdiend’ is, maar omdat het vanuit het oogpunt der rechtshandhaving noodzakelijk is om te straffen. De relatieve theorieën worden daarom ook wel noodzakelijkheidstheorieën genoemd.

hebben aanvaard dat schending van het vrijwillig, onderling gesloten verdrag leidt tot bestraffing. Bekende uitwerkers van deze theorie zijn onder meer Fichte en Cesare Beccaria. Alhoewel deze theorie als specifieke strafrechtstheorie niet of nauwelijks nog functioneert, is deze nog wel van waarde voor de rechtshandhaving en dus voor het strafrecht (Hazewinkel-Suringa/Rommelink 1996, p. 891-892; Enschedé/Bosch & Sutorius 2002, p. 11; Jörg & Kelk 1998, p. 325).

³⁹ De vergeldingsleer, verweven met de leer van de generale preventie, was tevens de grondslag van de zogenaamde klassieke richting in het strafrecht (Vegter 1989, p. 159).

⁴⁰ Nieboer 1990, p. 8 omschrijft de straf in de absolute theorieën als “het verdiende loon”, “loon naar werken”, als het spiegelbeeld van het arbeidsloon.

⁴¹ Dit is de reden waarom deze leer ‘absoluut’ wordt genoemd (Nieboer 1991, p. 8).

⁴² Deze leer wordt ‘relatief’ genoemd, omdat de straf wordt gerelateerd aan een bepaald effect (Nieboer 1991, p. 8-9).

⁴³ De speciale preventie werd vooral door de moderne of nieuwe richting in het strafrecht gepropageerd (Hazewinkel-Suringa/Rommelink 1996, p. 891; Vegter 1989, p. 161).

⁴⁴ De generale preventie heeft in de geschiedenis een minder grote rol gespeeld dan de vergelding en de speciale preventie (Vegter 1989, p. 162). Daarnaast kunnen als voorbeelden van meer algemene strafdoelen worden genoemd: de beveiliging van de samenleving, genoegdoening aan het slachtoffer, ordening en sturing van de samenleving en geruststelling (Mevis 2004, p. 125-127; Enschedé/Bosch & Sutorius 2002, p. 11-14; Ruller 2001, p. 398-399; Jörg & Kelk 1998, p. 324-328; Hazewinkel-Suringa/Rommelink 1996, p. 889-906; Nieboer 1991, p. 8-10; Vegter 1989, p. 158-163; Van Bemmelen/Van Veen 1986, p. 10-22).

De tegenstellingen tussen de absolute en relatieve theorieën kunnen als een ‘klassiek conflict’⁴⁵ worden getypeerd. Toch dragen ze aspecten van het straffen in zich die verenigbaar zijn. In de ontwikkeling van de rechtvaardigingstheorieën zijn schrijvers de verschillende aspecten van de absolute en relatieve theorieën dan ook gaan combineren.⁴⁶ Dit heeft geleid tot het ontstaan van de zogenaamde *gemengde of verenigingstheorieën*. Deze theorieën worden thans door strafrechtjuristen in ons land gehuldigd. Ook de rechtspraak van de Hoge Raad, de lagere rechtspraak, en de opzet van ons wetboek, komen het meest met deze theorieën overeen.⁴⁷ Uitgangspunt (grondslag) is de schuldvergoeding, het verdiend-zijn van de straf. De vergoeding geeft de grens aan die de straf niet te boven mag gaan. Met inachtneming van deze grens bepaalt de rechter, vanuit het oogpunt van speciale en generale preventie (de doelstelling), de straf.⁴⁸ Op deze manier wordt niet meer vergolden dan uit het oogpunt van preventie noodzakelijk is.⁴⁹ De huidige praktijk van de straftoemeting ontleent aan de absolute theorieën de gedachte dat een relatie behoort te bestaan tussen de ernst van het feit, de mate van verwijtbaarheid en de zwaarte van de straf. Tegelijkertijd beoogt men met het opleggen van een straf de dader en andere potentiële daders te weerhouden van het plegen van het onrecht in de toekomst.⁵⁰ Vergoeding wordt gezien als de strafgrond en als mogelijk maatgevend voor de strafzwaarte, maar niet als doel. Doel is de preventie. Grondslag en doel van het straffen vallen dus niet samen.

3.3.2 De maatregel

Naast een straf, of in plaats daarvan, kan de strafrechter een maatregel opleggen (titel IIA Sr). Maatregelen zijn niet gericht op vergoeding, maar worden geacht bepaalde samenlevingsbelangen te dienen. Voorbeelden van maatregelen zijn de terbeschikkingstelling ex art. 37a-38l Sr (bescherming van de samenleving tegen gevaarlijke personen) en de onttrekking aan het verkeer ex art. 36b-36d Sr (bescherming van de samenleving tegen gevaarlijke voorwerpen).⁵¹ Het

⁴⁵ Nieboer 1991, p. 8.

⁴⁶ Overigens dient volgens Hazewinkel-Suringa/Rommelink 1996, p. 891, te worden opgemerkt dat de indeling van theorieën in absolute, relatieve en verenigingstheorieën uiterst aanvechtbaar is. Al deze theorieën zijn namelijk, een enkele uitzondering daargelaten, min of meer menggevalen.

⁴⁷ Van Stokkum 2004, p. 1-2; Enschedé/Bosch & Sutorius 2002, p. 12-13; Kooijmans 2002, p. 231; Ruller 2001, p. 399-400; Jörg & Kelk 1998, p. 326-328; Hazewinkel-Suringa/Rommelink 1996, p. 920-922; Nieboer 1991, p. 10-12; Vegter 1989, p. 165-171; Van Bemmelen/Van Veen 1986, p. 22-24;. Voor een bespreking van de stromingen omtrent de rechtvaardiging van het straffen in Nederland na de Tweede Wereldoorlog verwijs ik naar Hazewinkel-Suringa/Rommelink 1996, p. 909-920.

⁴⁸ Mevis 2004, p. 126-127; Kooijmans 2002, p. 231; Ruller 2001, p. 400; Jörg & Kelk 1998, p. 327; Hazewinkel-Suringa/Rommelink 1996, p. 906-907; Van Bemmelen/Van Veen 1986, p. 22-24. Alhoewel de Hoge Raad hierin niet ‘absoluut’ is. In 1967 bepaalde het hoogste rechtscollege dat de stelling, dat geen straf mag worden opgelegd die zwaarder is dan door de schuld van de dader wordt gerechtvaardigd, geen steun vindt in het recht. Volgens Kooijmans lijkt de stelling dat de hoogte van de straf evenredig dient te zijn aan de mate van schuld, evenwel weer aan kracht te winnen (Kooijmans 2002, p. 35 en 232).

⁴⁹ Hazewinkel-Suringa/Rommelink 1996, p. 906.

⁵⁰ Van Bemmelen/Van Veen 1986, p. 20.

⁵¹ Kelk 1999, p. 209.

belangrijkste onderscheid met de straf is dat schuldvergoeding en leedtoevoeging geen onderdeel uitmaken van de grondslag of de doelstelling van de maatregel.⁵² Alhoewel maatregelen *onbedoeld* leed met zich kunnen brengen, is leedtoevoeging niet beoogd. Dit is een significant verschil met de straf.⁵³ Het kenmerkende van een maatregel is dan ook dat de relatie tussen de ernst van het feit en de zwaarte van de sanctie is doorgesneden. Dientengevolge speelt de mogelijke schuld van de dader geen enkele rol bij het bepalen van de omvang van de maatregel. Het strafbare feit, dat voor de straf de onlosmakelijke grondslag vormt, is voor de maatregel slechts een aanleiding. Volgens Kelk is de legitimatie (in de betekenis van rechtvaardiging) van de maatregel gelegen in het cruciale commune belang dat met het beoogde effect van de desbetreffende maatregel is gediend.

‘Omdat de omvang van de sanctie in het concrete geval sterk wordt bepaald door dit beoogde effect moet er sprake zijn van noodzakelijkheid in die zin dat er geen minder ingrijpende, subsidiaire mogelijkheden zijn om hetzelfde of een vergelijkbaar effect te bereiken.’⁵⁴

De grondslag van de maatregel is de in het algemeen belang gelegen noodzaak tot opheffing van de (door de overheid) als ongewenst gedefinieerde situatie. Die noodzaak rechtvaardigt het opleggen van de maatregel door de overheid.⁵⁵ De doelstelling van de maatregel is het opheffen van de ongewenste situatie.⁵⁶ De (overheids)maatregel kan uiteindelijk als volgt worden gedefinieerd: ‘een door het recht geregelde reactie van een bestuursorgaan of een rechter op een bepaalde ongewenste situatie, welke reactie eenzijdig en zonder toestemming of medewerking van de betrokkene kan worden opgelegd, niet van algemene strekking is, en gericht is op beëindiging van de ongewenste situatie.’⁵⁷

⁵² Zie uitgebreid over de doelstellingen van de straf en de maatregel: Kooijmans 2002, p. 230-237.

⁵³ Kooijmans 2002, p. 232.

⁵⁴ Kelk 1999, p. 209.

⁵⁵ Kooijmans 2002, p. 228.

⁵⁶ Kooijmans 2002, p. 232; Hazewinkel-Suringa/Rommelink 1996, p. 644-645. Kooijmans maakt in zijn dissertatie een onderscheid tussen de grondslag en de doelstelling van de maatregel. Hij onderscheidt in ‘enerzijds maatregelen waarvan de primaire doelstelling is gelegen in de beveiliging van de maatschappij tegen gevaarlijke personen of voorwerpen en anderzijds maatregelen die beogen een bepaalde toestand te “herstellen” dan wel ontstane schade te vergoeden.’ Hij voegt daaraan toe dat een bepaalde openheid, pluriformiteit bestaat in de door middel van maatregelen na te streven doeleinden. Een eenduidig, specifiek na te streven doel waartoe een maatregel bijzonderlijk beperkt is, bestaat niet (Kooijmans 2002, p. 229).

⁵⁷ Kooijmans 2002, p. 246-247. Met de formulering ‘door het recht geregeld’ beoogt hij informele sancties buiten het maatregelbegrip te houden. De toevoeging ‘door een bestuursorgaan of een rechter’ is ongetwijfeld het gevolg van het feit dat zijn onderzoek gaat over de *strafrechtelijke* maatregel.

3.4 Vergelijking van arbeidsrechtelijke sancties met strafrechtelijke sancties

In 3.2.3 besprak ik in hoeverre een aantal arbeidsrechtelijke maatregelen, die in literatuur en jurisprudentie gewoonlijk als arbeidsrechtelijke sancties worden aangemerkt, terecht als sancties worden gekwalificeerd. Conclusie was dat de maatregelen 3 tot en met 11, en de officiële waarschuwing en berisping, als sanctie kunnen worden aangemerkt. In deze paragraaf staat de vraag centraal in hoeverre deze arbeidsrechtelijke sancties gelijkenis vertonen met sancties in het strafrecht. Allereerst bespreek ik de criteria op grond waarvan ik de arbeidsrechtelijke sancties met de strafrechtelijke sancties vergelijk (3.4.1). Vervolgens pas ik de criteria op de arbeidsrechtelijke sancties toe (3.4.2).

3.4.1 Vergelijkingscriteria

Het ligt voor de hand om, ter beantwoording van de vraag in hoeverre sancties in het arbeidsrecht gelijkenis vertonen met sancties in het strafrecht, de arbeidsrechtelijke sancties te toetsen aan de kenmerken van strafrechtelijke sancties (zie 3.3). Deze kenmerken vormen dan ook de criteria op grond waarvan ik de vergelijking tussen arbeidsrechtelijke en strafrechtelijke sancties maak. Sancties in het strafrecht bestaan uit straffen en maatregelen. Bijgevolg dienen de arbeidsrechtelijke sancties te worden getoetst aan de strafrechtelijke kenmerken van straffen en maatregelen.⁵⁸

Grondslag van de straf is de vergelding van schuld (in de zin van verwijtbaarheid) door middel van bewuste leedtoevoeging. Het leedtoevoegende karakter van een sanctie dient objectief te worden vastgesteld. Het gaat om het daadwerkelijke karakter van de sanctie en niet om de wijze waarop de betrokken werknemer de sanctie ervaart.⁵⁹ Doel van een straf is preventie van het

⁵⁸ Vergeleken kan worden met de door Rogier gehanteerde criteria. Ter onderscheiding van strafsancities en administratieve sancties wijst hij allereerst op het criterium van de sanctieoplegger: dit criterium biedt het meeste houvast. Het tweede criterium, de aard van het gedrag waarop de sanctie wordt toegepast, biedt weinig houvast. Dit criterium geeft alleen de uitersten aan: zwaar wangedrag wordt gewoonlijk in het strafrecht gesanctioneerd, gedrag in strijd met administratieve regels wordt met administratieve sancties bestreden. Het derde criterium, de aard en de zwaarte van de sanctie, lijkt daarentegen van meer belang. De aard wordt bepaald door het doel van de sanctie: in abstracto de naleving van wetten, in concreto retributie (bestrafing) of reparatie (herstel of bewerkstelling van de rechtmatige toestand). Het vierde door Rogier genoemde criterium, de effectiviteit en efficiency van de sancties, biedt slechts indicaties voor het onderscheid tussen strafsancities en administratieve sancties (Rogier 1992, p. 19-42). Ook voor de vergelijking tussen strafsancities en arbeidsrechtelijke sancties vormen het eerste criterium (sanctieoplegger) en het derde criterium (de aard van de sanctie) de beste aanknopingspunten. De sanctieopleggers zijn duidelijk verschillend, dus komt het op de aard van de sancties aan. De aard van het *gedrag* (het tweede criterium) is geen doorslaggevend criterium; arbeidsrechtelijke sancties kunnen zowel op strafrechtelijk relevant, als strafrechtelijk niet-relevant wangedrag volgen. Ook het vierde criterium, de effectiviteit en efficiency, zijn in mijn onderzoek geen bruikbare criteria: ze zeggen niets over de inhoudelijke overeenkomsten tussen strafsancities en arbeidsrechtelijke sancties.

⁵⁹ Kooijmans 2002, p. 341-342; Lenos 1998, p. 27-37, met name p. 34 (met verwijzing naar EHRM 21 februari 1984, *NJ* 1988, 937 (*Ozturk*)); Viering 1994, p. 153-175, met name p. 162-163. Zie verder over het 'criminal charge'-begrip EHRM 8 juni 1976, *NJ* 1978, 224 (*Engel*); EHRM 23 maart 1994,

wangedrag in de toekomst, door de werknemer en door andere werknemers. De preventieve werking van een sanctie is afhankelijk van zijn afschrikwekkende effect. Het spreekt voor zich dat een ingrijpende en diffamerende sanctie afschrikwekkender is dan een ‘softe’ sanctie. Hoe meer leed met een sanctie wordt toegevoegd, des te afschrikwekkender deze zal zijn. Dientengevolge is de preventieve werking sterk afhankelijk van het vergeldende aspect van de sanctie. In het hiernavolgende zal dan ook de nadruk op het vergeldende aspect worden gelegd.

Kenmerk van de maatregel is dat deze is gericht op de beëindiging van een ongewenste situatie.⁶⁰ Onder een ongewenste situatie versta ik (in het kader van dit onderzoek) een situatie, ontstaan naar aanleiding van het wangedrag van een werknemer, waarvan beëindiging met het oog op de belangen van het bedrijf en zijn werknemers, noodzakelijk is. Een ongewenste situatie heeft in dit onderzoek derhalve de betekenis van een situatie waarvan beëindiging per definitie noodzakelijk is. De noodzaak tot beëindiging is de grondslag van de maatregel. Wanneer van een ongewenste situatie sprake is, en op welke wijze hieraan een einde kan worden gemaakt, is afhankelijk van de concrete omstandigheden van het geval. Het feit dat een maatregel is gericht op beëindiging van een ongewenste situatie, laat onverlet dat met een maatregel, weliswaar onbedoeld, leed kan worden toegevoegd.

Het karakter van een arbeidsrechtelijke sanctie dient dus te worden beoordeeld aan de hand van de vraag of de sanctie is gericht op vergelding door middel van leedtoevoeging (straf), dan wel op beëindiging van de ongewenste situatie (maatregel). Hierna zal blijken dat een aantal arbeidsrechtelijke sancties puur zien op leedtoevoeging. Er hoeft geen twijfel over te bestaan dat deze sancties het karakter van een straf hebben (zie 3.4.2.1). Van de overige arbeidsrechtelijke sancties is niet direct duidelijk wat hun karakter is; ze kunnen zijn gericht op de toevoeging van leed, maar ook op de beëindiging van een ongewenste situatie. Hoe kan van deze arbeidsrechtelijke sancties nu objectief worden vastgesteld wat hun karakter is? Het antwoord ligt in de *noodzakelijkheid* van de sanctie ter beëindiging van de ongewenste situatie. Een arbeidsrechtelijke sanctie heeft het karakter van een ordemaatregel,⁶¹ indien de

A283-B (*Ravnsborg*); Viering 1994, p. 153-175; Verheul 1994, p. 30-33.; Van Dijk & van Hoof 1990, p. 343-348 (zie ook 3.5.2.3).

⁶⁰ Kooijmans 2002, p. 246-247.

⁶¹ Evenals Zondag hanteer ik de term ‘ordemaatregel’ voor de arbeidsrechtelijke maatregel ter onderscheiding van de arbeidsrechtelijke straf (Zondag 2003a, p. 24-26). Het onderscheid tussen straf en maatregel in zowel het strafrecht als het tuchtrecht werd reeds door V.A. Röling opgemerkt in zijn preadvies voor de Nederlandse Juristen Vereniging in 1936: V.A. Röling, ‘Is het wenschelijk, dat verband wordt gelegd tusschen de verschillende maatregelen naar aanleiding van een zelfde feit, te nemen door den strafrechter en andere bij of krachtens de wet ingestelde organen? Zoo ja, op welke wijze ware dit verband te regelen?’, *Handelingen Nederlandsche Juristen-Vereeniging* (66) 1936-I, p. 49. Ook Taat maakte in zijn dissertatie reeds onderscheid tussen de tuchtrechtelijke maatregel en de straf als equivalent van het strafrechtelijke onderscheid straf en maatregel (Taat 1948, p. 45-48). Zie ook De Doelder 1981, p. 4. Hij wees op de sterke verschillen in het karakter van de sancties in de diverse rechtsgebieden.

sanctie noodzakelijk is ter beëindiging van een ongewenste situatie. Hieruit blijkt immers dat met de sanctie louter wordt beoogd de ongewenste situatie te beëindigen. Bij een ordemaatregel moet het derhalve gaan om een sanctie die, ter beëindiging van een ongewenste situatie, niet kan worden vervangen door een minder zware sanctie met hetzelfde resultaat, namelijk beëindiging van de ongewenste situatie. Dit noem ik het *noodzakelijkheidsvereiste* (zie voor nadere invulling 3.7.). Het noodzakelijkheidsvereiste is derhalve vergelijkbaar met het subsidiariteitsbeginsel: er moet op de minst bezwarende wijze worden opgetreden (zie Hoofdstuk 2, 2.2.3.5).⁶² Een arbeidsrechtelijke sanctie heeft het karakter van een straf, indien het wangedrag de sanctie weliswaar rechtvaardigt, maar de sanctie niet strikt noodzakelijk is ter beëindiging van een ongewenste situatie; de werkgever had ter beëindiging van de ongewenste situatie bijvoorbeeld ook kunnen volstaan met een minder zware sanctie. Het feit dat een zwaardere sanctie wordt opgelegd dan noodzakelijk is, duidt op de bewuste toevoeging van leed.

Bij het voorgaande dient de volgende kanttekening te worden gemaakt. Het feit dat een sanctie niet noodzakelijk is ter beëindiging van een ongewenste situatie, betekent dus niet dat de sanctie ongerechtvaardigd is; de werkgever heeft een belang *bij*, en een bevoegdheid *tot* het opleggen van disciplinaire straffen (deze bevoegdheid komt in het volgende hoofdstuk aan de orde). Bij het opleggen van een straf dient de werkgever wel het evenredigheidsbeginsel in acht nemen; het wangedrag moet de straf kunnen rechtvaardigen.⁶³ Indien de straf disproportioneel is, bestaat strijd met het goed werkgeverschap ex art. 7:611 BW.⁶⁴ De straf is dan niet gerechtvaardigd.

3.4.2 Het karakter van de arbeidsrechtelijke sancties

In de context van het arbeidstuchtrecht wordt de term ‘straf’ reeds gebruikt in de betekenis van een punitieve sanctie.⁶⁵ Thans ga ik over tot de toetsing in

⁶² Het verschil tussen beide is dat het noodzakelijkheidsvereiste hier wordt gehanteerd als onderscheidend criterium, specifiek ter vaststelling of sprake is van een ordemaatregel, terwijl het subsidiariteitsbeginsel een beginsel is dat in acht dient te worden genomen bij het opleggen van sancties in het algemeen.

⁶³ Vergelijk het strafrecht, waarin een relatie behoort te bestaan tussen de ernst van het feit, de mate van verwijtbaarheid en de zwaarte van de straf (3.3.1).

⁶⁴ Dit beginsel houdt in dat de voor de werknemer nadelige gevolgen van de sanctie niet onevenredig mogen zijn in verhouding tot de met de sanctie te dienen doelen en de ernst van het wangedrag. De toetsing aan het evenredigheidsbeginsel in de rechtspraak vindt meestal op impliciete wijze plaats en speelt met name een rol bij het treffen van disciplinaire straffen. Zie bijvoorbeeld Ktr. Utrecht 29 juli 1998, *JAR* 1998, 189; Ktr. Amsterdam 17 december 1996, *Prg.* 1997, 4705 en Pres. Rb. Almelo 12 februari 1986, *Prg.* 1986, 2482. De Kantonrechter Amsterdam achtte ontslag en ontbinding een disproportionele reactie op het handelen van de werknemer (een paar keer enige gulden te veel declareren). Een minder zware disciplinaire maatregel was op zijn plaats geweest. Zie verder Heerma van Voss 1999, p. 65-67 en Zondag 2003a, p. 23 en 51, beiden met een uitgebreide verwijzing naar lagere jurisprudentie (zie ook Van Nispen 2003, p. 6-8; Taat 1948, p. 177-178; De Doelder 1981, p. 177-179 en het SER-Advies 93/11, Arbeidstuchtrecht, p. 9 (mening van deel van de Raad bestaande uit werknemersleden alsmede de kroonleden mevrouw Asscher-Vonk, Halberstadt, Franken en Meulenberg)).

⁶⁵ Zie Zondag 2003a, p. 7 e.v. en Olbers 1991, p. 69.

hoeverre de arbeidsrechtelijke sancties (zie 3.2.3) aan de strafrechtelijke kenmerken van straffen en maatregelen voldoen: zijn ze daadwerkelijk gericht op vergelding door middel van leedtoevoeging (strafkarakter), of slechts op beëindiging van een ongewenste situatie (karakter van ordemaatregel)?

3.4.2.1 Sancties met het karakter van een straf

Zoals gezegd is van een aantal sancties op voorhand duidelijk dat ze het karakter van een straf hebben: de officiële waarschuwing of berisping, het passeren voor een periodieke verhoging; het intrekken van emolumenten; functieverlaging met de daarbij behorende loonsverlaging;⁶⁶ vermindering van vakantiedagen; schorsing of non-actiefstelling zonder behoud van loon;⁶⁷ het inhouden van het loon en de boete.⁶⁸ Deze sancties worden duidelijk ingezet om *bewust* 'leed' toe te voegen en duidelijk te maken dat het wangedrag niet wordt getolereerd. Hun evidente straffende en diffamerende karakter zal een afschrikwekkend effect hebben, hetgeen ongetwijfeld ook de bedoeling van de betrokken werkgever is. Voorts valt niet in te zien hoe deze sancties, als reactie op wangedrag, een einde zouden kunnen maken aan een ongewenste situatie.⁶⁹

3.4.2.2 De opzegging wegens een dringende reden

Vanuit het standpunt van de werknemer is de sanctie van ontslag op staande voet – als reactie op wangedrag – wellicht *de* arbeidsrechtelijke straf bij uitstek. Geen enkele sanctie is zo ingrijpend en diffamerend voor een werknemer als de opzegging wegens een dringende reden. In de arbeidsrechtelijke literatuur wordt dan ook vaak verdedigd dat dit de zwaarst mogelijke disciplinaire straf is.⁷⁰ De werknemer verliest per direct zijn baan en zijn recht op loon. Voorts loopt hij het risico zijn recht op WW-uitkering niet geldend te kunnen maken (art. 24 lid 1 en 2 jo art. 27 lid 1 WW) en op grond van art. 7:677 lid 3 BW wordt hij, indien sprake is van opzet of schuld bij de werknemer, jegens de werkgever schadeplichtig. Niet voor niets leidt deze wijze van beëindigen bijna altijd tot protest van de werknemer en veel 'procedurele ellende'.⁷¹ De sanctie van

⁶⁶ Dat deze sanctie als straf niet moet worden onderschat, blijkt uit een uitspraak van de Kantonrechter Rotterdam 2 februari 1987, *Prg.* 1987, 2707. De werknemer (audicien) ervoer de degradatie met bijbehorende salarisverlaging als onnodig grievend, diffamerend en vernederend. Zijn degradatie zou niet alleen binnen het bedrijf, maar ook in de medische wereld daarbuiten (hoorartsen, academisch ziekenhuis) bekend zijn geworden.

⁶⁷ Ervan uitgaande dat op geldige wijze van art. 7:628 lid 1 BW is afgeweken (HR 21 maart 2003, *JAR* 2003, 91, *Van der Gulik/Vissers & Partners*).

⁶⁸ Ook in het ambtenarenrecht worden deze sancties als disciplinaire straffen gekwalificeerd (art. 81 lid 1 ARAR, art. 16:1:2 lid 1 en art. 8:13 CAR/UWO).

⁶⁹ Met name bij 'arbeidsrechtelijke' strafsancities waarbij de werknemer financieel wordt getroffen (door het inhouden van loon), is de omschrijving die Nieboer gaf van de straf als "het verdiende loon", "loon naar werken", als het spiegelbeeld van het arbeidsloon, zeer treffend (Nieboer 1990, p. 8).

⁷⁰ Zie bijvoorbeeld Olbers 1991, p. 69: 'De maatschappelijke realiteit dat werkgevers het ontslag (op staande voet) de facto als (strengste) disciplinaire straf gebruiken en arbeiders het als zodanig ervaren kan men echter niet negeren.' Zie ook Zondag 2003a, p. 23.

⁷¹ Loonstra 2005a, p. 295.

ontslag op staande voet heeft niet alleen een duidelijk leedtoevoegend, maar ook een vergeldend aspect; de zwaarte van de sanctie wordt direct gerelateerd aan de ernst van de, aan het ontslag ten grondslag liggende, dringende reden. Alleen bij zodanige daden, eigenschappen of gedragingen van de werknemer, die ten gevolge hebben dat van de werkgever niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren, mag – de wellicht meest ingrijpende maatregel uit het arbeidsovereenkomstenrecht – worden toegepast.

‘Daar waar de schending groot is, mag de juridische reactie van gelijke omvang zijn.’⁷²

Dat opzegging wegens een dringende reden in de beleving van de werknemer leedtoevoegend is, betekent echter nog niet dat de sanctie het karakter van een straf heeft. Het leedtoevoegende karakter dient immers objectief te worden vastgesteld; ook indien een sanctie leed met zich brengt, kan sprake zijn van een ordemaatregel. Het is denkbaar, en zelfs aannemelijk, dat het de doelstelling van een ontslag op staande voet is, een einde te maken aan een ongewenste situatie. Bij de vaststelling van het karakter van een opzegging wegens een dringende reden komt het dus aan op het noodzakelijkheids criterium; is een ontslag op staande voet noodzakelijk ter beëindiging van de ongewenste situatie? Het bijzondere aan een ontslag op staande voet is nu juist dat de noodzaak van directe beëindiging een *geldigheidsvereiste* is; het wangedrag van de werknemer moet dermate ernstige gevolgen hebben, dat van de werkgever redelijkerwijs niet kan worden gevergd dat hij de arbeidsovereenkomst nog langer laat voortduren. Met andere woorden, de ongewenste situatie moet het ontslag op staande voet noodzakelijk maken.⁷³ Een *geldig* ontslag op staande voet, naar aanleiding van wangedrag van een werknemer, heeft dus per definitie het karakter van een ordemaatregel. Alleen indien voor de werkgever een noodzaak tot directe beëindiging bestaat,⁷⁴ is sprake van een geldige opzegging wegens een dringende reden.⁷⁵ Kan de werkgever niet aantonen dat een noodzaak tot

⁷² Loonstra 2005a, p. 295.

⁷³ Een dringende reden moet ‘tegelijk gewichtig en spoedeischend’ zijn (Bles IV, p. 119). ‘Alleen indien er is periculum in mora, bestaat er, gelijk de uitdrukking trouwens aanwijst, eene dringende reden, namelijk om de dienstbetrekking zonder opzegging of zonder inachtneming van de voor opzegging geldende bepalingen m.a.w. onmiddellijk te doen eindigen.’ (Bles IV, p. 151). Kuip zegt hierover: ‘Het woord “spoedeischend” brengt naar mijn mening tot uitdrukking dat de reden niet slechts een zeer spoedige beëindiging van de dienstbetrekking legitimeert, doch deze vereist.’ (Kuip 1993, p. 52). Hij lijkt daarmee te bedoelen dat alleen bij een spoedige beëindiging van de arbeidsovereenkomst sprake kan zijn van een dringende reden.

⁷⁴ Volgens het citaat: een gevaar bij uitstel (van de beëindiging van de arbeidsovereenkomst).

⁷⁵ De werkgever dient onverwijld tot opzegging over te gaan. Dit betekent dat de dringende reden niet alleen objectief, maar ook subjectief dringend moet zijn; voortzetting van de arbeidsovereenkomst moet voor de werkgever ‘ondraaglijk’ zijn. Door onverwijld over te gaan tot beëindiging, brengt de werkgever dit subjectieve element van de dringende reden (ook wel aangeduid als ‘de dringendheid van de dringende reden’), tot uitdrukking (Loonstra & Zondag 2003, p. 309-315; Kuip 1993, p. 53-54; Van der Grinten/Van der Grinten & Bouwens 2005, p. 356). Bij de wetwijziging van 1953 merkte Minister van Justitie Mulderije over de opzegging wegens een dringende reden op: ‘De bevoegdheid daartoe is aan een partij gegeven in al die gevallen waarin van hem redelijkerwijze niet gevergd kan

directe beëindiging van de arbeidsovereenkomst bestaat, dan is geen sprake van een geldig ontslag op staande voet. Ontslag op staande voet kan dan ook nooit als *straf* worden aangewend. Dit zou immers betekenen dat een lichtere sanctie ter beëindiging van de ongewenste situatie zou volstaan, maar met het oog op vergelding van het wangedrag, gaat de werkgever over tot de zwaardere sanctie van ontslag op staande voet. In dat geval kan van de werkgever worden gevergd de dienstbetrekking voort te zetten en is dus geen sprake van een dringende reden: het ontslag op staande voet is niet geldig. Dat de doelstelling van een opzegging wegens een dringende reden niet het bestraffen van de werknemer is, blijkt ook uit een citaat van Minister Mulderij bij de wetswijziging van 1953:

‘Terecht merkt de commissie⁷⁶ op, dat de werkgever de arbeider wel onmiddellijk kan ontslaan, doch hem daarna uit vrijgevigheid enigermate tegemoet kan komen. Indien de werkgever dit motief der vrijgevigheid echter wil gaan combineren met het dienen van zijn eigen belang, door de arbeider nog enige door hem, werkgever, te bepalen tijd, zij het niet de volle opzeggingstermijn, in dienst te houden, dan zou dit in strijd komen met *de ratio van het artikel, welke – het moge herhaald worden – niet is om een van de partijen een c.q. met clementie te hanteren strafbevoegdheid te verlenen, doch slechts op (om, MMK) hem een échappatoire te verschaffen, waardoor hij zich aan een voor hem onhoudbare toestand kan onttrekken* (cursivering van mij, MMK).⁷⁷

Samengevat gezegd, de mogelijkheid van opzegging wegens een dringende reden is geen bevoegdheid om naar aanleiding van wangedrag van de werknemer een straf op te leggen, maar de mogelijkheid om te ontsnappen aan een ondraaglijke situatie (ontstaan naar aanleiding van het wangedrag van de werknemer).⁷⁸

De conclusie is dat de opzegging wegens een dringende reden in beginsel het karakter van een ordemaatregel heeft. Desondanks is het voor de werknemer de meest ingrijpende en zwaarste arbeidsrechtelijke sanctie. Het ontslag op staande voet heeft daardoor een bijzonder tweeledig karakter: in beginsel een ordemaatregel, maar in de belevenis van de werknemer een straf.

worden de dienstbetrekking te laten voortduren, d.w.z. dat van hem redelijkerwijze niet gevergd kan worden de normale beëindiging op termijn af te wachten. Hier wordt dus niet aan de partij de bevoegdheid gegeven om over het gedrag van de wederpartij een oordeel te vellen en dan naar eigen bevind van zaken verder te handelen, doch slechts de bevoegdheid om zich te onttrekken aan een verhouding, die voor hem ondraaglijk is.’ (*Handelingen II* 1951/52, 881, nr. 6, p. 33 (MvA)).

⁷⁶ De vaste Commissie voor Privaat- en Strafrecht uit de Tweede Kamer.

⁷⁷ *Handelingen II* 1951/52, 881, nr. 6, p. 33 (MvA).

⁷⁸ Aldus ook Olbers 1991, p. 69 en Zondag 2003a, p. 7, noot 4. Indien de rechter een ontslag op staande voet geldig verklaart, impliceert dit dat het voor de werkgever (ondanks alle daaraan verbonden risico’s voor zowel hem als voor de betrokken werknemer) noodzakelijk was tot deze sanctie over te gaan.

3.4.2.3 Ontbinding wegens een dringende reden

Het wangedrag van de werknemer kan dan wel directe beëindiging van de arbeidsovereenkomst noodzakelijk maken, onverwijld opzegging wegens een dringende reden is niet geheel zonder risico's.⁷⁹ De werkgever loopt het risico, op grond van art. 7:677 lid 1 BW, schadeplichtig te worden, en de werknemer verliest van het ene op het andere moment zijn baan en dientengevolge zijn inkomen. Indien de werkgever deze risico's wil vermijden, kan hij kiezen voor de *ontbinding* wegens een dringende reden. Met de ontbinding wordt dan wel geen *direct* einde aan de arbeidsovereenkomst gemaakt, maar het is wel een veilige weg om tot een *spoedige* beëindiging van de arbeidsovereenkomst te komen.⁸⁰ Het is dan ook geen sanctie gericht op vergelding, maar op de beëindiging van de ongewenste situatie dat de arbeidsovereenkomst nog langer voortduurt. De werkgever zal aan moeten kunnen tonen dat het wangedrag destijds de directe beëindiging van de arbeidsovereenkomst noodzakelijk maakte.⁸¹

Evenals de opzegging is echter ook de ontbinding wegens een dringende reden diffamerend en (financieel) ingrijpend voor de werknemer. De arbeidsovereenkomst eindigt dan wel niet direct, de werknemer wordt spoedig werkloos, hij kan geen aanspraak maken op een vergoeding ex art. 7:685 lid 8 BW en hoger beroep is niet mogelijk (7:685 lid 11 BW). Bovendien wordt de werknemer schadeplichtig op grond van art. 7:677 lid 3 BW en bestaat de kans dat wordt geoordeeld dat hij verwijtbaar werkloos is geworden, met als gevolg dat hij zijn recht op WW-uitkering niet geldend kan maken (art. 24 lid 1 jo lid 2 jo art. 27 lid 1 WW).

Dientengevolge kan ook ten aanzien van de (relatief weinig voorkomende)⁸² *ontbinding* wegens een dringende reden worden geconcludeerd dat het in beginsel een sanctie met het karakter van een ordemaatregel is,⁸³ maar door de werknemer waarschijnlijk als straf wordt ervaren.

⁷⁹ Zie ook G.C. Boot, 'Ontslag op staande voet: een weg met vele valkuilen', *Sociaal Recht* (20) 2005-5, p. 167-173.

⁸⁰ Loonstra & Zondag 2006, p. 345; Kuip 1993, p. 31.

⁸¹ Het vereiste van de subjectieve dringendheid is overigens niet van toepassing. Dientengevolge hoeft de werkgever het verzoek tot ontbinding niet onverwijld te doen (Ktr. Rotterdam 18 november 1987, *Prg.* 1988, 2868; Ktr. Eindhoven 7 maart 1983, *NJ* 1984, 248; Rb. Breda 12 november 1976, *NJ* 1977, 349). In de literatuur gaan echter ook stemmen op voor de eis van onverwijldheid bij een verzoek tot ontbinding wegens een dringende reden. Uitgebreid Kuip 1993, p. 81-84, die van mening is dat de verzoeker een zelfde mate van spoed dient te betrachten als de partij die opzegt wegens een dringende reden.

⁸² Hooguit 5% van alle 7:685-beschikkingen berusten op een dringende reden (Loonstra & Zondag 2006, p. 346).

⁸³ Hier zou tegenin kunnen worden gebracht dat de sanctie van ontbinding wegens een dringende reden kan worden vervangen door een minder ingrijpende sanctie met hetzelfde resultaat, namelijk de ontbinding wegens gewijzigde omstandigheden. Beide wijzen van ontbinding leiden immers tot de spoedige en zekere beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Bij de ontbinding wegens veranderingen in de omstandigheden kan het leed echter worden gecompenseerd door een vergoeding ex art. 7:685 lid 8 BW. Bovendien is een ontbinding wegens gewijzigde omstandigheden minder diffamerend. Bijgevolg zou kunnen worden betoogd dat door te kiezen voor een ontbinding wegens een dringende reden, meer leed wordt toegevoegd dan voor de beëindiging van de ongewenste

Voorgaande geldt eveneens voor de voorwaardelijke ontbinding wegens een dringende reden, nadat de werknemer de nietigheid van het ontslag op staande voet heeft ingeroepen en een loonprocedure is gestart. Bovendien doet zich bij deze sanctie nog een bijzonderheid voor. Indien de voorwaarde wordt vervuld – de arbeidsovereenkomst is niet geëindigd door het ontslag op staande voet – betekent dit dat de rechter in de loonprocedure van mening was dat een dringende reden voor onverwijlde beëindiging niet aanwezig was. Een voorwaardelijke ontbinding wegens veranderingen in de omstandigheden zou daarom juist zijn.⁸⁴ Vindt uiteindelijk toch een ontbinding wegens een dringende reden plaats, dan bestaat de mogelijkheid dat hiermee niet alleen meer leed wordt toegevoegd dan noodzakelijk is, maar ook meer leed dan gerechtvaardigd is. De ontbinding is namelijk in strijd met het oordeel van de rechter in de loonprocedure dat van een dringende reden geen sprake is.⁸⁵

3.4.2.4 Ontbinding wegens veranderingen in de omstandigheden

Ontbinding wegens veranderingen in de omstandigheden is een sanctie met het karakter van een ordemaatregel; de ongewenste situatie moet continuering van de arbeidsovereenkomst voor de werkgever zo problematisch maken, dat de arbeidsovereenkomst billijkheidshalve dadelijk of na korte tijd behoort te eindigen (7:685 lid 2 BW). Door de ontbinding wordt de werknemer weliswaar in zijn belangen getroffen, maar van bewuste leedtoevoeging is geen sprake.⁸⁶ Het onbedoelde leed dat de werknemer ondergaat ten gevolge van de ontbinding, kan worden gecompenseerd door de vergoeding ex art. 7:685 lid 8 BW (zie hierover 4.6.2.6).⁸⁷

situatie strikt noodzakelijk is. Dit zou tot de conclusie kunnen leiden dat de ontbinding wegens een dringende reden het karakter van een straf heeft. Deze redenering gaat niet op. Indien de kantonrechter oordeelt dat sprake was van een dringende reden, betekent dit dat een noodzaak bestond tot directe beëindiging van de arbeidsovereenkomst. De spoedige beëindiging door middel van ontbinding van de arbeidsovereenkomst is dan een ordemaatregel. Er wordt niet meer leed toegevoegd dan noodzakelijk is ter beëindiging van de ongewenste situatie; het wangedrag heeft geleid tot de noodzaak van directe beëindiging. In dat geval was zelfs een ontslag op staande voet mogelijk geweest, welke sanctie voor de werknemer nog ingrijpender is.

⁸⁴ De meeste rechters zijn dan ook wel bereid tot een voorwaardelijke ontbinding wegens veranderingen in de omstandigheden, maar niet wegens een dringende reden. De vraag of het ontslag op staande voet terecht was, laten ze liever aan de rechter in de loonprocedure over (Loonstra & Zondag 2006, p. 358).

⁸⁵ Tenzij de rechter het ontslag heeft vernietigd wegens het ontbreken van de subjectieve dringendheid. Dit is immers geen vereiste voor een geldige ontbinding wegens een dringende reden.

⁸⁶ Bij ontbinding op deze grond is sprake van een gerezen belangengeschil en geen rechtsgeschil (Bles IV, p. 257; Loonstra & Zondag 2006, p. 345).

⁸⁷ De vele lagere jurisprudentie waarin wangedrag van werknemers centraal staat, betreft hoofdzakelijk ontbindingen wegens veranderingen in de omstandigheden (zie de voetnootverwijzingen in 3.7.1.3).

3.4.2.5 Ontbinding wegens wanprestatie⁸⁸

De ontbinding wegens wanprestatie is een sanctie waarvan niet op voorhand duidelijk is of deze het karakter van een straf dan wel van een ordemaatregel heeft.

Ontbinding wegens wanprestatie kan, gezien de bijzondere aard van de verhouding tussen de werknemer en de werkgever, alleen door de *rechter* worden uitgesproken (7:686 BW). De tekortkoming in de nakoming van de overeenkomst moet zodanig zijn dat deze de ontbinding met haar gevolgen rechtvaardigt. Dit is in ieder geval niet het geval indien de tekortkoming van slechts geringe betekenis is (art. 6:265 lid 1 BW)⁸⁹, waardoor de gevolgen van de ontbinding in een wanverhouding tot de ernst van de wanprestatie zouden staan.⁹⁰ Uit rechtspraak en literatuur blijkt dat aan de rechtvaardiging zware eisen worden gesteld. Zo zijn in het kader van de arbeidsovereenkomst verschillende graden van wanprestatie mogelijk, die tot verschillende sancties kunnen leiden. Echter, niet iedere wanprestatie rechtvaardigt ontbinding.⁹¹ Op grond van de bijzondere aard van de arbeidsovereenkomst wordt bovendien verdedigbaar geacht, dat de regel dat een geringe tekortkoming geen ontbinding rechtvaardigt, bij de arbeidsovereenkomst een nog zwaarder accent krijgt dan bij andere (benoemde) overeenkomsten.⁹² Sommige schrijvers achten de tekortkoming die grond is voor ontbinding wegens wanprestatie zelfs vergelijkbaar met de dringende reden.⁹³ Volgens de Hoge Raad moet de wanprestatie in ieder geval ‘ernstig genoeg’ zijn om een ontbinding te kunnen *wettigen*.⁹⁴ Het feit dat de omstandigheden een ontbinding wettigen of rechtvaardigen, betekent echter niet dat de ontbinding *noodzakelijk* is ter beëindiging van de ongewenste situatie ontstaan naar aanleiding van het wangedrag van de werknemer. Aan de hand van de concrete omstandigheden van het geval moet uiteindelijk worden beoordeeld of sprake is van een noodzaak voor de ontbinding van de arbeidsovereenkomst (ordemaatregel). Indien het wangedrag van de werknemer de

⁸⁸ Zie over de ontbinding wegens wanprestatie: C.J.H. Jansen & C.J. Loonstra, ‘Ontbinding van de arbeidsovereenkomst op grond van wanprestatie’, *SociaalRecht* (19) 2004-2, p. 43-48 en Groen 1989, p. 17-33.

⁸⁹ Voorts kan volgens art. 6:265 lid 1 BW de bijzondere aard van de tekortkoming daaraan in de weg staan.

⁹⁰ HR 25 juni 1971, *NJ* 1971, 398. Zie ook de noot van P.A. Stein onder HR 12 december 1980, *NJ* 1981, 202.

⁹¹ Bakels 1983, p. 143.

⁹² Loonstra & Zondag 2006, p. 379; Bakels 1983, p. 142. De laatste is zelfs van mening dat, om aan het eigen karakter van de arbeidsovereenkomst volledig recht te doen, het noodzakelijk is ontbinding wegens wanprestatie slechts mogelijk te achten, indien deze wanprestatie tevens een ontslag op staande voet zou hebben gerechtvaardigd. Zie ook HR 18 oktober 1985, *NJ* 1986, 338, waarin de Hoge Raad van een andere opvatting lijkt uit te gaan.

⁹³ Van der Grinten/Van der Grinten & Bouwens 2005, p. 439; Groen 1989, p. 24 en 26-27; Bakels 1983, p. 142. De laatste is van mening dat, om aan het eigen karakter van de arbeidsovereenkomst volledig recht te doen, het noodzakelijk is ontbinding wegens wanprestatie slechts mogelijk te achten, indien deze wanprestatie tevens een ontslag op staande voet zou hebben gerechtvaardigd. Zie ook HR 18 oktober 1985, *NJ* 1986, 338, waarin de Hoge Raad van een andere opvatting lijkt uit te gaan. Zie ook P.A. Stein in zijn noot onder HR 12 december 1980, *NJ* 1981, 202.

⁹⁴ HR 12 december 1980, *NJ* 1981, 202.

ontbinding wettigt, maar ter beëindiging van de ontstane ongewenste situatie ook met een minder vergaande sanctie kan worden volstaan, heeft de keuze voor de ontbinding een duidelijk leedtoevoegend karakter en is sprake van een straf.⁹⁵

3.4.2.6 Opzegging, schorsing, overplaatsing

Resteert de bespreking van een aantal andere arbeidsrechtelijke sancties met een variabel karakter; de ene keer straf, de andere keer ordemaatregel. Het betreft de ‘gewone’ opzegging, schorsing met behoud van loon en overplaatsing. Het spreekt voor zich dat deze sancties de werknemer ‘leed’ toebrengen, althans hem in zijn belangen raken. Dit betekent niet dat deze sancties altijd het karakter van een straf hebben.⁹⁶

Het is goed mogelijk dat onder bepaalde omstandigheden ontslag de enige manier is om een einde te maken aan een ongewenste situatie. Dat de werknemer in kwestie nog aan het bedrijf is verbonden, kan slechte publiciteit opleveren en de goede naam van het bedrijf schaden, met potentieel veel verder strekkende gevolgen voor het bedrijf en zijn werknemers. In dat geval kan het CWI oordelen dat het voorgenomen ontslag, rekening houdend met de belangen en mogelijkheden van de betrokken werkgever, zijn bedrijf en van de andere werknemers, redelijk is (zie art. 3:1 Ontslagbesluit). Voorts is denkbaar dat de werkgever als grond voor het ontslag aanvoert dat de relatie tussen hem en de werknemer ernstig en duurzaam is verstoord. Geheel in lijn met de eerder geformuleerde kenmerken van een ordemaatregel (4.4.2), wordt de toestemming door het CWI in dat geval alleen verleend indien door de werkgever aannemelijk is gemaakt dat van een zodanige verstoring daadwerkelijk sprake is, en dat herstel van de relatie, al dan niet door middel van overplaatsing van de werknemer binnen de onderneming, niet mogelijk is (art. 5:1 lid 5 Ontslagbesluit).⁹⁷

⁹⁵ In de literatuur is de opvatting verdedigd dat ook de vordering tot ontbinding van een wederkerige overeenkomst wegens wanprestatie aan de beginselen van redelijkheid en billijkheid moet worden onderworpen. Dit leidt dan tot de regel dat de schuldeiser jegens wie toerekenbaar is tekortgeschoten de ontbindingsvordering niet kan instellen, wanneer de wederpartij daardoor onevenredig wordt bezwaard en er een redelijk alternatief voorhanden is. Deze opvatting leidt zonder meer tot de slotsom dat de sanctie van ontbinding wegens wanprestatie een ordemaatregel is (zie Abas 1996, p. 217, met verwijzing naar de proefschriften van F.B. Bakels, *Ontbinding van wederkerige overeenkomsten* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1993 en T. Hartlief, *Ontbinding* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1994). De Hoge Raad oordeelde over het voorgaande evenwel anders: ‘Indien wanprestatie van een contractspartij van dien aard is dat zij naar dat recht in beginsel ontbinding van de overeenkomst rechtvaardigt, heeft de partij jegens wie deze wanprestatie is gepleegd, de keuze tussen de hem, mede als gevolg van die wanprestatie, ten dienste staande bevoegdheden en brengt geen regel van dat recht mee dat van ontbinding zou behoren te worden afgezien op de enkele grond dat de schuldeiser door een alternatief – bij voorbeeld nakoming met schadevergoeding – niet in een wezenlijk nadeliger positie zou komen te verkeren, laat staan dat de rechter deze mogelijkheid ambtshalve zou dienen te onderzoeken.’ (HR 24 november 1995, RvdW 1995, 244, r.o. 5).

⁹⁶ Dit sluit aan bij het ambtenarenrecht, waarin de sancties schorsing, ontslag en overplaatsing eveneens zowel als disciplinaire straf als ordemaatregel kunnen worden ingezet (art. 81 lid 1 ARAR jo. art. 90 e.v. ARAR). Zie ook CRvB 28 mei 1991, TAR 1991, 145.

⁹⁷ In hoofdstuk 34 van de ‘Beleidsregels ontslagtaak CWI’ van oktober 2005 wordt art. 5:1 lid 5 Ontslagbesluit als een van de mogelijke gronden genoemd voor een ontslagaanvraag van een werknemer die in detentie verblijft. Daarnaast worden ook art. 5:1 lid 4 Ontslagbesluit (verwijtbaar

Kortom, het ontslag moet noodzakelijk zijn en niet kunnen worden vervangen door een minder ingrijpende sanctie met hetzelfde resultaat. Dat de beëindiging van de arbeidsovereenkomst voor de werknemer 'leed' met zich brengt is onvermijdelijk, maar is niet de doelstelling van de beëindiging. Met andere woorden: vergelding maakt dan geen onderdeel uit van de aard van de sanctie. Hetzelfde geldt voor schorsing en overplaatsing; indien de werkgever geen andere mogelijkheid heeft om de gemoederen binnen het bedrijf tot bedaren te brengen, zijn schorsing of overplaatsing ordemaatregelen en geen straffen.⁹⁸ Het feit dat deze schorsing of overplaatsing voor de werknemer onbedoeld leed met zich brengt, maakt deze maatregel nog niet tot straf.⁹⁹

Opzegging, schorsing met behoud van loon en overplaatsing hebben het karakter van een straf, indien het wangedrag deze sancties rechtvaardigt, maar de sanctie niet noodzakelijk was ter beëindiging van een ongewenste situatie. Dit is het geval indien ook met een minder vergaande maatregel had kunnen worden volstaan. In dat geval mag er van uit worden gegaan dat vergelding van het begane wangedrag in ieder geval onderdeel was van de reden tot het opleggen van de sanctie. De sanctie heeft in dat geval het karakter van een straf.¹⁰⁰

3.4.2.7 Concluderend

Geconcludeerd kan worden dat de in 3.2.3 genoemde arbeidsrechtelijke maatregelen, indien ze worden ingezet als sancties, evenals in het strafrecht, kunnen worden onderverdeeld in straffen en ordemaatregelen. Voor een aantal van deze arbeidsrechtelijke sancties geldt dat ze per definitie altijd het karakter

handelen) als ontslaggrond genoemd en anders zou de algemene redelijkheidstoets van art. 3:1 Ontslagbesluit uitkomst kunnen bieden.

⁹⁸ In het door Duk 1973, p. 17-18 gemaakte onderscheid tussen reparatoire en repressieve sancties, vallen deze onder de eerstgenoemde. Ze beogen namelijk geen vergelding of preventie, maar herstel van de toestand zoals die er was geweest indien de overtreding niet was begaan.

⁹⁹ Zondag wijst eveneens op het onderscheid tussen schorsing als ordemaatregel (vaak aangeduid als non-actiefstelling) en schorsing als zelfstandige disciplinaire straf. Voorts wijst hij op het feit dat uit de rechtspraak blijkt dat schorsing meestal als ordemaatregel wordt ingezet en in veel mindere mate als disciplinaire straf (Zondag 2003b, p. 26-27).

¹⁰⁰ In de volgende passage uit een uitspraak van de Kantonrechter te Utrecht blijkt het variabele karakter van overplaatsing: 'Wat daarvan ook zij, dat geldt dan hooguit voor een overplaatsing die in het belang is voor de bedrijfsvoering, niet voor een overplaatsing waaraan (mede) een disciplinair karakter wordt gegeven.' (Ktr. Utrecht 29 juli 1998, JAR 1998, 189). In Ktr. Zaandam, 16 maart 2006, JAR 2006, 92 werd overgeplaatst bij wijze van straf. Een voorbeeld van toepassing van non-actiefstelling met doorbetaling van salaris als ordemaatregel is Ktr. Zwolle 24 mei 2005, JIN 2005, 299. Voorbeeld van een non-actiefstelling waarvan de rechter achteraf vaststelde dat het om een te ingrijpende maatregel ging, met het karakter van een straf, is een uitspraak van de Pres. Rb. Haarlem 30 mei 2005, JIN 2005, 261: 'Vooropgesteld dient te worden dat voor een ingrijpende maatregel als een op non-actiefstelling slechts grond is, indien er sprake is van dusdanig zwaarwegende omstandigheden, dat van de werkgever in redelijkheid niet langer gevergd kan worden dat hij de werknemer tot de bedongen arbeid toelaat.' Verder overwoog de Rechtbank: 'Het zonder verdere mededeling, controle en geven van een laatste waarschuwing op non-actiefstellen van eiser wegens overtreding van de BOA is aldus onredelijk te achten.' en '... kan de voorzieningenrechter zich bovendien niet aan de indruk onttrekken dat er door Albert Heijn gericht gezocht is naar een stok om de hond mee te slaan.'

van een straf, dan wel van een ordemaatregel hebben. Uitzondering vormt de beëindiging wegens een dringende reden; deze sanctie heeft in beginsel het karakter van een ordemaatregel, maar in de beleving van de werknemer het karakter van een straf. Voor de resterende sancties geldt dat ze soms wel en soms niet het karakter van een straf hebben, afhankelijk van het antwoord op de vraag of ze strikt noodzakelijk waren ter beëindiging van een ongewenste situatie.

3.5 ‘Ne bis in idem’ en ‘geen straf zonder schuld’ in het arbeidsrecht?

Gezien de overeenkomst tussen sancties in het arbeidsrecht en sancties in het strafrecht, wordt thans gezien of de beginselen ‘ne bis in idem’ en ‘geen straf zonder schuld’ ook in het arbeidsrecht zouden moeten gelden. Allereerst ga ik in op de betekenis van deze beginselen in het strafrecht (3.5.1). Vervolgens zet ik uiteen wat de argumenten zijn voor toepassing van deze beginselen in het arbeidsrecht (3.5.2).

3.5.1 De beginselen ‘ne bis in idem’ en ‘geen straf zonder schuld’

Deze beginselen bieden de verdachte bijzondere bescherming tegen willekeurig of onrechtvaardig handelen van de overheid bij het opleggen van een *straf*. Ze zijn in beginsel niet van toepassing op maatregelen. Kooijmans merkte over de relatie tussen de maatregel en het ‘ne bis in idem’-beginsel op:

‘Meer in het algemeen lijkt de aard van de maatregel als instrument van overheidsoptreden voor wat betreft de oplegging niet te worden genormeerd door de werking van het strafrechtelijke ne bis in idem-beginsel.¹⁰¹ De strafvervolging is doelgericht, want in de eerste plaats gericht op bestraffing. Juist op dit punt biedt het ne bis in idem-beginsel rechtsbeschermende werking. De vordering van een maatregel valt op zichzelf niet onder dit primaire doel van strafvervolging en wordt om die reden niet beïnvloed door het ne bis in idem-beginsel.’¹⁰²

Maatregelen zijn niet gericht op bestraffing en missen dan ook het vergeldende karakter. Dientengevolge is ook schuld geen vereiste voor het opleggen van een maatregel.¹⁰³

¹⁰¹ In een eerste noot wijst hij er op dat hetzelfde geldt voor het ‘ne bis in idem’-beginsel als is neergelegd in art. 14 lid 7 IVBPR en in art. 4 van het – nog niet door Nederland geratificeerde – Zevende Protocol bij het EVRM. In een tweede noot merkt hij op dat hiermee niet gezegd wil zijn dat de vordering in concreto tot oplegging van een specifieke maatregel onder omstandigheden niet in strijd zou kunnen zijn komen met het ‘ne bis in idem’-beginsel.

¹⁰² Kooijmans 2002, p. 273.

¹⁰³ Kooijmans 2002, p. 244: ‘Omdat de maatregel niet strekt tot vergelding, is schuld – in de zin van verwijtbaarheid – geen vereiste.’

3.5.1.1 Ne bis in idem

Het 'ne bis in idem'-beginsel houdt in dat niemand tweemaal voor hetzelfde feit mag worden vervolgd en bestraft.¹⁰⁴ Het is een beginsel dat ziet op rechtvaardigheid, redelijkheid en rechtszekerheid. Het beginsel beschermt de burger tegen vexatoir handelen door de strafvorderlijke overheid; indien de strafrechter over een bepaald strafbaar feit onherroepelijk heeft geoordeeld, moet de burger erop kunnen vertrouwen dat hij ter zake van datzelfde feit niet nogmaals in rechte wordt betrokken.¹⁰⁵ Het beginsel omvat de gedachte dat eens een einde aan de rechtsstrijd moet komen. Voorts beoogt het beginsel het gevaar van elkaar tegensprekende vonnissen te voorkomen.¹⁰⁶

Het 'ne bis in idem'-beginsel kan worden onderverdeeld in een materiële variant, het 'ne bis puniri in idem', dat het verbod van dubbele bestraffing inhoudt en een procedurele variant, het 'ne bis vexari in idem', dat op het verbod van meervoudige vervolging slaat.¹⁰⁷ Voor de Nederlandse strafrechtspleging is het beginsel geregeld in art. 68 Sr:¹⁰⁸

'Behoudens de gevallen waarin rechterlijke uitspraken voor herziening vatbaar zijn, kan niemand andermaal worden vervolgd wegens een feit waarover te zijnen aanzien bij gewijsde van de rechter in Nederland, de Nederlandse Antillen of Aruba onherroepelijk is beslist.'

Uit de formulering van het artikel blijkt dat de nadruk op de procedurele variant van het beginsel ligt; het verbod van dubbele vervolging. De procedurele variant kan als volgt worden omschreven: 'Wie zijn processuele bevoegdheden heeft gebruikt, heeft ze ook *verbruikt*.'¹⁰⁹ Indien door de strafrechter een inhoudelijke en onherroepelijke beslissing is genomen over een feit, welke beslissing inmiddels in kracht van gewijsde is gegaan, vervalt het recht op een tweede strafvervolging ten aanzien van dat feit. Dat over het feit moet zijn beslist, houdt in dat de rechter een inhoudelijke beslissing omtrent de *hoofdzaak* moet hebben genomen. Het verbod van art. 68 Sr is derhalve van toepassing na een vrijspraak,

¹⁰⁴ Zie voor de oorsprong en betekenis van het 'ne bis in idem'-beginsel ook Beukers 1994, p. 107-110.

¹⁰⁵ Kooijmans 2002, p. 272.

¹⁰⁶ Hetgeen het staatsgezag zou aantasten (Corstens 2002, p. 190-191).

¹⁰⁷ Verheul 1994, p. 70. Een bestraffing zonder voorafgaande vervolging is echter ontoelaatbaar en het verbod van een dubbele vervolging sluit het verbod van een dubbele bestraffing derhalve in (Corstens 2002, p. 191).

¹⁰⁸ Het fundamentele karakter van de regel blijkt uit de verwoording ervan in art. 14 lid 7 IVBPR. Nederland heeft bij de ratificatie van het Verdrag een voorbehoud gemaakt ten aanzien van dit artikel; de regering aanvaardde deze bepaling alleen voor zover daaruit geen verdere verplichtingen voortvloeien dan neergelegd in art. 68 van het Wetboek van Strafrecht (*Trb.* 1978, 177, p. 38). Art. 4 van het zevende protocol bij het EVRM vermeld ook het 'ne bis in idem'-beginsel, maar dit protocol is nog steeds niet door Nederland geratificeerd (zie hierover ook Lenos 1998, p. 267-271; Van Dijk & Van Hoof 1990, p. 568-570; Hartevelde, Keulen & Krabbe 1996, p. 189-193).

¹⁰⁹ Hazewinkel-Suringa/Remmelink 1996, p. 594.

een ontslag van alle rechtsvervolging, een veroordeling en een schuldigverklaring *zonder* oplegging van een straf of maatregel.¹¹⁰

Het verbod van dubbele vervolging wordt ook wel het negatief gezag van het strafrechtelijk gewijsde genoemd.¹¹¹ Het verbod geldt alleen ten aanzien van beslissingen die in kracht van gewijsde zijn gegaan en waartegen derhalve geen rechtsmiddelen meer openstaan. Voorts is het verbod alleen van toepassing op beslissingen van de *strafrechter*; een beslissing van een burgerlijke rechter of een administratieve rechter, dan wel een tuchtrechtelijke beslissing, staat niet in de weg aan een strafrechtelijke vervolging en bestraffing ter zake van hetzelfde feit.¹¹² Tot slot is van belang dat het verbod alleen betrekking heeft op een vervolging (en bestraffing) van hetzelfde *feit* door dezelfde *persoon*.¹¹³ Met name het vereiste van feitsidentiteit levert in het strafrecht wel eens problemen op. Volgens de rechtspraak van de Hoge Raad moet sprake zijn van identiteit van plaats en tijd, moeten de strekkingen van de overtreden bepalingen gelijksoortig zijn, althans niet te ver uiteen lopen, en moeten de te maken verwijten van gelijksoortige aard zijn.¹¹⁴

3.5.1.2 Geen straf zonder schuld

Een van de meest fundamentele beginselen van het strafrecht is het, aan het beginsel van de onschuldpresumptie¹¹⁵ verwante, beginsel 'geen straf zonder schuld'.¹¹⁶ De Hoge Raad erkende de algemene gelding van het beginsel voor

¹¹⁰ Voor toepassing van art. 68 Sr is dus niet noodzakelijk dat een straf is opgelegd (zie ook Rogier 1992, p. 145-147). Het beginsel is niet van toepassing indien de eerste vervolging is geëindigd in een van de in art. 349 Sv genoemde beslissingen; nietigheid der dagvaarding, onbevoegdheid van de rechtbank, de niet ontvankelijkheid van het OM of de schorsing van de vervolging. Dan is het proces immers bij de voorvragen blijven steken en is niet inhoudelijk over de feiten geoordeeld, maar slechts *naar aanleiding van* de feiten (Corstens 2002, p. 191; Jörg & Kelk 1998, p. 116; Hazewinkel-Suringa/Rommelink 1996, p. 596; Rogier 1992, p. 147). Rogier voegt hier aan toe dat een officier van justitie bij ongewijzigde omstandigheden niet kan terugkomen op een transactie, een belofte, een sepotmededeling of een toezegging inzake voorwaardelijk sepot of niet verdere vervolging. Hij wijst er op dat voor deze buitengerechtelijke strafsancities op grond van het 'ne bis in idem'-beginsel dezelfde geschreven en ongeschreven regels gelden. Voor de transactie blijkt dit ook uit art. 74 lid 1 Sr, dat de transactie regelt. Indien aan de voorwaarden voor de transactie wordt voldaan, vervalt volgens het artikel daarmee het recht tot strafvordering. Verder is in art. 255 lid 1 Sv geregeld dat na een mededeling dat de zaak is geëindigd of een mededeling van niet verdere vervolging, de verdachte niet opnieuw ter zake van hetzelfde feit kan worden vervolgd.

¹¹¹ Hier tegenover staat uiteraard het positief gezag van gewijsde, dat betrekking heeft op de rechtsgevolgen die van rechtswege intreden naar aanleiding van de uitspraak (Corstens 2002, p. 191).

¹¹² Corstens 2002, p. 192; Lenos 1998, p. 266; Hazewinkel-Suringa/Rommelink 1996, p. 595. Zie HR 9 oktober 1984, *NJ* 1985, 251 en HR 2 december 1952, *NJ* 1953, 132.

¹¹³ Corstens 2002, p. 191-193.

¹¹⁴ Corstens 2002, p. 193-196; Jörg & Kelk 1998, p. 116-121; Hazewinkel-Suringa/Rommelink 1996, p. 596-606; Rogier 1992, p. 146-147. Zie ook over het 'ne bis in idem'-beginsel in het strafrecht De Doelder 1981, p.153-158; Lenos 1998, p. 264-282.

¹¹⁵ Voor de bespreking van het beginsel van de onschuldpresumptie en de werking van dit beginsel voor het arbeidsrecht, verwijs ik naar 2.4.2.3 en 2.5.3 van hoofdstuk 2.

¹¹⁶ Algemeen wordt aangenomen dat ons strafrecht een schuldstrafrecht is (Kristen 1998, p. 48). Zie ook Jonkers 1984, p. 1. Uitgebreid over het schuldbegrip en het beginsel 'geen straf zonder schuld': S.I. Politoff & F.A.J. Koopmans, *Schuld*, Arnhem: Gouda Quint 1991, m.n. p. 71-92.

het Nederlandse strafrecht in het *Melk en waterarrest* uit 1916.¹¹⁷ Het beginsel houdt in dat geen straf behoort te worden opgelegd, indien de schuld ontbreekt. Straf ziet immers in de eerste plaats op schuldvergelding, door leedtoevoeging, van een onbehoorlijke gedraging. Wij zijn hiertoe alleen bereid indien we ervan overtuigd zijn dat de gedraging verwijtbaar is; om schuld te kunnen vergelden moet die schuld eerst aanwezig zijn. Schuld is een subjectieve voorwaarde voor strafbaarheid. Het druist tegen het rechtsgevoel in iemand te straffen zonder dat hij schuld heeft; het wordt als (hoogst) onrechtvaardig ervaren.¹¹⁸ Schuld heeft in dit beginsel dan ook de betekenis van de verwijtbaarheid die het straffen rechtvaardigt.¹¹⁹ Maatstaf voor die verwijtbaarheid is de keuzevrijheid; de dader had anders kunnen handelen, maar heeft in vrijheid gekozen om tegen de rechtsnorm in te gaan.¹²⁰ Uit het feit dat de schuld de straf rechtvaardigt, volgt dat de schuld de straf ook limiteert; geen straf zwaarder dan de schuld.¹²¹ Het schuldbegrip in de betekenis van legitimatie (rechtvaardiging) van de straf, wordt ook wel als het theoretisch of fundamenteel schuldbegrip aangeduid.¹²² Het dient te worden onderscheiden van het wettelijke schuldbegrip. In de wet wordt het begrip 'schuld' gebruikt in de betekenis van 'het gedaan hebben'. We komen dit voornamelijk tegen in het Wetboek van Strafvordering (bijvoorbeeld art. 27 Sv).¹²³ Voorts dient het theoretische, allesomvattende schuldbegrip te worden onderscheiden van de subjectieve delictsbestanddelen schuld en opzet, die een vorm van schuld in de zin van verwijtbaarheid zijn. Ter onderscheiding van het theoretische schuldbegrip, hanteert men voor het schuldbegrip als subjectief bestanddeel van een delictsomschrijving ook wel de term 'culpa'. Culpa kan worden omschreven als de tegenstelling van het subjectieve delictsbestanddeel 'opzet' (dolus): niet willens en wetens, maar juist het niet

¹¹⁷ HR 14 februari 1916, *NJ* 1916, 681. Werd het beginsel in dit arrest nog met name op overtredingen toegesneden, in een arrest uit 1929 merkte de Hoge Raad het beginsel als algemeen beginsel in strafzaken aan. Uitgebreid over de geschiedenis van dit beginsel Vellinga 1982, p. 11-22.

¹¹⁸ Jonkers 1984, p. 2.

¹¹⁹ Mevis 2004, p. 513.

¹²⁰ Enschedé/Bosch & Sutorius 2002, p. 157; Kristen 1998, p. 48; Hazewinkel-Suringa/Rommelink 1996, p. 193; Lensing & Mulder 1994, p. 65-66; Politoff & Koopmans 1991, p. 18, 83, 111; Jonkers 1984, p. 72-76. In deze betekenis wordt het beginsel in het strafrecht meestal gebruikt. Jonkers verstaat onder het schuldbeginsel naast 'geen straf zonder subjectieve schuld' (verwijtbaarheid) ook 'geen straf zonder objectieve schuld'. Onder objectieve schuld verstaat hij een objectief onbehoorlijke gedraging, zonder welke men van schuld niet kan spreken (Jonkers 1984, p. 1). Voorts spreekt hij van een 'straffunderingsschuld'. Deze ziet op de relatie tussen de onbehoorlijke gedraging en de steller ervan (dader); het is zijn gedraging (gesproken kan daarom worden van een identiteitsrelatie) en hem treft te dier zake blaam. Hij omschrijft de schuld als een innerlijke samenhang tussen het strafkwaad en een verwijtbaar wangedrag. Omdat deze schuldconstituerende identiteitsrelatie altijd verwijtbaarheid met zich meebrengt, kan men volgens Jonkers deze schuld ook aanduiden met het woord 'verwijtbaarheid' (Jonkers 1984, p. 4-9).

¹²¹ Bij de bespreking van de straf bleek al dat het beginsel 'geen straf zwaarder dan de schuld' in de jurisprudentie niet zo absoluut wordt toegepast (zie 3.3.1).

¹²² Jonkers 1984, p. 7-8 en 21 spreekt in dit verband van de 'straffunderingsschuld'; Jörg & Kelk 1998, p. 147.

¹²³ Jonkers 1984, p. 21, noemt dit 'daderschapsschuld'; Jörg & Kelk 1998, p. 147; Politoff & Koopmans 1991, p. 109-110.

opletten of nadenken waar men dat wel had moeten doen; niet weten waar men wel had behoren te weten, etc. Culpa heeft een meer normatieve lading dan opzet. De hoogste graad van culpa wordt gevormd door ‘roekeloosheid’. Een term die kan worden omschreven als zeer onbezonnen en onberaden gedrag.¹²⁴ Opzet kan worden omschreven als ‘willens en wetens’, het zich bewust zijn van de handeling en – bij gevolgsdelicten – van haar gevolg.¹²⁵

In de delictsomschrijvingen van misdrijven vormt het begrip ‘opzet’, of ‘opzettelijk’ meestal een bestanddeel.¹²⁶ Bijgevolg dient het OM het opzet in de tenlastelegging op te nemen en ter terechtzitting dient de rechter dit onderdeel bewezen te achten; is dit laatste niet het geval, dan moet vrijspraak volgen. Het ten laste gelegde, dat doorgaans wordt toegesneden op een delictsomschrijving, kan dan immers niet worden bewezen (art. 350 jo art. 352 lid 1 Sv).¹²⁷ Opzet vormt bij overtredingen daarentegen meestal geen bestanddeel van de delictsomschrijving.¹²⁸ Schuld, in de betekenis van culpa, komt in een aantal delictsomschrijvingen van misdrijven voor. Misdrijven met ‘culpa’ als bestanddeel worden aangeduid als culpoze misdrijven of delicten.¹²⁹ Omdat ‘culpa’ in dat geval bestanddeel van de delictsomschrijving is, dient het OM de culpa in de tenlastelegging op te nemen (en dient de rechter dit onderdeel bewezen te achten). Lukt dit niet, dan volgt vrijspraak.

Indien wel aan de delictsomschrijving is voldaan, kan desondanks de schuld, in de zin van verwijtbaarheid, ontbreken. Dit is het geval indien een geschreven schulduitsluitingsgrond, zoals noodweer excès (art. 41 Sr), van toepassing is. Is er geen geschreven schulduitsluitingsgrond van toepassing, dan moet tot slot altijd nog worden getoetst of de verwijtbaarheid wellicht om een andere reden ontbreekt; het beginsel ‘geen straf zonder schuld’ geldt altijd. Dit is de toetsing aan de ongeschreven schulduitsluitingsgrond ‘afwezigheid van alle schuld’ (avas). Deze laatste is voortgekomen uit het eerder genoemde *Melk en waterarrest*. De Hoge Raad besliste hierin dat het in strijd met het beginsel

¹²⁴ Hazewinkel-Suringa/Remmelink 1996, p. 233. Sinds 1 februari 2006 is de term roekeloosheid ook in het Wetboek van Strafrecht opgenomen en de Wegenverkeerswet 1994 (*Stb.* 2006, 23). Zie art. 307 lid 2 Sr: ‘Indien de schuld bestaat in roekeloosheid, wordt hij gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren of geldboete van de vierde categorie’, art. 308 lid 2 Sr: ‘Indien de schuld bestaat in roekeloosheid, wordt hij gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste twee jaren of geldboete van de vierde categorie’, en art. 175 lid 2 WvW 1994: ‘Indien de schuld bestaat in roekeloosheid, wordt overtreding van art.6 gestraft met: ...’.

¹²⁵ Mevis 2004, p. 514; Enschedé/Bosch & Sutorius 2002, p. 157-158; Hazewinkel-Suringa/Remmelink 1996, p. 193-201.

¹²⁶ ‘Opzet’ of ‘opzettelijk’ is de meest gebruikte term in de delictsomschrijving van misdrijven, maar soms komen andere termen voor, zoals ‘oogmerk’ of ‘voorbedachten rade’. (Mevis 2004, p. 514; Politoff & Koopmans 1991, p. 113; Jonkers 1984, p. 59).

¹²⁷ Mevis 2004, p. 516-529; Koopmans 1993, p. 49-50.

¹²⁸ Mevis 2004, p. 518.

¹²⁹ Mevis 2004, p. 520-529. Koopmans noemt de delictsomschrijvingen waarbij wederrechtelijkheid en schuld geen bestanddeel vormen, de ideaaltypische delictsomschrijvingen en die waarin deze wel als bestanddeel zijn opgenomen, de niet-ideaaltypische delictsomschrijvingen. Hij gaat hierbij uit van het ideaaltypische delictsomschrijving dat men bij het redigeren van art. 350 Sv voor ogen had; de delictsomschrijving waarin wederrechtelijkheid en schuld geen bestanddeel van de delictsomschrijving vormen, maar slechts element van het strafbare feit zijn.

‘geen straf zonder schuld’ zou zijn om, ondanks de afwezigheid van alle schuld, toch strafbaarheid aan te nemen.¹³⁰ Oordeelt de strafrechter dat de schuld ontbreekt, dan is de verdachte niet strafbaar en volgt ontslag van rechtsvervolgning (art. 350 jo. art. 352 lid 2 Sv). Acht de strafrechter de verdachte daarentegen schuldig aan het ten laste gelegde feit (hij acht de verdachte deswege strafbaar), en acht hij het feit bewezen en strafbaar, dan legt de strafrechter de verdachte de straf of maatregel op, die op het feit is gesteld (art. 351 Sv).¹³¹

3.5.2 Argumenten voor toepassing van de beginselen in het arbeidsrecht

Nu de grondslag en betekenis van de beginselen ‘ne bis in idem’ en ‘geen straf zonder schuld’ duidelijk zijn, kan de vraag worden beantwoord of deze beginselen toegepast dienen te worden in het arbeidsrecht.¹³² In het vervolg beperk ik mij tot de ‘materiële’ variant van het ‘ne bis in idem’-beginsel: dubbele vervolging is in het arbeidsrecht niet aan de orde. Ik bespreek drie argumenten vóór toepassing van beide beginselen.

3.5.2.1 Het arbeidstuchtrecht als vorm van strafrecht

Het staat vast dat naast het strafrecht een aantal andere sanctiestelsels, of stelsels van rechtshandhaving, kunnen worden onderscheiden. Het betreft de privaatrechtelijke, bestuursrechtelijke en de tuchtrechtelijke sanctiestelsels.¹³³ Het tuchtrecht heeft een eigen terrein, aangezien het in zijn algemeenheid niet is onder te brengen bij een van de klassieke rechtsgebieden (privaatrecht, bestuursrecht of strafrecht). Tuchtrecht heeft meestal één of meer kenmerken van een van deze gebieden.¹³⁴ Het *arbeidstuchtrecht* speelt zich daarentegen

¹³⁰ Mevis 2004, p. 533-544; Enschedé/Bosch & Sutorius 2002, p. 153 e.v.; Jörg & Kelk 1998, p. 146-157; Kristen 1998, p. 48-49; Koopmans 1993, p. 38-40; Politoff & Koopmans 1991, p. 111-112; Keijzer 1987, p. 251-253; Jonkers 1984, p. 1-9. Uitgebreid over avas: W.H. Vellinga, *Schuld in spiegelbeeld. Afwezigheid van alle schuld* (diss. Groningen), Arnhem: Gouda Quint 1982.

¹³¹ Tenzij de strafrechter dit, in verband met de geringe ernst van het feit, de persoonlijkheid van de dader of de omstandigheden waaronder het feit is begaan of zie zich nadien hebben voorgedaan, niet raadzaam acht: in dat geval kan hij in het vonnis bepalen dat geen straf of maatregel zal worden opgelegd (art. 9a Sr).

¹³² Het ‘ne bis in idem’-beginsel lijkt in het privaatrecht (waartoe het arbeidstuchtrecht behoort) tot nu toe alleen toepassing te vinden in de vorm van de formele variant, namelijk als het gezag van gewijsde ex art. 236 Rv (voor voorbeelden hiervan uit de arbeidsrechtelijke jurisprudentie zie Ktr. 's-Hertogenbosch 16 februari 1999, *Prg.* 1999, 5145. Vgl. Rb. Zwolle 15 juli 1998, *Prg.* 1998, 5064; Ktr. Harderwijk 18 september 1991, *Prg.* 1992, 3651). Voor de bespreking van de (on)wenselijkheid van toepassing van de formele variant (het verbod van meervoudige vervolging) verwijs ik naar de dissertatie van Beukers 1994, p. 106 e.v., met name p. 110-111. Zij omschrijft de civiele variant als ‘verlies van het vorderingsrecht’ (p. 110). Zij acht de toepassing van het beginsel niet alleen misbaar, maar ook onwenselijk. Wel kan het opnieuw instellen van een vordering volgens haar in strijd met de eisen van een goede procesorde zijn (p. 112-118). De interne werking van de materiële variant van het beginsel in het publiekrecht, met name in het wettelijke tuchtrecht, lijkt daarentegen algemeen te zijn aanvaard. Lenos 1998, p. 264-265; Leijten 1992, p. 1389 en 1392; De Doelder 1981, p. 151-152, 158-162 en 174.

¹³³ Van Nispen 2003, p. 2-6; Enschedé/Bosch & Sutorius 2002, p. 6-7; De Doelder 1981, p. 4-5.

¹³⁴ De Doelder 1981, p. 33-35.

volledig af in de context van het privaatrecht en moet in zoverre dan ook worden gezien als een privaatrechtelijk sanctiestelsel.¹³⁵

In tegenstelling tot de strafrechtelijke en bestuursrechtelijke sanctiestelsels, waarin het initiatief tot sanctioneren bij de overheid ligt, ligt in privaatrechtelijke sanctiestelsels het initiatief tot sanctioneren bij de civiele partijen. Dit formele onderscheid heeft grote materieelrechtelijke consequenties. De rechtsbescherming tegen de macht van de overheid, welke kenmerkend is voor onze democratische rechtsstaat (zie volgende hoofdstuk), is niet van toepassing op de relaties tussen burgers onderling. Dit geldt voor de normering van onderzoeksbevoegdheden, maar dit geldt ook ten aanzien van de toepassing van sancties. De gedachte is dat tussen civiele partijen gelijkheid bestaat; bescherming van de een tegen de macht van de ander is niet nodig.

De verhouding werkgever-werknemer vormt hier een uitzondering op: de werkgever heeft in juridisch en economisch opzicht een machtspositie ten opzichte van de ondergeschikte werknemer. In deze zin is de positie van de

¹³⁵ Het arbeidstuchtrecht ziet op het opleggen van *straffen* door de werkgever. Het arbeidstuchtrecht kan worden omschreven als het geheel van materiële en procedurele normen en regels met betrekking tot negatieve sanctionering van, in het kader van de arbeidsovereenkomst, begane normschendingen van hetzij specifiek arbeidsrechtelijke aard, hetzij meer algemene aard.¹³⁵ Ondanks het feit dat de term arbeidstuchtrecht in de literatuur veelvuldig wordt gebruikt en ook de wetgever over 'het arbeidstuchtrecht' spreekt (zie de bespreking van het Wetsvoorstel Arbeidstuchtrecht in 4. 7 van hoofdstuk 4), kan men zich de vraag stellen of de benaming 'arbeidstuchtrecht' wel gerechtvaardigd is. In de literatuur wordt het tuchtrecht gedefinieerd als 'groepsrecht'; het zijn altijd leden van groepen die aan tuchtrecht onderworpen zijn. Volgens De Doelder is daarom van belang welke definitie men hanteert voor het begrip 'groep'. Ter beantwoording van deze vraag knoopt hij aan bij het groepsbegrip van de Amerikaanse socioloog R. K. Merton. Deze maakt een onderscheid tussen de 'groep', de 'collectiviteit' en de 'sociale categorie'. De 'groep' is een (kleine) sociale eenheid waarvan de leden saamhorigheidsgevoelens kennen op grond van gemeenschappelijke waarden en normen en waarvan de leden regelmatig interactie met elkaar onderhouden. Voor de 'collectiviteit' geldt hetzelfde, met dien verstande dat het om een (meestal vrij grote) groepering gaat waarvan de leden geen interactie en communicatie met alle andere leden hebben. De 'sociale categorie' is de groepering van mensen die geen gemeenschappelijke waarden en normen kennen en geen enkele vorm van interactie en communicatie met elkaar hebben, doch die slechts een bepaald kenmerk met elkaar gemeen hebben. Volgens De Doelder moet de groepering bovendien aan nog een wezenlijk kenmerk (minimumeis) voldoen: er moeten vanzelfsprekende groepsnormen zijn, welke de leden kennen (beseffen, aanvoelen). Bij een 'sociale categorie' kan volgens hem in ieder geval niet van tuchtrecht worden gesproken (De Doelder 1981, p. 22-28). Toegepast op de groepering van werknemers in Nederland, lijkt te kunnen worden verdedigd dat dit geen kleine sociale eenheid is en dus geen 'groep'. Bovendien kan niet worden gezegd dat deze groepering een saamhorigheidsgevoel heeft op grond van gemeenschappelijke waarden en normen. In het schema van Merton vallen de werknemers in Nederland dan ook in de 'sociale categorie', welke volgens De Doelder niet onder het tuchtrecht valt. Hierop maakt hij een uitzondering aan de hand van bovengenoemde minimumeis. Voor de beantwoording van de vraag of in Nederland van arbeidstuchtrecht kan worden gesproken, is derhalve van doorslaggevend belang of de groep van werknemers in Nederland vanzelfsprekende groepsnormen heeft, waarvan alle werknemers beseffen dat een bepaald handelen hier tegenin druipt. Indien deze vraag ontkennend moet worden beantwoord, zou dit betekenen dat – in de opvatting van De Doelder – 'hét arbeidstuchtrecht' niet bestaat. Dit neemt niet weg dat een werkgever een van zijn werknemers een disciplinaire straf kan opleggen wegens wangedrag. Dus ook al zou naar aanleiding van voorgaande niet van 'hét arbeidstuchtrecht' mogen worden gesproken, de vraag naar het rechtsbeschermingregime bij het opleggen van straffen in het arbeidsrecht blijft. In dit onderzoek hanteer ik dan ook 'gewoon' de term arbeidstuchtrecht ter aanduiding van het gebruik van straffen in het arbeidsrecht.

werkgever jegens de werknemer vergelijkbaar met die van de overheid jegens de burger: in beide relaties is sprake van een verticale machtsverhouding (zie 2.5). Het feit dat de werkgever, als meerdere, sancties met het karakter van een straf kan opleggen aan een ‘ondergeschikte’ (zie 3.4), maakt de gelijkenis tussen de relaties overheid-burger en werkgever-werknemer nog groter.

Concluderend, het arbeidstuchtrecht is in beginsel een privaatrechtelijk sanctiestelsel, maar het heeft belangrijke kenmerken van het strafrechtelijk sanctiestelsel: door een ‘macht’ worden straffen opgelegd aan zijn ‘ondergeschikten’. De Amsterdamse strafrechtsgeleerde Enschedé, die een strafrechtelijke beschouwing over het arbeidstuchtrecht schreef, zei over de vergelijking (arbeids)tuchtrecht en strafrecht:

‘Het hoeft geen betoog dat er een parallelie bestaat tussen tuchtrecht en strafrecht. Het tuchtrecht lijkt als het ware het strafrecht binnen de kleinere collectiviteit, en dat geldt ook voor het arbeidstuchtrecht, dat men daarom kan beschouwen niet alleen als een deel van het arbeidsrecht maar ook als een deel van het strafrecht.(...) Men kan onder strafrecht begrijpen alle recht dat betrekking heeft op de negatieve sanctionering van een vermoede of bewezen normschending, die niet gericht is op beëindiging resp. herstel van de uit zo’n schending voortgevloeide onrechtmatige toestand resp. ontstane schade. Het strafrecht, aldus verstaan, omvat naast het strafrecht in juridische zin ook allerlei vormen van tuchtrecht, onder meer ook het tuchtrecht van werkgevers ten opzichte van arbeiders.’¹³⁶

¹³⁶ Enschedé 1971, p. 3. Ook bij De Doelder en een aantal andere schrijvers komen we de opvatting tegen dat het tuchtrecht grote gelijkenis met het strafrecht vertoont. Dit vormt voor De Doelder zelfs aanleiding om in zijn proefschrift overwegende aandacht aan de verhouding tuchtrecht-strafrecht te besteden (De Doelder 1981, p. 35). Hazewinkel-Suringa/Remmelink 1996, p. 31-34 stellen dat een der meest opvallende eigenschappen van vrijwel alle tuchtrecht is, dat het een soort strafrecht is, dat alleen geldt voor bepaalde groepen of organisaties, welke zich met bepaalde maatschappelijke activiteiten bezighouden, waarbij het er om gaat, dat die activiteiten aan een bepaald niveau voldoen en er tussen de leden van die groep of organisatie enige solidariteit blijft bestaan. De grondnorm, de waarden waar het om gaat, verschillen al naar gelang de aard van de groep waarmee men te maken heeft. Taat formuleerde de verhouding tussen strafrecht en tuchtrecht in zijn dissertatie uit 1948 als volgt: ‘er zijn twee soorten “strafrecht” (...): 1. het ‘straats’strafrecht (droit criminel, Kriminrecht): het geheel van regelen, aangevende aan welke gedragingen van de Staatsburgers of degenen die zich op het grondgebied van de Staat bevinden, door de staat of zijn administratieve onderdelen straf verbonden wordt en waarin deze straf bestaat. 2. het ‘groeps’strafrecht, tuchtrecht of disciplinair recht, het geheel van regelen, krachtens welke aan de niet-naleving van de bijzondere plichten van de leden van een bepaalde groep voor de leden van die groep als zodanig straffen worden verbonden en waarbij aangegeven wordt waarin deze straffen bestaan. Beide vormen van ‘strafrecht’ vertonen veel verwantschap met elkander meer dan met enige andere tak der juridische wetenschap. Anderzijds is reeds gewezen op de verschillen tussen straf- en tuchtrecht, die beiden op een plaats naast elkaar recht geven.’ (Taat 1948, p. 7). Zie ook Handelingen Nederlandse Juristenvereniging 1971, deel 1 t/m 3, in het bijzonder de bijdrage van H.E. Ras, deel 2, p. 81-85, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1971; Taat 1948, p. 10-14. Zie ook M.J.C. Leijten, *Tuchtrecht getoetst. Een onderzoek naar de betekenis van grondrechten voor de wettelijke regeling van tuchtrecht en de tuchprocedure* (diss. Tilburg), Arnhem: Gouda Quint 1991; A.H. Santing-Wubs, *Kerken in geding. De burgerlijke rechter en kerkelijke geschillen* (diss. Groningen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002, p. 141-161).

In zoverre kan het arbeidstuchtrecht dan ook als een vorm van strafrecht worden gezien.¹³⁷ De overeenkomsten tussen het arbeidsrechtelijke sanctiestelsel en het strafrechtelijke sanctiestelsel vormen een argument voor rechtsbescherming van de werknemer jegens de macht van de werkgever. Deze rechtsbescherming kan plaatsvinden door toepassing van de beginselen ‘ne bis in idem’ en ‘geen straf zonder schuld’.

3.5.2.2 Bescherming tegen ‘straffen’

Als argument voor de ongelijkheid in rechtsbescherming tussen de burger (jegens de overheid) en de werknemer (jegens de werkgever), wordt wel aangevoerd dat het in het arbeidstuchtrecht om minder ingrijpende sancties gaat.¹³⁸ Zo kan door de werkgever geen vrijheidsstraf of taakstraf worden opgelegd.¹³⁹ In de eerste plaats staat hier tegenover dat de sancties dienen te worden beoordeeld in de context van de verhouding waarin ze worden toegepast. De eenzijdige beëindiging van de arbeidsovereenkomst is voor een persoon als werknemer wellicht even ingrijpend als de veroordeling tot een onvoorwaardelijke

¹³⁷ Ook De Doelder is in zijn proefschrift op zoek gegaan naar het antwoord op de vraag in welke mate bepaalde fundamentele rechtsbeginselen (waaronder het ‘ne bis in idem’-beginsel en het beginsel ‘geen straf zonder schuld’) in een gegeven tuchtrechtsstelsel tot gelding moeten komen. Het door hem gehanteerde ordeningscriterium, is dat van de mate van vrijwillige aanwezigheid in de groep. De vrijwilligheid, zo stelt hij, is immers een aspect van de vrijheid. Naarmate de vrijheid moet worden ingeperkt of naarmate de vrijheid feitelijk blijkt te worden ingeperkt, in die mate moet de rechtsbescherming worden uitgebreid. Hij erkent daarbij evenwel de betrekkelijkheid van het begrip ‘vrijwilligheid’. Dit dient dan ook in de meest ruime zin van het woord te worden geïnterpreteerd, waarbij rekening wordt gehouden met allerlei economische, emotionele, fysieke en strafrechtelijke beperkingen. Per tuchtrechtsstelsel moet volgens De Doelder de mate van vrijwilligheid worden bepaald met inachtneming van alle factoren, die deze vrijwilligheid constitueren. Hij maakt aan de hand van het vrijwilligheids criterium een imaginaire lijn, met daarop verschillende vormen van tuchtrecht. Aan het ene uiterste van de lijn staat het (vrijwillige) verbintenissenrecht en aan het andere uiterste van de lijn staat het (onvrijwillige) strafrecht. ‘De vorm van het tuchtrecht, die het dichtst moet worden ingeschaald bij het verbintenissenrecht, ondergaat sterke ‘contractuele’ invloeden. Naarmate een tuchtrechtsstelsel verder van het verbintenissenrecht verwijderd is in de richting van het strafrecht, zullen er meer strafrechtelijke kenmerken zijn en zullen strafrechtelijke beginselen zwaarder gaan wegen.’ Als vrijwilligste tuchtrecht noemt hij het verenigingstuchtrecht, vervolgens het wettelijke (beroepen)tuchtrecht. Het tuchtigingsrecht is het gebied dat het dichtst tegen het strafrecht aanligt en wordt toegepast op degenen, die aan de uitoefening van gezag zijn onderworpen. Hier is sprake van weinig tot geen vrijwillige aanwezigheid (De Doelder 1981, p. 41-46, zie ook p. 178-179). Teruggekoppeld naar het arbeidstuchtrecht valt in de eerste plaats op dat bij de eerdere vergelijkingen tussen de verhouding werkgever-werknemer en overheid-burger ook reeds het aspect van de vrijwilligheid en de vrijheid ter sprake kwam (zie hoofdstuk 1). Het verschil tussen beide relaties is dat de werknemer in beginsel de vrijheid heeft al dan niet toe te treden tot de arbeidsrelatie. Deze vrijheid bleek echter een schijnvrijheid te zijn: een werknemer zal economisch vaak genoodzaakt zijn toe te treden tot de arbeidsrelatie. Op de imaginaire lijn van De Doelder verschuift het arbeidstuchtrecht hierdoor naar de niet vrijwillige kant van het strafrecht. Bovendien wordt het arbeidstuchtrecht toegepast op personen die aan gezag zijn onderworpen. In de indeling van De Doelder zou het arbeidstuchtrecht daarmee onder het ‘tuchtigingsrecht’ vallen. Het is daarom een vorm van tuchtrecht die het dichtst tegen het strafrecht aanligt, waardoor het sterk moet worden beïnvloed door strafrechtelijke beginselen.

¹³⁸ Hazewinkel-Suringa/Remmeling 1996, p. 33; De Doelder 1981, p. 33.

¹³⁹ Alhoewel een gelijkenis tussen de strafrechtelijke vrijheidsstraf en de arbeidsrechtelijke straffen schorsing en ontslag kan worden getrokken in die zin dat de toepassing van al deze straffen neerkomt op uitstoting uit de groep (zie ook Röling 1936, p. 52).

gevangenisstraf voor een persoon als burger. Maar belangrijker nog, bij de toepassing van de beginselen gaat het niet om de vraag of sprake is van een *zware* straf, maar alleen om de vraag of sprake is van een *straf*. Zo maakt het voor het ‘ne bis in idem’-beginsel geen verschil of het gaat om het opleggen van twee zware straffen, twee lichte straffen of een zware en een lichte straf. De gedachte achter dit beginsel is dat er eens een eind aan de rechtsstrijd moet komen. Je kunt iemand niet steeds voor hetzelfde feit blijven lastigvallen met vervolgingen en straffen. Het ‘ne bis in idem’-beginsel ziet op rechtvaardigheid, redelijkheid en rechtszekerheid voor degene die de straf moet ondergaan. Waarom zou dit beginsel en de achterliggende gedachte, welke naar ik meen als een algemene regel van rechtsfatsoen kan worden beschouwd, niet van toepassing zijn op het handelen van een werkgever jegens een werknemer?¹⁴⁰ Dezelfde vraag kan worden gesteld ten aanzien van het beginsel ‘geen straf zonder schuld’, hetgeen naar mijn mening eveneens een algemene regel van rechtsfatsoen is. Ook bij dit beginsel gaat het niet om de vraag of het om een zware of lichte straf gaat, maar om de vraag of het om een *straf* gaat. Straf is immers vergelding van schuld, dit geldt zowel voor een lichte als voor een zware straf, zowel in het strafrecht als in het arbeidsrecht.¹⁴¹

¹⁴⁰ Vgl. De Doelder 1981, p. 152; Röling 1936, p. 75; Verheul 1994, p. 85-86. De Doelder meent dat de conclusie gewettigd is dat het ‘ne bis in idem’-beginsel een algemeen beginsel is, geldend binnen elk rechtstelsel. Volgens hem zou als dé algemene rechtsgrond van het ‘ne bis in idem’-beginsel kunnen worden genoemd dat het in strijd is met de maatschappelijk vereiste zorgvuldigheid om personen meerdere malen ongelimiteerd te bestraffen voor één zelfde feit. Voorts kan worden verwezen naar de Ambtenarenrechter Rotterdam, die overwoog dat het ‘ne bis in idem’-beginsel een algemeen rechtsbeginsel is en dat derhalve niet twee maal voor hetzelfde feit een disciplinaire straf mag worden opgelegd (Rb. Rotterdam 15 maart 1990, *TAR* 1990, 141).

¹⁴¹ Aldus ook Taat 1948, p. 57: ‘Zo is de regel “geen straf zonder schuld” niet slechts een beginsel van het strafrecht in engere zin maar ook van het “strafrecht” in algemene zin, (...). Daar er, (...), geen principiële verschil bestaat tussen tuchtstraf en criminele straf moet ook in het tuchtrecht deze regel erkend worden.’ Bovendien sluit toepassing van het beginsel ‘geen straf zonder schuld’ aan bij de rechtspraak van de CRvB in het ambtenarentuchtrecht. In 1964 al deed de CRvB een heel opmerkelijke uitspraak over de gelding van het beginsel ‘geen straf zonder schuld’ in het ambtenarenrecht. Het ging over een ambtenaar die wegens veelvuldig te laat komen was gestraft met de disciplinaire straf van voorwaardelijk ontslag. Volgens een rapport van een arts kon het bij herhaling te laat komen de ambtenaar uit medisch oogpunt evenwel niet worden toegerekend. De Raad was eveneens van oordeel dat het te laat komen de ambtenaar niet was toe te rekenen, zodat niet gezegd kon worden dat de persoon in kwestie zich schuldig had gemaakt aan plichtsverzuim. De Raad voegt hier vervolgens aan toe: ‘dat naar zijn oordeel de disciplinaire straf zich niet wezenlijk onderscheid van de straf waarover het Wetboek van Strafrecht handelt, en dat daarom ook met betrekking tot de disciplinaire straf de regel: geen straf zonder schuld, geldt;’ (CRvB 25 maart 1964, *AB* 1964, 773). De CRvB is hier later niet meer op teruggekomen (A.M. van der Horst in zijn noot bij CRvB 22 september 1988, *TAR* 1988, 210 (*TAR* 1989, p. 99)). Wel komt hier en daar de vraag aan de orde of bepaald handelen van een ambtenaar hem in zodanige mate kan worden toegerekend, dat sprake is van plichtsverzuim dat de disciplinaire straf in kwestie kan rechtvaardigen (CRvB 25 februari 1999, *TAR* 1999, 236; Pres. Rb. ’s-Gravenhage 11 september 1998, *TAR* 1998, 179; CRvB 28 maart 1991, *TAR* 1991, 114; CRvB 8 januari 1991, *TAR* 1991, 66; CRvB 23 mei 1985, *TAR* 1985, 174; CRvB 2 maart 1984, *TAR* 1984, 86). Het beginsel lijkt derhalve nog steeds gelding te hebben in het ambtenarentuchtrecht. Zie ook Verhulp e.a. 2005, p. 134-135.

Het feit dat door de werkgever *straffen* kunnen worden opgelegd, is naar mijn mening dan ook een argument vóór toepassing van de beginselen ‘ne bis in idem’ en ‘geen straf zonder schuld’ in het arbeidsrecht.

3.5.2.3 De jurisprudentie over het ‘criminal charge’-begrip

Naar mijn mening kan aan de rechtspraak van het EHRM over het ‘criminal charge’-begrip van art. 6 EVRM een argument worden ontleend voor toepassing van de beginselen ‘ne bis in idem’ en ‘geen straf zonder schuld’ in het arbeidsrecht. In het hiernavolgende licht ik dit toe.¹⁴²

De artikelen 6 EVRM en art. 14 IVBPR¹⁴³ kennen een aantal bijzondere rechten toe aan degene tegen wie een vervolging, ‘*criminal charge*,’ is ingesteld.¹⁴⁴ Het tweede lid van deze artikelen verwoordt de onschuldpresumptie en het derde lid geeft een aantal bijzondere processuele waarborgen, zoals het recht op bijstand door een raadsman en een tolk (zie ook paragraaf 2.2.3.4 van hoofdstuk 2). Art. 14 lid 7 IVBPR, en art. 4 van het zevende protocol bij het EVRM, verwoorden het ‘ne bis in idem’-beginsel.¹⁴⁵ De kwalificatie van een procedure tot het opleggen van een sanctie, als ‘criminal charge’, is derhalve van

¹⁴² Op grond van art. 6 lid 1 EVRM heeft de werknemer voorts altijd recht op toegang tot een onafhankelijke rechter. Een werknemer kan in de context van het arbeidstuchtrecht daarentegen geen verdere rechten aan art. 6 lid 1 EVRM ontlennen: het opleggen van een sanctie door de werkgever valt niet onder de vaststelling van zijn burgerlijke rechten en verplichtingen door een gerecht dat bij de wet is ingesteld (zie bijvoorbeeld G.J. Wiarda, ‘De waarborgen van artikel 6 van het Europees verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden tegenover het onderwerp van deze feestbundel’, in: H.J. Snijders e.a.(red.), *Overheidsrechter gepasseerd. Conflictbeslechting buiten de overheidsrechter om*, Arnhem: Gouda Quint 1988, p. 413-429).

¹⁴³ In het eerste lid van deze artikelen staat een bepaling met betrekking tot het recht op een eerlijk en openbaar proces en onafhankelijke rechtspraak. Deze rechten gelden zowel voor het civiele proces als voor het strafproces.

¹⁴⁴ De Engelse tekst van art. 6 EVRM spreekt in lid 1 over een ‘criminal charge’ en in lid 2 en 3 over ‘everyone charged with a criminal offence’. In art. 14 lid 3 IVBPR wordt gesproken over een ‘criminal charge’. De term ‘criminal charge’ in art. 14 IVBPR mag op dezelfde wijze worden uitgelegd als in art. 6 EVRM (Aldus ook Lenos 1998, p. 11; zie ook Viering 1994, p. 48; Verheul 1994, p. 27; Leijten 1991, p. 168-169). Zie ook *Kamerstukken* 1994/95, nr. 3, p. 11 (MvT). De begrippen ‘charge’ en ‘offence’ zien respectievelijk op de vervolging en op de overtreden norm; de overtreding. Voor het strafrecht is relevant wanneer sprake is van een ‘charge’. Vanaf dat moment gaat namelijk de redelijke termijn lopen, waarbinnen de behandeling van de zaak ter terechtzitting moet plaatsvinden. Volgens de Hoge Raad is hiervan sprake op het moment waarop vanwege de Staat jegens de betrokkene een handeling is verricht waaraan deze in redelijkheid de verwachting heeft kunnen ontlennen dat het Openbaar Ministerie tegen hem een strafvervolging zal instellen, althans daar het ernstige voornemen toe heeft (Zie bijvoorbeeld HR 30 september 1997, *NJ* 1998, 104. Zie ook Hartevelt, Keulen & Krabbe 1996, p. 82-85). De procedures die aan het Europese Hof zijn voorgelegd en die volgens het nationale recht geen strafvervolgingen zijn, maar wel onder het begrip ‘criminal charge’ kunnen vallen, zijn (ambtenaren)tuchtrechtelijke en bestuursrechtelijke procedures geëntameerd door de overheid (Lenos 1998, p. 29).

¹⁴⁵ Ten aanzien van art. 14 lid 7 IVBPR is door Nederland bij de ratificatie van het Verdrag een voorbehoud gemaakt; de regering aanvaardde deze bepaling alleen voor zover daaruit geen verdere verplichtingen voortvloeien dan zijn neergelegd in art. 68 van het Wetboek van Strafrecht (*Trb.* 1978, 177, p. 38). Art. 4 van het zevende protocol bij het EVRM is nog steeds niet door Nederland geratificeerd (zie ook: Lenos 1998, p. 267-271; Van Dijk & Van Hoof 1990, p. 568-570; Hartevelt, Keulen & Krabbe 1996, p. 189-193). Met betrekking tot de gelding van het ‘ne bis in idem’-beginsel in het Nederlandse recht hebben deze bepalingen dan ook geen toegevoegde waarde.

groot belang voor de rechtsbescherming van de betrokkene. In de rechtspraak van het EHRM zijn criteria geformuleerd aan de hand waarvan kan worden vastgesteld of een bepaalde, door de overheid geëntameerde (maar volgens het nationale recht niet-strafrechtelijke), procedure tot het opleggen van een sanctie, het karakter van een ‘criminal charge’ heeft.¹⁴⁶ Centraal staat de afbakening van het begrip ‘criminal’; wanneer is sprake van een *strafvervolg*ing?¹⁴⁷

Het eerste criterium kan worden aangeduid als het ‘classificatiecriterium’.¹⁴⁸ Wat is de classificatie van de geschonden norm in het nationale recht; behoort de bepaling waarin de norm is vervat tot het strafrecht of tot een ander rechtsgebied?¹⁴⁹ Classificeert de verdragsstaat de geschonden norm als strafrechtelijk, dan is in ieder geval sprake van *strafvervolg*ing.¹⁵⁰ De bepalingen art. 6 EVRM leden 2 en 3 zijn dan zonder meer van toepassing. Classificeert een verdragsstaat de geschonden norm daarentegen als *niet*-strafrechtelijk, dan kan desondanks sprake zijn van *strafvervolg*ing in de zin van art. 6 EVRM. Zou dit anders zijn, dan zouden verdragsstaten zelf, door bepaald gedrag als niet-strafrechtelijk te kwalificeren, de toepasselijkheid van art. 6 EVRM kunnen uitsluiten. Dit zou tot resultaten kunnen leiden die in strijd zijn met ‘the object and purpose’ van het Verdrag. De plaats van de norm in het nationale recht beschouwt het EHRM dan ook als ‘no more than a starting point’.¹⁵¹ Gaat het om een (volgens het nationale recht) niet-strafrechtelijke norm, dan wordt getoetst aan een aantal materiële criteria: de aard van de norm,¹⁵² de aard van de sanctie en de zwaarte van de sanctie. De aard van de

¹⁴⁶ Aanleiding tot deze rechtspraak waren bestuurlijke procedures tot het opleggen van ‘bestuurlijke’ sancties en de vraag of deze procedures onder de normerende werking van 6 EVRM en art. 14 IVBPR vielen. Daarnaast ging het weliswaar ook om tuchtrechtelijke procedures, maar dit waren ambtenarentuchtrechtelijke procedures en daarmee dus ook bestuurlijke procedures. Zie bijvoorbeeld de zaak *Engel*, EHRM 8 juni 1976, *NJ* 1978, 223.

¹⁴⁷ Het EHRM kiest voor een autonome en inhoudelijke, niet-formele, uitleg van het begrip ‘criminal’. Bovendien wordt het begrip, vanwege het grote belang van een eerlijke rechtsgang in een democratische samenleving, extensief uitgelegd (EHRM 8 juni 1976, *NJ* 1978 (*Engel*); EHRM 21 februari 1984, *NJ* 1988, 937 (*Ozturk*); Lenos 1998, p. 27. Uitgebreid over de zaak *Ozturk* en *Engel*: Viering 1994, p. 148-149).

¹⁴⁸ Viering 1994, p. 151-153.

¹⁴⁹ Dit is voor het eerst bepaald in de zaak *Engel*, EHRM 8 juni 1976, *NJ* 1978, 223. Deze zaak kan worden gezien als de basis voor de uitleg van het begrip ‘criminal charge’.

¹⁵⁰ De overheid heeft in dat geval immers gekozen voor de strafrechtelijke weg. Dit betekent dat ook de strafrechtelijke procedure tot het opleggen van een maatregel onder de bescherming van art. 6 EVRM valt (Kooijmans 2002, p. 341 en 343).

¹⁵¹ EHRM 8 juni 1976, *NJ* 1978, 224, § 82 (*Engel*). Daarnaast is bijvoorbeeld ook van belang of de norm in de meerderheid van de andere verdragsstaten tot het strafrecht behoort (Zie ook Lenos 1998, p. 29). Verder kijkt het EHRM niet alleen naar de plaats van de norm in het wettelijk systeem, maar ook naar de kwalificatie van de norm door de nationale rechter en naar de door de wetgever gebruikte terminologie. Bij de vaststelling of het om een strafrechtelijke norm gaat, kan bovendien van belang zijn of de norm een equivalent in het strafrecht heeft (EHRM 28 juni 1984, A80, §71, *Campbell and Fell*), of het OM in de procedure is betrokken en of de straf wordt geregistreerd in het politieregister (EHRM 23 maart 1994, A283-B (*Ravnsborg*) en Lenos 1998, p. 27-31; Viering 1994, p. 146-153).

¹⁵² De werkelijke aard van de norm acht het EHRM van groter belang dan de classificatie van de norm in het nationale recht (EHRM 8 juni 1976, *NJ* 1978, 224, *Engel*). Wil de schending van een norm tot een ‘criminal offence’ kunnen leiden, dan moet de norm bepaald gedrag gebieden of verbieden. Voorts is bij het bepalen van de aard van de norm van belang gebleken, tot wie de norm zich richt.

sanctie moet zowel punitief als preventief (afschrikwekkend) zijn.¹⁵³ Bij de vaststelling van het punitieve karakter gaat het om het doel van de sanctie; niet van belang is hoe de sanctie wordt ervaren door degene die de sanctie krijgt opgelegd. Bij het beoordelen van de zwaarte van de sanctie kijkt het EHRM in ieder geval naar de hoogte van de sanctie en naar de mogelijkheid dat naast, of in plaats van de sanctie vrijheidsbeneming kan plaatsvinden.¹⁵⁴ Kortom, indien een sanctie (dus een straf of een maatregel) *niet* wordt opgelegd in een strafrechtelijke procedure, kan alleen sprake zijn van een ‘criminal charge’ indien de sanctie bestraffing op het oog heeft; een procedure tot het opleggen van een bestuurlijke *maatregel* valt niet onder het ‘criminal charge’-begrip. Het EHRM meent derhalve dat ook bij het opleggen van niet-strafrechtelijke sancties, die wel bestraffend en preventief van aard zijn, de rechtswaarborgen van art. 6 lid 2 en 3 EVRM in acht moeten worden genomen.¹⁵⁵

Indien een norm zich richt tot alle burgers, wijst dat in de richting van een strafrechtelijke norm (Viering 1994, p. 153-159 noemt dit het normadressaat-criterium).

¹⁵³ Uitgebreid Viering 1994, p. 159-166, die dit het sanctiedoel-criterium noemt.

¹⁵⁴ Zie onder meer EHRM 8 juni 1976, *NJ* 1978, 224 (*Engel*); EHRM 21 februari 1984, *NJ* 1988, 937 (*Ozturk*); EHRM 23 maart 1994, A283-B (*Ravnsborg*). Lenos 1998, p. 27-37; Viering 1994, p. 153-175; Verheul 1994, p. 30-33.; Van Dijk & van Hoof 1990, p. 343-348. Over het antwoord op de vraag of de drie materiële criteria – aard van de norm, aard en zwaarte van de sanctie –, alternatief dan wel cumulatief zijn, blijkt in de literatuur geen eenstemmigheid te bestaan. Kooijmans 2002, p. 341 meent uit de jurisprudentie van het EHRM op te kunnen maken dat de criteria alternatief werken en niet cumulatief. Met Lenos ben ik van mening, dat uit de rechtspraak van het EHRM kan worden afgeleid dat alle criteria moeten worden meegewogen bij de beoordeling van de vraag of sprake is van een ‘criminal charge’. Lenos spreekt dan ook liever van ‘weegfactoren’ in plaats van alternatieve of cumulatieve criteria (Lenos 1998, p. 38-39 met literatuurverwijzing). Zie: EHRM 25 augustus 1987, *NJ* 1988, 938: ‘The Court points out that the second and third criteria adopted in the judgments in the *Engel* and others case and the *Ozturk* case (de aard en de zwaarte van de sanctie, *MMK*) are alternative and not cumulative ones: for Art. 6 to apply in virtue of the words “criminal charge”, it suffices that the offence in question should by its nature be “criminal” from the point of view of the Convention, as in the instant case, or should have made the person concerned liable to a sanction which, in its nature and degree of severity, belongs in general to the “criminal” sphere ((...)).’ Maar in EHRM 24 februari 1994, *NJ* 1994, 496 (*Bendenoun*) oordeelt het Hof: ‘Having weighed the various aspects of the case, the Court notes the predominance of those which have a criminal connotation. None of them is decisive on its own, but taken together and cumulatively they made the “charge” in issue a “criminal” one within the meaning of Article 6 § 1, which was therefore applicable.’ Met Lenos ben ik van mening dat het Hof de term ‘cumulatief’ hier niet bedoelt als tegenstelling van de term alternatief. Het Hof geeft immers niet aan dat aan alle criteria is voldaan en dat *dus* sprake is van een ‘criminal charge’. Het geeft aan dat de criteria in onderling verband en samengenomen in dit concrete geval leiden tot de conclusie dat sprake is van een ‘criminal charge’. Het Hof geeft zelfs uitdrukkelijk aan dat het de verschillende aspecten van de zaak heeft *gewogen*. In de zaak *Ravnsborg* overweegt het EHRM dan ook: ‘Notwithstanding the non-criminal character of the proscribed misconduct, the nature and degree of severity of the penalty that the person concerned risked incurring – the third criterion – may bring the matter into the “criminal” sphere’ (EHRM 23 maart 1994, A283-B). Enerzijds kan in een concreet geval slechts één criterium al zo veel gewicht in de schaal leggen, dat kan worden gesproken van een ‘criminal charge’. Anderzijds is het mogelijk dat in een bepaald geval slechts alle criteria tezamen voldoende gewicht in de schaal leggen om van een ‘criminal charge’ te kunnen spreken (Zoals bijvoorbeeld in de zaak *Bendenoun* het geval was (EHRM 24 februari 1994, *NJ* 1994, 496).

¹⁵⁵ Over de vraag of art. 6 EVRM van toepassing is op ambtenaarrechtelijke geschillen, heeft lange tijd rechtsonzekerheid bestaan. Met een uitspraak uit 1999 heeft het EHRM aan deze onduidelijkheid een einde gemaakt door een functioneel criterium te introduceren: art. 6 EVRM is niet van toepassing op geschillen met ambtenaren wiens taken op het specifieke terrein van de overheid liggen (EHRM 8

Vooropgesteld kan worden dat toepassing van de ‘criminal charge’-criteria van het EHRM op een *arbeidstuchtrechtelijke* procedure nooit tot de conclusie kan leiden dat sprake is van een strafvervolgning in de zin van art. 6 EVRM of art. 14 IVBPR. Deze artikelen zien immers alleen op door de overheid geëntameerde procedures en verwoorden grondrechten, geformuleerd ter bescherming van burgers tegen vervolging of bestraffing door die overheid.¹⁵⁶ Desondanks meen ik dat aan de rechtspraak van het EHRM een argument kan worden ontleend voor toepassing van de rechtsbeschermende beginselen ‘ne bis in idem’ en ‘geen straf zonder schuld’ in het arbeidsrecht. De strekking van de rechtspraak van het EHRM over het ‘criminal charge’-begrip is immers, dat bij procedures tot het opleggen van een *straf*, bepaalde rechtswaarborgen, zoals het ‘ne bis in idem’-beginsel en de onschuldpresumptie (waar het beginsel ‘geen straf zonder schuld’ direct mee samenhangt), in acht dienen te worden genomen. In het arbeidsrecht is weliswaar geen sprake van door de overheid geëntameerde procedures tot het opleggen van een straf, maar in 2.5 en 3.5.2.1 bleek dat sanctieoplegging door de werkgever belangrijke overeenkomsten vertoont met sanctionering door de overheid; ook bij sanctionering door de werkgever is sprake van een ‘macht’ die een *straf* aan een ‘ondergeschikte’ kan opleggen. De gedachte dat het opleggen van sancties met het karakter van een straf, door een instantie met een machtspositie aan een ondergeschikte, met rechtswaarborgen omkleed moet zijn, kan naar mijn mening als een algemeen rechtsbeginsel worden beschouwd.¹⁵⁷

december 1999, AB 2000, 195, *Pellegrin*). Zie ook CRvB 29 april 2004, *LJN* AO9343. In laatstgenoemde zaak ging het om een medewerker van de parketpolitie die een disciplinaire straf opgelegd had gekregen en zich beriep op overschrijding van de redelijke termijn ex art. 6 EVRM bij het opleggen van de straf. Volgens de Raad kon dit beroep niet slagen, reeds omdat art. 6 EVRM niet van toepassing is op disciplinaire bestraffing van een ambtenaar die belast is met de uitoefening van specifieke overheidstaken (met verwijzing naar de uitspraak *Pellegrin*).

¹⁵⁶ Zie bijv. HR 30 september 1997, *NJ* 1998.

¹⁵⁷ Zie ook Röling 1936, p. 49-50 en De Doelder 1981, p. 109. Dit sluit bovendien aan bij de omschrijving van die van beginselen kan worden gegeven, als fundamentele denkwijzen over bepaalde standen van zaken (G.C.G.J. van Roermond, ‘Contract der contracten’, in: J.M. Barendrecht, M.A.B. Chao-Duivis & H.A.W. Vermeulen (red.), *Beginselen van contractenrecht* (Nieskens-Isphording-bundel), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 131-144. Verheul 1994, p. 53 wees er op dat de burger bij uitstek in het bestuurlijke, strafrechtelijke en tuchtrechtelijke sanctierecht onderhevig is aan het dwangkarakter van het recht en om die reden meer behoefte heeft aan adequate rechtsbescherming. Daar kunnen burgers immers als persoon worden terechtgewezen door aantasting van hun burgerlijke vrijheden. Dat roept, volgens Verheul, om normen van rechtsfatsoen of behoorlijkheid die de machtigste partij, met name de overheid moet naleven. ‘Het recht kan op die manier een van zijn belangrijkste functies vervullen: regulering van macht.’ Hierdoor krijgen sancties als ‘tanden van het recht’ (ontleend aan Duk) een eigen ‘tandvlees’ (metafoor ontleend aan P. Nicolai, ‘Het tandvlees van het recht’, in: P. Nicolai e.a., *Recht op scherp* (Duk-bundel), Zwolle: W.E. J. Tjeenk Willink 1984). Vgl. Verhulp 1996, p. 61, die er op wijst dat in een belangenafweging het belang van de zwakste partij in twijfelgevallen vaak de doorslag geeft en dat het beschermen van de zwakste partij in het arbeidsrecht ook in overeenstemming is met de bedoeling van de wetgever.

3.5.3 Concluderend

Ik meen dat op grond van de drie besproken argumenten de beginselen ‘geen straf zonder schuld’ en ‘ne bis in idem’ eveneens in het arbeidsrecht dienen te worden toegepast.¹⁵⁸ Bovendien vloeit ook uit het beginsel van goed werkgeverschap voort dat het een goed werkgever niet aangaat een werknemer, wiens schuld (nog) niet vaststaat, een straf op te leggen, dan wel een werknemer meerdere malen voor hetzelfde feit te straffen. Dit zou in strijd met het zorgvuldigheidsbeginsel en evenredigheidsbeginsel zijn.¹⁵⁹

Niettemin is met het voorgaande niets gezegd over de gelding van het ‘ne bis in idem’-beginsel bij de samenloop van een arbeidsrechtelijke straf met een strafrechtelijke (of eventueel bestuursrechtelijke) straf ter zake van hetzelfde feit.¹⁶⁰ In die situatie is weliswaar sprake van meerdere straffen ter zake van

¹⁵⁸ Vgl. Bolt & Lensing 1993, p. 86-87, die iets soortgelijks schrijven over de privaatrechtelijke boete (in de betekenis van “punitive damages”): ‘Ofschoon de gedaagde niet precies dezelfde positie behoeft te hebben als de verdachte in strafzaken in Nederland heeft, brengt het strafvoogmerk van de “privaatrechtelijke” boete naar ons oordeel wel mee dat een aantal fundamentele beginselen waarop een verdachte in de in van art. 6 EVRM zich kan beroepen, van toepassing zijn. Wij denken daarbij in het bijzonder aan de *praesumptio innocentiae* en het *nemo tenetur*-beginsel.’ Voorts brengt onder meer de strekking van art. 68 Sr met zich dat strafrechtelijke vervolging na oplegging van een “privaatrechtelijke” boete in beginsel zou moeten worden uitgesloten. Stolker 1995, p. 34-41 ziet vooral bezwaren tegen het straffen in de vorm van ‘punitive damages’ en is dan ook van mening dat dit niet moet plaatsvinden. Zo vraagt hij zich af hoe met de invoering van de private straf het ‘ne bis in idem’-beginsel overeind blijft. Zie ook Henket 1997, p. 12: ‘Men kan ook de formele grenzen tussen de rechtsgebieden (strafrecht, bestuursrecht en privaatrecht, *MMK*) relativeren, en over de grenzen van deze gebieden heen naar materiële criteria zoeken voor verschillende typen sanctionering. Dat zal onder meer impliceren dat procedurele criteria niet meer zozeer gerelateerd moeten worden aan rechtsgebieden, maar veeleer aan soorten sancties en situaties.’ Duk 1981, p. 235 zegt iets soortgelijks over de analoge werking van fundamentele strafrechtelijke regels bij retributieve sancties in het bestuursrecht: ‘Allicht zijn fundamentele strafrechtelijke regels ‘vatbaar’ voor analoge toepassing in gevallen waarin een bestuursorgaan beslist over oplegging van een retributieve sanctie. Sterker: moeilijk valt in te zien, waarom de ‘administratie’, optredend in de rol van wrekende gerechtigheid, aan de werking van die regels onttrokken zou zijn.’ Indien een ambtenaar disciplinair wordt gestraft, mag volgens hem in ieder geval worden geëist dat het voorschrift in werking en bekend was, dat de ambtenaar enig verwijt treft en dat niet, ter zake van hetzelfde feit, al eerder disciplinair tegen hem is opgetreden. Ook in zijn oratie ‘Tanden van het recht’ uit 1973 gaf hij reeds aan voorstander te zijn van de kunstgreep van analoge toepassing van elders in het recht gegeven regels om de leemten op te vullen daar waar geschreven rechtsregels ontbreken (Duk 1973, p. 19).

¹⁵⁹ Zie over de beginselen van goed werkgeverschap Heerma van Voss 1999, p. 40-71.

¹⁶⁰ In dit verband kan wellicht beter van het ‘una via’-beginsel worden gesproken. Dit beginsel ziet namelijk specifiek op de samenloop van meerdere sancties (Rogier 1992, p. 153). Het ‘una via’-beginsel houdt in dat de overheid, indien meerdere soorten overheidssancties voorhanden zijn, een keuze dient te maken voor één weg met uitsluiting van de andere (Rogier 1992, p. 143). Ik houd in dit onderzoek vast aan verwijzing naar het ‘ne bis in idem’-beginsel, aangezien ik de problematiek van twee straffen op één handeling wil onderzoeken, waarbij de sanctieoplegger alleen de werkgever is, of de werkgever en de overheid. Rogier gaat in zijn dissertatie op zoek naar de betekenis van het ‘una via’-beginsel voor de keuze van de overheid tussen strafsancties en administratieve sancties op een onrechtmatige gedraging. Het ‘una via’-beginsel ligt volgens hem in het verlengde van het ‘ne bis in idem’-beginsel. Het wezenlijke verschil met het ‘ne bis in idem’-beginsel is het ontbreken van identiteit van partijen aan de kant van de overheid: bij verschillende sanctie-opleggers aan de kant van de overheid dient bij hetzelfde feit en dezelfde overtreder toch gekozen te worden voor een van beide sancties. Hij constateert dat het ‘una via’-beginsel slechts in enkele wettelijke bepalingen voorkomt en dat het in de praktijk meestal slechts tot matiging van sancties leidt. Rogier komt in zijn

hetzelfde feit, maar het betreft verschillende sanctieopleggers. Bijgevolg dienen de straffen verschillende belangen: enerzijds het belang van de werkgever (en eventueel de medewerkers) en anderzijds het belang van de overheid.¹⁶¹ In de volgende paragraaf behandel ik de vraag naar de concrete uitwerking van genoemde beginselen in het arbeidstuchtrecht. De toepassing van deze beginselen bij de samenloop van een arbeidsrechtelijke en een strafrechtelijke straf, komt dan ook aan de orde.

3.6 Toepassing van ‘ne bis in idem’ en ‘geen straf zonder schuld’ in het arbeidsrecht

Nu de conclusie is getrokken dat de beginselen ‘ne bis in idem’ en ‘geen straf zonder schuld’ ook in het arbeidsrecht moet worden toegepast, rijst de vraag naar de uitwerking van die toepassing. Als eerste bespreek ik het ‘ne bis in idem’-beginsel (3.6.1). Vervolgens behandel ik de toepassing van het beginsel ‘geen straf zonder schuld’ in het arbeidsrecht (3.6.2).

Vanwege de arbeidsrechtelijke invalshoek van dit onderzoek, beperk ik me bij de behandeling van de samenloop van sancties tot de wijze waarop in het arbeidsrecht op de samenloop van sancties dient te worden gereageerd. De vraag naar de wijze waarop strafrechtelijke autoriteiten met deze samenloop moeten omgaan, laat ik hier buiten beschouwing. Dit neemt niet weg dat ik mij bewust ben van het feit dat de reacties elkaar wederzijds kunnen, of wellicht zelfs moeten, beïnvloeden. Zo kan de strafrechter bij de straftoemeting rekening houden met het feit dat de verdachte nog een arbeidsovereenkomst heeft,¹⁶² of juist al een straf heeft gekregen in de vorm van een ontslag.

proefschrift tot de conclusie dat het ‘una via’-beginsel zo veel betekenis heeft dat de wetgever gehouden is te voorzien in een sluitende regeling voor de mogelijke samenloop van strafsancities en administratieve sancties. Anders dienen de sanctieopleggers het ‘una via’-beginsel rechtstreeks toe te passen (Rogier 1992, p. 165, 167, 173-174).

¹⁶¹ Vgl. Rogier 1992, p. 21. Ter onderscheiding van strafsancities en administratieve sancties wijst hij allereerst op het criterium van de sanctieoplegger: dit criterium biedt het meeste houvast. Het tweede criterium, de aard van het gedrag waarop de sanctie wordt toegepast, biedt weinig houvast: het geeft alleen de uitersten aan. Het derde criterium, de aard en de zwaarte van de sanctie, lijkt daarentegen van meer belang. De aard wordt bepaald door het doel van de sanctie: in abstracto de naleving van wetten, in concreto retributie (bestrafing) of reparatie (herstel of bewerkstelling van de rechtmatige toestand). Het vierde door Rogier genoemde criterium, de effectiviteit en efficiency van de sancties, biedt slechts indicaties voor het onderscheid tussen strafsancities en administratieve sancties.

¹⁶² Zie hierover bijvoorbeeld G. Kannegieter, ‘Werk als straftoemingsfactor’, *Justitiële verkenningen* (18) 1992-8, p. 72-101. De conclusie van zijn analyses luidt dat de arbeidspositie van de verdachte, althans in zijn onderzoeksgroep, een afwegingsfactor lijkt bij het bepalen van de strafsoort. ‘De werkende wordt in een aantal gevallen een extra kans geboden in de vorm van een voorwaardelijke gevangenisstraf waar de werkloze een onvoorwaardelijke gevangenisstraf moet ondergaan, of een boete waar de werkloze een voorwaardelijke gevangenisstraf krijgt opgelegd.’ (Kannegieter 1992, p. 93). Het nettoresultaat is dat de werkloze ongunstiger kansen in de rechtsgang lijkt te hebben (Kannegieter 1992, p. 97).

3.6.1 *Ne bis in idem*

Het 'ne bis in idem'-beginsel ziet op het verbod van samenloop¹⁶³ van meerdere straffen voor hetzelfde feit.¹⁶⁴ Onderscheid kan worden gemaakt tussen interne en externe samenloop.¹⁶⁵ Interne samenloop houdt in dat sancties binnen hetzelfde rechtsgebied – in dit onderzoek binnen het arbeidsrecht – cumuleren. In dat geval dienen de sancties hetzelfde belang: dat van de werkgever. Van externe samenloop is sprake bij cumulatie van een sanctie uit het ene rechtsgebied met een sanctie uit een ander rechtsgebied. In dit onderzoek: een arbeidsrechtelijke straf of ordemaatregel cumuleert met een sanctie uit het strafrecht.¹⁶⁶ In die situatie dienen de sancties verschillende belangen: enerzijds die van de werkgever en anderzijds die van de overheid. In het hiernavolgende wordt gezien wat de consequentie is van toepassing van het 'ne bis in idem'-beginsel voor interne en externe sanctiesamenloop in het arbeidsrecht.

3.6.1.1 Interne samenloop

Bij interne samenloop van sancties kan worden onderscheiden tussen enerzijds de samenloop van een straf met een andere straf, en anderzijds samenloop van een straf met een ordemaatregel. Toepassing van het 'ne bis in idem'-beginsel heeft tot gevolg dat een werkgever ter zake van hetzelfde wangedrag niet twee maal een straf mag opleggen.¹⁶⁷ Het beginsel staat daarentegen niet in de weg aan het opleggen van een straf naast een ordemaatregel, alhoewel dit in strijd met het, uit het beginsel van goed werkgeverschap voortvloeiende, evenredigheidsbeginsel kan zijn. De toetsing aan dit beginsel vindt in de arbeidsrechtelijke rechtspraak meestal op impliciete wijze plaats en het speelt met name een rol bij het treffen van disciplinaire maatregelen.¹⁶⁸ Het evenredigheidsbeginsel houdt in

¹⁶³ Zie uitgebreid over dit onderwerp de special van het Nederlands Juristenblad over de samenloop van sancties, *NJB* 1992-41.

¹⁶⁴ Aangezien we in het arbeidsrecht niet te maken hebben met deliktsomschrijvingen, maar steeds de feitelijke gedraging wordt aangevoerd ter rechtvaardiging van een sanctie, doen zich – in tegenstelling tot in het strafrecht – geen problemen voor met betrekking tot het vereiste van 'hetzelfde feit'. Hetzelfde geldt ten aanzien van de samenloop van een arbeidsrechtelijke sanctie met een strafrechtelijke veroordeling en bestraffing. Zie ook De Doelder 1981, p. 163.

¹⁶⁵ Zie over interne en externe werking en samenloop van sancties: Verheul 1994, p. 46-48 en 71; Rogier 1992, p. 145 en 153.

¹⁶⁶ Hier kan het bestuursstrafrecht eventueel aan worden toegevoegd. Het is namelijk mogelijk dat wangedrag van een werknemer aanleiding geeft tot een bestuursstrafrechtelijke straf, zoals een verkeersboete (zie art. 2 WAHV en Rogier 1992, p. 94-97).

¹⁶⁷ Aldus ook SER-advies 93/11, Arbeidstuchtrecht, p. 8 (mening van deel van de Raad bestaande uit de werknemersleden en de kroonleden mevrouw Asscher-Vonk, Halberstadt, Franken en Meulenberg). Bovendien vindt deze opvatting steun in het wettelijke tuchtrecht, alwaar de materiële variant van het beginsel algemeen van toepassing wordt geacht (Lenos 1998, p. 265; Leijten 1992, p. 1389 en 1392; De Doelder 1981, p. 152 en 174).

¹⁶⁸ Zie bijvoorbeeld Zie bijvoorbeeld Ktr. Zwolle 24 mei 2005, *JIN* 2005, 299 r.o. 5.4: afgezet tegen de aard en de ernst van de overtreding en het gegeven dat gesteld noch gebleken is dat de werkgever feitelijk is benadeeld, had de werkgever moeten volstaan met een op-non-actiefstelling en een berisping. Zie verder Ktr. Utrecht 29 juli 1998, *JAR* 1998, 189 en Pres. Rb. Almelo 12 februari 1986, *Prg.* 1986, 2482. Zie verder Heerma van Voss 1999, p. 66 en Zondag 2003a, p. 51, beiden met een uitgebreide verwijzing naar lagere jurisprudentie.

dat de voor de werknemer nadelige gevolgen van een sanctie niet onevenredig mogen zijn aan de met de sanctie te dienen doelen en de ernst van het wangedrag.¹⁶⁹ Indien de toepassing van één straf of maatregel al onevenredig kan zijn aan de met de sanctie te dienen doelen en de ernst van het wangedrag, kan de toepassing van meerdere sancties zeker onevenredig zijn aan de met de sanctie te dienen doelen en de ernst van het wangedrag.¹⁷⁰

3.6.1.2 Externe samenloop

Bij externe samenloop van sancties kan worden onderscheiden in de samenloop van: een arbeidsrechtelijke straf met een strafrechtelijke straf (1); een arbeidsrechtelijke straf met een strafrechtelijke maatregel (2); een arbeidsrechtelijke ordemaatregel met een strafrechtelijke straf (3); een arbeidsrechtelijke ordemaatregel met een strafrechtelijke maatregel (4). In deze situaties is van belang dat met de straffen verschillende belangen worden gediend.¹⁷¹ Op de situaties 2,3 en 4 is het 'ne bis in idem'-beginsel niet van toepassing: in die varianten is geen sprake van de samenloop van twee straffen. Bij variant 3 of 4 kan worden gedacht aan de situatie dat de werknemer een langdurige vrijheidsstraf of tbs krijgt opgelegd en de werkgever wil overgaan tot de ordemaatregel van opzegging van de arbeidsovereenkomst. Dit is vanzelfsprekend, aangezien de werknemer niet meer aan zijn verplichtingen voortvloeiend uit de arbeidsovereenkomst kan voldoen. Situatie 2 doet zich bijvoorbeeld voor indien een werknemer door de strafrechter is veroordeeld en de maatregel van ontneming van het wederrechtelijk verkregen voordeel krijgt opgelegd (art. 36e Sr),¹⁷² en de werkgever vanwege de veroordeling voor het strafbare feit een straf oplegt. Indien de werkgever verder alle eisen en regels voor het opleggen van een straf in acht neemt, is hij hiertoe gerechtigd. De conclusie dat het beginsel in de situaties 2,3 en 4 geen toepassing verdient, levert verder dan ook geen problemen op.

¹⁶⁹ Heerma van Voss 1999, p. 65; Zondag 2003a, p. 50-51. Zie ook SER-Advies 93/11, Arbeidstuchtrecht, p. 9 (mening van deel van de Raad bestaande uit werknemersleden alsmede de kroonleden mevrouw Asscher-Vonk, Halberstadt, Franken en Meulenberg).

¹⁷⁰ Aldus ook Verheul 1994, p. 63. Vgl. Lenos 1998, p. 282-288 (zie 3.9.2.2). Ook in het ambtenarenrecht wordt een dubbele (interne) bestraffing als mogelijk strijdig met het evenredigheidsbeginsel gezien (Ambtenarengerecht Amsterdam 21 november 1991, *TAR* 1992, 47; Rb. Rotterdam 15 maart 1990, *TAR* 1990, 141; CRvB 22 januari 1998, *TAR* 1998, 73 en CRvB 10 december 1992, *TAR* 1993, 37, waarin de combinatie van een aantal straffen onevenredig werd geoordeeld met het gepleegde plichtsverzuim).

¹⁷¹ Rogier 1992, p. 153 geeft er in dit verband de voorkeur aan te spreken over het 'una via'-beginsel: het gaat om de keuze tussen twee sancties uit verschillende rechtsgebieden.; strafrecht en bestuursrecht. Het 'una via'-beginsel houdt in dat de overheid, indien meerdere soorten overheidssancties voorhanden zijn, een keuze dient te maken voor één weg met uitsluiting van de andere (Rogier 1992, p. 143). Ik geef in mijn onderzoek de voorkeur te spreken over het 'ne bis in idem'-beginsel, aangezien het 'una via'-beginsel specifiek ziet op een door de overheid te maken keuze. Mijn betoog is gebaseerd op de gedachte achter het 'ne bis in idem'-beginsel: voor een zelfde feit behoort niet twee maal een straf te worden opgelegd. Bijgevolg richt ik me niet op de mogelijkheid van een keuze: ik ga uit van het feit dat de werkgever wordt geconfronteerd met het voldongen feit van een strafrechtelijke veroordeling.

¹⁷² Zie over deze maatregel: Kooijmans 2002, p. 57-95; Corstens 2002, p. 329-335.

De vraag of het 'ne bis in idem'-beginsel van toepassing is op de situatie dat zowel een arbeidsrechtelijke als een strafrechtelijke straf wordt opgelegd (1), is minder eenvoudig te beantwoorden. Er is weliswaar sprake van de samenloop van twee straffen, maar zoals gezegd gaat het om straffen uit twee verschillende rechtsgebieden. In het arbeidsrecht dient de straf andere belangen (het bedrijfsbelang en de belangen van de werkgever en de andere werknemers) dan in het strafrecht (het algemeen belang). Bij de bespreking van het beginsel in 3.5.1.1 bleek bovendien dat het 'ne bis in idem'-beginsel in het strafrecht alleen interne werking heeft: het beginsel is in het strafrecht alleen van toepassing indien een *strafrechter* inhoudelijk over het feit heeft beslist. Met andere woorden, de strafrechter hoeft geen rekening te houden met het feit dat een werknemer ook reeds door zijn werkgever een straf opgelegd heeft gekregen. Voorts wordt ook buiten het strafrecht gewoonlijk geen externe werking aan het materiële 'ne bis in idem'-beginsel toegekend.¹⁷³ Betekent dit nu dat de werkgever bij het opleggen van een straf ook geen rekening hoeft te houden met een door de strafrechter opgelegde straf ter zake van hetzelfde wangedrag? Of moet, ondanks de verschillende te dienen belangen, aan het 'ne bis in idem'-beginsel in de relatie strafrecht-arbeidsrecht externe werking worden toegekend, met als gevolg dat de werkgever niet gerechtigd is ter zake van bepaald wangedrag een straf op te leggen indien de werknemer ter zake van dat wangedrag reeds door de strafrechter is bestraft?¹⁷⁴

Vooropgesteld kan worden dat de werkgever alleen gerechtigd is tot het opleggen van een straf indien zijn belangen, die van zijn bedrijf,¹⁷⁵ of van zijn werknemers door het wangedrag zijn geschaad. Dit vloeit voort uit het evenredigheidsbeginsel en (bij gebrek aan een contractuele grondslag) uit de rechtsgrond voor het straffen (zie 3.8 en zie 4.2 van het volgende hoofdstuk). Er kan mijns inziens vanuit worden gegaan dat (een van) deze belangen zijn (is) geschaad, indien het wangedrag zich in het kader van de werkzaamheden heeft voorgedaan, of indien anderszins een relatie bestaat tussen de aard van het

¹⁷³ Lenos 1998, p. 266. Leijten 1992, p. 1393. Alhoewel er wel stemmen opgaan om dit wel te doen, zie de bespreking van de standpunten van Rogier en Verheul in paragraaf 3.8. Voorts is hiermee niet gezegd dat het 'ne bis in idem'-beginsel op zichzelf, naast interne werking in het sanctiesysteem van het strafrecht, *nooit* externe werking heeft. Zo zijn er bepalingen in de sociale zekerheidswetgeving (zoals art. 27d WW), die met zich brengen dat een bestuursrechtelijke boete niet kan worden opgelegd indien reeds een strafrechtelijke vervolging ter zake van hetzelfde feit is ingesteld (zie paragraaf 3.8).

¹⁷⁴ Deze vraag is te vergelijken met de onderzoeksvraag van Rogier in zijn dissertatie naar de werking van het 'una via'-beginsel: dient er bij verschillende sanctie-opleggers aan de kant van de overheid bij hetzelfde feit en dezelfde overtreder toch gekozen te worden voor een van beide sancties? (Rogier 1992, p. 4, 171)

¹⁷⁵ Onder belangen van de werkgever en zijn bedrijf versta ik ook eventuele belangen van derden die direct met het bedrijf of de instelling te maken hebben en waarvan de schending zijn weerslag heeft op bijvoorbeeld de goede naam van het bedrijf of de instelling. Een voorbeeld van dergelijke derden zijn de patiënten in een ziekenhuis of de ouders van een minderjarig patiëntje (zie bijvoorbeeld Ktr. 's-Gravenhage 8 november 2001, *JAR* 2002, 50).

wangedrag en de aard van de functie en/of het bedrijf.¹⁷⁶ Indien geen relatie bestaat tussen het wangedrag en de aard van de functie en/of het bedrijf, zijn de belangen van de werkgever, zijn bedrijf of zijn werknemers niet geschaad – uitzonderingen daargelaten – en is de werkgever niet gerechtigd tot het opleggen van een straf. Op soortgelijke wijze oordeelde de Kantonrechter Harderwijk ten aanzien van een verzoek tot ontbinding van een arbeidsovereenkomst met een werknemer, die was veroordeeld tot twee jaar gevangenisstraf vanwege een geweldsdelict in de familiesfeer:

- ‘3. (...) Het vergrijp heeft plaatsgevonden in de familiesfeer en er bestaat geen enkele relatie met het bedrijf of de arbeidsovereenkomst.
4. Inwilliging van het verzoek zou met zich brengen dat X. dubbel gestraft wordt voor een zaak waar het bedrijf geheel buiten staat.’¹⁷⁷

Kort gezegd, de bevoegdheid tot straffen ontbreekt ten aanzien van wangedrag waar het bedrijf geheel buiten staat. Aan toepassing van het ‘ne bis in idem’-beginsel wordt dan niet toegekomen.

Dientengevolge is de vraag of een werkgever gerechtigd is tot het opleggen van een straf, naast de door de strafrechter opgelegde straf ter zake van hetzelfde feit, alleen aan de orde indien een relatie bestaat tussen de aard van het wangedrag en de aard van de functie en/of het bedrijf. De werkgever heeft in dat geval echter een zelfstandig belang bij het uitoefenen van de bevoegdheid tot straffen: het goed functioneren van het bedrijf en zijn werknemers is gebaat bij bestraffing van het wangedrag (zie 4.2 van hoofdstuk 4). Bijgevolg kan worden geconcludeerd dat het ‘ne bis in idem’-beginsel ook in het arbeidsrecht geen externe werking heeft.¹⁷⁸ Indien door de strafrechter reeds een straf is opgelegd, heeft ook de werkgever nog de bevoegdheid tot het opleggen van een straf ter zake van hetzelfde gedrag: de straffen dienen verschillende belangen.

Betekent dit nu dat de werkgever geen rekening hoeft te houden met het feit dat de werknemer reeds door de strafrechter een straf opgelegd heeft gekregen? Ik ben van mening dat de werkgever niet geheel voorbij mag gaan aan de door de strafrechter opgelegde straf. De strafrechter is *het* onafhankelijke en onpartijdige orgaan waaraan in de Grondwet de berechting van strafbare feiten is opgedragen (art. 113 Gw). Hij stelt de schuld van de verdachte werknemer vast en bepaalt welke straf daaraan moet worden verbonden. Met de onherroepelijke uitspraak van de strafrechter mag de verdachte er in beginsel op vertrouwen dat de vervolging en berechting van het strafbare feit is afgedaan. Het is dan ook in het belang van het, aan het ‘ne bis in idem’-beginsel ten grondslag liggende, beginsel van de rechtszekerheid, dat de werknemer na

¹⁷⁶ Bij De Doelder 1981, p. 146-147 valt dit soort wangedrag onder de noemer kwaliteitsdelicten en gemengde delicten. Daar tegenover staan niet-kwaliteitsdelicten: feiten waarbij de functie, het groepslidmaatschap, de hoedanigheid van de betrokkene, geen enkele rol speelt.

¹⁷⁷ Ktr. Harderwijk 30 juli 1987, *Prq.* 1987, 2767.

¹⁷⁸ Met andere woorden: het ‘una via’-beginsel gaat niet op bij strafoplegging door de werkgever na een straf van overheidswege.

bestrafning door de strafrechter niet hoeft te vrezen voor allerlei nieuwe ingrijpende reacties. Een tweede bestraffing kan bovendien onredelijk/onrechtvaardig, ondoelmatig¹⁷⁹ en in strijd met het, uit het beginsel van goed werkgeverschap, voortvloeiende evenredigheidsbeginsel zijn.¹⁸⁰ Kortom, de werknemer heeft er een gerechtvaardigd belang bij dat de werkgever, bij het uitoefenen van zijn bevoegdheid tot het opleggen van een disciplinaire straf, in ieder geval rekening houdt met het feit dat hem (de werknemer) ter zake van het wangedrag reeds een straf is opgelegd.¹⁸¹

Gelet op het voorgaande kan het volgende worden geconcludeerd. Aan het 'ne bis in idem'-beginsel komt, als gevolg van het feit dat de straffen verschillende belangen dienen, geen externe werking toe. Niettemin mag de werkgever ook niet geheel voorbij gaan aan de strafoplegging door de strafrechter. De oplossing ligt in een gematigde doorwerking van het beginsel: de werkgever behoudt zijn bevoegdheid tot het opleggen van een disciplinaire straf, maar houdt bij het vaststellen en opleggen van die straf rekening met het feit dat de werknemer reeds door de strafrechter bestraft is.¹⁸² Dit kan hij doen door de zwaarte van de door hem op te leggen straf aan te passen, of door helemaal van het opleggen van een straf af te zien.¹⁸³ Hiermee wordt niet alleen tegemoet gekomen aan de onredelijkheid van een dubbele bestraffing, maar tevens aan het evenredigheidsbeginsel (zie voorgaande subparagraaf).¹⁸⁴ Deze

¹⁷⁹ Bij ondoelmatigheid kan worden gedacht aan de situatie dat de strafrechter uit het oogpunt van reïntegratie een voorwaardelijke gevangenisstraf heeft opgelegd en de werkgever wenst over te gaan tot een strafontslag.

¹⁸⁰ De Doelder voegt daar nog aan toe de mogelijke strijd met de zorgvuldigheid, die in het maatschappelijk verkeer betaamt ten aanzien van de wederpartij (art. 6:162 BW) (De Doelder 1981, p.175). Zie ook Röling 1936, p. 70-77. Hij noemt drie bezwaren van een meervoudige reactie: het kan onrechtvaardig werken, het kan ondoelmatig zijn en het kan in strijd zijn met 'ne bis in idem'.

¹⁸¹ Hetgeen tot gevolg zou kunnen hebben dat 'niet voldoende niet-bestrafte wederrechtelijkheid' meer over is (De Doelder 1981, p. 148).

¹⁸² Deze benadering sluit aan bij de wijze waarop in het ambtenarentuchtrecht wordt geoordeeld over de samenloop van een strafrechtelijke en een tuchtrechtelijke straf. Als regel geldt dat voor een feit dat zowel een strafbaar feit als een tuchtvergrijp oplevert, een strafrechtelijke én een tuchtrechtelijke straf kan worden opgelegd. Er is dan geen sprake van schending van het 'ne bis in idem'-beginsel, aangezien beide sanctiestelsels andere belangen beschermen. Dit betekent niet dat het betreffende ambtelijke orgaan bij het nemen van het besluit geen rekening moet houden met de strafrechtelijke bejegening. De strafrechtelijke vervolging of veroordeling moet, indien mogelijk, bij de belangafweging voorafgaand aan het betrokken besluit worden betrokken (Hof 's-Hertogenbosch 22 juni 1992, TAR 1992, 193; Afd. Rechtspraak Raad van State 11 augustus 1986, AB 1987, 402; Voorzitter Afd. rechtspraak raad van State 19 oktober 1984, AB 1985, 425. Zie ook Verhulp e.a. 2005, p. 135; Coolen 1989, p. 381).

¹⁸³ Dit geldt ook indien schriftelijk is overeengekomen dat de werkgever gerechtigd is een straf op te leggen, bijvoorbeeld in het geval van een boetebeding ex art. 7:650 BW. Dit geeft hem immers de *bevoegdheid* een straf op te leggen en niet de *verplichting*.

¹⁸⁴ Het evenredigheidsbeginsel en de in het maatschappelijk verkeer in acht te nemen zorgvuldigheid kunnen mijns inziens ook met zich meebrengen dat de strafrechter rekening dient te houden met een reeds door de werkgever opgelegde sanctie. Aldus ook De Doelder 1981, p. 174-177, die geheel terecht opmerkt dat de betrokken rechter zich dient af te vragen of een ongelimiteerde opeenhoping van straffen naar aanleiding van één misstap nog wel in verhouding staat tot die misstap. Zie ook Taat 1948, p. 95; Röling 1936, p. 72: 'Indien het feit ontslag uit een betrekking meebrengt, is dat een leed, waarmee de strafrechter zooveel mogelijk moet rekening houden.' Voor een uitgebreide

gematigde doorwerking van het ‘ne bis in idem’-beginsel staat bekend als het – uit het Duitse recht afkomstige – ‘Anrechnungsprinzip’.¹⁸⁵ Dit zogenaamde ‘aanrekeningsbeginsel’ houdt in dat rekening wordt gehouden met voor hetzelfde feit reeds opgelegde of voorgenomen sancties uit hetzelfde stelsel (interne aanrekening) of uit een ander stelsel (externe aanrekening). Bij toepassing op bovenstaande omschreven wijze zou uiteraard sprake zijn van externe aanrekening. Bij het geheel niet opleggen van de arbeidsrechtelijke sanctie spreekt men van ‘volledige aanrekening’. Deze wijze van rekening houden met de reeds door de strafrechter opgelegde straf maakt de straf van de werkgever bovendien rechtvaardiger en daarmee beter aanvaardbaar.¹⁸⁶

3.6.2 Geen straf zonder schuld

Thans volgt de uitwerking van het beginsel ‘geen straf zonder schuld’ in het arbeidsrecht.

bespreking van de literatuur over de werking van het ‘ne bis in idem’-beginsel bij toepassing van het strafrecht naast het tuchtrecht zie: De Doelder 1981, p. 164-171. De Doelder stelt samenvattend vast dat alle daar genoemde schrijvers van mening zijn dat een tuchtrechtelijke berechting naast een strafrechtelijke in principe is toegestaan. Over de vraag naar de wenselijkheid hiervan, en de mate waarin beide procedures elkaar op het niveau van de strafmaat behoren te beïnvloeden, lopen de meningen uiteen (De Doelder 1981, p. 171).

¹⁸⁵ In Duitsland houdt de betreffende bepaling in dat de eerder ondergane voorlopige hechtenis en de in het buitenland wegens hetzelfde feit ten uitvoer gelegde straf in mindering wordt gebracht op de in Duitsland op te leggen straf (hetgeen overigens ook in Nederland het geval is voor wat betreft de voorlopige hechtenis, zie art. 27 en art. 27a Sr). Overigens wordt ook in Duitsland naar gangbare opvattingen geen werking toegekend aan het ‘ne bis in idem’-beginsel in de verhoudingen tussen strafrecht en andere rechtsstelsels als bijvoorbeeld het tuchtrecht (Roording 1994, p. 238-240, die van mening is dat geen sprake is van een beginsel, maar van een techniek die uitwerking kan geven aan de eisen die billijkheid, het evenredigheidsbeginsel of de materiële kant van het ‘ne bis in idem’-beginsel aan sanctieoplegging stellen; G.J.M. Corstens in zijn noot bij HR 29 november 1991, *NJ* 1992, 587. Zie ook de noot van J.M. Reijntjes bij HvJ van de EG 11 februari 2003, *NJ* 2004, 194 en De Doelder & Van der Hulst 1993, p. 732, die het aanrekeningsbeginsel zien als een zachtere uitwerking van het ‘ne bis in idem’-beginsel).

¹⁸⁶ Verheul 1994, p. 81-85 (zie ook de bespreking in 3.8.2.2). Verheul merkt op dat, ondanks onvolkomenheden, aanrekening een aanvaardbaar procédé is om onwenselijke sanctiesamenloop te beteugelen wanneer de wetgever daarin niet of ontoereikend voorziet. Het beginsel kan volgens hem worden beschouwd als een algemeen rechtsbeginsel van behoorlijk sanctierecht of van ‘fair trial’ (met verwijzing naar Hof Leeuwarden, leidend tot HR 21 mei 1991, *NJ* 1991, 728), dat kan worden geplaatst in het kader van rechtsfatsoen. In soortgelijke zin: A.C. ’t Hart in zijn noot onder HR 9 oktober 1984, *NJ* 1985, 251: ‘Hoewel het doorgaans niet mogelijk zal zijn om de andere sanctie op de strafrechtelijke geheel in mindering te brengen, gezien de ongelijksoortigheid der sancties, en zo’n volledige verrekening misschien niet altijd wenselijk zal zijn, zou men toch een heel eind kunnen gaan in de richting van het Duitse “Anrechnungsprinzip”, hier dan tussen verschillende sanctiesystemen binnen het nationale rechtsstelsel.’ Het lijkt hem namelijk van veel belang voor de aanvaardbaarheid van de dubbele sanctionering in het algemeen en van de strafrechtelijke in het bijzonder, dat de feitenrechters met reeds opgelegde andersoortige sancties rekening houden bij de straftoemeting (zie ook zijn noot bij HR 15 januari 1985, *NJ* 1985, 450). Zie ook Roording 1994, p. 238-242. Hij noemde het aanrekeningsbeginsel een noodzakelijk sequel van het beginsel van evenredigheid (zie ook *Kamerstukken II* 1991/92, 22 457, nr. 1-2, p. 19-20).

3.6.2.1 Schuld in de zin van verwijtbaarheid

Vertaald naar het arbeidsrecht betekent dit beginsel dat alleen een straf mag worden opgelegd indien de werknemer schuld heeft aan het begane wangedrag. In het beginsel 'geen straf zonder schuld' heeft 'schuld' de betekenis van verwijtbaarheid. Maatstaf voor die verwijtbaarheid is de keuzevrijheid. Toegepast op het arbeidsrecht zou dit betekenen dat alleen sprake is van schuld en de bevoegdheid tot straffen, indien de werknemer het wangedrag kan worden verweten; hij had anders kunnen handelen, maar heeft in vrijheid gekozen om tegen de rechtsnorm in te gaan. De vraag die opkomt is of dit beginsel op deze wijze moet worden ingevuld, of dat de aanwezigheid van schuld in de (objectieve) betekenis van 'het gedaan hebben' in het arbeidsrecht voldoende is ter rechtvaardiging van een straf.¹⁸⁷ Uit het feit dat ook met arbeidsrechtelijke straffen schuld aan bepaald wangedrag wordt vergolden, volgt dat het beginsel in zijn oorspronkelijke, strafrechtelijke betekenis moet worden toegepast: geen straf zonder schuld, waarbij schuld wordt uitgelegd als verwijtbaarheid.¹⁸⁸ Dientengevolge is 'verwijtbaarheid' een vereiste voor een geldige arbeidsrechtelijke *straf*. Voert de werkgever bepaald wangedrag aan ter rechtvaardiging van een straf, dan dient de schuld van de werknemer aan dit wangedrag vast te staan.

3.6.2.2 Vaststelling van de schuld bij een strafrechtelijke vervolging

Indien een werkgever een straf oplegt ter zake van wangedrag waarvoor de werknemer wordt, of werd, vervolgd, speelt schuld altijd een rol. Bij het opleggen van een straf dient dus aan het vereiste van verwijtbaarheid te worden voldaan; dit volgt uit het beginsel 'geen straf zonder schuld'. Bovendien dient ook voor het opleggen van een ordemaatregel naar aanleiding van wangedrag waarvoor de werknemer tevens strafrechtelijk wordt vervolgd de eis van verwijtbaarheid te worden gesteld; de verwijtbaarheid vloeit in dat geval voort uit de aard van de aangevoerde grond (het strafbare feit) (zie 3.7.2).

Een vraag die rijst is hoe de schuld (in de zin van verwijtbaarheid) moet worden vastgesteld indien de werknemer ter zake van het wangedrag strafrechtelijk wordt vervolgd. Dient de werkgever de uitspraak van de strafrechter af te wachten, of kan hij zelfstandig tot een oordeel over de schuld van de werknemer komen? Uitgangspunt van dit onderzoek is dat indien de 'tenlastelegging' van de werkgever overeenkomt met hetgeen waarvoor de werknemer strafrechtelijk wordt vervolgd, de uitkomst van de strafrechtelijke procedure de schuld van de werknemer dient uit te wijzen. Eerder staat de schuld, ook in het arbeidsrecht, niet vast.¹⁸⁹

¹⁸⁷ De laatste opvatting is bij een aantal schrijvers die schrijven over tuchtrecht in het algemeen terug te vinden (De Doelder 1981, p. 102-103).

¹⁸⁸ Vgl. De Doelder 1981, p. 106-107.

¹⁸⁹ Dit stemt overeen met hetgeen wordt gezegd in hoofdstuk 34 van de 'Beleidsregels Ontslagtaak CWT' uit oktober 2005: 'Ontslag en werknemer in detentie'. Volgens deze beleidsregels wordt in het stadium dat nog slechts sprake is van een strafrechtelijke verdenking, de werknemer als onschuldig aangemerkt, ook in het arbeidsrecht. Zie bijvoorbeeld ook Ktr. Utrecht 17 januari 1991, *Prg.* 1991,

Dit is een logische gevolgtrekking uit de vaststelling dat in het arbeidsrecht het beginsel ‘geen straf zonder schuld’ in acht dient te worden genomen: het beginsel is slechts een holle frase indien niet mede als eis wordt gesteld dat de schuld op *zorgvuldige* wijze wordt vastgesteld. Dit brengt bij wangedrag ter zake waarvan de werknemer strafrechtelijk wordt vervolgd met zich dat de uitspraak van de strafrechter wordt afgewacht. De strafrechter is *het* onafhankelijke en onpartijdige orgaan waaraan in de Grondwet de berechting van strafbare feiten is opgedragen (art. 113 Gw). Met andere woorden, de strafrechtelijke procedure is *de* geëigende weg ter vaststelling van de schuld van de verdachte werknemer. Het is dan ook aan de strafrechter opgedragen de schuld van een verdachte vast te stellen (zie ook 3.6.1.2). Het zou in strijd zijn met het, uit de norm van het goed werkgeverschap voortvloeiende, zorgvuldigheidsbeginsel,¹⁹⁰ indien een werkgever overgaat tot het opleggen van een straf, terwijl de strafrechter zich nog niet (onherroepelijk) heeft uitgelaten over de schuld van de verdachte werknemer.¹⁹¹ Dit is naar mijn mening in één geval anders. Heeft de werknemer *jegens de werkgever*¹⁹² uitdrukkelijk te kennen gegeven schuld te hebben aan het strafbare feit, dan mag de werkgever in de private relatie tussen hem en de werknemer uitgaan van de schuld van de werknemer. Het zou onredelijk en ongeloofwaardig jegens de werkgever zijn, om hem in deze situatie te verplichten de uitspraak van de strafrechter af te wachten. In dat geval is dan ook geen sprake van strijd met de zorgvuldigheid indien de werkgever de uitspraak van de strafrechter niet afwacht.¹⁹³

3410. Hierin verzocht de werkgever ontbinding wegens een dringende reden van de arbeidsovereenkomst met een werknemer die zich schuldig zou hebben gemaakt aan verkrachting van een medewerkster. Deze had daar aangifte van gedaan. Ten tijde van de behandeling van het verzoek liep er nog een gerechtelijk vooronderzoek. Bovendien ontkende de werknemer de beschuldigingen. De kantonrechter overwoog: ‘Hoewel de kantonrechter op grond van de geloofwaardige en consistente weergave door mevrouw A. van de wijze waarop zij door X. op zakenreizen in België tot seksueel contact is gedwongen, aannemelijk acht dat sprake is van verkrachtingen, zijn deze feiten in de onderhavige procedure, gezien de ontkenning door X., niet komen vast te staan.’

¹⁹⁰ Heerma van Voss 1999, p. 40-50.

¹⁹¹ Een voorbeeld kan dit verduidelijken. Een werknemer heeft zich schuldig gemaakt aan frauduleuze handelingen bestaande uit het vervalsen van documenten. Naar aanleiding hiervan wordt hij door justitie verdacht van, en vervolgd voor, valsheid in geschrifte (art. 225 Sr). De werkgever wil de werknemer vervolgens een sanctie opleggen en ‘legt hem ten laste’ dat hij zich schuldig heeft gemaakt aan valsheid in geschrifte. Ten aanzien van dit wettelijk strafbaar gestelde feit loopt tegelijkertijd ook een strafrechtelijk onderzoek. De werkgever dient in dit geval de uitkomst van de strafrechtelijke procedure af te wachten, alvorens hij tot de sanctie kan overgaan.

¹⁹² Een eventuele bekentenis in de strafrechtelijke procedure valt hier niet onder. In de strafprocedure kunnen namelijk andere motieven een rol spelen bij het afleggen van een bekentenis: de verdachte kan door criminelen of door de politie onder druk zijn gezet, hij kan worden gechanteed of juist de schuld van iemand anders op zich willen nemen (zie Corstens 2002, p. 622-627). De zorgvuldigheid gebied mijns inziens dan nog steeds dat de werkgever de uitspraak van de strafrechter afwacht.

¹⁹³ Vgl. CRvB 14 maart 1989, TAR 1989, 102. Voorwaarde is uiteraard dat de bekentenis in vrijheid is afgelegd: de werknemer mag niet onder druk zijn gezet en hij moet toerekeningsvatbaar zijn geweest gedurende het afleggen van de bekentenis. Bij de invulling van deze voorwaarden kan aansluiting worden gezocht bij de jurisprudentie over de beëindigingsovereenkomst: de werkgever (of de kantonrechter) dient zich er met redelijke zorgvuldigheid van te vergewissen dat de werknemer de bekentenis in vrijheid heeft afgelegd (vgl. HR 14 januari 1983, NJ 1983, 457, *Hajziani/Van*

De volgende conclusies kunnen worden getrokken. Eindigt de strafrechtelijke procedure in een (onherroepelijke) veroordeling, dan staat daarmee de schuld van de werknemer vast. De strafrechter kan immers alleen tot een veroordeling komen nadat is vastgesteld dat het ten laste gelegde feit bewezen is, het een strafbaar feit is en de verdachte deswege strafbaar is (art. 351 Sv). Bij de beantwoording van deze vragen komt de schuld van de verdachte reeds aan de orde (zie 3.5.1.2). Zo lang de strafrechter nog geen uitspraak heeft gedaan, staat de schuld nog niet vast en kan de werkgever nog niet overgaan tot het opleggen van een straf.¹⁹⁴ Dit is slechts anders bij een uitdrukkelijke bekentenis van de werknemer jegens de werkgever.

De Kantonrechter Enschede deed een uitspraak die aansluit bij mijn hiervoor gevolge redenering. Een werkgever (V&D) meende dat een werknemer die goederen had weggenomen uit een filiaal van V&D zich schuldig had gemaakt aan diefstal dan wel verduistering en dat daarom sprake was van een dringende reden voor ontbinding. De werknemer, X, ontkent. De kantonrechter overwoog:

‘Of, zoals V&D meent, X diefstal dan wel verduistering (in dienstbetrekking) kan worden verweten, is een nog niet uitgemaakte zaak. X is een transactie aangeboden die hij niet heeft voldaan omdat hij de zaak wil laten voorkomen. X ontkent dat hij enige vorm van wederrechtelijke toeëigening heeft nagestreefd. Juridisch-technisch is er sprake van een voltooid delict: X heeft de goederen in zijn tas gedaan en heeft het bedrijfspand verlaten zonder de goederen te betalen. Hij heeft de goederen aan de beschikkingsmacht van V&D onttrokken. Of het voor een strafrechtelijke veroordeling noodzakelijke overtuigende bewijs geleverd geacht moet worden is een vraag die aan een andere rechter dan de kantonrechter is voorbehouden. Zolang niet vaststaat dat de – door X ontkende – diefstal of verduistering wettig en overtuigend bewezen wordt geacht, gaat het te ver om de ontbinding van de arbeidsovereenkomst op grond van dringende redenen uit te spreken. Indien X zou worden vrijgesproken, dan zou een op hetzelfde feitencomplex

Woerden). Voorts doet de werkgever er verstandig aan de bekentenis van de werknemer schriftelijk vast te leggen. Indien de werknemer de bekentenis achteraf betwist, kan dit in het nadeel van de werkgever uitpakken. Zie bijvoorbeeld Hof 's-Hertogenbosch 28 februari 2006, *JAR* 2006, 117, waarin de werkgever de werknemer op staande voet had ontslagen. Het ontslag was gegrond op strafwaardig gedrag van de werknemer. Nu de werknemer achteraf was vrijgesproken en ontkende jegens de werkgever toegegeven te hebben dat hij zich aan het strafbaar gedrag had schuldig gemaakt, kwam het strafwaardig gedrag volgens het Hof niet dan wel onvoldoende vast te staan. Bijgevolg was achteraf gezien geen sprake van een dringende reden van dien aard dat van de werkgever niet kon worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren.

¹⁹⁴ Eventueel kan ter ondersteuning van het uitgangspunt dat ter vaststelling van de schuld de uitspraak van de strafrechter dient te worden afgewacht, worden verwezen naar art. 161 Rv. Hierin is bepaald dat een vonnis van de strafrechter waarbij bewezen is verklaard dat iemand een bepaald feit heeft begaan, in een civiele procedure dwingend bewijs van dat feit oplevert. Weliswaar is de civiele rechter niet gebonden aan een uitspraak van de strafrechter waarbij hij het feit niet bewezen acht, het is naar mijn mening wel een aanwijzing dat de strafrechter op dit gebied als autoriteit wordt beschouwd en dat het oordeel van de strafrechter omtrent de (on)schuld van de verdachte werknemer als uitgangspunt kan worden genomen.

gebaseerde ontbinding van de arbeidsovereenkomst achteraf als non-existent moeten worden aangemerkt.¹⁹⁵

Ter afsluiting bespreek ik nog een uitspraak van de Kantonrechter Rotterdam, waarin deze in soortgelijke zin oordeelde. Een werknemer had met een pistool van een afstand van ongeveer 25 cm op een neef van hem geschoten. Dientengevolge was de neef overleden. Volgens de werknemer ging het om een dodelijk ongeluk ten gevolge van een demonstratie van het pistool. Naar aanleiding van het gebeurde is de werknemer psychisch ontredderd geraakt en in een psychiatrische inrichting opgenomen geweest. Tegen de werknemer liep nog een strafrechtelijke procedure, toen de werkgever om ontbinding van de arbeidsovereenkomst verzocht. Aan het verzoek legde hij allereerst ten grondslag dat sprake was van een dringende reden, gelegen in een misdrijf waardoor de werknemer het vertrouwen van de werkgever onwaardig was geworden, en gelegen in het door opzet of roekeloosheid buiten staat geraken de bedongen arbeid te verrichten (art. 7:678 lid 2 onder *d* en *l* BW). Voorts legde hij aan het verzoek ten grondslag wijziging van omstandigheden.¹⁹⁶ Met betrekking tot de dringende reden overwoog de kantonrechter:

‘Het is in deze ontbindingsprocedure lichtvaardig en niet verantwoord om aan de hand van de tot dusver ter beschikking staande feiten en omstandigheden te oordelen of de vraag of gerkwestreerde het vertrouwen van verzoekster onwaardig is geworden als gevolg van eerdergenoemd dodelijk ongeval. Het komt aangewezen voor om tenminste de afloop van de desbetreffende tegen gerkwestreerde aanhangige strafprocedure af te wachten en van de uitkomst daarvan kennis te nemen alvorens gerkwestreertes gedrag te toetsen aan het bepaalde bij artikel 7A:1639p tweede lid sub ten vierde BW. Ofschoon op grond van de eigen verklaring van gerkwestreerde met betrekking tot het bezit van het pistool en het gebeuren op 17 december jongleden te verdedigen is dat zijn arbeidsongeschiktheid is veroorzaakt door roekeloosheid, is het lichtvaardig om uitsluitend op basis daarvan de conclusie te trekken dat zich thans een dringende reden voordoet die ontbinding met zich mee moet brengen; ook in dit verband geldt dat de uitkomst van de strafprocedure afgewacht dient te worden.’¹⁹⁷

3.6.2.3 De schuldvraag bij een strafrechtelijke verdenking of voorarrest

De volgende vraag die rijst is wat rechtens geldt ten aanzien van de schuldvraag indien niet het wangedrag zelf, maar een *strafrechtelijke verdenking* of (*verzuim*

¹⁹⁵ Ktr. Enschede 11 oktober 1993, *Prg.* 1993, 3991.

¹⁹⁶ Geen van de collegae durfde of wilde volgens de werkgever nog verder met de werknemer samenwerken. Voorts was de werkgever van mening dat hij niet hoefde te dulden dat een werknemer die zich aan een zwaar misdrijf heeft schuldig gemaakt in dienst blijft. Tot slot was volgens de werkgever van gewijzigde omstandigheden sprake omdat bij de werkgever ieder vertrouwen in de werknemer ontbrak.

¹⁹⁷ Ktr. Rotterdam 7 maart 1994, *Prg.* 1994, 4077.

als gevolg van) voorarrest¹⁹⁸ als grondslag voor een arbeidsrechtelijke sanctie worden aangevoerd.¹⁹⁹ Heeft een verdachte schuld aan de jegens hem gezeten strafrechtelijke verdenking of aan (zijn werkverzuim als gevolg van) het voorarrest? Nee. Dit vloeit voort uit het – met het beginsel ‘geen straf zonder schuld’ samenhangende – beginsel van de onschuldpresumptie (hoofdstuk 2, 2.2.3.4).²⁰⁰ Het beginsel behelst een normatieve aanwijzing dat een verdachte niet als schuldige of reeds veroordeelde mag worden behandeld, voordat het strafvonnis is geveld. Het beschermt de verdachte burger tegen te ingrijpende handelingen, gebaseerd op voorbarige conclusies naar aanleiding van een strafrechtelijk verdenking.²⁰¹ Ook in het arbeidsrecht is het onwenselijk dat een redenering als ‘waar rook is, is vuur’ kan leiden tot een ingrijpende handeling als een disciplinaire straf.²⁰² De werknemer verdient bescherming tegen te ingrijpende handelingen van een werkgever, gebaseerd op voorbarige conclusies naar aanleiding van een verdenking. De mogelijkheid dat de werknemer onschuldig is, blijft immers niet beperkt tot het strafrecht, maar bestaat ook in het arbeidsrecht. Bovendien, indien de schuld van het strafbare feit waarvan de werknemer wordt verdacht nog niet vaststaat, hoe kun je de werknemer dan wel schuldig achten aan de ‘verdenking’ of aan het voorarrest? Toepassing van de onschuldpresumptie is dan ook niet alleen redelijk, maar ook logisch. Een overweging als:

‘Het feit dat hij (de werknemer, *MMK*) door detentie (voorarrest, *MMK*) zijn werkzaamheden niet kan uitoefenen, komt voor zijn risico.’²⁰³

komt mij dan ook onjuist voor.²⁰⁴ Door de verdenking en/of het verzuim alsnog in de risicosfeer van de werknemer te trekken, wordt de (beschermende)

¹⁹⁸ De term ‘voorarrest’ ziet zowel op de inverzekeringstelling als de voorlopige hechtenis.

¹⁹⁹ Hierover zijn een aantal artikelen verschenen in *ArbeidsRecht*: W.L. Harenberg, ‘Verzuim wegens hechtenis’, *ArbeidsRecht* (2) 1995-5, 31; F.W.G. Ambagtsheer, ‘Einde van de dienstbetrekking wegens (verdenking van) misdrijf’, *ArbeidsRecht* (4) 1997-10, p. 5-9; P.J. Jansen, ‘Ontslag en ontbinding wegens verzuim door detentie’, *ArbeidsRecht* (5) 1998-6/7, p. 19-24.

²⁰⁰ Het beginsel ‘geen straf zonder schuld’ vloeit logisch voort uit het beginsel van de onschuldpresumptie (zie 2.2.3.4 van het voorgaande hoofdstuk en Lenos 1998, p. 184).

²⁰¹ Keijzer 1987, p. 245.

²⁰² Vgl. Keijzer 1987, p. 242, met verwijzing in voetnoot naar H. Packer, *The limits of the criminal sanction*, Stanford, CA: Stanford University Press 1968, p. 160, 161. Het zou bovendien in strijd met de gedachte achter de onschuldpresumptie zijn (geen voorbarige en ingrijpende handelingen naar aanleiding van de verdenking), indien politie en OM niet, maar de werkgever naar aanleiding van slechts een strafrechtelijke *verdenking* wel zou mogen overgaan tot een ingrijpende handeling als een disciplinaire straf. De gedachte achter het beginsel brengt met zich dat de strafrechtelijke verdenking ook niet op een voor de werknemer sociaal-economisch zo een belangrijk terrein van zijn leven ingrijpende en onomkeerbare gevolgen mag hebben. Het beginsel van de onschuldpresumptie dient zich in zoverre dan ook uit te strekken tot het arbeidsrecht, dat het ook in de weg staat aan het opleggen van een straf door de werkgever gedurende de fase van verdenking (vgl. 2.3.4.3).

²⁰³ Ktr. Utrecht 4 maart 1996, *JAR* 1996, 87. Aldus ook Ktr. Utrecht 25 november 1997, *JAR* 1998, 24.

²⁰⁴ Overigens is hiermee niet gezegd dat het verzuim in de risicosfeer van de werkgever ligt. Vergelijkbaar is de uitspraak van de Hoge Raad, waarin werd geoordeeld dat de klacht dat de gevolgen van een *alcoholprobleem* bij de werknemer in het kader van de beoordeling van een dringende reden rechtens voor rekening van de werknemer komen, in zijn algemeenheid geen steun

werking van het rechtsbeginsel van de onschuldpresumptie tenietgedaan. Om dezelfde reden acht ik ook de volgende overweging uit de conclusie van A-G Biegman-Hartogh bij HR 14 november 1986 onjuist:

‘Het schijnt mij toe dat men in een land als Nederland vooralsnog ervan uit mag gaan dat in het algemeen de politie niet tot arrestatie overgaat wanneer de gearresteerde daartoe geen enkele hem toe te rekenen aanleiding heeft gegeven.’²⁰⁵

Nog afgezien van de feitelijke onjuistheid van deze overweging,²⁰⁶ is dit uitgangspunt rechtstreeks in strijd met het rechtsbeginsel van de onschuldpresumptie. Hiermee wordt het recht van de verdachte werknemer op behandeling als onschuldige geschonden en de deur opengezet voor de mogelijkheid tot het opleggen van een straf terwijl van schuld (nog) geen sprake is.

Een andere consequentie van de onschuldpresumptie is dat de verdachte of voorlopig gehechte werknemer niet mag worden belast met het bewijs van zijn onschuld.²⁰⁷ Op het moment van een verdenking of voorarrest dient zonder meer uit te worden gegaan van het ontbreken van de schuld. De werknemer hoeft dus niet aan te voeren dat hij, in tegenstelling tot hetgeen de rechtbank en Hoge Raad overwogen in HR 14 november 1986,²⁰⁸ zonder voldoende grond is gearresteerd. Dit laatste is bovendien in strijd met het stelsel van het Wetboek van Strafvordering. De rechtmatigheid van een verdenking en het voorarrest ligt namelijk niet in de schuld van de verdachte, maar in het aanwezig zijn van een redelijk vermoeden van schuld aan enig strafbaar feit (art. 27 Sv) en de gevallen en gronden geformuleerd in de artikelen 67 en 67a Sv, op het moment van het voorarrest.²⁰⁹ Alleen indien achteraf uit het strafdossier of de einduitspraak blijkt

in het recht vindt (HR 8 oktober 2004, *JIN* 2004, 52, r.o. 3.5.2, met noot van Loonstra). Zie ook Sagel 2004, p. 438.

²⁰⁵ HR 14 november 1986, *NJ* 1987, 935. Ook het oordeel van ons hoogste rechtscollege in de uitspraak van 14 november 1986, is naar mijn mening dan ook onjuist. De Hoge Raad overwoog: ‘3.1 Middel I in het principaal beroep keert zich vergeefs tegen het oordeel van de Rb. dat daarop neerkomt dat de aan X voor het hem op staande voet gegeven ontslag opgegeven reden – dat hij op 6 en 7 mei 1982 zonder enig bericht niet op het werk is verschenen – dit ontslag wettigt, nu dat zonder enig bericht niet op het werk verschijnen vaststaat en de door X ter verontschuldiging van dit plichtsverzuim aangevoerde omstandigheid – dat hij op 6 mei 1982 door de politie was gearresteerd – daartoe niet kan dienen, daar zij aan hemzelf valt toe te rekenen.’

²⁰⁶ Aldus ook Jansen 1998, p. 19. Zie ook Rb. Middelburg 1 februari 1987, *Prg.* 1988, 2844, die overwoog dat het feit dat de werknemer op het werk was gearresteerd niet meegerekend mocht worden als omstandigheid die een ontslag op staande voet rechtvaardigt, aangezien deze omstandigheid buiten de beslissingsbevoegdheid van de werknemer staat en ‘soms worden ook achteraf onschuldig gebleken personen gearresteerd.’

²⁰⁷ Anders HR 14 november 1986, *NJ* 1987, 935 en Ktr. Groningen 1 oktober 1990, *Prg.* 1991, 3419 (waarin de kantonrechter verwees naar de hiervoor genoemde uitspraak van de Hoge Raad).

²⁰⁸ HR 14 november 1986, *NJ* 1987, 935. Aldus ook Jansen 1998, p. 23 en Ambagtsheer 1997, p. 6.

²⁰⁹ Voorlopige hechtenis is alleen onrechtmatig ‘indien zij is ondergaan ingevolge een bevel dat is verleend in strijd met de wet (bijv. wanneer de gronden voor voorlopige hechtenis niet aanwezig waren) dan wel met veronachtzaming van fundamentele vereisten, zoals het horen van de verdachte waar dat is voorgeschreven (vgl. HR 12 februari 1993, *NJ* 1993, 524). Buiten deze gevallen is voorlopige hechtenis in beginsel rechtmatig, omdat zij wordt gerechtvaardigd door het bestaan van

dat de verdenking onterecht heeft bestaan, kan de voorlopige hechtenis onrechtmatig worden geoordeeld.²¹⁰ Het feit dat de schuld in de strafrechtelijke procedure niet komt vast te staan en zelfs een vrijspraak brengen evenwel nog niet met zich dat de verdenking destijds onterecht was.²¹¹

Samengevat gezegd, vanwege het ontbreken van de schuld is het opleggen van een straf naar aanleiding van een strafrechtelijke verdenking of verzuim wegens voorarrest niet mogelijk. Ook hier geldt echter dat dit anders is in het geval van een uitdrukkelijke bekentenis van de werknemer *jegens de werkgever* (zie ook 3.6.2.2).²¹² In dat geval mag het beginsel van de onschuldpresumptie in de private relatie tussen de werkgever en de werknemer worden losgelaten. De bekentenis ontnemt de grondslag aan de doorwerking van het beginsel in de relatie werkgever-werknemer. Het gevaar dat de werkgever aan de hand van een ‘waar rook is, is vuur’-redenering over zou gaan tot het bestraffen van een wellicht onschuldige werknemer, bestaat niet meer.

Dat een straf niet mogelijk is, betekent niet dat de gevolgen van de verdenking of het voorarrest voor risico van de werkgever moeten komen.²¹³ Het is goed denkbaar dat de gevolgen een ordemaatregel noodzakelijk maken, bijvoorbeeld een directe beëindiging wegens een dringende reden.²¹⁴ De toepassing van ordemaatregelen wordt in de volgende paragraaf besproken (3.7).

3.7 Ordemaatregelen

Uit 3.5 en 3.6 volgt dat toepassing van de beginselen ‘geen straf zonder schuld’ en ‘ne bis in idem’ geen gevolgen heeft voor de normering van ordemaatregelen.²¹⁵ Bij het opleggen van een ordemaatregel dient de werkgever echter rekening te houden met in ieder geval twee andere vereisten. In de eerste plaats is dat het in 3.4.1 geformuleerde noodzakelijkheidsvereiste. In deze paragraaf wordt de verdere invulling van dit vereiste besproken (3.7.1). Ik schenk met name aandacht aan de toepassing van ordemaatregelen naar

verdenking, dat wil zeggen dat uit feiten of omstandigheden een redelijk vermoeden van schuld aan enig feit voortvloeit.’ (HR 29 april 1994, *NJ* 1995, 727).

²¹⁰ HR 26 januari 1990, *NJ* 1990, 794; HR 23 november 1990, *NJ* 1991, 92.

²¹¹ Zie ook Corstens 2002, p. 399-400.

²¹² Ook hier geldt dat een eventuele bekentenis in de strafprocedure buiten beschouwing wordt gelaten en da de bekentenis in vrijheid moet zijn afgelegd (zie 3.6.2.2).

²¹³ Indien een werknemer ten gevolge van voorarrest zijn werkzaamheden niet kan verrichten, heeft hij op grond van de hoofdregel van art. 7:627 BW geen recht op loon. Voorarrest van de werknemer is geen oorzaak die in de risicosfeer van de werkgever ligt, dus de uitzondering van art. 7:628 lid 1 BW is niet van toepassing. Zie bijvoorbeeld Hof ‘s-Gravenhage 9 september 2005, *JIN* 2005, 411. Vgl. Rb Zutphen 7 september 2000, *NJKort* 2000, 88.

²¹⁴ Overigens staat het ontbreken van de verwijtbaarheid bij een ontslag op staande voet op grond van een strafrechtelijke verdenking of voorarrest in de weg aan schadeplichtigheid van de werknemer op grond van art. 7:677 lid 3 BW.

²¹⁵ Het evenredigheidsbeginsel kan niettemin in de weg staan het opleggen van twee ordemaatregelen of een ordemaatregel naast een straf (zie 3.6.1.1).

aanleiding van een strafrechtelijke verdenking, voorarrest of een veroordeling. Uit de vele lagere jurisprudentie blijkt dat juist bij (het vermoeden van) strafrechtelijk wangedrag bepaalde ordemaatregelen worden ingezet: ontslag op staande voet en ontbinding wegens veranderingen in de omstandigheden. In de tweede plaats dient de werkgever er rekening mee te houden dat schuld, in de zin van verwijtbaarheid, in sommige gevallen ook een vereiste is voor de geldige toepassing van een ordemaatregel (3.7.2).

Verder sta ik stil bij twee ordemaatregelen met een bijzonder karakter: de opzegging en ontbinding wegens een dringende reden. Welke invloed heeft het tweeledige karakter op de normering van deze sancties? (3.7.3) Tot slot behandel ik een bijzonder aspect van de ontbinding wegens gewijzigde omstandigheden: de vergoeding onder de voorwaarde van vrijspraak of ontslag van rechtsvervolg (3.7.4).

3.7.1 *Het noodzakelijkheidsvereiste*

Kenmerk van een arbeidsrechtelijke ordemaatregel is dat deze noodzakelijk is ter beëindiging van een ongewenste situatie (zie 3.4.1). Is de sanctie niet noodzakelijk, maar is de werkgever er toch toe overgegaan, dan moet de conclusie zijn dat de sanctie het karakter van een straf heeft: de werkgever heeft bewust meer leed toegebracht dan noodzakelijk was. In dat geval zijn in ieder geval ook de beginselen ‘geen straf zonder schuld’ en ‘ne bis in idem’ ten volle van toepassing. Bovendien moet er een (eventuele contractuele) grondslag voor de straf zijn (zie volgende hoofdstuk, 4.2). Is de sanctie *wel* noodzakelijk ter beëindiging van een ongewenste situatie, dan is sprake van een ordemaatregel en is tevens de legitimatie van de betreffende sanctie gegeven. Het feit dat sprake is van een ongewenste situatie impliceert dat beëindiging van de situatie, met het oog op de belangen van het bedrijf en zijn werknemers, noodzakelijk is. Het is in dat geval dus niet de werkgever die beslist of een sanctie wordt opgelegd: de situatie ‘noodzaakt’ hem tot de betreffende ordemaatregel over te gaan. Van spanning tussen de beoordelingsvrijheid van de werkgever enerzijds, en de rechtszekerheid en rechtsgelijkheid van de betrokken werknemers anderzijds, is geen sprake. Ter rechtvaardiging van een ordemaatregel dient een werkgever derhalve twee dingen aan te tonen: 1. er is sprake van een ongewenste situatie (zie 3.4.1) en 2. de betreffende ordemaatregel is noodzakelijk ter beëindiging van die ongewenste situatie. In deze subparagraaf ga ik nader in op het tweede vereiste: het *noodzakelijkheidsvereiste*.

3.7.1.1 Vaststelling aan de hand van alle concrete omstandigheden van het geval
De vraag die opkomt is hoe kan worden vastgesteld of de sanctie noodzakelijk is. Dit kan alleen worden vastgesteld aan de hand van *alle* concrete omstandigheden van het geval.²¹⁶ Alleen in de context van alle relevante

²¹⁶ Dit stemt overeen met de rechtspraak van de Hoge Raad over de (ordemaatregel) beëindiging wegens een dringende reden. Bij de beoordeling van de vraag of sprake is van een dringende reden moeten de omstandigheden van het geval, in onderling verband en samenhang, in aanmerking worden genomen

omstandigheden kan immers worden beoordeeld of sprake is van een, met het oog op de belangen van het bedrijf en zijn werknemers, ongewenste situatie, welke een bepaalde sanctie noodzakelijk maakt. Zo zal een werkgever die een sanctie wil opleggen aan een strafrechtelijk verdachte, voorlopig gehechte of veroordeelde werknemer, meer omstandigheden moeten kunnen aanvoeren dan alleen de verdenking, het voorarrest, of de veroordeling.²¹⁷ Dit geldt overigens

(Van der Heijden heeft er in dit verband op gewezen dat er inzake de dringende reden geen hard en fast rules meer te geven zijn, *JAR Verklaard* 29 juni 1999, p. 12). Onder die omstandigheden vallen behalve de aard en de ernst van de gedraging, de aard van de dienstbetrekking, de duur daarvan en de wijze waarop de werknemer de dienstbetrekking heeft vervuld, mede de persoonlijke omstandigheden van de werknemer, zoals zijn leeftijd en de gevolgen van het ontslag op staande voet voor hem (zie onder meer HR 21 januari 2000, *NJ* 2000, 190 (*Hema/P*) en HR 12 februari 1999, *JAR* 1999, 102 (*Van Essen/Schrijver*)). Onder persoonlijke omstandigheden vallen (blijkens r.o. 3.5.2 van het arrest van de Hoge Raad van 8 oktober 2004, *JIN* 2004, 52, *Vixia/Gerrits*, met noot van C.J. Loonstra) mede de psychische gesteldheid van de werknemer, gelet op zijn basale psychische conditie in combinatie met zijn alcoholprobleem, het overlijden van zijn moeder en daarmee samenhangende depressiviteit en psychische decompensatie. Volgens Loonstra houdt dit in dat het begrip 'persoonlijke omstandigheden' ruim dient te worden uitgelegd. Bijvoorbeeld ook de thuissituatie van de werknemer behoort tot de factoren die invloed kunnen uitoefenen op het antwoord op de vraag of een ontslag op staande voet al dan niet terecht is verleend. Deze benadering kan volgens hem als een logische consequentie worden gezien van de door P.F. van der Heijden (*NJB* 2002, p. 2229) aangeduide 'verprivétisering' van de werksituatie, van de osmose die is gegroeid tussen werk en privé. De ruime uitleg kent zijn grenzen in het moment van het ontslag op staande voet: alleen feiten en omstandigheden die zich uiterlijk op de datum van het ontslag voordoen tellen mee (C.J. Loonstra, nr. 4 van de noot bij HR 8 oktober 2004, *JIN* 2004, 52. Zie over dit arrest ook: S.F. Sagel, 'Het arrest *Vixia/Gerrits*: vier belangrijke beslissingen rond de dringende reden', *Sociaal Recht* 2004-12, p. 433-439: 'Uit het arrest blijkt dat die omstandigheden ruim moeten worden opgevat. Het gaat daarbij niet alleen om in zekere zin *werkgerelateerde* persoonlijke omstandigheden, (...). Ook omstandigheden die zijn gelegen in de privé-sfeer van de werknemer moeten, indien ten processe gesteld, worden meegewogen.' Het beoordelingsmoment van die persoonlijke omstandigheden is volgens Sagel het moment van het ontslag. Hij leidt uit de uitspraak van de Hoge Raad echter ook af, dat onder die omstandigheden mede vallen de gevolgen van het ontslag zoals die ten tijde van het ontslag redelijkerwijs voorzienbaar waren (met verwijzing naar de rechtspraak van de Hoge Raad over het kennelijk onredelijk ontslag, p. 439)). Het arrest *Vixia/Gerrits* ging over de vraag of het door een werknemer niet naleven van controlevoorschriften bij ziekte een ontslag op staande voet rechtvaardigt. De Hoge Raad oordeelde dat de enkele weigering geen ontslag op staande voet kan rechtvaardigen, maar bij de aanwezigheid van bijkomende omstandigheden kan dit wel het geval zijn (zie ook HR 24 december 2004, *JIN* 2005, 130, m. nt. van C.J. Loonstra en Rb. Utrecht 17 december 2004, *JIN* 2005, 96). Anders Ktr. Arnhem 18 december 1995, *Prg.* 1996, 4458. De kantonrechter overwoog dat diefstal ten nadele van werkgeefster altijd een dringende reden voor ontslag op staande voet vormt. Dat de ontvreemde zaken van geringe waarde waren en dat de betrokkene tientallen jaren voor het overige goed had gefunctioneerd, deed daar volgens de kantonrechter niet aan af. Aldus ook Ktr. Utrecht 31 mei 1995, *JAR* 1995, 166 en Ktr. Utrecht 20 mei 1992, *Prg.* 1992, 3750. Mijns inziens terecht, merkt Sagel over deze rechtspraak op dat dergelijke 'generaliserende' uitspraken in het licht van de rechtspraak van de Hoge Raad, die de focus juist plaatst op de omstandigheden van het geval, te kort door de bocht zijn (Sagel 2004, p. 435). Dat de benadering van de Hoge Raad met zich brengt dat hetzelfde gedrag de ene keer wel, en de andere keer niet als dringende reden wordt gekwalificeerd, is (ook) mijns inziens niets mis mee (Sagel 2004, p. 435). Anders: L.H. van den Heuvel, 'Ontslag op staande voet, kan dat nog?', *ArA* 2001-2, p. 81, die meent dat dit het ontslag op staande voet een hachelijke en onzekere zaak maakt.

²¹⁷ Aldus ook Ktr. Lelystad 17 juli 2002, *JAR* 2002, 194; Ktr. Eindhoven 24 november 2003, *JAR* 2004, 6 (het enkele feit dat de werknemer was veroordeeld tot een (onherroepelijke) vrijheidsstraf acht de kantonrechter onvoldoende om te komen tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst op grond van een dringende reden) en Ktr. Rotterdam 3 mei 1988, *Prg.* 1990, 3194. De Kantonrechter Rotterdam overwoog dat de enkele verdenking van een misdrijf nimmer voldoende is voor het aannemen van

ook indien de verdenking alleen bij de werkgever bestaat en (nog) niet bij de justitiële autoriteiten.²¹⁸ De ‘kale’ verdenking, het voorarrest, of de veroordeling, kunnen naar mijn mening namelijk nooit de conclusie wettigen dat sprake is van een ongewenste situatie die, met het oog op de belangen van het bedrijf en zijn werknemers, een bepaalde sanctie noodzakelijk maakt. De vraag of van een dergelijke situatie sprake is, kan immers alleen worden beantwoord aan de hand van de gevolgen van de verdenking, het verzuim, of de veroordeling. Het is denkbaar dat de gevolgen een bepaalde ordemaatregel noodzakelijk maken. Het is daarentegen ook mogelijk dat de verdenking, het voorarrest of de veroordeling geen enkel gevolg heeft voor het bedrijf en de werknemers. In het laatste geval is moeilijker vol te houden dat een noodzaak tot het opleggen van de sanctie bestaat.²¹⁹ Kortom, de werkgever zal andere

een dringende reden. Voorts wees hij erop dat er allerlei andere meer voor de hand liggende reacties dan het einde van de dienstbetrekking mogelijk waren. Vgl. Rb. Middelburg 1 februari 1987, *Prg.* 1988, 2844: ‘Het gaat te ver om te oordelen, zoals de kantonrechter blijkbaar doet, dat iemand die ooit enig feit heeft gepleegd dat als misdrijf gekwalificeerd moet worden, enkel om die reden niet in aanmerking zou mogen komen om in dienst van een bank werkzaam te zijn.’ Zie ook Ktr. Rotterdam 23 september 1991, *Prg.* 1991, 3554: ‘Wil een gedraging als een rechtens relevante dringende reden kunnen worden aangemerkt dan zal in ieder geval moeten worden vastgesteld dat de bewuste gedraging (in casu: het werkverzuim) tot gevolg heeft dat van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd de dienstbetrekking te laten voortduren. Daarentrent is in casu niets gesteld of gebleken.’ Aldus ook Loonstra 2003, p. 2; Jansen 1998, p. 24, met betrekking tot de ordemaatregel van ontslag op staande voet naar aanleiding van verzuim wegens voorarrest.

²¹⁸ Ktr. 's-Gravenhage 3 oktober 1994, *Prg.* 1995, 4266; Ktr. Alkmaar 16 juni 1989, *Prg.* 1989, 3172; Ktr. Rotterdam 20 december 1991, *Prg.* 1992, 3686.

²¹⁹ Dit sluit aan bij de jurisprudentie in het ambtenarenrecht over de mogelijkheid om, anders dan bij wijze van straf, tot oneervol ontslag over te gaan, indien de ambtenaar onherroepelijk is veroordeeld tot vrijheidsstraf wegens misdrijf (art. 98 lid 1 sub *e* jo. sub *f* ARAR). Uit de jurisprudentie kan worden opgemaakt dat een discretionaire bevoegdheid als deze *niet* met zich meebrengt dat een onherroepelijke veroordeling zonder meer tot een ontslag met toepassing van deze bepaling kan leiden. Per geval en op basis van de relevante feiten en omstandigheden dient het administratief orgaan te beraadslagen en te beslissen over een dergelijk ontslag. Daarbij dient een afweging plaats te vinden, waarin onder andere de aard en de ernst van het delict en de maat van de opgelegde straf moeten worden betrokken. Verder dienen onder meer te worden meegewogen de repercussies van het vergrijp en van de veroordeling voor de functievervulling van de ambtenaar en voor de ambtelijke dienst, de schade die eventueel is toegebracht aan het aanzien van die dienst en de nadelige gevolgen voor betrokkene zelf, waaronder diens belang bij een in enigerlei vorm voortgezet dienstverband (CRvB 3 maart 1994, *TAR* 1994, 100; CRvB 3 februari 1994, *TAR* 1994, 77; CRvB 30 januari 1986, *TAR* 1986, 81. Zie ook CRvB 16 maart 1989, *TAR* 1989, 103; CRvB 22 december 1988, *TAR* 1989, 51; CRvB 3 juli 1987, *TAR* 1987, 213; CRvB 24 september 1987, *TAR* 1987, 256; CRvB 28 juni 1977, *AB* 1977, 434). Uit de jurisprudentie blijkt voorts, dat bij de afweging met betrekking tot het al dan niet ontslaan van een ambtenaar na een onherroepelijk geworden veroordeling tot vrijheidsstraf wegens een misdrijf dat zich geheel buiten de werksfeer heeft afgespeeld, de mening en opstelling van het overige personeel niet zonder meer doorslaggevend is. Ook niet indien het om een zeer ernstig vergrijp gaat dat veel morele afkeer oproept, zoals seksueel misbruik van kinderen. Van belang kan daarbij zijn dat de ambtenaar het ontstaan van de aversie niet door uitlatingen of gedragingen zijnerzijds heeft bevorderd. Het ontbreken van een verband tussen het vergrijp en de werkkring, kan voorts tot de conclusie leiden dat onvoldoende rechtvaardiging bestaat voor een ontslag, *ondanks* het feit dat het gaat om een ernstig vergrijp dat veel morele afkeer oproept (Zie ook A. Beuker-Tilstra, ‘Geen ontslag uit morele verontwaardiging’, *TAR* (7) 1990-9, p. 503-506). Mocht in een dergelijk geval door het bekendmaken door het administratieve orgaan van de feiten waaraan de ambtenaar zich schuldig zou hebben gemaakt commotie ontstaan bij de andere medewerkers, dan ligt het op de weg van dat administratieve orgaan te trachten de ontstane, wellicht begrijpelijke,

omstandigheden moeten aanvoeren – samenhangend met, of voortvloeiend uit de verdenking, het voorarrest of de veroordeling – waaruit volgt dat de betreffende sanctie noodzakelijk is.²²⁰

3.7.1.2 Voorbeelden van omstandigheden

In de – met name lagere – jurisprudentie zijn voorbeelden te vinden van omstandigheden aan de hand waarvan kan worden vastgesteld of een sanctie noodzakelijk is. Het betreft voornamelijk omstandigheden voortvloeiend uit, of samenhangend met een strafrechtelijke verdenking, voorarrest of een veroordeling door de strafrechter.²²¹ Uit deze jurisprudentie blijkt dat behalve de belangen van de werkgever en zijn bedrijf, tevens de belangen van medewerkers en derden²²² een rol kunnen spelen. Het gaat om de volgende omstandigheden.²²³

morele verontwaardiging tot de juiste proporties terug te brengen. Juist vanwege de afwezigheid van enig verband van de misdrijvingen met de werksfeer. In dit verband kan het geboden zijn dat het administratieve orgaan een aantal gesprekken met de medewerkers voert, waarbij het de reële mogelijkheid aftast tot terugkeer van de ambtenaar. In het kader van de terugkeer van de ambtenaar is voorts van belang dat het orgaan concrete pogingen onderneemt de ambtenaar eventueel in een andere functie te plaatsen. Het belang van de betrokken ambtenaar om zijn dienstverband bij het orgaan voort te kunnen zetten moet in voldoende mate in de gemaakte afweging worden betrokken. Hoe zwaar het belang dient mee te wegen, kan onder meer afhankelijk zijn van de kansen van de ambtenaar op de arbeidsmarkt in verband met zijn leeftijd en strafrechtelijk verleden (CRvB 9 juli 1992, *TAR* 1992, 201; CRvB 26 maart 1992, *TAR* 1992, 99; CRvB 18 oktober 1990, *TAR* 1990, 239; Rb. 's-Gravenhage 19 juni 1990, *TAR* 1990, 198).

²²⁰ Zie bijvoorbeeld Ktr. Amsterdam 1 juni 2004, *JAR* 2004, 208 (de kantonrechter was *niet* van mening dat iedere strafrechtelijke veroordeling wegens een misdrijf betekent dat de arbeidsovereenkomst moet worden beëindigd. 'Ook in geval de werknemer een misdrijf heeft gepleegd dienen de aard en de gevolgen van dat misdrijf te worden afgewogen tegen het belang van de werknemer bij voortzetting van de arbeidsovereenkomst. Indien het echter gaat om een ernstig misdrijf of het misdrijf samenhangt met de arbeidsovereenkomst dan wel ernstig doet twijfelen aan het vertrouwen dat de werkgever gelet op de aard van de werkzaamheden en de omstandigheden waarin deze moeten worden uitgevoerd in de werknemer moet kunnen stellen, zal een afweging al snel ten nadele van de werknemer uitvallen'. De kantonrechter was van mening dat de strafrechtelijke veroordeling onvoldoende reden was voor een ontbinding wegens dringende reden, maar ging, bij gebrek aan verzet tegen de ontbinding door de werknemer, wel over tot ontbinding wegens gewijzigde omstandigheden). Vgl. de rechtspraak van de Hoge Raad inzake het ontslag op staande voet van een zieke werknemer, gegrond op schending van de controlevoorschriften bij ziekte: de enkele weigering van een werknemer de door de werkgever vastgestelde redelijke voorschriften omtrent controle bij ziekteverzuim na te leven, levert niet een dringende reden in de zin van art. 7:677 lid 1 BW op, doch daarvan kan bij de aanwezigheid van bijkomende feiten en omstandigheden wel sprake zijn (HR 8 oktober 2004, *JIN* 2004, 52, *Vixia/Gerrits*, met noot van C.J. Loonstra en de conclusie van A-G Verkade bij HR 24 december 2004, *JAR* 2005, 50, *L'Kadi/AH*). Zie ook hoofdstuk 34 ('Ontslag en werknemer in detentie') van de 'Beleidsregels Ontslagtaak CWI', oktober 2005 en Loonstra, Koevoets & Zondag 2003, p. 185 e.v.

²²¹ Zie ook hoofdstuk 34 'Ontslag en werknemer in detentie' van de 'Beleidsregels Ontslagtaak CWI', oktober 2005, en Loonstra, Koevoets & Zondag 2003, p. 206.

²²² Bij derden kan bijvoorbeeld worden gedacht aan ouders van minderjarige patiëntjes in een ziekenhuis, waarin een van de medewerkers wordt verdacht van betrokkenheid bij het overlijden van een aantal andere patiëntjes (zie bijvoorbeeld Ktr. 's-Gravenhage 8 november 2001, *JAR* 2002, 50).

²²³ Zie ook *Ambagtsheer* 1997 en *Jansen* 1998, die een aantal van deze omstandigheden bespreken aan de hand van lagere jurisprudentie.

- De aanwezigheid van een relatie tussen de aard van het wangedrag waarvan de werknemer wordt verdacht, vervolgd of waarvoor hij is veroordeeld, en de aard van de werkzaamheden;²²⁴
- het wangedrag betreft ‘emotionele reacties in affectieve relaties’ en de handelingen kunnen geenszins de conclusie wettigen dat de werknemer licht tot misdrijf is geneigd;²²⁵
- de plaats van het wangedrag: op het werk of in de privé-sfeer;²²⁶
- de reacties of gevoelens bij collega’s;²²⁷
- het betreft een incident, het wangedrag moet worden beschouwd als een eenmalige gebeurtenis;²²⁸
- de aantasting van de goede naam van het bedrijf naar aanleiding van de verdenking of veroordeling;²²⁹
- de persoonlijke omstandigheden en gevolgen van de sanctie voor de werknemer, zoals zijn staat van dienst, de (resterende) duur van de arbeidsovereenkomst, zijn leeftijd, kansen op de arbeidsmarkt en de financiële gevolgen van het ontslag;²³⁰
- de werknemer heeft weinig met de werkgever en zijn collega’s te maken. Dit is bijvoorbeeld het geval indien de werknemer wegens arbeidsongeschiktheid geen werkzaamheden meer verricht en ten gevolge daarvan alleen nog sprake is van een ‘papieren dienstverband’. Een ander voorbeeld is de situatie waarin de werknemer op een afgelegen plek en volkomen geïsoleerd zijn werk verricht;²³¹
- de onschuldpresumptie: er is nog geen (onherroepelijke) veroordeling door de strafrechter en de werknemer dient daarom (vooralsnog) voor onschuldig te worden gehouden.²³² Hierbij kan

²²⁴ Ktr. Eindhoven 24 november 2003, *JAR* 2004, 6; Ktr. Zaandam 3 juli 2001, *Prg.* 2001, 5720; Ktr. Haarlem 26 november 1999, *Prg.* 2000, 5391; Ktr. Utrecht 25 november 1997, *JAR* 1998, 24; Ktr. Harderwijk 17 juli 1996, *Prg.* 1996, 4622; Rb. Haarlem 9 augustus 1994, *JAR* 1994, 193; Ktr. Rotterdam 23 september 1991, *Prg.* 1991, 3554; Ktr. Harderwijk 30 juli 1987, *Prg.* 1987, 2767.

²²⁵ Rb. Middelburg 1 februari 1987, *Prg.* 1988, 2844.

²²⁶ Ktr. Breda 6 en 10 juli 1997, *Prg.* 1997, 4814; Ktr. Harderwijk 17 juli 1996, *Prg.* 1996, 4622; Rb. Middelburg 1 februari 1987, *Prg.* 1988, 2844 (‘Dringende redenen tot ontslag moeten gelegen zijn in de verhouding tussen werkgever en werknemer’); Ktr. Harderwijk 30 juli 1987, *Prg.* 1987, 2767.

²²⁷ Ktr. ’s-Gravenhage 8 november 2001, *JAR* 2002, 50; Ktr. Rotterdam 7 maart 1994, *Prg.* 1994, 4077; Ktr. Alkmaar 16 juni 1989, *Prg.* 1989, 3172; Ktr. Nijmegen 18 december 1998, *Prg.* 1999, 5133.

²²⁸ Ktr. Lelystad 17 juli 2002, *JAR* 2002, 194.

²²⁹ Ktr. Nijmegen 18 december 1998, *Prg.* 1999, 5133.

²³⁰ Ktr. Haarlem 7 juli 2005, *LJN* AU0195; Ktr. Lelystad 17 juli 2002, *JAR* 2002, 194; Ktr. Amsterdam 10 februari 1997, *Prg.* 1997, 4765; Rb. Haarlem 9 augustus 1994, *JAR* 1994, 193; Ktr. Enschede 11 oktober 1993, *Prg.* 1993, 3991; Ktr. Haarlem 29 maart 1988, *Prg.* 1988, 2896; Ktr. Haarlem 23 december 1983, *Prg.* 1984, 2097.

²³¹ Ktr. Enschede 11 oktober 1993, *Prg.* 1993, 3991; Ktr. Rotterdam 7 maart 1994, *Prg.* 1994, 4077; Ktr. Amsterdam 10 februari 1997, *Prg.* 1997, 4765.

²³² Ktr. Bergen op Zoom 10 november 2003, *Prg.* 2004, 6163; Ktr. Utrecht 25 november 1997, *JAR* 1998, 24; Ktr. Breda 6 en 10 juli 1997, *Prg.* 1997, 4814; Ktr. Utrecht 28 december 1994, *Prg.* 1995, 4260; Ktr. Rotterdam 3 mei 1988, *Prg.* 1990, 3194. Dat ondanks de buitenvervolgving stelling door de

van belang zijn dat de werknemer het wangedrag ontkent of juist bekend (zie ook 3.2.2.2 en 3.2.2.3), of dat de veroordeling onherroepelijk is geworden;²³³

- aan de veroordeling is een langdurige en onvoorwaardelijke gevangenisstraf verbonden ten gevolge waarvan de werknemer gedurende lange tijd zijn werkzaamheden niet kan verrichten.²³⁴

Opvallend is dat deze in de jurisprudentie ontwikkelde criteria grote overeenkomst vertonen met de door het CWI gehanteerde criteria ingeval een werkgever toestemming ex art. 6 BBA verzoekt tot opzegging van de arbeidsovereenkomst met een strafrechtelijk veroordeelde werknemer.²³⁵

Bijna alle geraadpleegde jurisprudentie betrof verzoeken (voor zover vereist) van werkgevers tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Aangevoerd werd: verdere collegiale samenwerking is niet meer mogelijk en daarom moet tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst worden overgegaan, en: naar aanleiding van de beschuldigingen is de positie van de werknemer dermate onhoudbaar geworden dat van de werkgever niet kan worden gevergd het dienstverband langer voort te zetten. In de meeste gevallen leidden de verdenking en de overige omstandigheden volgens de werkgevers tot een zodanig verlies aan vertrouwen in de werknemer, dat sprake was van veranderingen in de omstandigheden op grond waarvan de arbeidsovereenkomst moest worden ontbonden.

Het spreekt voor zich dat bovenstaande, aan de jurisprudentie ontleende, lijst van voorbeelden van omstandigheden niet uitputtend is. Bovendien zijn geen van bovengenoemde omstandigheden op zichzelf doorslaggevend bij de beantwoording van de vraag of de sanctie noodzakelijk is ter beëindiging van een ongewenste situatie. Ter illustratie kan worden verwezen naar een uitspraak van de Kantonrechter Rotterdam op een verzoek tot ontbinding, primair wegens

justitiële autoriteiten toch een noodzaak kan bestaan tot het toepassen van een ordemaatregel, zoals ontbinding wegens veranderingen in de omstandigheden blijkt uit Ktr. Haarlem 23 december 1983, *Prg.* 1984, 2097.

²³³ Het Hof 's-Hertogenbosch beoordeelde een ontslag op staande voet gebaseerd op een nog niet onherroepelijke veroordeling van de politierechter, prematuur. De werknemer werd na het ontslag op staande voet in hoger beroep door het Hof vrijgesproken. Het Hof in de arbeidsrechtelijke zaak oordeelde dat het baseren van het ontslag op een nog niet in kracht van gewijsde gegaan vonnis van de politierechter voor rekening van de werkgever diende te komen en het ontslag niet kon rechtvaardigen. De werkgever had bedacht moeten zijn op een mogelijke vrijspraak in hoger beroep, terwijl het gedrag van de werknemer mede gelet op de overige omstandigheden van het geval, zoals de duur van de arbeidsovereenkomst waarin de werknemer goed had gefunctioneerd, onvoldoende was om een ontslag op staande voet te kunnen rechtvaardigen (Hof 's-Hertogenbosch 28 februari 2006, *JAR* 2006, 117). Zie voorts Ktr. Rotterdam 12 april 2005, *JAR* 2005, 128; Ktr. Bergen op Zoom 27 februari 2003, *JAR* 2003, 76; Ktr. Amsterdam 20 juni 1991, *Prg.* 1991, 3538; Ktr. Tiel 19 juli 1989, *Prg.* 1989, 3132; Ktr. Haarlem 29 maart 1988, *Prg.* 1988, 2896.

²³⁴ Ktr. Tiel 20 juli 1977 en Rb. Arnhem 9 juli 1978, *Prg.* 1980, 1424.

²³⁵ Van Drongelen & Rijs 2003, p. 156-157. Aldus ook Loonstra 2003, p. 2.

een dringende reden²³⁶ en subsidiair wegens veranderingen in de omstandigheden. De kantonrechter overwoog:

‘Voor wat betreft de wijziging van omstandigheden wordt geoordeeld dat de beweerde reactie van collegae niet zonder meer beslissend mag zijn. (...) Bekendheid met de feiten en in het bijzonder ook met het oordeel van de strafrechter kunnen de beweerde ontzetting bij collegae relativeren. Samengevat past het oordeel dat in elk geval thans nog niet tot een onwerkzame verhouding tussen partijen, (...), mag worden geconcludeerd. Verder wordt in dit verband in aanmerking genomen dat gerekwestreedes arbeidsongeschiktheid nog steeds duurt en dat vooralsnog niet te verwachten is dat hij op korte termijn weer tot het werk geschikt zal zijn, welke laatste omstandigheid op zichzelf beschouwd afbreuk doet aan de beweerde gevoelens van angst voor gerekwestreerde bij collegae. De door verzoekster (werkgeefster, *MMK*) in het algemeen gedebiteerde stelling dat een werkgever niet de voortzetting van het dienstverband heeft te dulden ten aanzien van een werknemer die zich aan een zwaar misdrijf heeft schuldig gemaakt is onjuist en doet bovendien tekort aan de van belang zijnde concrete omstandigheden van het geval.’²³⁷

3.7.1.3 Voorarrest of detentie

Juist bij voorarrest of detentie is het goed voorstelbaar dat de gevolgen een ordemaatregel noodzakelijk maken: de werknemer kan niet meer aan zijn verplichtingen voortvloeiend uit de arbeidsovereenkomst voldoen.²³⁸ Zoals gezegd is alleen het voorarrest of de detentie naar mijn mening onvoldoende grond voor een ordemaatregel.²³⁹ Dit kwam ook naar voren in een uitspraak van de Kantonrechter te Bergen op Zoom, naar aanleiding van een verzoek tot ontbinding (wegens veranderingen in de omstandigheden) van de arbeidsovereenkomst met een werknemer die in voorarrest verbleef. De kantonrechter overwoog:

²³⁶ Voor de overwegingen van de Kantonrechter Rotterdam ten aanzien van de door de werkgever aangevoerde dringende reden verwijs ik naar 3.6.2.2, waar deze in het kader van de vaststelling van de schuld bij een strafrechtelijke vervolging worden besproken.

²³⁷ Ktr. Rotterdam 7 maart 1994, *Prg.* 1994, 4077.

²³⁸ Gewezen kan worden op hoofdstuk 34 ‘ontslag en werknemer in detentie’ van de ‘Beleidsregels Ontslagtaak CWI’ oktober 2005, waarmee wordt aangesloten op Loonstra, Koevoets en Zondag 2003, p. 195-208.

²³⁹ Volgens het ARAR is de ambtenaar die krachtens een wettelijke maatregel van zijn vrijheid is beroofd, tenzij het een maatregel is in het belang van de volksgezondheid, van rechtswege in zijn ambt geschorst (art. 90). Dientengevolge is een ambtenaar die in verzekering is gesteld, in voorlopige hechtenis zit of een vrijheidsstraf uitzit, van rechtswege geschorst. Indien een vervolging ter zake van een misdrijf tegen hem is ingesteld, maar de ambtenaar verblijft niet in voorarrest, dan kan de ambtenaar in zijn ambt worden geschorst (art. 91 lid 1 sub *a* ARAR). Voor de gemeenteambtenaar gelden soortgelijke bepalingen, met het verschil dat de gemeenteambtenaar niet van rechtswege geschorst kan zijn. Art. 8:15:1 lid 1 CAR/UWO bepaalt dat de ambtenaar kan worden geschorst wanneer tegen hem een bevel tot in verzekeringstelling of voorlopige hechtenis wordt ten uitvoer gelegd (sub *b*), of wanneer tegen hem een strafrechtelijke vervolging wegens misdrijf wordt ingesteld (sub *c*).

‘Of dit verzuim nu als onwettig moet worden beschouwd of niet, de omstandigheden die hiertoe geleid hebben, liggen in ieder geval niet in de risicosfeer van de Vriesveem (de werkgever, *MMK*). Echter, het argument van Vriesveem dat zij schade lijdt door de afwezigheid van R., is naar het oordeel van de kantonrechter niet steekhoudend, nu zij ingevolge artikel 7:627 BW geen loon is verschuldigd over de periode dat R. geen werkzaamheden voor haar verricht. Wat betreft de werkzaamheden van R. heeft zij de mogelijkheid deze door een andere (tijdelijke) kracht te laten vervullen. Een dubbele financiële belasting is dan ook niet aan de orde, zodat de kantonrechter van oordeel is dat Vriesveem niet heeft aangetoond dat zij schade lijdt als gevolg van de afwezigheid van R. Het belang van Vriesveem bij ontbinding van de arbeidsovereenkomst kan dan ook niet gelegen zijn in het beperken van de schade.’

Vervolgens overweegt de kantonrechter dat evenmin sprake kan zijn van een vertrouwensbreuk die ontbinding wegens veranderingen in de omstandigheden rechtvaardigt, nu de schuld van de werknemer in dit stadium nog niet is bewezen.²⁴⁰

‘Wat betreft de gestelde vertrouwensbreuk oordeelt de kantonrechter als volgt. Denkbaar is dat door de recente gebeurtenissen commotie onder de werknemers van Vriesveem is ontstaan. Vooropgesteld dient echter te worden dat R. in voorarrest zit en dat vooralsnog niet is bewezen dat hij het hem ten laste gelegde misdrijf heeft gepleegd. De kantonrechter neemt geen plaats op de stoel van de strafrechter en houdt rekening met de mogelijkheid dat R. op enig moment kan worden vrijgesproken. Het gaat naar het oordeel van de kantonrechter te ver dat hij in dat geval ook geen werk meer zou blijken te hebben, temeer nu hij al zo lang bij Vriesveem in dienst is en het overgrote deel van zijn dienstverband naar tevredenheid heeft gefunctioneerd. Het belang van Vriesveem bij een spoedige beëindiging van het dienstverband is naar het oordeel van de kantonrechter niet aangetoond en weegt niet op tegen het belang van R. dat de situatie opnieuw wordt gezien tegen de tijd dat hij zou vrijkomen. Niet uit te sluiten valt dan dat op die termijn de heftigste emoties zijn bedaard en de daarmee samenhangende bezwaren van (medewerkers van) Vriesveem zullen zijn weggeëbd.’²⁴¹

Bij beantwoording van de vraag of voorarrest of detentie een ordemaatregel, zoals ontbinding wegens veranderingen in de omstandigheden of ontslag op staande voet, rechtvaardigt, speelt dus een rol of de werkgever schade lijdt als gevolg van de afwezigheid van de werknemer. De kantonrechter overwoog terecht dat dit niet het geval hoeft te zijn. Zo is de werkgever op grond van art. 7:627 BW geen loon verschuldigd over de periode dat de werknemer geen werkzaamheden voor haar verricht.²⁴² Voorts is in het geval van voorarrest of

²⁴⁰ Zie hierover 3.6.2.3.

²⁴¹ Ktr. Bergen op Zoom 10 november 2003, *Prg.* 2004, 6163.

²⁴² De werknemer is immers niet in staat de bedongen arbeid te verrichten als gevolg van een oorzaak die redelijkerwijs niet voor rekening van de werkgever komt (zie bijvoorbeeld Hof 's-Gravenhage 9 september 2005, *JIN* 2005, 411. Zie ook Loonstra & Zondag 2006, p. 140; Van Veen & Balkema 1982, p. 127). Dit geldt ook indien de werknemer ter zake van de verdenking of het verzuim wordt

(met name bij kortdurende) detentie van belang dat de werknemer kan worden vervangen door een andere tijdelijke kracht.²⁴³ Ook de omstandigheid dat de werkgever een groot bedrijf en een bijzonder groot personeelsbestand heeft, met als gevolg dat schommelingen in de opkomst van het personeel voor de werkgever tot de normale verschijnselen behoren, kan van belang zijn. De afwezigheid van de werknemer hoeft de voortgang van de productie in dat geval niet te belemmeren.²⁴⁴ In het geval van voorarrest werkt bovendien de onschuldpresumptie in het voordeel van de werknemer; in dat stadium is immer nog slechts sprake van een verdenking (zie ook 3.6.2).

Tot slot kan van belang zijn of de werknemer de werkgever tijdig in kennis heeft gesteld van de werkelijke reden van zijn afwezigheid. Indien de werknemer hem hierover in eerste instantie verkeerd heeft ingelicht, door bijvoorbeeld te zeggen dat hij ziek thuis is, terwijl hij in de gelegenheid was om de werkgever op de hoogte te stellen van de werkelijke reden van zijn afwezigheid,²⁴⁵ kan dit meespelen bij beantwoording van de vraag of sprake is van een zodanige vertrouwensbreuk dat de arbeidsovereenkomst deswege zou moeten worden ontbonden.²⁴⁶

geschorst: de primaire grond van het verzuim is het voorarrest en deze grond ligt niet in de risicosfeer van de werkgever ex art. 7:628 lid 1 BW (zie ook W.A. Zondag in zijn noot onder Hof 's-Gravenhage 9 september 2005, *JIN* 2005, 411). Dit betekent naar mijn mening daarentegen niet dat het verzuim in de risicosfeer van de werknemer ligt: de werknemer behoort op grond van het beginsel van de onschuldpresumptie voor onschuldig te worden gehouden (zie 3.6.2.3). Niettemin kan dit niet tot de onredelijke conclusie leiden dat de voorlopige hechtenis meer in de risicosfeer van de werkgever dan van de werknemer zou liggen. Dit geldt des te meer nu de werknemer, indien de strafzaak eindigt zonder oplegging van een straf of maatregel (bijvoorbeeld bij een vrijspraak, maar ook bij ontslag van rechtsvervolging of indien de zaak reeds is gestrand bij een van de voorvragen van art. 348 Sv), op grond van art. 89 Sv de schade welke hij heeft geleden als gevolg van de voorlopige hechtenis, van de Staat vergoed kan krijgen. Hieronder valt bijvoorbeeld schade ten gevolge van omzetzdaling en te derven inkomsten (Rb. Amsterdam 13 maart 1989, *NJ* 1989, 521). De werknemer kan derhalve het door het voorarrest misgelopen loon terugvorderen van de Staat (aldus ook Van Veen & Balkema 1982, p. 137-138). Voorts is denkbaar dat een vergoeding wordt gegeven in geval van verlies van functie of de onmogelijkheid zijn bedrijf te hervatten (Cleiren & Nijboer 2001, art. 89 Sv, aant. 3, met verwijzing naar Rb. Amsterdam 8 november 1927, W 11 734). Zie ook Corstens 2002, p. 397-400; Borsboom 1983, p. 126-128.

²⁴³ Zie ook Ktr. Haarlem 7 juli 2005, *LJN* AU0195.

²⁴⁴ Ktg Eindhoven 24 november 2003, *JAR* 2004, 6; Rb. Haarlem 9 augustus 1994, *JAR* 1994, 193. Zie ook Ktr. Utrecht 28 december 1994, *Prg.* 1995, 4260 en Ktr. Harderwijk 30 juli 1987, *Prg.* 1987, 2767.

²⁴⁵ Dit is bijvoorbeeld niet het geval indien de verdachte werknemer gedurende zijn voorarrest op grond van art. 62 lid 2 onder *a* Sv jo. art. 76 Sv is onderworpen aan beperkingen met betrekking tot het ontvangen van bezoek, telefoonverkeer en briefwisseling (Corstens 2002, p. 407-410). Zie bijvoorbeeld Ktr. Utrecht 25 november 1997, *JAR* 1998, 24.

²⁴⁶ Ktr. Utrecht 25 november 1997, *JAR* 1998, 24. Zie ook HR 14 november 1986, *NJ* 1987, 935. Zie ook Ktr. Tiel 20 juli 1977 en Rb. Arnhem 9 juli 1978, *Prg.* 1980, 1424. Overigens mag van de werkgever worden verwacht dat hij zich bij een ontslag wegens hechtenis maximaal inspant om het detentieadres van de werknemer te achterhalen. Dit adres is voor het CWI van essentieel belang om de werknemer in de gelegenheid te stellen verweer te voeren. Indien de werkgever aannemelijk heeft gemaakt dat hij zich voldoende heeft ingespannen om het detentieadres van de werknemer te achterhalen, zonder het gewenste resultaat, zal het CWI zelf proberen het adres te achterhalen. Op grond van art. 54 SUWI heeft het CWI de bevoegdheid hiertoe een verzoek te richten aan het Ministerie van Justitie. In de 'Beleidsregels Ontslagtaak CWI' oktober 2005, is een modelbrief als

3.7.2 Soms ook 'geen ordemaatregel zonder schuld'

Het beginsel 'geen straf zonder schuld' ziet alleen op straffen. Dientengevolge is schuld in de zin van verwijtbaarheid *in beginsel* geen vereiste voor de geldigheid van een ordemaatregel. Dit betekent niet dat voor de geldige toepassing van een ordemaatregel de eis van verwijtbaarheid *nooit* moet worden gesteld; ook ter rechtvaardiging van de toepassing van een arbeidsrechtelijke *ordemaatregel* kan verwijtbaarheid van de werknemer een vereiste zijn. In dat geval is het echter geen uitwerking van het beginsel 'geen straf zonder schuld' – bij een ordemaatregel is dit beginsel immers niet van toepassing – maar vloeit dit voort uit de aard van datgene wat de werkgever aanvoert ter rechtvaardiging van de ordemaatregel. Impliceert het wangedrag dat de werkgever ten grondslag legt aan de ordemaatregel verwijtbaarheid, dan moet de eis van verwijtbaarheid worden gesteld en dient de werkgever de verwijtbaarheid te bewijzen.²⁴⁷ Een en ander vloeit voor de opzegging voort uit art. 5:1 lid 4 Ontslagbesluit:

'Indien de werkgever verwijtbaar handelen of nalaten van de zijde van de werknemer als grond voor opzegging van de arbeidsverhouding aanvoert,

bijlage opgenomen (hoofdstuk 34 'Ontslag en werknemer in detentie' van de 'Beleidsregels Ontslagtaak CWI' oktober 2005, p. 34-6 – 34-9). Zie ook over ontslag en detentie: B. P. van Luyn & J.M. van Poelgeest, 'Einde van de arbeidsovereenkomst wegens detentie', *ArbeidsRecht* (12) 2005-12, p. 28-34. Allereerst valt op dat zij geen onderscheid lijken te maken tussen detentie wegens het uitzitten van een vrijheidsstraf na een (onherroepelijke) veroordeling en 'detentie' in de zin van voorarrest, in welk stadium de werknemer nog slechts verdachte is. Gelet op de onschuldpresumptie, is dit naar mijn mening een belangrijk onderscheid. Voorts komen zij naar aanleiding van de jurisprudentie tot de conclusie dat een ontslag (op staande voet) of ontbinding wegens het enkele feit dat de werknemer gedetineerd is, geen succes heeft. Dit is volgens hen *alleen* anders indien het ontslag mede op het feit dat aan de detentie ten grondslag ligt wordt gebaseerd; indien er geen verband is tussen het strafbare feit en de werkzaamheden, is beëindiging van de arbeidsovereenkomst volgens hen in de meeste gevallen niet mogelijk. Indien dat verband er wel is, zal de arbeidsovereenkomst volgens hen 'over het algemeen' (aanhalingstekens van mij, *MMK*) beëindigd kunnen worden. De meeste van de door mij in 3.7.1.2 genoemde omstandigheden komen bij hen niet aan de orde. Bovendien komt het feit dat de werknemer inmiddels is veroordeeld, of het feit heeft bekend, volgens hen in de huidige rechtspraak steeds minder naar voren. Naar mijn mening vloeit dit niet zonder meer uit de recente rechtspraak voort, zie onder meer Ktr. Bergen op Zoom 27 februari 2003, *JAR* 2003, 76; Ktr. Bergen op Zoom 10 november 2003, Prg. 2004, 6163 en Ktr. Rotterdam 12 april 2005, *JAR* 2005, 128. In de eerste twee zaken speelt een rol of de werknemer reeds veroordeeld is en de schuld dientengevolge vaststaat. In de zaak voor de Kantonrechter Rotterdam speelde een rol dat de werknemer het strafbare feit waarvoor hij werd verdacht en in voorlopige hechtenis verbleef reeds had bekend.

²⁴⁷ Uit art. 150 Rv vloeit immers voort dat de werkgever de bewijslast van de door hem gestelde verwijtbaarheid van het wangedrag heeft. Bij een ontslag op staande voet wegens wangedrag dat verwijtbaarheid van de werknemer impliceert, dient de werkgever behalve de dringende reden tevens de verwijtbaarheid te bewijzen (bijv. HR 15 oktober 1982, *NJ* 1983, 79 en HR 13 april 1984, *NJ* 1985, 2, waarin de Hoge Raad overwoog dat bij de beantwoording van de vraag of het feit dat een werknemer geld of goederen van zijn werkgever onder zich heeft en waarvoor hij geen verklaring kan geven een dringende reden oplevert, niet in het midden kan worden gelaten in hoeverre aan de werknemer ter zake van het tekort een verwijt te maken valt. De bewijslast daarvan rust in beginsel op de werkgever). Zie ook Verhulp 2003, p. 66; Van der Grinten/Van der Grinten & Bouwens 2005, p. 361. Op grond van de redelijkheid en billijkheid kan de bewijslastverdeling eventueel worden omgekeerd (bijv. HR 3 oktober 1997, *NJ* 1998, 83 (*Hardeman/Motel E3Eindhoven*)).

wordt de toestemming voor opzegging van de arbeidsverhouding slechts verleend, indien door de werkgever aannemelijk is gemaakt dat deze grond terecht is aangevoerd, en indien, gelet op dat handelen of nalaten, van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsverhouding te laten voortduren.'

Uit de laatste twee regels wordt duidelijk dat de opzegging noodzakelijk moet zijn en dat het dus om een ordemaatregel gaat. Uit het eerste gedeelte vloeit voort dat bij het 'ten laste leggen' van verwijtbaar wangedrag de verwijtbaarheid aan de orde moet komen en de werkgever deze dient te bewijzen.

Voert een werkgever bijvoorbeeld diefstal aan als grondslag voor een op te leggen ordemaatregel, dan moet sprake zijn van verwijtbaarheid in de vorm van opzet bij de werknemer. Indien geen sprake is van opzet, kan immers ook geen sprake zijn van diefstal. Hetzelfde geldt indien de werkgever een ander strafbaar feit (misdrijf of overtreding) aan een ordemaatregel ten grondslag legt. Voor het aannemen van een strafbaar feit is immers altijd schuld in de zin van verwijtbaarheid vereist. Wordt de werknemer ter zake van het strafbare feit strafrechtelijk vervolgd, dan dient de werkgever ter vaststelling van de schuld de uitspraak van de strafrechter af te wachten (zie 3.6.2.2).

De vraag die rijst is wat rechtens geldt indien de werkgever een ordemaatregel wil opleggen naar aanleiding van een strafrechtelijke verdenking of voorarrest. Vloeit uit de aard van de verdenking of het voorarrest de eis van verwijtbaarheid voort? De redenering uit 3.6.2.3 over de onschuldpresumptie doortrekkend, kan deze vraag alleen negatief worden beantwoord. Het zou in strijd zijn met het beginsel van de onschuldpresumptie om van de werkgever te eisen dat hij de schuld van de werknemer vaststelt. Uit het beginsel vloeit nu juist voort dat de verdachte vooralsnog voor onschuldig moet worden gehouden. Voor het opleggen van een geldige ordemaatregel wegens een verdenking of verzuim wegens voorarrest, is schuld dus geen vereiste. Daar staat tegenover dat alleen de verdenking of het voorarrest onvoldoende grond is voor een ordemaatregel (zie 3.7.1).²⁴⁸ De werkgever hoeft dan weliswaar de schuld van de werknemer niet aan te tonen, hij zal wel andere omstandigheden moeten kunnen aanvoeren waaruit blijkt dat de gevolgen van de verdenking of het voorarrest de betreffende ordemaatregel noodzakelijk maken. Bovendien speelt bij de beantwoording van de vraag of er voldoende grond is voor de ordemaatregel, het vermoeden van onschuld een belangrijke rol.

3.7.3 Sancties met een bijzonder karakter: de opzegging en ontbinding wegens een dringende reden

In 3.4 bleek dat zowel de opzegging als de ontbinding wegens een dringende reden een bijzonder tweeledig karakter hebben. Voor beide beëindigingswijzen geldt dat ze in beginsel het karakter van een ordemaatregel hebben, maar

²⁴⁸ Aldus ook Van der Grinten/Van der Grinten & Bouwens 2005, p. 378 en Jansen 1998, p. 24. Anders Ambagtsheer 1997, p. 6 en Harenberg 1995.

vanwege hun ingrijpende en diffamerende karakter door de werknemer als straf kunnen worden ervaren. Wat betekent dit nu voor de normering van deze beginselen?²⁴⁹

Zoals gezegd is de subjectieve leedervaring van de werknemer niet bepalend voor het karakter van de sanctie (zie 3.4.1). Beëindiging wegens een dringende reden is dan ook primair een ordemaatregel. Dientengevolge zijn de beginselen 'ne bis in idem' en 'geen straf zonder schuld' niet van toepassing op de opzegging of ontbinding wegens een dringende reden. Dit brengt (onder meer) met zich dat schuld in de zin van verwijtbaarheid in beginsel geen vereiste is voor een geldige beëindiging wegens een dringende reden.²⁵⁰ Het feit dat deze wijzen van beëindiging het karakter van een ordemaatregel hebben, heeft echter tot gevolg dat de aard van de aangevoerde dringende reden de eis van verwijtbaarheid met zich kan brengen. In die situatie dient het gedeeltelijke strafkarakter naar mijn mening eveneens een rol te spelen. Daar waar de aard van de dringende reden verwijtbaarheid van de werknemer impliceert, dient de schuldvraag zeer expliciet aan de orde te komen.²⁵¹ Indien de werkgever meent dat de werknemer op zodanige *verwijtbare* wijze heeft gehandeld dat het hem (de werkgever) noodzaakt over te gaan tot een dergelijke ingrijpende en diffamerende sanctie, mag er over het verwijt aan het adres van de werknemer geen twijfel bestaan: de werkgever dient de schuld overtuigend te stellen en te bewijzen. Ik pleit niet voor toepassing van het beginsel 'geen straf zonder schuld' – het betreft immers ordemaatregelen – maar ik pleit wel voor het stellen

²⁴⁹ Zie voor ontslag op staande voet naar aanleiding van wangedrag van een werknemer ook Sagel 2004, p. 435-436. Hij maakt op grond van de lagere jurisprudentie onderscheid tussen wangedrag dat in beginsel altijd als dringende reden geldt tenzij zich uitzonderlijke omstandigheden voordoen, en wangedrag dat in beginsel geen dringende reden oplevert tenzij zich uitzonderlijke omstandigheden voordoen.

²⁵⁰ Dit is in overeenstemming met het merendeel van de opvattingen in de literatuur (uitgebreid Kuip 1993, p. 45-50. Zie ook Loonstra & Zondag 2006, p. 328; Van der Grinten/Van der Grinten & Bouwens 2005, p. 366). Voor een voorbeeld uit de jurisprudentie Ktr. Haarlem 19 april 2005, *JIN* 2005, 223. Anders Kuip 1993, p. 34-38. Volgens hem is uit de wetsgeschiedenis af te leiden dat voor het bestaan van een dringende reden voor ontslag op staande voet altijd opzet of schuld van de werknemer is vereist. Mijns inziens is uit de wetsgeschiedenis alleen af te leiden dat bij een dringende reden voor ontslag op staande voet sprake kan zijn van verwijtbaarheid aan de zijde van de werknemer. Een vereiste is er mijns inziens niet uit af te leiden. Bovendien zou een algemeen vereiste van schuld niet stroken met de door de wetgever gegeven voorbeelden waarin soms wel en soms niet verwijtbaarheid als vereiste voorkomt.

²⁵¹ Aldus ook A-G Biegman-Hartogh in zijn conclusie bij HR 3 maart 1989, *NJ* 1989, 549 (*Choaibi/NS*): 'Indien echter de dringende reden voor een ontslag op staande voet is gelegen in een omstandigheid die mogelijkterwils, maar niet noodzakelijkerwils verwijtbaar gedrag van de werknemer impliceert, (...) dan zal de vraag of van die omstandigheid aan de werknemer een verwijt valt te maken, expliciet aan de orde moeten komen.' Hij verwees daarbij naar een aantal eerder door de Hoge Raad gewezen arresten met daarin voorbeelden van dringende redenen waarvan de aard de eis van verwijtbaarheid met zich brengt. In een van die arresten meende een werkgever een dringende reden voor ontslag te hebben, omdat een arbeidsongeschikte werkneemster niet haar juiste adres had opgegeven. De Hoge Raad overwoog dat de vraag of een dergelijk verzuim een ontslag op staande voet wettigt, moet worden beoordeeld door afweging van alle bijzondere omstandigheden van het geval, waaronder de vraag of de werkneemster van dat niet-beschikken een verwijt valt te maken (HR 19 juni 1987, *NJ* 1988, 78). De andere arresten waar A-G Biegman-Hartogh naar verwees waren HR 13 april 1984, *NJ* 1985, 2 en HR 14 november 1986, *NJ* 1987, 935.

van extra zware eisen aan het schuldvereiste, daar waar het gelet op de aard van de dringende reden een rol speelt.²⁵² Mijns inziens overwoog de Hoge Raad dan ook terecht in de zaak *Choabi/NS*:

‘In haar algemeenheid kan niet als juist worden aanvaard de (...) opvatting, dat een daad of gedraging van een werknemer slechts dan ten gevolge kan hebben dat van de werkgever redelijkerwijs niet kan worden gevergd de dienstbetrekking te laten voortduren, indien de werknemer terzake van die daad of gedraging een verwijt kan worden gemaakt. Het hangt af van de aard van de dringende, voor het ontslag op staande voet aangevoerde reden en, aangenomen dat niet reeds die aard meebrengt dat de eis van verwijtbaarheid moet worden gesteld, van de afweging van de concrete omstandigheden van het geval, of het verweer van de werknemer dat de aangevoerde dringende reden niet toereikend is voor een ontslag op staande voet omdat die gedraging hem niet valt te verwijten, doel kan treffen.’²⁵³

Kortom, het verweer van een werknemer dat hem het wangedrag niet kan worden verweten, dient bijzondere aandacht te krijgen. Dit is niet alleen het geval indien de aard van de dringende reden de eis van verwijtbaarheid impliceert, maar ook indien dit uit een afweging van de concrete omstandigheden van het geval volgt.

De NS had als dringende reden aangevoerd de mishandeling of ernstige bedreiging van medewerkers. Deze gedraging wordt in art. 7:678 lid 2 onder *e* BW als voorbeeld van een dringende reden genoemd. Uit de bewoordingen van dit artikel volgt niet dat de werknemer ter zake van deze gedraging een verwijt moet kunnen worden gemaakt. De Hoge Raad accordeerde dan ook de opvatting van de rechtbank dat een dergelijke gedraging, ook zonder dat de werknemer daarvan een verwijt treft, in beginsel een dringende reden kan opleveren. Bij de beoordeling of dit onder de concrete omstandigheden het geval kan zijn, kan de mate waarin aan de werknemer van die gedraging een verwijt valt te maken een rol spelen.

Een voorbeeld van een dringende reden waarvan de aard *wel* met zich brengt dat de eis van verwijtbaarheid moet worden gesteld, is de verduistering van geld (art. 7:678 lid 2 onder *d* BW). Verduistering houdt namelijk in: *opzettelijk* enig goed dat geheel of ten dele aan een ander toebehoort, en dat hij

²⁵² Het gedeeltelijk strafkarakter van de beëindiging wegens een dringende reden wordt onder meer gevormd door de schadeplichtigheid van de werknemer ex art. 7:677 lid 3 BW. De werknemer wordt echter alleen schadeplichtig indien hij door zijn opzet of schuld aan de werkgever een dringende reden heeft gegeven. Dit doet recht aan het strafkarakter van deze bepaling: geen straf zonder schuld.

²⁵³ HR 3 maart 1989, *NJ* 1989, 549, r.o. 3.2 (*Choabi/NS*). Deze regel is herhaald in HR 29 september 2000, *NJ* 2001, 560 (*D/Nutricia*) (zie hierover M.E. Smorenburg, ‘De verwijtbaarheid van de Hoge Raad’, *ArbeidsRecht* (8) 2001-1, p. 3-6; D.M. Thierry, ‘Ontslag op staande voet na overmatig alcoholgebruik’, *Bb* 2000-22, p. 211-214). Zie ook Ktr. Zutphen 24 juli 2001, *JAR* 2001, 228. In 1987 oordeelde de Hoge Raad overigens al dat in haar algemeenheid niet als juist kan worden aanvaard de opvatting dat het bij een klant betrokken raken bij een vechtpartij met een medewerker slechts dan een dringende, een ontslag op staande voet wettigende reden kan opleveren, indien de betrokken werknemer ter zake van dit gevecht enig verwijt treft (HR 19 juni 1987, *NJ* 1988, 77).

anders dan door misdrijf onder zich heeft, zich wederrechtelijk toe-eigenen (art. 321 Sr). In 2001 diende een zaak voor de Hoge Raad waarin een taxichauffeur door zijn werkgever (Taxi Hofman) op staande voet werd ontslagen wegens het verduisteren van ontvangen gelden voor gereden taxiriten. De chauffeur stelde dat hij als gevolg van een wiplash concentratiestoornissen had, waardoor hij niet alle ritten had genoteerd en niet alle gelden had afgedragen. Kortom, de chauffeur stelde dat geen sprake was van opzet en dat de schuld derhalve ontbrak.²⁵⁴ De rechtbank ging desondanks aan de verwijtbaarheid van de werknemer voorbij en oordeelde dat het verzuim een dringende reden opleverde. Hierop overwoog de Hoge Raad:

‘Onderdeel 1 van het middel voert terecht hiertegen aan dat onbegrijpelijk is, hoe het door de Rechtbank aangenomen verzuim om taxigelden aan Hofman af te dragen, de door Hofman aan het ontslag ten grondslag gelegde verduistering kan opleveren, nu voor verduistering opzet is vereist en de Rechtbank niet heeft vastgesteld dat daarvan sprake is.’²⁵⁵

Uit de bewoordingen van een aantal andere in art. 7:678 lid 2 BW gegeven voorbeelden van mogelijke dringende redenen, volgt eveneens dat verwijtbaarheid een vereiste is voor een geldige beëindiging. Dit is in de eerste plaats het geval bij alle wettelijke voorbeelden met één van de volgende vormen van schuld in de omschrijving: ‘opzet’, ‘opzettelijk’, ‘roekeloos’ of ‘roekeloosheid’.²⁵⁶ Dit is het geval in art. 7:678 lid 2 onder *l*: wanneer hij door opzet of roekeloosheid buiten staat geraakt of blijft de bedongen arbeid te verrichten.’ Voorarrest valt hier dus niet onder, aangezien de werknemer hiervan geen verwijt kan worden gemaakt (zie 3.6.2.3).²⁵⁷ Verder is verwijtbaarheid een vereiste bij de wettelijke voorbeelden waarvan de aard de eis van verwijtbaarheid met zich brengt. Voorbeelden waarvan evident is dat de aard de eis van verwijtbaarheid met zich brengt zijn diefstal, bedrog of andere misdrijven (de andere omstandigheden genoemd in art. 7:678 lid 2 onder *d* BW). Voor een misdrijf is immers altijd een vorm van schuld in de zin van verwijtbaarheid vereist.²⁵⁸

Het feit dat beëindiging wegens een dringende reden in de eerste plaats een ordemaatregel is, en het feit dat een verdenking en voorarrest niet de eis van verwijtbaarheid met zich brengen (zie 3.7.2), betekent dat de rechtmatigheid van een beëindiging wegens een dringende reden naar aanleiding van een verdenking of voorarrest, louter aan de hand van de overige omstandigheden

²⁵⁴ Opzet is immers een vorm van schuld (zie 3.5.1.2). Zie ook Loonstra & Zondag 2006, p. 328.

²⁵⁵ HR 26 januari 2001, *JAR* 2001, 40, r.o. 3.5.

²⁵⁶ Zie ook HR 5 december 1986, *NJ* 1987, 404, r.o. 3.2: ‘Nu de woorden “door opzet of roekeloosheid” in art. 1639p lid 2 onder 12^e veronderstellen dat aan de werknemer ter zake verwijt treft, (...)’.

²⁵⁷ Aldus ook Jansen 1998, p. 20.

²⁵⁸ Vgl. Ktr. Harderwijk 13 november 1984, *Prg.* 1985, 2247: ‘Met betrekking tot het voorhanden bewijsmateriaal moet overigens worden opgemerkt dat de enkele omstandigheid dat X. bepaalde facturen heeft geparafeerd, nog niet met zich brengt dat hij ook betrokken is geweest bij eventuele valsheid in geschrift met betrekking tot die facturen.’

wordt beoordeeld. Deze overige omstandigheden zullen met name bestaan uit de gevolgen van de verdenking of het voorarrest. Het ingrijpende karakter van de beëindiging wegens een dringende reden, en de onschuldpresumptie brengen naar mijn mening met zich dat in dat geval extra zware eisen dienen te worden gesteld aan die overige omstandigheden: slechts in uitzonderlijke situaties zal een terechte grond voor beëindiging wegens een dringende reden aanwezig zijn.²⁵⁹ Om dezelfde redenen (het vermoeden van onschuld én de ‘draconische’ gevolgen van een beëindiging wegens een dringende reden voor een werknemer) dienen bij een verdenking of voorarrest, extra zware eisen aan de uitgebreide motiveringsplicht van de rechter te worden gesteld.²⁶⁰

Tot slot sta ik stil bij het vereiste van onverwijldheid van een opzegging wegens een dringende reden in combinatie met een strafrechtelijke vervolging. Indien de werkgever een misdrijf als dringende reden aanvoert, dient de verwijtbaarheid van de werknemer uitvoerig aan de orde te komen; een misdrijf impliceert immers altijd schuld. Maar wat geldt indien de werknemer voor dit misdrijf wordt vervolgd? In 3.6.2.2 bleek dat in die situatie ter vaststelling van de schuld de uitspraak van de strafrechter moet worden afgewacht. Tegelijkertijd is een vereiste voor een geldig ontslag op staande voet dat de werkgever onverwijld tot dat ontslag overgaat. Deze twee vereisten lijken met elkaar in strijd te zijn, maar dit is niet het geval. Immers, pas op het moment dat de strafrechter onherroepelijk uitspraak heeft gedaan over de schuld van de verdachte werknemer, ontstaat de dringende reden. Leidt de strafrechtelijke vervolging daarentegen nooit tot de vaststelling van de schuld, dan doet ook de vermoede dringende reden voor ontslag zich niet voor.²⁶¹ Voorts is dit in overeenstemming met de rechtspraak van de Hoge Raad, waarin is bepaald dat een werkgever onder omstandigheden gerechtigd is om bij het vermoeden van een dringende reden de resultaten van een eventueel noodzakelijk onderzoek af te wachten. Van belang is de aard en de omvang van het onderzoek, het voorkomen van onrust in het bedrijf, de noodzaak tot het verzamelen van bewijsmateriaal en de door de

²⁵⁹ Vgl. C.J. Loonstra in zijn noot onder HR 8 oktober 2004, *JIN* 2004, 52: slechts in uitzonderlijke situaties is de weigering van een zich ziek gemeld hebbende werknemer, zich te onderwerpen aan controle door de betreffende arbo-arts (een recht dat de werknemer toekomt), een terechte grond voor een ontslag op staande voet.

²⁶⁰ Sagel 2004, p. 435, met verwijzing naar HR 21 januari 2000, *NJ* 2000, 190 (*HEMA/P*).

²⁶¹ Zie ook Ktr. Harderwijk 13 november 1984, *Prg.* 1985, 2247, waarin de werkgever de werknemer op staande voet had ontslagen vanwege het voeren van een vals boekhoudsysteem en de werknemer de nietigheid van het ontslag inriep. De werkgever verzoekt vervolgens ontbinding van de arbeidsovereenkomst, primair wegens een dringende reden en subsidiair wegens veranderingen in de omstandigheden. Hij stelt dat ter zake van de beschuldiging dat de werknemer valsheid in geschrifte zou hebben gepleegd, ook een strafrechtelijk vooronderzoek loopt. De kantonrechter wijst het verzoek tot ontbinding op beide gronden af. Indien komt vast te staan dat de werknemer valsheid in geschrifte heeft gepleegd, hoeft er volgens de kantonrechter namelijk geen twijfel over te bestaan dat sprake was van een dringende reden voor ontslag op staande voet. ‘Wanneer echter bij gebrek aan bewijs geconcludeerd moet worden tot nietigheid van het aan X. gegeven ontslag op staande voet, zou dat betekenen dat VBB (de werkgever, *MMK*) ten onrechte en ten nadele van X. een voorschot heeft genomen op het resultaat van het strafrechtelijk onderzoek.’

werkgever in acht te nemen zorg om te vermijden dat, bij ongegrondbevindingen van het vermoeden, de werknemer in zijn gerechtvaardigde belangen zou worden geschaad.²⁶² Al deze omstandigheden spelen juist bij een vermoeden van een door de werknemer gepleegd misdrijf een belangrijke rol. In een latere uitspraak van ons hoogste rechtscollege werd bovendien duidelijk dat het niet hoeft te gaan om door de werkgever uitgevoerd onderzoek.²⁶³ De werkgever dient dan wel onverwijld aan de werknemer mede te delen dat zijn beslissing omtrent het al dan niet verlenen van het ontslag van het resultaat van dat onderzoek afhankelijk is.²⁶⁴ In diezelfde uitspraak overwoog de Hoge Raad dat de werkgever onder omstandigheden gerechtigd is de werknemer gedurende een strafrechtelijk onderzoek toe te laten tot het werk. Hij loopt dan niet per definitie het risico in strijd met het vereiste van dringendheid van de dringende reden te handelen. Het is namelijk, behalve van de duur van de periode die het onderzoek in beslag neemt, afhankelijk van de omstandigheden van het geval, in het bijzonder van de aard van het aan de werknemer verweten gedrag, van de aard van zijn arbeid en van de situatie waarin deze moet worden verricht, of het toelaten tot het werk onverenigbaar is met het aannemen van een dringende reden.²⁶⁵ Hieruit volgt dat die onverenigbaarheid kan voortvloeien uit een sterke overeenkomst tussen de aard van de werkzaamheden en de aard van het vermoedelijk gepleegde misdrijf. In dat geval kan een noodzaak bestaan gedurende het strafrechtelijk onderzoek de ordemaatregel van schorsing toe te passen.

3.7.4 *De ontbindingsvergoeding onder voorwaarde van vrijspraak of niet verdere vervolging*

Door de toekenning van een vergoeding aan de werknemer kan het (onbedoelde) leed voortvloeiend uit de ordemaatregel van ontbinding wegens veranderingen in de omstandigheden, welk leed onder meer bestaat uit het verlies van baan en

²⁶² HR 15 februari 1980, *NJ* 1980, 328.

²⁶³ HR 13 mei 1983, *NJ* 1983, 794.

²⁶⁴ Zie ook C.J. Loonstra, 'Werknemer in de bak', *Dossier Arbeid & Recht* (14) Special 2003. Dit deed een werkgever in een zaak die diende voor de Rechtbank Haarlem de das om. De werknemer was op 29 november 1991 in voorlopige hechtenis genomen en op 26 maart 1992 veroordeeld door de strafkamer van de Rechtbank. De werkgever ging op 31 maart 1992 over tot ontslag op staande voet. Volgens de werknemer was het ontslag nietig, aangezien de werkgever eerst vier maanden had gewacht alvorens over te gaan tot het ontslag op staande voet. De werkgever voerde hier tegen aan dat pas op het moment van de uitspraak van de strafrechter vaststond dat de afwezigheid de werknemer te verwijten was en dat daarom toen pas vaststond dat een dringende reden aanwezig was. De dringende reden was volgens de werkgever gelegen in de lange afwezigheid van de werknemer na 26 maart 1992 (de werknemer kwam op 28 juli 1992 weer op vrije voeten) en de ernst van het delict (incest met zijn minderjarige dochter), waardoor de werknemer het vertrouwen van de werkgever onwaardig zou zijn geworden. De kantonrechter stelde de werkgever in het gelijk, maar de rechtbank oordeelde dat 'de door de werkgever aangevoerde dringende reden, voor zover bestaande in verwijtbare langdurige afwezigheid, niet steekhoudend is omdat uit de brieven van werkgever onvoldoende blijkt dat dit inderdaad de ontslagreden is geweest, en dat ook achteraf onvoldoende aannemelijk is geworden.' (Rb. Haarlem 9 augustus 1994, *JAR* 1994, 193).

²⁶⁵ Zie ook Kuip 1993, p. 66-69.

inkomen, worden gecompenseerd.²⁶⁶ Blijkens art. 3:12 BW dient de kantonrechter bij de vaststelling van die billijkheidsvergoeding rekening te houden met algemeen erkende rechtsbeginselen, met de in Nederland levende rechtsovertuigingen en met de maatschappelijke en persoonlijke belangen, die bij het gegeven geval zijn betrokken.²⁶⁷ Naar mijn mening betekent dit dat bij de vaststelling van de vergoeding ook rekening moet worden gehouden met het algemeen erkende rechtsbeginsel van de onschuldpresumptie. Loopt ter zake van het (vermoedelijke) wangedrag dat heeft geleid tot de ongewenste situatie en het verzoek tot ontbinding nog een strafrechtelijke procedure, dan dient de werknemer vooralsnog voor onschuldig te worden gehouden.²⁶⁸ Bovendien wordt hiermee recht gedaan aan het maatschappelijk belang en het persoonlijk belang van de betrokken, mogelijk onschuldige werknemer: beide belangen zijn gebaat bij het beschermen van burgers tegen ingrijpende beslissingen naar aanleiding van voorbarige conclusies gebaseerd op verdenkingen of (erger nog) geruchten. De kantonrechter kan hier bij de vaststelling van de hoogte van de vergoeding rekening mee houden, door deze belangen tot uitdrukking te laten komen in de hoogte van de C-factor van de kantonrechtersformule.²⁶⁹ Staat de

²⁶⁶ Naast het direct te lijden verlies aan inkomen omvat de schade ten gevolge van het einde van de arbeidsovereenkomst ook 'het verlies aan anciënniteitsrechten en andere verliezen en onzekerheden, waaronder eventuele pensioenschade, die zijn verbonden aan een andere arbeidsovereenkomst'. Voorts valt te denken aan gederfde levensvreugde. De ontslagvergoeding zal daarom ook een vorm van immateriële schadevergoeding dienen te bevatten, hetgeen in de praktijk ook het geval is (Loonstra & Zondag 2000, p. 1270). Zie verder over vergoeding bij ontbinding: Groen 1989, p. 23-25.

²⁶⁷ Loonstra & Zondag 2000, p. 1270.

²⁶⁸ Ook bij ontbinding wegens wanprestatie speelt de onschuldpresumptie een rol bij de vraag of een vergoeding op zijn plaats is. In art. 6:74 lid 1 BW staat dat iedere toerekenbare tekortkoming in de nakoming van een verbintenis de schuldenaar verplicht de schade die de schuldeiser daardoor lijdt te vergoeden. Art. 6:75 BW voegt daaraan toe dat een tekortkoming de schuldenaar niet kan worden toegerekend, indien zij niet is te wijten aan zijn schuld, noch krachtens wet, rechtshandeling of in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt. Dit betekent dat bij een ontbinding wegens wanprestatie, bestaande uit het niet verschijnen op het werk als gevolg van voorarrest, de onschuldpresumptie in de weg staat aan schadeplichtigheid van de werknemer.

²⁶⁹ De Kantonrechter Zaandam oordeelde naar mijn mening onterecht dat in een zaak waarin de arbeidsovereenkomst van de conciërge van een basisschool op verzoek van de werkgever wegens gewijzigde omstandigheden werd ontbonden, een vergoeding in redelijkheid niet aan de orde kwam (Ktr. Zaandam 3 juli 2001, *Prg.* 2001, 5720). De kantonrechter was van mening dat naar aanleiding van beschuldigingen van ontucht met één of meer leerlingen de positie van de werknemer dermate onhoudbaar was geworden, dat in redelijkheid niet van de werkgever mocht worden gevergd het dienstverband nog langer te laten voortduren. De conciërge was inmiddels door de politierechter veroordeeld, maar hij was hiervan in hoger beroep gekomen. Volgens hem waren alle beschuldigingen tegen hem verzonnen. De kantonrechter stelde hier tegenover dat zelfs een vrijspraak door de strafrechter niets zou veranderen aan de onhoudbare positie van de werknemer. Of de conciërge zich daadwerkelijk schuldig gemaakt had aan de verweten handelingen kon en moest in het midden blijven: 'De strafzaak ligt in hoger beroep bij het gerechtshof, waarmee de kantonrechter zich niet heeft te bemoeien.' De gevoelige positie van een conciërge op een basisschool en het onvoorwaardelijke vertrouwen dat ouders en leerlingen in deze persoon moeten kunnen hebben, maakten het volgens de kantonrechter ondenkbaar dat de werknemer ooit nog naar behoren zou kunnen functioneren op de school. Met andere woorden, de ordemaatregel van ontbinding wegens veranderingen in de omstandigheden was noodzakelijk, maar de schuld van de werknemer aan de ontstane situatie stond nog niet vast en zou wellicht ook nooit worden vastgesteld. Een vergoeding

schuld van de werknemer aan het wangedrag vast, of is de kantonrechter van oordeel dat de situatie voor zijn risico komt, dan is een vergoeding niet op zijn plaats.²⁷⁰ De C-factor dient dan op nul te worden gesteld.

In een zaak die in 2001 voor de Kantonrechter Den Haag diende, was sprake van een situatie die een ontbinding wegens gewijzigde omstandigheden noodzakelijk maakte. Het betrof een verpleegster die door de werkgeefster werd verdacht van betrokkenheid bij het onverklaarbaar overlijden van één of meer patiëntjes. Door de politie was ze ter zake wel al als getuige gehoord, maar van een verdenking was nog geen sprake. Naar aanleiding van schriftelijke verklaringen van collega's, waarin werd aangegeven dat ze niet meer met de werkneemster wilden samenwerken en ze het vertrouwen in haar totaal waren verloren, bestond volgens de kantonrechter in redelijkheid onvoldoende hoop op herstel van de relatie tussen partijen, hernieuwde acceptatie en alsdan rehabilitatie van de verpleegster, door respectievelijk bij de werkgeefster. De arbeidsovereenkomst moest dan ook als reddeloos worden beschouwd en het verzoek tot ontbinding wegens veranderingen in de omstandigheden werd toegewezen. Maar daarmee stond de schuld van de werknemer aan de ontstane situatie volgens de kantonrechter nog niet vast. Dienaangaande moest de uitkomst van het justitieel onderzoek en de afloop van een eventuele strafrechtelijke vervolging worden afgewacht. Het kwaad was daarentegen al geschied; de reputatie van de werkneemster was al onherstelbaar geschaad en het leek hoogst kwetsief of de werkneemster nog elders in haar vakgebied aan de slag zou kunnen. De kantonrechter kende daarom een vergoeding toe van f 100.000,-. Hij verbond hier wel de voorwaarde aan dat jegens de werkneemster geen strafrechtelijke vervolging werd ingesteld respectievelijk werkneemster bij in kracht van gewijsde gegaan vonnis werd vrijgesproken ter zake van de verdenking die de aanleiding vormde tot het ontstaan van de aangevoerde ontbindingsgrond.²⁷¹

aan de werknemer was derhalve op zijn plaats geweest. (Deze had eventueel voorwaardelijk kunnen worden toegekend, zie de bespreking van Ktr. 's-Gravenhage 8 november 2001, *JAR* 2002, 50 hierboven).

²⁷⁰ Dit was bijvoorbeeld het geval in een zaak die diende voor de Kantonrechter Nijmegen. Een werknemer was veroordeeld voor ontucht met minderjarigen en de kantonrechter oordeelde dat het niet reëel was om van de werkgever te verwachten dat zij het voortbestaan van haar organisatie in de waagschaal zou stellen ter wille van een van haar werknemers. De situatie lag volgens de kantonrechter volledig in de risicosfeer van de werknemer. Hierdoor was niet alleen de ontbinding gerechtvaardigd, maar ook het niet toekennen van een vergoeding (Ktr. Nijmegen 18 december 1998, *Prg.* 1999, 5133). Vgl. Ktr. Groenlo 5 juni 1997, *JAR* 1997, 219, waarin de kantonrechter, ondanks het feit dat de werknemer nog niet onherroepelijk was veroordeeld, oordeelde dat de veroordeling en alle publiciteit daaromheen, welke de positie van de werknemer onhoudbaar hadden gemaakt, in de risicosfeer van de werknemer lagen. Toch achtte de kantonrechter een vergoeding van de helft van de kantonrechtर्सformule billijk ($C=0,5$), nu de werknemer vele jaren goed had gefunctioneerd, er geen relatie bestaat tussen de arbeidsverhouding en de gedragingen en het ontslag voor hem ingrijpende gevolgen zou hebben, gelet op zijn leeftijd alsmede de reden van de beëindiging, terwijl van een onherroepelijke strafrechtelijke veroordeling nog geen sprake was.

²⁷¹ Ktr. 's-Gravenhage 8 november 2001, *JAR* 2002, 50. Zie voor andere voorbeelden Ktr. 's-Gravenhage 3 oktober 1994, *Prg.* 1995, 4266 en Ktr. Alkmaar 16 juni 1989, *Prg.* 1989, 3172.

Het is de vraag of de toekenning van een ontbindingsvergoeding onder de voorwaarde dat de strafrechtelijke procedure niet zal leiden tot de vaststelling van de schuld van de werknemer, juist is. De ratio van de ontbindingsprocedure is het realiseren van een billijke, spoedige en definitieve beslissing ten aanzien van de beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Een vergoeding onder voorwaarde in het kader van een ontbindingsprocedure is daarom slechts toelaatbaar wanneer het hanteren van die voorwaarde leidt tot een spoedige beslissing ten aanzien van die vergoeding. Gelet daarop dient de voorwaarde zo geformuleerd te zijn dat op het moment van de beschikking vaststaat dat binnen korte tijd daarna definitief komt vast te staan of de voorwaarde al dan niet is vervuld.²⁷² Het is de vraag of een voorwaarde bestaande uit een bepaalde uitkomst van een strafrechtelijke procedure snel tot duidelijkheid leidt. Een strafrechtelijke procedure kan zich namelijk vanaf het moment van de verdenking nog jaren voortslepen en op die manier gedurende lange tijd voor onzekerheid zorgen over de vervulling van de voorwaarde. Een aanvullend bezwaar doet zich voor indien de vergoeding wordt toegekend onder een opschortende voorwaarde gekoppeld aan de uitkomst van de strafrechtelijke procedure. De ontbindingsvergoeding beoogt namelijk (mede) de inkomensachteruitgang als gevolg van de ontbinding op te vangen. Indien de voorwaarde pas na jaren wordt vervuld en de vergoeding pas dan wordt uitbetaald, komt de compensatiegedachte van de vergoeding niet tot zijn recht.²⁷³ Gelet op de onzekere duur van strafrechtelijke procedures in het algemeen, moet de conclusie daarom zijn dat het toekennen van een vergoeding onder de voorwaarde dat de werknemer niet strafrechtelijk wordt veroordeeld voor het wangedrag dat aanleiding is geweest voor de ontbinding, in strijd is met de ratio van art. 7:685 BW.

Maar er is nog een argument aan te voeren tegen de ontbindingsvergoeding onder voorwaarde van vrijspraak of niet verdere vervolging. In veel gevallen zal het namelijk niet het vermeende *wangedrag* zijn dat een ontbinding noodzakelijk maakt, maar de *gevolgen van de verdenking*. Een voorbeeld hiervan is bovengenoemde zaak die diende voor de Kantonrechter Den Haag. De werkneemster werd door de politie nog niet eens als verdachte aangemerkt, maar de reacties van de collega's op de 'informele' verdenking maakten de arbeidsovereenkomst al reddeloos verloren. Met andere woorden, het vermeende wangedrag was niet de grond voor de ontbinding, maar de reacties en gevoelens bij de collega's maakten een ontbinding noodzakelijk. Of de werkneemster zich daadwerkelijk aan het vermeende wangedrag schuldig had gemaakt, stond op dat moment nog helemaal niet vast. De mogelijkheid bestond dat de werkneemster onschuldig was en de reacties van de collega's derhalve geheel ongerechtvaardigd. Terecht liet de kantonrechter deze omstandigheden meewegen bij de vaststelling van de ontbindingsvergoeding. Hij dient bij de

²⁷² Sagel 2002, p. 29.

²⁷³ Sagel 2002, p. 29-30.

vaststelling van de vergoeding immers rekening te houden met het vermoeden van onschuld, het maatschappelijk belang en het persoonlijk belang van de werknemer. Deze belangen behoren mijns inziens zonder meer tot hun recht te komen in de hoogte van de ontbindingsvergoeding. IJkpunt voor de vaststelling van de vergoeding is het moment van ontbinding: op dat moment wordt een arbeidsovereenkomst ontbonden, welke ontbinding is gebaseerd op voorbarige conclusies naar aanleiding van een verdenking of geruchten. Het feit dat dit in strijd is met het vermoeden van onschuld, het maatschappelijk belang en het belang van de betrokken werknemer, behoort te worden gecompenseerd in de ontbindingsvergoeding. Dat de werknemer later eventueel strafrechtelijk wordt vervolgd of wordt veroordeeld, doet hier niet aan af. Het waren de reacties bij collega's die de uiteindelijke *directe* grondslag voor de ontbinding vormden. Het ligt dan eerder op de weg van de werkgever om ervoor te zorgen dat geruchten zich niet zo ver kunnen 'ontwikkelen' dat daaruit uiteindelijk een noodzaak tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst ontstaat.²⁷⁴

Samengevat gezegd, zowel de ratio van art. 7:685 BW, als de onschuldpresumptie, het maatschappelijk belang en het persoonlijk belang van de betrokken werknemer, verzetten zich tegen een ontbindingsvergoeding onder voorwaarde van vrijspraak of het uitblijven van een strafrechtelijke vervolging.

3.8 Overige bij arbeidsrechtelijke sancties in acht te nemen regels

Ik heb in dit hoofdstuk de vraag centraal gesteld welke regels de werkgever in acht dient te nemen bij het opleggen van sancties. In de aanleiding gaf ik al aan dat ik het onderzoek zou toespitsen op de vragen of een werkgever twee maal voor hetzelfde wangedrag een sanctie mag opleggen en of de schuld van een werknemer moet vaststaan alvorens de werkgever een sanctie mag opleggen. Uit 3.5 en 3.6 blijkt dat op straffen in het arbeidsrecht de beginselen 'ne bis in idem' en 'geen straf zonder schuld' van toepassing zijn. In 3.7 werd stilgestaan bij de specifieke normering van ordemaatregelen: het noodzakelijkheidsvereiste en in bepaalde gevallen het schuldvereiste.

Naast de specifiek op straffen of ordemaatregelen toegespitste regels en beginselen, zijn er uiteraard nog andere regels die de werkgever in acht behoort te nemen bij het toepassen van sancties. De gelding van deze 'overige' regels acht ik vanzelfsprekend en van evengroot belang als het 'ne bis in idem'-beginsel en het beginsel 'geen straf zonder schuld'. Gelet op het feit dat ik in dit onderzoek de vraag naar de gelding van voornoemde beginselen in het

²⁷⁴ In soortgelijke zin Ktr. Breda 6 en 10 juli 1997, *Prg.* 1997, 4814 en Ktr. Harderwijk 30 juli 1987, *Prg.* 1987, 2767. De Kantonrechter Breda was van mening dat het op de weg van de werkgever ligt om, daar waar een strafrechtelijk onderzoek en naderhand een strafrechtelijke veroordeling onrust op de werkvloer hebben teweeggebracht, een bemiddelende en ook voorlichtende rol te spelen teneinde het ontstaan van mogelijke vooroordelen tegen te gaan (zie ook de bespreking in 3.7.1.3). Volgens de Kantonrechter Harderwijk lag het op de weg van de werkgever om het personeel voor te bereiden op de terugkeer van een werknemer die gedurende twee jaar een gevangenisstraf had uitgezeten.

arbeidsrecht centraal heb gesteld, sta ik bij deze overige in acht te nemen regels (slechts) kort stil.

Allereerst kan voor de normering worden aangehaakt bij het SER-advies met betrekking tot het ingetrokken wetsvoorstel arbeidstuchtrecht²⁷⁵ (meer over dit voorstel in het volgende hoofdstuk). In een door de werknemers-leden en vier kroonleden gemaakte opsomming van waarborgen die ten aanzien van het arbeidstuchtrecht kunnen gelden, werden onder meer genoemd:²⁷⁶

- het voornemen tot het opleggen van een sanctie wordt schriftelijk meegedeeld;
- de werknemer krijgt altijd gelegenheid zijn lezing van de feiten te geven alvorens tot sanctieoplegging wordt overgegaan (hoor en wederhoor);
- de werknemer jegens wie tot oplegging van een sanctie is besloten heeft het recht zich van bijstand door een vertrouwenspersoon te voorzien en wordt in de gelegenheid gesteld om – al dan niet in het kader van een reguliere klachtenprocedure – de sanctie aan te vechten;
- de werkgever is verplicht de tuchtmaatregel binnen een termijn van dertig dagen nadat het feit zich heeft voorgedaan, te effectueren;
- de beslissing van de werkgever wordt gedragen door een adequate motivering.

Voorts bleek uit de voorafgaande paragrafen dat bij de toepassing van sancties niet voorbij mag worden gegaan aan het evenredigheidsbeginsel (of proportionaliteitsbeginsel)²⁷⁷, het zorgvuldigheidsbeginsel en het beginsel van de onschuldpresumptie.²⁷⁸ Met het zorgvuldigheidsbeginsel hangt het vereiste van transparantie samen: de werkgever dient bij het opleggen van een sanctie aan te geven van welke opsporingsmethoden hij gebruik heeft gemaakt en welke werknemers daarbij betrokken zijn geweest. Daarnaast kan worden gedacht aan het subsidiariteitsbeginsel: de minst bezwarende straf of ordemaatregel dient te worden toegepast. Voor de andere in acht te nemen regels knoop ik aan bij de

²⁷⁵ Wetsvoorstel tot wijziging van de artikelen 650 en 651 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek (arbeidstuchtrecht), *Kamerstukken II* 1994/95, 23 974.

²⁷⁶ SER-advies 93/11, p. 8 en 9.

²⁷⁷ Zie bijvoorbeeld Ktr. Amsterdam 17 december 1996, *Prg.* 1997, 4705. De kantonrechter achtte ontslag en ontbinding een disproportionele reactie op het handelen van de werknemer (een paar keer enige guldens te veel declareren). Een minder zware disciplinaire maatregel was op zijn plaats geweest. Het evenredigheidsbeginsel kan tevens een leidraad zijn bij de vaststelling van de zwaarte van de straf en de mate waarin de werkgever eventueel rekening moet houden met eerdere bestraffing door de strafrechter (de som van beide straffen moet evenredig zijn aan de ernst van het begane wangedrag en het doel van de straffen) (Taat 1948, p. 177-178. Zie ook De Doelder 1981, p. 177-179 en Van Nispen 2003, p. 6-8. Van Nispen noemt als extra eis dat de sanctie zo veel mogelijk dienstbaar moet worden gemaakt aan herstel van het gepleegde onrecht).

²⁷⁸ Zie bijvoorbeeld Ktr. Zwolle 24 mei 2005, *JIN* 2005, 299: '(...), is de gegrondheid van een sanctieoplegging in volle omvang aan de toetsing door de kantonrechter onderworpen. In het bijzonder wordt er daarbij acht op geslagen of de besluitvorming ter zake voldoende zorgvuldig is geweest en of de opgelegde maatregel(en), gelet op de omstandigheden, in een evenredige verhouding staat (staan) tot de overtreding.'

(overige) door Heerma van Voss geformuleerde beginselen van goed werkgeverschap ex art. 7:611 BW: het beginsel van zuiverheid van oogmerk, het motiveringsbeginsel, het vertrouwensbeginsel en het gelijkheidsbeginsel.²⁷⁹ Deze beginselen komen grotendeels terug in de door de SER geformuleerde waarborgen voor het opleggen van disciplinaire sancties (straffen) (zie ook 4.5 van het volgende hoofdstuk). Verder speelt bij de gerechtvaardigdheid van een sanctie een rol of de werknemer een voorbeeldfunctie heeft en of de werknemer was gewaarschuwd: beide omstandigheden werken in het nadeel van de werknemer.²⁸⁰ Tot slot blijkt uit recente lagere jurisprudentie dat bij beantwoording van de vraag of de betreffende sanctie gerechtvaardigd is, steeds meer belang toekomt aan het voeren van beleid of het uitvaardigen van duidelijke regels door de werkgever, over wangedrag en de mogelijke sancties.²⁸¹

3.9 Sancties in het socialezekerheidsrecht

In deze paragraaf sta ik stil bij sancties in het socialezekerheidsrecht. De centrale vraag is hoe sancties worden genormeerd in een rechtsgebied dat zo nauw bij het arbeidsrecht aansluit. Spelen beginselen als 'ne bis in idem' en 'geen straf zonder schuld' hier ook een (belangrijke) rol?

Belangrijk verschil met het arbeidsrecht is dat de sancties in het socialezekerheidsrecht publiekrechtelijk van aard zijn; ze vallen onder het bestuursrechtelijke sanctiebegrip.²⁸² Onder een bestuursrechtelijke sanctie kan worden verstaan: 'een rechtens geïndiceerde maatregel waarmee een bestuursorgaan of -rechter reageert op een schending van een bestuursrechtelijke plichtnorm en die ertoe strekt de overtreder/belanghebbende rechtstreeks in diens belangen te treffen'.²⁸³ Met de invoering van de Wet Boeten, maatregelen

²⁷⁹ Heerma van Voss 1999, p. 39-71. Zie voor een opsomming van regels ook Zondag 2003a, p. 51-52. Zie voor een voorbeeld Pres. Rb. Maastricht 6 maart 2006, *LJN AV4702*. De rechter overwoog dat de vraag of een schorsing of non-actiefstelling rechtmatig is, wordt getoetst aan de beginselen van goed werkgeverschap ex art. 7:611 BW.

²⁸⁰ Rb. Almelo 14 juli 2005, *JIN* 2005, 332; Ktr. Haarlem 4 september 2005, *JIN* 2005, 377. Zie ook de noot van W.A. Zondag onder laatsgenoemde uitspraak.

²⁸¹ Rb. Almelo 14 juli 2005, *JIN* 2005, 332 en Ktr. Haarlem 4 augustus 2005, *JIN* 2005, 333. Wat betreft wangedrag bestaande uit seksuele intimidatie is de werkgever op grond van art. 4 lid 2 Arbeidsomstandighedenwet zelfs verplicht beleid te voeren.

²⁸² Daarnaast wordt ook wel van bestuurlijke of administratieve sancties gesproken (Lenos 1998, p. 1).

²⁸³ Verheul 1994, p. 16. Vgl. Lenos 1998, p. 23 verstaat onder bestuursrechtelijke sancties: besluiten genomen door de bestuurlijke overheid, als reactie op een normovertreding, welke reactie de betrokkene in een nadeliger positie brengt of aan de betrokkene een voordeliger positie ontzegt, voor zover denkbaar is dat met deze besluiten bestraffing of preventie is beoogd of dat deze besluiten bestraffende of preventieve werking hebben. Onder besluiten verstaat ze zowel rechtsvaststellende als rechtsscheppende besluiten en zowel gebonden als vrije besluiten. Na bespreking van de rechtspraak van het EHRM over de vraag wanneer sprake is van een 'criminal charge' en 'criminal offence', voegt ze aan haar omschrijving van bestuurssancties toe, dat het moet gaan om besluiten, genomen naar aanleiding van een gedragsnorm die een 'criminal offence' bevat. Aangezien de criteria punitief en preventief ook al in de jurisprudentie van het EHRM over de 'criminal charge' voorkomen, laat ze deze criteria in de omschrijving vervallen (Lenos 1998, p. 40).

en terug- en invordering sociale zekerheid (WBM)²⁸⁴ is in de sociale zekerheid het onderscheid tussen twee sancties geïntroduceerd: de boete en de maatregel (of weigeringen).²⁸⁵ Dit onderscheid heeft consequenties voor de gelding van bepaalde in art. 6 EVRM neergelegde strafrechtelijke regels en beginselen. In 3.9.1 bespreek ik een aantal issues dienaangaande, welke bij de invoering van de WBM ter sprake kwamen. In 3.9.2 ga ik in op opvattingen uit de literatuur over de normering van sancties in het socialezekerheidsrecht. In 3.9.3 kom ik tot de beantwoording van bovenstaande, centrale vraag.

3.9.1 De Wet Boeten, maatregelen en terug- en invordering sociale zekerheid

Een vraag die bij de invoering van het wetsvoorstel WBM ter sprake kwam, was of de boeten en de maatregelen in de sociale zekerheid moeten worden beschouwd als straf of strafvervolgning in de zin van art. 6 EVRM en art. 14 IVBP. Deze vraag werd van belang geacht, omdat deze verdragsbepalingen bepaalde rechten toekennen aan degene tegen wie een strafvervolgning (criminal charge) wordt ingesteld. Toetsing aan het 'criminal charge'- criterium en aan de in de rechtspraak van het EHRM ontwikkelde criteria, bracht de toenmalige Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (Melkert) tot de conclusie dat het opleggen van een administratieve *maatregel* geen strafvervolgning in de zin van art. 6 EVRM is.²⁸⁶ Ten aanzien van de administratieve maatregelen waren volgens de minister dan ook geen verdergaande waarborgen nodig dan uit de bestaande wet, de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de Algemene wet bestuursrecht reeds voortvloeiden.²⁸⁷ De gehele of gedeeltelijke weigering van de uitkering naar aanleiding van het niet-naleven van coöperatieve verplichtingen of het niet *tijdig* nakomen van de inlichtingenplicht, de zogenaamde prestatieweigering, waren volgens de minister een maatregel en geen boete. In geval van prestatieweigering is dan ook geen sprake van een 'criminal charge'.²⁸⁸

De administratieve *boete* in de sociale zekerheid werd daarentegen wel als een 'criminal charge' aangemerkt. Bijgevolg diende de voorgestelde regeling ten aanzien van de boete ook met de verdragsartikelen (art. 6 EVRM en art. 14 IVBPR) in overeenstemming te zijn. De minister stond allereerst stil bij de onschuldpresumptie en het zwijgrecht. Voorts werd in het wetsvoorstel, alhoewel niet verplicht gesteld in de verdragsrechtelijke bepalingen, ook de cautie geregeld. De minister was van mening dat er weinig aanleiding bestond

²⁸⁴ Wet van 25 april 1996, *Stb.* 1996, 248. Inwerkingtreding 1 augustus 1996 (*Stb.* 1996, 295).

²⁸⁵ *Kamerstukken II* 1994/95, 23 909, nr. 3, p. 1 (MvT). Een van de belangrijkste (wettelijk voorgeschreven) maatregelen is de blijvend gehele (of gedeeltelijke) weigering van de werkloosheidsuitkering ex art. 27 lid 1 WW (Lenos 1999-B, p. 184; Vegter 1996, p. 117). Hiermee werd een zelfde onderscheid gemaakt tussen straffen en maatregelen, als in het strafrecht (zie 3.3).

²⁸⁶ *Kamerstukken* 1994/95, nr. 3, p. 11-12. Dit werd volgens hem bevestigd in een uitspraak van de Centrale Raad van Beroep waarin was uitgesproken dat toepassing van de sanctiebepalingen in de Werkloosheidswet niet kan worden aangemerkt als strafvervolgning in de zin van art. 6 EVRM (CRvB 21 december 1993, *RSV* 1994/132).

²⁸⁷ *Kamerstukken* 1994/95, nr. 3, p. 13.

²⁸⁸ *Kamerstukken* 1994/95, nr. 3, p. 11-13. Uitgebreid Lenos 1998, p. 168-173.

om op dit punt in de bestuurlijke boeteprocedure af te wijken van het procedurevoorschrift in het commune strafrecht.²⁸⁹ Voorts ging de minister in op de functiescheiding²⁹⁰ (volgens de minister kon aan de boeteoplegging ook zonder uitdrukkelijke functiescheiding uitvoering worden gegeven), en werd in art. 27b van het Wetsvoorstel voorzien in het recht op tolkenhulp.²⁹¹ De overige door genoemde verdragsbepalingen geregelde waarborgen²⁹² zijn niet in de wet opgenomen. Dit betekende volgens de minister niet dat in een voorkomend geval niet toch op grond van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur aanleiding kan bestaan tot behandeling overeenkomstig deze niet opgenomen verdragsbepalingen.²⁹³

Als laatste ging de minister in op het ‘ne bis in idem’-beginsel. Het wetsvoorstel voorzag in een regeling die cumulatie van strafrechtelijk en administratiefrechtelijk punitief ingrijpen voorkomt. Het cumulatieverbod is uiteindelijk in de wet gekomen in de vorm van het una via-beginsel: indien meer soorten overheidssancties voorhanden zijn, dient een keuze te worden gemaakt voor één weg met uitsluiting van de andere, terwijl deze uitsluiting alsdan definitief is. Het laatste dwingt ertoe dat de andere sanctieweg niet meer mag worden begaan.²⁹⁴ Voorbeelden zijn art. 27d en 135a WW.²⁹⁵ De minister wees erop dat voor een cumulatieverbod van een strafrechtelijke of een administratieve boete met een niet-punitieve administratieve sanctie (een maatregel dus) geen aanleiding bestond.²⁹⁶ Dit ontslaat het uitvoeringsorgaan volgens de minister niet van de verplichting om ook in die gevallen de proportionaliteit en het evenredigheidsbeginsel in acht te nemen.²⁹⁷

²⁸⁹ De cautie is in het strafrecht geregeld in art. 29 lid 2 Sv: ‘Voor het verhoor wordt de verdachte medegedeeld dat hij niet verplicht is tot antwoorden.’ (zie ook paragraaf 3.2.3.4).

²⁹⁰ Onafhankelijkheid van de organisatie die het boetebesluit neemt.

²⁹¹ In het huidige art. 27b WW staan zowel het zwijgrecht, de cautiplicht als het recht op tolkenhulp.

²⁹² Gelegenheid voor voorbereiding van de verdediging, (kosteloze) rechtshulp en oproeping en ondervraging van getuigen (resp. art. 6 lid 3 onder b, c en d EVRM).

²⁹³ *Kamerstukken 1994/95*, nr. 3, p. 13-20.

²⁹⁴ Rogier 1992, p. 143; Verheul 1994, p. 74.

²⁹⁵ Zo staat in art. 27d lid 1 WW: ‘Een boete wordt niet opgelegd zolang de gedraging wordt onderzocht door het openbaar ministerie.’ Het una via-beginsel houdt volgens de minister in dat, wanneer ter zake van gedragingen die zowel strafrechtelijk als administratiefrechtelijk kunnen worden afgedaan eenmaal een keuze is gemaakt, en de daarbij behorende handelingen zijn verricht, deze als definitief wordt aangemerkt; strafvervolgning sluit oplegging van een administratieve boete uit en andersom. Ook indien tegen de boete nog bezwaar of beroep openstaat en zelfs als de boete in bezwaar of beroep ongedaan wordt gemaakt, staat niet alsnog de strafrechtelijke weg open (*Kamerstukken II 1994/95*, 23 909, nr. 3, p. 20-21).

²⁹⁶ De minister gaf in de memorie van toelichting zelf het voorbeeld van een werkloze die onvoldoende sollicitatie-activiteiten ontplooit en tegelijkertijd daarover onjuiste inlichtingen verstrekt; dat dient te leiden tot (gedeeltelijke) weigering van de uitkering én oplegging van een boete. In zo’n geval is volgens de minister evenwel geen sprake van strijd met het ‘ne bis in idem’-beginsel, omdat wordt gereageerd op twee verschillende gedragingen. Daarnaast kan volgens de minister de situatie zich voordoen dat één gedraging schending van twee verplichtingen inhoudt die zowel onder het administratiefrechtelijke c.q. strafrechtelijke boetesysteem als onder de administratieve maatregel kan worden gebracht (*Kamerstukken II 1994/95*, 23 909, nr. 3, p. 20).

²⁹⁷ *Kamerstukken 1994/95*, nr. 3, p. 20-21.

In latere regelgeving die tot stand is gekomen op grond van de WBM is eveneens aandacht besteed aan het opleggen van sancties bij het ontbreken van verwijtbaarheid. Dit heeft geleid tot de bepalingen dat geen maatregel, respectievelijk geen boete wordt opgelegd indien elke vorm van verwijtbaarheid ontbreekt (art. 27 lid 4 WW en art. 27a lid 2 WW).²⁹⁸ De bescherming gaat derhalve verder dan op grond van het beginsel ‘geen straf zonder schuld’ het geval zou zijn: ook voor de maatregelen geldt dat ze niet mogen worden opgelegd indien de schuld ontbreekt.²⁹⁹

3.9.2 Literatuur

De bespreking van bestuurlijke sancties in het socialezekerheidsrecht komt bij meerdere schrijvers aan de orde. In de eerste plaats kan worden gewezen op de studie van Rogier. Bij Rogier komen sancties in het sociale zekerheidsrecht aan bod in het kader van zijn dissertatieonderzoek naar de keuze tussen strafsancities en administratieve sancties.³⁰⁰ Strafsancities en administratieve sancties zijn beiden overheidssancities: ‘negatieve sancties in het kader van de overheids-taak’.³⁰¹ In het kader van de bespreking van de *bestuursstrafrechtelijke* sancties³⁰² (als een tussenvorm van sancties die naar hun aard tussen strafsancities en administratieve sancties in vallen)³⁰³ besteedt hij mede aandacht aan de boeten in enkele sociale zekerheidswetten (CSV, WW en ABW).³⁰⁴

²⁹⁸ Lenos 1998, p. 206-207.

²⁹⁹ Zie ook Lenos 1998, p. 206-207.

³⁰⁰ L.J.J. Rogier, *Strafsancities, administratieve sancties en het una via-beginsel* (diss. Rotterdam), Arnhem: Gouda Quint 1992. Hij doet het onderzoek vanuit de optiek van de rechtsbescherming en spitst zich daarbij toe op de betekenis van het una via-beginsel (Rogier 1992, p. 3-5). Zie ook: L.J.J. Rogier, *Straffend bestuur* (oratie Rotterdam), Deventer: Gouda Quint 2001; L.J.J. Rogier, *De Algemene wet bestuursrecht en strafrecht*, Deventer: Kuwer 1995; H. de Doelder & L.J.J. Rogier (red.), *Opstellen over bestuursstrafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1994.

³⁰¹ Rogier 1992, p. 7-18. Vervolgens gaat hij in op het onderscheid tussen strafsancities en administratieve sancties. Hij doet dit vanuit de rechtsbeschermingsoptiek: ‘De burger dient beschermd te worden tegen een overheid die hem wegens onrechtmatig gedrag langs meer dan een weg kan aanpakken.’ (Rogier 1991, p. 21). Ondanks de relatieve betekenis die eraan moet worden toegekend in het licht van de jurisprudentie van het EHRM, hanteert hij als uitgangspunt bij het maken van dit onderscheid het criterium van de sanctie-oplegger. Hierbij onderscheidt hij drie niveaus: de rechter, het bestuur en de wetgever (Rogier 1992, p. 21-27). Voorts hanteert hij als criteria: waarvoor wordt de sanctie opgelegd (aard van het gedrag), waartoe en met welk gevolg (de aard van de sanctie), en de effectiviteit en efficiency van de sancties. Bij de effectiviteit en efficiency van sancties tekent hij aan dat deze bedrijfseconomische eisen in evenwicht moeten zijn met de rechtswaarborgen. Bij de invulling van de onderscheidende criteria maakt hij gebruik van de door het EHRM geformuleerde ‘criminal charge’-criteria. Hij acht het derde criterium, aard van de sancties het meest bruikbare criterium bij het maken van onderscheid tussen strafsancities en administratieve sancties. De aard van het gedrag en de efficiency en effectiviteit geven slechts een indicatie voor het onderscheid, terwijl het formele criterium (de sanctieoplegger) alleen op *nationaal* niveau het meeste houvast biedt (Rogier 1992, p. 21-42).

³⁰² Dit zijn sancties die door het bestuur worden opgelegd en daarmee volgens het criterium van de sanctie-oplegger zijn aan te merken als administratieve sancties. Rogier meent dat het hier gaat om een bijzondere vorm van bestuursrecht (en niet van strafrecht) (Rogier 1992, p. 73-75 en 82-101).

³⁰³ Daarnaast noemt hij de buitengerechtelijke sancties als tussenvorm van sancties die naar hun aard tussen strafsancities en administratieve sancties invallen. Onder buitengerechtelijke sancties verstaat hij het buitengerechtelijk afdoen van overtredingen en het leeuwendeel van de geregistreerde

Twee schrijvers die specifiek ingaan op sancties in het socialezekerheidsrecht zijn Verheul en Lenos. Verheul doet dit in zijn preadvies uit 1994 voor de Vereniging voor arbeidsrecht. Hij bespreekt daarin het sanctiebegrip³⁰⁵ en de samenloop van sancties in de sociale zekerheid met strafrechtelijke sancties.³⁰⁶ Lenos behandelt de sancties in de sociale zekerheid in het kader van haar proefschriftonderzoek.³⁰⁷ Zij is daarin op zoek gegaan naar de (uit het strafrecht afkomstige) waarborgen, die in acht moeten worden genomen bij het toepassen van bestuurlijke sancties op het terrein van de sociale zekerheid.³⁰⁸

Tot slot kan nog worden gewezen op de dissertatie van Roording.³⁰⁹ Hij onderzoekt de rol van de administratieve en strafrechtelijke sanctiestelsels op de terreinen van de belastingen en de sociale zekerheid. Een van zijn onderzoeksvragen is of het administratieve sanctiestelsel voldoet aan de eisen die uit een

misdriven, door de *strafrechtelijke* bestuursorganen: politie en OM (met verwijzing naar André de la Porte 198, p. 25, die dit als omschrijving van het bestuursstrafrecht hanteert). Rogier besteedt onder meer aandacht aan de waarschuwing, de transactie en het sepot (Rogier 1992, p. 73 en 75-82).

³⁰⁴ Rogier 1992, p. 73-75 en 82-101.

³⁰⁵ 'Reacties op normschendend gedrag, die de overheid bij de rechtshandhaving ter beschikking staan.' (Verheul 1994, p. 13, zie ook 3.2.3).

³⁰⁶ Onder sanctiesamenloop verstaat hij de situatie dat op eenzelfde gedraging meer handhavingsreacties (kunnen) volgen (Verheul 1994, p. 11). Bij de bespreking van de samenloop van sancties maakt Verheul niet alleen onderscheid tussen interne en externe, maar daarnaast ook tussen accessoire samenloop en gewone samenloop. Met de eerste bedoelt hij de doorwerking van de ene sanctie in de andere; de eerste oplegging vormt de noodzakelijke voorwaarde voor de tweede en de tweede oplegging is het mogelijke gevolg van de eerste. Tussen de sancties bestaat een soort conditioneel verband. Als voorbeeld noemt hij een veroordeling wegens een misdrijf, gevolgd door een ontslag als werknemer of ambtenaar. Bij de gewone samenloop staan de sancties los van elkaar, hetgeen Verheul een coïncidenteel verband noemt. Accessoire en gewone samenloop kunnen ook onderling cumuleren. Als voorbeeld noemt hij de veroordeling gevolgd door een strafontslag met daarna strafkorting op de uitkering. Voorts maakt hij onderscheid tussen de gewone en de oneigenlijke of pseudo-samenloop. Met de laatste bedoelt hij dat wel meerdere sancties worden opgelegd, maar niet ter zake van hetzelfde feit. Tot slot staat hij kort stil bij de feitsidentiteit (Verheul 1994, p. 46-51).

³⁰⁷ E.E.V. Lenos, *Bestuurlijke sanctietoepassing en strafrechtelijke waarborgen in de sociale zekerheid* (diss. Leiden), Lelystad: Koninklijke Vermande 1998. Zie ook een later verschenen artikel waarin Lenos enkele van haar bevindingen bespreekt: E.E.V. Lenos, 'Mensenrechtelijke en bestuursrechtelijke waarborgen bij handhaving van de sociale zekerheid', *NJCM-bulletin* (24) 1999-6, p. 736-749. Zie ook een ouder artikel van haar hand: E.E.V. Lenos, 'Straf en onschuld in de sociale zekerheid', *SMA* (50) 1995-3, p. 146-160.

³⁰⁸ De waarborgen neergelegd in de verdragsrechtelijke bepalingen art. 6 EVRM en art. 14 IVBPR vormen daarbij het uitgangspunt. Aanleiding voor dit onderzoek was het ruime gebruik van bestuursrechtelijke sancties, het ontbreken van duidelijke inhoudelijke verschillen tussen bestuurlijke en strafrechtelijke normen en straffen en het bestaan van verschillen in rechtsbescherming bij bestuurlijke en strafrechtelijke sanctietoepassing. Het gedeelte van het bestuursrecht waar volgens haar strafrechtelijke waarborgen in acht dienen te worden genomen, noemt zij het bestuursstrafrecht. Ze onderscheidt de bestuursstrafrechtelijke sancties van de gewone bestuurssancties aan de hand van de vraag of de sancties punitief of reparatoir zijn. Punitieve bestuurlijke sancties zijn, in tegenstelling tot reparatoire, niet gericht op herstel of bewerkstelling van een legale situatie, maar op straffen en afschrikken door (te dreigen met) leedtoevoeging.

³⁰⁹ J.F.L. Roording, *Sanctierecht in de belastingen en de sociale zekerheid* (diss. Nijmegen), Nijmegen: Ars Aequi Libri 1994.

oogpunt van rechtsbescherming aan stelsels van strafvervolging c.q strafoplegging moeten worden gesteld.³¹⁰

3.9.2.1 Art. 6 EVRM

Na bestudering van genoemde literatuur blijkt dat de schrijvers ter beantwoording van de vraag aan welke rechtswaarborgen de sancties moeten voldoen art. 6 EVRM (en art. 14 IVBP) als uitgangspunt nemen.³¹¹ Rogier wijst er op dat terecht veel aandacht wordt besteed aan de effectiviteit en efficiency van sancties, maar dat deze bedrijfseconomische eisen wel in evenwicht met de rechtswaarborgen dienen te zijn.³¹² Die rechtswaarborgen bestaan volgens hem onder meer uit de waarborgen die art. 6 EVRM biedt bij 'criminal charges'.

Verheul en Lenos toetsen de bestuursrechtelijke sancties uit de sociale zekerheid aan de 'criminal charge'-criteria van art. 6 EVRM. Lenos onderschrijft de in de WBM gemaakte tweedeling van bestuurlijke sancties in sancties waarvoor de 'criminal charge'-waarborgen wel gelden (de boetes) en sancties waarvoor deze niet gelden (de maatregelen), op één uitzondering na. Zij meent namelijk dat bij de 'maatregel' die volgt op het niet *tijdig* voldoen aan de (uniforme) inlichtingenplicht, te weten weigering van de betreffende uitkering, ook sprake is van een 'criminal charge'.³¹³ Verheul en Roording zijn eveneens van mening dat de sanctie van prestatieweigering op grond van de 'criminal charge'-criteria als een straf kan worden aangemerkt.³¹⁴ Het feit dat de

³¹⁰ Roording 1994, p. 3. Hij ziet het strafrecht als een bijzonder deel van het bestuurlijk sanctierecht en gaat op zoek naar de gemeenschappelijke basis van deze twee rechtsgebieden. Uitgangspunt van zijn onderzoek is dat iedere procedure betreffende de oplegging van een strafsancie moet voldoen aan de eisen die op grond van art. 6 EVRM aan strafrechtspraak worden gesteld, ongeacht de precieze, door het begrip 'criminal charge' bepaalde reikwijdte van art. 6 EVRM (Roording 1994, p. 5).

³¹¹ Verheul 1994, p. 27 e.v.; Lenos beoordeelt de WBM in het licht van de waarborgen die deze internationale bepalingen bevatten; het onschuldvermoeden, het 'nemo tenetur'-beginsel en het 'ne bis in idem'-beginsel (Lenos 1998, p. 8-9); Roording hanteert als uitgangspunt dat iedere procedure betreffende de oplegging van een strafsancie moet voldoen aan de eisen die op grond van art. 6 EVRM aan strafrechtspraak worden gesteld, ongeacht de precieze, door het begrip 'criminal charge' bepaalde reikwijdte van art. 6 EVRM (Roording 1994, p. 5 en 315).

³¹² Rogier 1992, p. 40.

³¹³ Lenos 1998, p. 168-173, 305 en 316.

³¹⁴ Verheul maakt een onderscheid tussen retributieve (bestraffende) en reparatoire (herstellende) sancties in het sociale zekerheidsrecht. Daarnaast onderscheidt hij tussen- en mengvormen. De retributieve sancties zijn: de premieboete (de verhoging of administratieve boete (aan de heffingskant) bij de navordering of naheffing van verschuldigde premies), de prestatieweigering (gehele of gedeeltelijke, tijdelijke of blijvende niet-uitbetaling van uitkering of toeslag) en de prestatieboete (de administratieve boete aan de uitkeringskant). De laatst genoemde twee sancties zijn de sancties aan de distribuerende kant van de sociale zekerheid. Zodoende bestaat aan deze kant een tweedeling in normen en sancties; verplichtingen die worden gehandhaafd door de prestatieweigering en verplichtingen die worden gehandhaafd door de prestatieboete. Hij toetst deze indeling vervolgens aan de 'criminal charge'-criteria van het EHRM. Hieruit blijkt dat de premie- en prestatieboete zonder meer aan de criteria voldoen (Verheul 1994, p. 21-45).

prestatieweigering in het wetsvoorstel WBM tot administratieve maatregel werd gedoopt, omdat het geen punitieve sanctie zou zijn, achten zij een misvatting.³¹⁵

Verheul, Lenos en Roording zijn het dan ook niet eens met het systeem van de WBM, waarin meer rechtsbescherming slechts voor boetebesluiten in het leven is geroepen. Volgens hen moeten de weigeringsbesluiten (naar aanleiding van het niet-tijdig verstrekken van inlichtingen) ook voldoen aan de waarborgen van art. 6 EVRM en art. 14 IVBPR.

3.9.2.2 Samenloop van sancties: ‘ne bis in idem’- en ‘una via’-beginsel

Met name de bescherming tegen sanctiesamenloop krijgt bij genoemde schrijvers bijzondere aandacht.³¹⁶ Lenos bespreekt het ‘ne bis in idem’-beginsel samen met het daarmee nauw verwante una via-beginsel. Zij is van mening dat beide beginselen van toepassing zijn zodra sprake is van cumulatie van ‘criminal charges’. Is geen sprake van cumulatie van criminal charges,³¹⁷ dan zijn deze beginselen strikt genomen niet van toepassing. In dat geval moet echter wel worden voldaan aan het evenredigheidsbeginsel; de algemene beginselen van behoorlijk bestuur zijn immers ook van toepassing.³¹⁸

‘Naast *criminal charges* bestaan op het terrein van de sociale zekerheid sancties die niet als zodanig kunnen worden gekwalificeerd maar daarvan wel elementen bevatten. Ook deze sancties kunnen cumuleren: met elkaar of met een *criminal charge*. Dan kan het vereiste van evenredigheid tussen sanctie en ernst van het handelen of – algemener gesteld – het vereiste van evenredigheid tussen doel en middel normerend werken.’³¹⁹

Bij een dergelijke cumulatie dient het totaal van de sancties te worden gematigd, zo stelt Lenos. Dit geldt volgens haar a fortiori indien de schending van verschillende normen voortkomt uit één oorzaak.

Verheul bespreekt een aantal beginselen, waaronder het ‘ne bis in idem’- en het ‘una via’-beginsel,³²⁰ en gaat na in hoeverre ze normerend werken op het

³¹⁵ Verheul 1994, p. 104. Roording 1994, p. 123 en 269-271. Roording acht de stelling dat de weigering van een uitkering een niet-punitieve sanctie is, onhoudbaar en ziet geen reden waarom het una-via-stelsel niet zou mogen worden uitgebreid tot de weigering van de uitkering.

³¹⁶ Lenos gaat daarnaast ook in op het onschuldvermoeden en het ‘nemo tenetur’-beginsel.

³¹⁷ Een ‘criminal charge’ cumuleert met een ‘niet-criminal charge’, of een ‘niet-criminal charge’ cumuleert met een andere ‘niet-criminal charge’.

³¹⁸ Lenos 1998, p. 282 e.v.

³¹⁹ Lenos 1998, p. 289. Dit stemt overeen met hetgeen de minister hierover zei in de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel Boeten en maatregelen in de sociale zekerheid (zie 3.9.1).

³²⁰ Bij de bespreking van dit beginsel gaat hij tevens in op de variant van ‘sanctieverval’, hetgeen inhoudt dat de sanctiebeslissing in het ene traject de sanctie voor hetzelfde feit uit het andere ongedaan maakt, respectievelijk restitueert wat van die sanctie al ten uitvoer is gelegd. Voor voorbeelden verwijst hij naar het fiscaal recht en naar de regeling van de prestatieboete in de WBM. Deze regels hebben volgens hem gemeen dat ze eenzijdig werken: de bestuurlijke handhaving wijkt steeds voor de strafrechtelijke, maar na een bestuursrechtelijke sanctie staat de mogelijkheid van strafrechtelijke interventie nog steeds open. Een sterkere bescherming geeft volgens Verheul de una via-variant waarbij sanctietrajecten over en weer worden geblokkeerd. Dit is het geval in het systeem van de WBM (Lenos 1994, p. 76-81).

verschijnsel sanctiesamenloop. De ‘ne bis in idem’-bescherming blijkt te berusten op een gedegen en gedifferentieerde beginselbasis. De evenredigheid met haar vele facetten, zo stelt Verheul, heeft daarbij de sterkste papieren. Hij aarzelt niet de bescherming tegen meervoudige overheidsrepressie een ‘geworden’ rechtsbeginsel te noemen. Hij komt tot de slotsom dat men het ‘ne bis in idem’-beginsel mag beschouwen als een algemeen rechtsbeginsel of een aanvaard vereiste van behoorlijk sanctierecht. Over het bereik en de concrete uitwerking kan volgens hem verschillend worden gedacht, maar het legt in ieder geval aan de overheid een inspanningsverplichting op om sanctiesamenloop waar nodig optimaal te reguleren.³²¹

Ook in het onderzoek van Rogier krijgt de samenloop (of cumulatie) van administratieve sancties met strafsancities bijzondere aandacht. In zijn onderzoek staat namelijk de vraag centraal of de overheid, indien zij zowel met strafsancities als met administratieve sancties kan optreden, een keuze dient te maken voor één van beide wegen met uitsluiting van de andere. Met andere woorden, geldt er in dat geval het ‘una via’-beginsel? In tegenstelling tot het (processuele) ‘ne bis in idem’-beginsel in het strafrecht, heeft het ‘una via’-beginsel in het bestuursstrafrecht nog geen wettelijke regeling gekregen. Art. 14 lid 7 IVBP geeft weliswaar een wettelijke basis voor het ‘una via’-beginsel, maar de betekenis is voor Nederland gelijkgesteld aan het ‘ne bis in idem’-beginsel in strafrechtelijke zin (zie ook 3.5.1.1). Dientengevolge geldt het beginsel – zijns inziens ten onrechte – in Nederland slechts voor strafsancities onderling en niet tussen strafsancities en andere sancties. Voorts wijst hij erop dat het ‘una via’-beginsel in de sociale zekerheidswetgeving niet is vastgelegd, met als gevolg dat dubbele bestraffing (in het sociale zekerheidsrecht én in het strafrecht) ten onrechte niet is uitgesloten. Zijn proefschrift dateert echter nog van voor de WBM, waarin het ‘una via’-beginsel inmiddels een wettelijke regeling heeft gekregen.³²²

Roording merkt op dat onbeperkte cumulatie van administratieve en strafrechtelijke sancties voor hetzelfde feit onwenselijk is, zowel uit een oogpunt van doelmatigheid als van rechtvaardigheid. In dat verband bespreekt hij een aantal potentiële afstemmingsbeginselen, waaronder het ‘ne bis in idem’-beginsel.³²³ Hij komt tot de conclusie dat de vermeende externe werking van het ‘ne bis in idem’-beginsel berust op een te onzekere en zwakke basis. Dit neemt volgens hem echter niet weg dat de achter het beginsel liggende notie dat het niet rechtvaardig is om een persoon voor een bepaalde overtreding dubbel te straffen, een sterk (maar geen rechtens dwingend) argument oplevert voor afstemming van administratieve en strafrechtelijke sanctionering.³²⁴

De bescherming die de WBM in de sociale zekerheid brengt op het gebied van ‘ne bis’-bescherming wordt in de literatuur onvolwaardig geacht; de

³²¹ Verheul 1994, p. 85-87, 107. Vgl. Roording 1994, p. 305-307.

³²² Rogier 1992, p. 168.

³²³ Roording 1994, p. 233-237.

³²⁴ Roording 1994, p. 237.

bescherming geldt in deze wet namelijk alleen voor de prestatieboete en niet voor de prestatieweigering. Dit betekent dat bij prestatieweigering interne en externe samenloop mogelijk blijft, hetgeen in schril contrast staat met de literatuur waarin niet aflatend wordt gepleit tegen de samenloop van prestatieweigering met strafrechtelijke interventie en vóór afdoende regulering van het ‘ne bis in idem’-beginsel.³²⁵

Zowel Rogier als Verheul zien het als een taak van de wetgevende en rechterlijke macht het ‘ne bis in idem’-beginsel beter tot zijn recht te laten komen bij cumulatie van strafsancities met administratieve sancties. Bij Verheul wordt dit toegespitst op de samenloop van strafsancities met de maatregel van prestatieweigering in het sociaizekerheidsrecht. Gezien de wettelijke regeling in de WBM is Verheul van mening dat de wetgever tekort is geschoten in het voldoen aan zijn inspanningsverplichting om sanctiesamenloop waar nodig optimaal te reguleren.³²⁶ Gelet op de grote betekenis van het ‘una via’-beginsel is de wetgever volgens Rogier gehouden bij mogelijke cumulatie van strafsancities en administratieve sancties te voorzien in een sluitende ‘una via’-regeling. Bij gebreke daarvan dienen volgens hem de sanctieopleggers het beginsel rechtstreeks toe te passen.³²⁷

3.9.2.3 Overige waarborgen

Behalve het ‘ne bis in idem’-, het ‘una via’-beginsel en de overige waarborgen die uit art. 6 EVRM voortvloeien, wordt in de literatuur nog een aantal andere waarborgen genoemd die bij het opleggen van administratieve sancties in de sociale zekerheid in acht dienen te worden genomen. Een groot deel hiervan wordt gevormd door de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.³²⁸ Onder de algemene beginselen van behoorlijk bestuur vallen in ieder geval het gelijkheidsbeginsel, het evenredigheidsbeginsel en het verbod van willekeur.³²⁹ Verheul stelt dat naarmate het machtspotentieel van de overheid groter is, de algemene beginselen van behoorlijk bestuur aan normatieve kracht winnen:

‘En naarmate de burger meer onderhevig is aan het dwangkarakter van het recht en om die reden meer behoefte heeft aan adequate rechtsbescherming. Dus bij uitstek in het bestuurlijke, strafrechtelijke en tuchtrechtelijke

³²⁵ Verheul 1994, p. 102-106, met een uitgebreide lijst van verwijzingen. Hij stelt daarom voor de bepalingen in de WBM met betrekking tot de samenloop van een boete met een strafrechtelijke vervolging (de zogenaamde ‘blokkeringsbepalingen’), en de bepalingen met betrekking tot de interne sanctiesamenloop, steeds aan te vullen met een toevoeging over de prestatieweigering. Roording vond dat het wetsvoorstel WBM op dit punt de mist in ging. Hij ziet geen reden waarom het unaviastelsel niet zou mogen worden uitgebreid tot de weigering van de uitkering (Roording 1994, p. 269-271). Lenos 1998, p. 316-318.

³²⁶ Verheul 1998, p. 106-110.

³²⁷ Rogier 1992, p. 143-169.

³²⁸ Verheul 1994, p. 53-54; Lenos 1998, p. 282 e.v. en 313-320.

³²⁹ Zie Rogier 1992, p. 40.

sanctierecht. Daar kunnen burgers als persoon worden terechtgewezen door aantasting van hun burgerlijke vrijheden.³³⁰

Dit roept volgens hem om normen van rechtsfatsoen of behoorlijkheid die de machtigste partij moet naleven. Op deze manier kan het recht een van zijn belangrijkste functies vervullen, namelijk regulering van macht. Aldus krijgen sancties volgens Verheul een eigen ‘tandvlees’: een normatief omhulsel dat uit geschreven regels en beginselen bestaat.³³¹ Dit omhulsel bestaat behalve uit het ‘ne bis in idem’-beginsel en het ‘una via’-beginsel uit de redelijkheid en billijkheid, de evenredigheid, de rechtszekerheid en doelmatigheid. Verheul noemt als grondnormen voor de belangenafweging in het sanctierecht: de beginselen van redelijke en billijke respectievelijk evenredige belangenafweging, het beginsel van evenwichtigheid en het willekeurverbod. Met name aan het beginsel van de evenredigheid, of proportionaliteit en subsidiariteit, besteedt hij uitgebreid aandacht. De keuze en de zwaarte van de sanctie kan volgens hem worden gerelateerd aan het belang dat met de sanctie wordt gediend, het te verwachten gevolg, de ernst van het gesanctioneerde feit en de verwijtbaarheid. Al met al acht hij de evenredigheid een vanzelfsprekende rem op interne en externe samenloop.³³²

Ook Rogier, Lenos en Roording wijzen op het belang van het evenredigheidsbeginsel bij de toepassing van sancties (zie ook 3.9.2.2).³³³ Roording wijst er bovendien op dat het evenredigheidsbeginsel onmiddellijk verband houdt met het ‘schuldbeginsel’ (geen straf zwaarder dan de schuld, zie ook 3.3.1). Het schuldbeginsel volgt weer logisch uit het ‘geen straf zonder schuld’-beginsel.³³⁴ Voorts worden door Roording en Verheul het ‘Anrechnungsprinzip’ of ‘aanrekening’ besproken (zie ook 3.6.1.2).³³⁵ Verheul komt tot de conclusie dat aanrekening een aanvaardbaar procédé lijkt om onwenselijke sanctiesamenloop te beteugelen wanneer de wetgever daarin niet of ontoereikend voorziet. Hij beschouwt dit niet alleen als een zachte uitwerking van het ‘ne bis in idem’-beginsel, maar ook als een noodzakelijk sequel van het beginsel van evenredigheid.³³⁶ Volgens Roording is aanrekening een techniek waarmee uitwerking kan worden gegeven aan de eisen die de billijkheid, het evenredigheidsbeginsel of het materiële ‘ne bis in idem’-beginsel aan sanctieoplegging stellen.³³⁷

Lenos staat in haar onderzoek uitgebreid stil bij het onschuldvermoeden en het ‘nemo tenetur’-beginsel (zie 2.2.3.4 en 2.3.4.3 van het voorgaande

³³⁰ Verheul 1994, p. 53.

³³¹ Verheul 1994, p. 54 (met verwijzing naar Duk 1973 en Nicolai 1984, p. 5 waaraan hij de metafoor ‘tandvlees van het recht’ heeft ontleend).

³³² Verheul 1994, p. 54-65.

³³³ Rogier 1992, p. 40; Lenos 1998, p. 313-320; Roording 1994, p. 241-243.

³³⁴ Roording 1994, p. 241.

³³⁵ Roording 1994, p. 238-240.

³³⁶ Verheul 1994, p. 84.

³³⁷ Roording 1994, p. 240.

hoofdstuk). Zij wijst er op dat het beginsel ‘geen straf zonder schuld’ uit het beginsel van de onschuldpresumptie voortvloeit en gaat in op de vraag welke eisen het onschuldvermoeden stelt aan het opleggen van een sanctie in verband met het schenden van de inlichtingenplicht. Zij wijst er op dat noch art. 6 lid 2 EVRM, noch het beginsel ‘geen straf zonder schuld’ (zelfstandig) van toepassing zijn op de weigeringsbesluiten. De regel dat bij het ontbreken van verwijtbaarheid geen sanctiebesluit zou moeten volgen, kan volgens haar worden gebaseerd op het evenredigheidsbeginsel.³³⁸

3.9.3 Concluderend

Geconcludeerd kan worden dat zowel bij de totstandkoming van de WBM, als in de literatuur veel aandacht is besteed aan de normering van sancties in het socialezekerheidsrecht. Voorts wordt ook in dit rechtsgebied onderscheid gemaakt tussen straffen en maatregelen, met gevolgen voor de normering van de sancties. Voor dit onderscheid en de daaraan verbonden gevolgen werd door de wetgever aangeknoopt bij het ‘criminal charge’-begrip van art. 6 EVRM. Dit is vanzelfsprekend, aangezien in de rechtspraak van het EHRM is bepaald dat ook administratiefrechtelijke sancties onder dit begrip kunnen vallen (zie 3.5.2.3). Dientengevolge worden de boeten genormeerd door de waarborgen van art. 6 EVRM, waaronder de onschuldpresumptie en het ‘ne bis in idem’-beginsel. In latere regelgeving is tevens – meer dan – tegemoetgekomen aan het beginsel ‘geen straf zonder schuld’: straffen, maar ook *maatregelen*, mogen niet worden toegepast indien de verwijtbaarheid ontbreekt (art. 27 lid 4 WW en 27a lid 2 WW).

Ook in de literatuur wordt steeds uitgegaan van de verdragsrechtelijke bepalingen art. 6 EVRM en art. 14 IVBP. Met name het ‘ne bis in idem’-beginsel en het ‘una via’-beginsel krijgen ruim de aandacht. De samenloop van (strafrechtelijke met administratiefrechtelijke) sancties lijkt als onwenselijk te worden beschouwd. Zijn voornoemde beginselen niet van toepassing, dan volgt in ieder geval uit het evenredigheidsbeginsel en uit het oogpunt der rechtvaardigheid en behoorlijkheid bij sanctie-oplegging dat de samenloop van sancties zo veel mogelijk moet worden voorkomen. Eén schrijver gaat expliciet in op de onschuldpresumptie en het daaruit voortvloeiende beginsel ‘geen straf zonder schuld’.

Kortom, ook in het aanpalende rechtsgebied van het socialezekerheidsrecht wordt de samenloop van meerdere sancties op één gedraging als onwenselijk beschouwd. Het beginsel ‘geen straf zonder schuld’ komt dan wel niet bij alle schrijvers expliciet aan bod, uit het alom gehuldigde evenredigheidsbeginsel volgt eveneens dat bij het opleggen van een sanctie rekening moet worden gehouden met de verwijtbaarheid en dat bij het ontbreken van schuld geen straf behoort te worden opgelegd.

³³⁸ Lenos 1998, p. 207.

3.10 Samenvatting en conclusie

In de inleiding stelde ik de volgende vragen centraal: welke sancties kan de werkgever opleggen, mag een werkgever twee maal voor hetzelfde wangedrag een sanctie opleggen en moet de schuld van een werknemer vaststaan alvorens de werkgever een sanctie mag opleggen? Aangezien deze vragen ook in het strafrecht spelen, zijnde hét sanctierecht bij uitstek, dringt zich de gelijkenis met dit rechtsgebied op.

Onder een sanctie versta ik een reactie op de schending van een (rechts)norm of -regel, althans verplichting, dan wel onrechtmatig of onwettig gedrag, met als gevolg dat de persoon die de rechtsnorm heeft geschonden in zijn belangen wordt getroffen. Gelet op deze omschrijving van het begrip sanctie, kan worden geconcludeerd dat de arbeidsrechtelijke maatregelen die over het algemeen als potentiële sancties worden gezien, terecht als zodanig worden aangemerkt.

In het strafrecht worden sancties onderscheiden in straffen en maatregelen. Vergelijking van arbeidsrechtelijke sancties met strafrechtelijke sancties leert dat het strafrechtelijke onderscheid tussen straffen en maatregelen ook in het arbeidsrecht kan worden gemaakt. In het arbeidsrecht hanteer ik, in plaats van de term 'maatregel', de term 'ordemaatregel' ter onderscheiding van de 'straf'. Straffen zijn arbeidsrechtelijke sancties met een bewust leedtoevoegend karakter. Grondslag van de straf is de vergelding van de schuld, in de zin van verwijtbaarheid, aan het begane onrecht. Doelstelling is de preventie van dat onrecht in de toekomst. Ordemaatregelen zijn sancties die niet leedtoevoegend van karakter zijn, maar gericht zijn op beëindiging van een ongewenste situatie. Onder een ongewenste situatie versta ik een situatie, ontstaan naar aanleiding van het wangedrag van een werknemer, waarvan beëindiging met het oog op de belangen van het bedrijf, de werkgever en de werknemers, noodzakelijk is. Het bestaan van een dergelijke situatie is tevens de grondslag van de maatregel. Indien van een arbeidsrechtelijke sanctie niet met zekerheid kan worden gezegd of deze vergeldend van aard is, dan wel is gericht op de beëindiging van een ongewenste situatie, hanteer ik ter vaststelling van het karakter het *noodzakelijkheidsvereiste*: is de betreffende sanctie noodzakelijk ter beëindiging van een ongewenste situatie, dan is sprake van een ordemaatregel.

Een aantal arbeidsrechtelijke sancties blijkt per definitie altijd het karakter van een straf, dan wel van een ordemaatregel te hebben. De officiële waarschuwing of berisping, het passeren voor een periodieke verhoging, het intrekken van emolumenten, functieverlaging met de daarbij behorende loonsverlaging, vermindering van vakantiedagen, schorsing of non-actiefstelling zonder behoud van loon, het inhouden van het loon en de boete zijn sancties met het karakter van een straf. Ontbinding wegens veranderingen in de omstandigheden is een sanctie met het karakter van een ordemaatregel. De beëindiging wegens een dringende reden heeft in beginsel het karakter van een ordemaatregel, maar aangenomen mag worden dat deze sanctie door zijn

ingrijpende en diffamerende karakter in de beleving van de werknemer een straf is. Voor de resterende sancties – ontbinding wegens wanprestatie, de ‘gewone’ opzegging, schorsing met behoud van loon en overplaatsing – geldt dat ze soms wel en soms niet het karakter van een straf hebben, afhankelijk van het antwoord op de vraag of ze noodzakelijk waren ter beëindiging van een ongewenste situatie.

In het strafrecht worden de in de inleiding gestelde vragen beantwoord aan de hand van het ‘ne bis in idem’-beginsel (iemand mag niet twee maal voor hetzelfde feit worden vervolgd en bestraft) en het beginsel ‘geen straf zonder schuld’ (geen straf mag worden opgelegd indien de schuld in de zin van verwijtbaarheid ontbreekt). Een drietal argumenten pleiten ervoor deze beginselen ook in het arbeidsrecht toe te passen. In de eerste plaats vormen de overeenkomsten tussen het arbeidsrechtelijke sanctiestelsel en het strafrechtelijke sanctiestelsel een argument voor toepassing van de beginselen ‘ne bis in idem’ en ‘geen straf zonder schuld’. Het arbeidstuchtrecht kan als een vorm van strafrecht worden beschouwd, met een gelijksoortige behoefte aan rechtsbescherming van de ondergeschikte werknemer jegens de macht van de werkgever. In de tweede plaats is het feit dat door de werkgever *straffen* kunnen worden opgelegd naar mijn mening een argument voor toepassing van de beginselen ‘ne bis in idem’ en ‘geen straf zonder schuld’ in het arbeidsrecht. Straf is vergelding van schuld, dit geldt zowel voor een lichte als voor een zware straf, zowel in het strafrecht als in het arbeidsrecht. Tot slot kan een argument voor toepassing worden ontleend aan de jurisprudentie van het EHRM met betrekking tot het ‘criminal charge’-begrip. De strekking van deze rechtspraak is dat bij procedures tot het opleggen van een *straf* bepaalde rechtswaarborgen, zoals het ‘ne bis in idem’-beginsel en de onschuldpresumptie (waaraan het beginsel ‘geen straf zonder schuld’ verwant is), in acht dienen te worden genomen. Overigens vloeit ook uit het beginsel van goed werkgeverschap voort dat het een goed werkgever niet aangaat een werknemer, wiens schuld (nog) niet vaststaat, een straf op te leggen, of een werknemer meerdere malen voor hetzelfde feit te straffen.

Door toepassing van de beginselen ‘ne bis in idem’ en ‘geen straf zonder schuld’ kunnen de in de inleiding gestelde vragen worden beantwoord. Dit leidt tot de volgende conclusies. De werkgever mag ter zake van hetzelfde wangedrag niet twee maal een *straf* opleggen. Een straf en een ordemaatregel mogen in beginsel wel, maar dit kan in strijd zijn met het, uit het beginsel van goed werkgeverschap voortvloeiende, evenredigheidsbeginsel. Voorts staat het ‘ne bis in idem’-beginsel niet in de weg aan het opleggen van een straf indien ter zake van hetzelfde wangedrag eveneens een straf door de strafrechter wordt opgelegd: de werkgever heeft een zelfstandig belang bij het bestraffen van wangedrag van zijn werknemers. Op grond van (onder meer) het rechtszekerheids- en evenredigheidsbeginsel dient de werkgever echter wel rekening te houden met de door strafrechter opgelegde straf. Ik pleit dan ook voor een gematigde externe doorwerking van het ‘ne bis in idem’-beginsel. Dit kan ook worden omschreven als het ‘aanrekeningsbeginsel’: rekening wordt

gehouden met voor hetzelfde feit reeds opgelegde, of voorgenomen sancties. Het beginsel 'geen straf zonder schuld' betekent voor het arbeidsrecht dat een werkgever geen *straf* mag opleggen indien de schuld, in de zin van verwijtbaarheid, nog niet is vastgesteld. Wordt een werknemer tevens strafrechtelijk voor het wangedrag vervolgd, dan vereist de door een goed werkgever in acht te nemen zorgvuldigheid dat ter vaststelling van de schuld de uitkomst van de strafrechtelijke procedure wordt afgewacht. Een straf opleggen naar aanleiding van een strafrechtelijke verdenking of voorarrest mag niet: uit het beginsel van de onschuldpresumptie volgt dat op dat moment van schuld (nog) geen sprake is. Het voorgaande is slechts anders in het geval van een uitdrukkelijke bekentenis van de werknemer *jegens de werkgever*. In dat geval hoeft ter vaststelling van de schuld niet de uitkomst van de strafrechtelijk procedure te worden afgewacht en is het beginsel van de onschuldpresumptie niet meer van toepassing in de relatie werkgever-werknemer.

Is (vanwege het ontbreken van de schuld) een *straf* niet toegestaan, dan wil dit nog niet zeggen dat een *ordemaatregel* niet mogelijk is. De werkgever dient aan te tonen dat naar aanleiding van het wangedrag een ongewenste situatie is ontstaan, welke een bepaalde ordemaatregel noodzakelijk maakt: het *noodzakelijkheidsvereiste*. Of een bepaalde sanctie noodzakelijk is, dient te worden vastgesteld aan de hand van alle concrete omstandigheden van het geval. Een van de 'omstandigheden' waar rekening mee moet worden gehouden is de onschuldpresumptie. Dit blijkt ook uit de lijst van relevante omstandigheden die uit de lagere jurisprudentie is te destilleren. Het aanvoeren van alleen de verdenking, het voorarrest of de strafrechtelijke veroordeling is in ieder geval onvoldoende ter rechtvaardiging van een ordemaatregel: aan de hand van de gevolgen moet worden aangetoond dat een bepaalde sanctie noodzakelijk is. Met name de gevolgen van een strafrechtelijk voorarrest kunnen een ordemaatregel noodzakelijk maken. Behalve de onschuldpresumptie, is bij voorarrest van belang of de werkgever schade lijdt door de afwezigheid van de werknemer, of de werknemer kan worden vervangen door een andere tijdelijke kracht, of de werknemer de werkgever tijdig in kennis heeft gesteld van de (werkelijke) reden van zijn afwezigheid. Voorts kan de grootte van het personeelsbestand van de werkgever een rol spelen.

Ook al is het beginsel 'geen straf zonder schuld' alleen van toepassing op straffen, in sommige gevallen is schuld in de zin van verwijtbaarheid ook een vereiste voor het opleggen van een ordemaatregel. Dit is het geval indien de aard van het verweten wangedrag de eis van verwijtbaarheid impliceert, zoals bij diefstal het geval is. Een strafrechtelijke verdenking of voorarrest impliceert geen schuld, dus hoeft de werkgever dit bij het opleggen van een ordemaatregel niet aan te tonen. De werkgever moet daarentegen wel kunnen aantonen dat, ondanks het feit dat van schuld (nog) geen sprake is, uit de overige omstandigheden voortvloeit dat de gevolgen van de verdenking of het voorarrest de ordemaatregel noodzakelijk maken.

Aangezien de beëindiging wegens een dringende reden in beginsel een ordemaatregel is, is schuld geen vereiste. Het ingrijpende en diffamerende

karakter van deze wijze van beëindigen brengt echter met zich, dat daar waar de aard van het wangedrag schuld impliceert, extra zware eisen aan de vaststelling van die schuld moeten worden gesteld. Een aantal wettelijke voorbeelden van dringende reden impliceren de eis van verwijtbaarheid. Aangezien een strafrechtelijke verdenking of voorarrest niet de eis van verwijtbaarheid impliceert, dient de rechtmatigheid van een beëindiging wegens een dringende reden in dat geval te worden beoordeeld louter aan de hand van de overige omstandigheden van het geval. Gezien de draconische gevolgen van een beëindiging wegens een dringende reden, dienen extra zware eisen te worden gesteld aan die overige omstandigheden en de motiveringsplicht van de rechter. Overigens is het vereiste van onverwijldheid van een ontslag op staande voet niet in strijd met het afwachten van de uitkomst van de strafrechtelijke procedure indien de werknemer wordt vervolgd: pas op het moment dat de strafrechter onherroepelijk uitspraak heeft gedaan over de schuld van de verdachte werknemer, ontstaat eventueel de dringende reden.

Door middel van de vergoeding bij ontbinding wegens veranderingen in de omstandigheden kan tegemoet worden gekomen aan het (onbedoelde) leed voortvloeiend uit deze ordemaatregel. Een vergoeding onder voorwaarde van vrijspraak of niet verdere vervolging is naar mijn mening echter in strijd met de ratio van art. 7:685 BW, de onschuldpresumptie, het maatschappelijk belang en het persoonlijk belang van de betrokken werknemer.

Als extra argument voor de toepassing van de beginselen 'ne bis in idem' en 'geen straf zonder schuld, kan worden gewezen op de normering van sancties in een aanpalend rechtsgebied: het sociaalzekerheidsrecht. Ook in dit nauw aan het arbeidsrecht verwante rechtsgebied wordt het opleggen van meerdere sancties naar aanleiding van hetzelfde wangedrag als onwenselijk beschouwd. Indien het 'ne bis in idem'-beginsel of het 'una via'-beginsel niet direct van toepassing zijn, dan volgt dit wel uit het alom gehuldigde evenredigheidsbeginsel. Uit dit beginsel volgt bovendien dat bij het opleggen van een sanctie rekening moet worden gehouden met de verwijtbaarheid en dat bij het ontbreken van schuld geen straf behoort te worden opgelegd. Aangezien in 3.6 en 3.8 al bleek dat het evenredigheidsbeginsel ook in het arbeidsrecht een algemeen erkend beginsel (van goed werkgeverschap) is, pleit het voorgaande ervoor de waarborgen voortvloeiend uit de beginselen 'ne bis in idem' en 'geen straf zonder schuld' alleen al op grond van het evenredigheidsbeginsel ook in het arbeidsrecht in acht te nemen.

4. De legitimatie van straffen door de werkgever

4.1 Inleiding

In het voorgaande hoofdstuk heb ik onderscheid gemaakt tussen straffen en ordemaatregelen. Voor het opleggen van een ordemaatregel moet de werkgever kunnen aantonen dat sprake is van een ongewenste situatie en dat de betreffende maatregel *noodzakelijk* is ter beëindiging van die ongewenste situatie. Kan de werkgever dit aantonen, dan is daarmee tevens de legitimatie (rechtvaardiging) van de ordemaatregel gegeven. Het is in dat geval namelijk niet de werkgever die ‘oordeelt’ of een sanctie wordt opgelegd; de situatie ‘noodzaakt’ de werkgever tot de betreffende ordemaatregel over te gaan. Bijgevolg is van spanning tussen de beoordelingsvrijheid van de werkgever enerzijds, en de rechtszekerheid en rechtsgelijkheid van de betrokken werknemers anderzijds, geen sprake. Een ordemaatregel is vanuit het oogpunt van legitimatie dan ook niet problematisch. Voor straffen door de werkgever gaat het voorgaande niet op. ‘Straffen’ is een vorm van bewuste leedtoevoeging ter vergelding van wangedrag: de betrokken werkgever oordeelt of hij naar aanleiding van het wangedrag een straf oplegt. De centrale vraag van dit hoofdstuk is hoe het straffen door werkgevers wordt gelegitimeerd.

Als gevolg van de gelijkens in de verhoudingen ‘werkgever-werknemer’ en ‘overheid-burger’ – het straffen door werkgevers maakt de gelijkens nog groter – (zie 3.5.2.1), dringt zich (opnieuw) de vergelijking met het overheidsstrafrecht, zijnde hét sanctierecht bij uitstek, op. Juist omdat in het strafrecht diep ingrijpende bevoegdheden kunnen worden uitgeoefend, vereist het legaliteitsbeginsel daar een uitgebreide en wettelijke regeling: het overheids-optreden moet gebaseerd zijn op een daaraan voorafgaande algemene wettelijke grondslag. Met de voorafgaande wettelijke regeling wordt tegemoetgekomen aan de vereisten van rechtszekerheid en rechtsgelijkheid en wordt het straffen door de overheid gelegitimeerd (zie 4.5.2 en vgl. 2.2 van hoofdstuk 2). Dit doet de vraag rijzen naar de regeling van de strafbevoegdheid van de werkgever: is voor werknemers voldoende duidelijk wanneer de werkgever een straf mag opleggen, en is er sprake van rechtsgelijkheid bij het straffen? Met andere woorden, vindt de bevoegdheid van de werkgever tot het opleggen van straffen voldoende legitimatie in voorafgaande regelgeving die de rechtszekerheid en rechtsgelijkheid van de werknemers waarborgt?

In 4.2 ga ik allereerst in op de rechtsgrond van de strafbevoegdheid. Aangezien met de rechtsgrond nog niets is gezegd over de legitimatie van het straffen, ga ik vervolgens op zoek naar de inbedding van de strafbevoegdheid in arbeidsrechtelijke regelgeving. Uit 4.3 blijkt dat de regelgeving over wangedrag en straffen op het gebied van e-mail en internetgebruik duidelijk is. Maar hoe is de disciplinaire regelgeving ten aanzien van het andere wangedrag van werknemers? Op deze vraag wordt in 4.4 een antwoord gezocht. Ter vergelijking van de bevindingen uit 4.4, sta ik in 4.5 stil bij regelgeving met betrekking

tot het overheidsstrafrecht. Vervolgens ga ik in 4.6 in op de vraag of, en zo ja hoe, de arbeidstuchtrechtelijke regelgeving zou moeten worden uitgebreid. Er is ooit een wetsvoorstel tot wettelijke regeling van het arbeidstuchtrecht geweest. Dit (later weer ingetrokken) wetsvoorstel en de vraag of het voldoet aan het in 4.6 gestelde, komt in 4.7 aan bod. In 4.8 staat de conclusie.

4.2 De rechtsgrond van de strafbevoegdheid

De bevoegdheid van de werkgever tot straffen lijkt in rechtspraak en literatuur algemeen aanvaard te zijn.¹ De vraag die rijst is op welke arbeidsrechtelijke regels die bevoegdheid wordt gebaseerd. Wat geeft de werkgever, vanuit arbeidsrechtelijk oogpunt bezien, het recht een werknemer bewust 'leed' toe te brengen?²

De rechtsgrond van het arbeidstuchtrecht³ wordt altijd teruggevoerd op de arbeidsovereenkomst.⁴ Onderscheid kan worden gemaakt tussen twee situaties: 1. De (collectieve) arbeidsovereenkomst geeft de werkgever de bevoegdheid tot toepassing van disciplinaire straffen en 2. een dergelijke contractuele grondslag ontbreekt. In de eerste situatie heeft de werknemer door het aangaan van de arbeidsovereenkomst expliciet ingestemd met de mogelijkheid van disciplinaire sancties. De bevoegdheid van de werkgever tot het opleggen van een straf kan in dat geval worden gebaseerd op het contract.⁵ In situatie 2 (een directe contractuele grondslag ontbreekt), kan de legitimatie van de strafbevoegdheid ook op de arbeidsovereenkomst worden teruggevoerd. Door het aangaan van de arbeidsovereenkomst heeft de werknemer zich onder het gezag van de werkgever geplaatst. Deze gezagsverhouding blijkt in de eerste plaats uit de bewoordingen van art. 7:610 BW: 'in dienst van'. Daarnaast komt deze

¹ Zie bijvoorbeeld Zondag 2003a, p. 7; Admiraal 1998, p. 10; Olbers 1991, p. 69-71.

² Zie ook Zondag 2003a, p. 8.

³ In de context van het door mij gemaakte onderscheid tussen straffen en ordemaatregelen, komt de term 'arbeidstuchtrecht' overeen met straffen in het arbeidsrecht. Arbeidstuchtrecht omvat evenwel meer dan alleen de straffen. Het arbeidstuchtrecht kan worden omschreven als het geheel van materiële en procedurele normen en regels met betrekking tot het bestraffen van wangedrag van werknemers in het kader van de arbeidsovereenkomst (vgl. SER 93/11, p. 7).

⁴ Zie ook Zondag 2003a, p. 8.

⁵ HR 22 april 1988, NJ 1988, 952 (*Vreurink/FNV*), r.o. 3.3. Hierin hanteert de HR als uitgangspunt dat het recht tot het opleggen van disciplinaire maatregelen ontleent moet worden aan de arbeidsovereenkomst. Voorts overwoog de Hoge Raad dat de werknemers die deelnemen aan een collectieve actie, die op gezag van een erkende vakbond wordt ondernomen, er in beginsel van uit mogen gaan dat het gaat om de geoorloofde uitoefening van het recht op collectief optreden, zoals dit in Nederland op grond van art. 6 lid 4 ESH wordt erkend. Dit met het collectieve karakter van dit recht samenhangende uitgangspunt brengt mee dat in beginsel geen plaats is voor het opleggen van disciplinaire straffen ter zake van gedragingen van werknemers in het kader van de collectieve actie. Zie voor een meer recente uitspraak Ktr. Zwolle 24 mei 2005, JIN 2005, 299, m. nt. van W.A. Zondag: 'Of het de bank is toegestaan om jegens eiseres disciplinaire maatregelen te nemen, dient in de eerste plaats beoordeeld te worden aan de hand van hetgeen partijen contractueel hebben geregeld, hetzij direct in de arbeidsovereenkomst dan wel indirect in de toepasselijk verklaarde CAO van de bank.' (r.o. 3).

gezagsverhouding uitdrukkelijk naar voren in de instructiebevoegdheid van de werkgever ex art. 7:660 BW:⁶

‘De werknemer is verplicht zich te houden aan de voorschriften (...) door of namens de werkgever (...) gegeven’

Aan die instructiebevoegdheid is een formele of informele bevoegdheid tot sanctioneren verbonden.⁷ De bevoegdheid van de werkgever tot tuchtrechtelijk optreden wordt over het algemeen dan ook gebaseerd op de gezagsverhouding.⁸

Het baseren van de strafbevoegdheid op de gezagsverhouding past binnen de zogenaamde institutionele of collectiefrechtelijke benadering van de arbeidsovereenkomst.⁹ Deze benadering komt er kort gezegd op neer, dat de gemeenschappelijke belangen in een onderneming centraal staan.¹⁰ De inhoud van de wederzijdse rechten en verplichtingen wordt niet zozeer bepaald door hetgeen contractueel is vastgelegd, maar door hetgeen voor een goed functionerende werkorganisatie noodzakelijk is. Tuchtrecht is noodzakelijk voor een goed functionerende arbeidsorganisatie: de werkgever heeft middelen nodig om de orde in de onderneming te handhaven.¹¹ Aangezien het ook in het belang van de werknemer is, dat de onderneming goed functioneert,¹² dient de werknemer te accepteren dat hij ten behoeve van het goede reilen en zeilen van het bedrijf de geldende spelregels (waartoe de gezagsverhouding ook gerekend kan worden) moet naleven, op straffe van tuchtmaatregelen.¹³ De verklaring die Koopmans voor het bestaan van het arbeidstuchtrecht geeft, past in deze visie:

‘...deze (het verschijnsel arbeidstuchtrecht, *MMK*) vloeit veeleer voort uit de organisatorische structuur van de onderneming, uit het feit dat een dergelijke

⁶ Loonstra & Zondag 2006, p. 87-89. Uitvoerig over de gezagsverhouding: C.J. Loonstra, ‘De gezagsverhouding ex art. 7:610 BW’, *Sociaal Recht* (20) 2005-3, p. 96-102; T. van Peijpe, ‘Het bereik van de arbeidsovereenkomst’ *SMA* 2003-6, p. 247-249; C.J.H. Jansen en C.J. Loonstra, *Functies onder spanning. Een nieuwe oriëntatie op de gezagsverhouding in de arbeidsovereenkomst*, Deventer: Kluwer 1997.

⁷ Enschedé 1971, p. 2. M.G. Levenbach e.a., *De arbeidsovereenkomst volgens het recht der deelnemende staten van de E.G.K.S.*, Luxemburg 1965, p. 742: Gezag brengt discipline mee.

⁸ *Kamerstukken II* 1994/95, 23 974, nr. 5 (nota n.a.v. het verslag), p. 2; Olbers 1991, p. 71; Enschedé 1971, p. 2 en 11; Levenbach 1965, p. 742; SER 93/11, p. 10; Van der Grinten/Van der Grinten & Bouwens 2005, p. 203.

⁹ Deze benadering staat tegenover de primair klassiek civilistische en individualistische benadering, volgens welke benadering juist het contract sterk bepalend is voor de arbeidsverhouding (Zondag 2002, p. 5). Zie over de institutionele theorie ook F. Dorssemont, ‘Interne flexibilisering’, een variatie op het thema van de institutionele leer. Over het getouwtrek om de ‘institutionele benadering’, *SMA* (60) 2005-3, p. 117-126.

¹⁰ De institutionele theorie heeft naar aanleiding van het Van der Lely/Taxi Hofman-arrest, HR 26 juni 1998, *JAR* 1998/199, in de literatuur veel aandacht gekregen. Uitvoerig over de institutionele benadering van de arbeidsovereenkomst: W.A. Zondag, ‘Institutioneel arbeidsrecht?’, *Themis* (163) 2002-1, p. 3-16.

¹¹ Dit wordt het zogenaamde organisatieaspect van de arbeidsverhouding genoemd.

¹² Door het aangaan van de arbeidsovereenkomst, is de werknemer immers onderdeel gaan uitmaken van de onderneming.

¹³ Olbers 1991, p. 71-72.

georganiseerd verband zonder een zeker tuchtrecht niet functioneren kan. De arbeider hoeft het daarom ook niet te aanvaarden, het is voor hem een gegeven, even vaststaand als de lengte van de fabrieksschoorsteen. Via zijn vakbond kan hij pogen de modaliteiten te beïnvloeden – ... – maar het tuchtrecht zelf kan niet contractueel worden uitgesloten; dat zou een slag in de lucht zijn.¹⁴

Kortom, het bestraffen van een werknemer die buiten zijn boekje is gegaan, is in het belang van een goed functionerende arbeidsorganisatie en dus ook in het belang van alle werknemers: het ‘groepsbelang’.¹⁵

De bruikbaarheid van de institutionele theorie ter legitimatie van disciplinaire straffen, is niet onbegrensd. Met disciplinaire straffen kan inbreuk worden gemaakt op de rechten van de werknemer. Gedacht kan worden aan de straf van schorsing zonder behoud van loon. Uit rechtspraak en literatuur blijkt dat alleen disciplinaire straffen die de overeengekomen arbeidsvoorwaarden *niet* aantasten, kunnen worden gebaseerd op de gezagsverhouding en het belang van de arbeidsorganisatie. Voor disciplinaire straffen waarmee inbreuk wordt gemaakt op de arbeidsvoorwaarden, is een contractuele grondslag vereist.¹⁶ Op deze wijze wordt de betrokken werknemer beschermd tegen ingrijpende straffen. Bovendien creëert dit een evenwicht tussen de behartiging van het ondernemersbelang en het individuele werknemersbelang. Enerzijds moet de werknemer begrijpen dat de werkgever bij bepaald wangedrag van de werknemer gerechtigd is een disciplinaire straf op te leggen. Anderzijds behoort de werkgever rekening te houden met de gerechtvaardigde belangen van de werknemer.¹⁷ Beide belangen kunnen in dit verband worden omschreven als twee kanten van dezelfde medaille en in zeker opzicht communicerende vaten.¹⁸

¹⁴ Koopmans 1965, p. 8, 9.

¹⁵ Zondag in zijn noot bij Ktr. Zwolle 24 mei 2005, *JIN* 2005, 299, Zondag 2003a, p. 9-10 en Zondag 2002, p. 5. Zie ook Jacobs 1997, p. 73.

¹⁶ Zondag 2003a, p. 10 (zie ook zijn noot onder Ktr. Zwolle 24 mei 2005, *JIN* 2005, 299); Van der Grinten/Van der Grinten & Bouwens 2005, p. 204-205; Tjittes 1993, p. 110; Olbers 1991, p. 77. Zie ook de Memorie van Toelichting bij het Wetsvoorstel Arbeidstuchtrecht, (*Kamerstukken II* 1994/95, 23 974, nr. 3, p. 1-2). Zie voor uitspraken: Ktr. Haarlem 16 maart 2006, *LJN* AV6098 (in de CAO kwam de bepaling voor dat de werkgever in afwijking van art. 7:628 BW een werknemer mag schorsen met inhouding van loon bij de aanwezigheid van een dringende reden tot ontslag als bedoeld in art. 7:678 BW. De kantonrechter oordeelde dat geen dringende reden aanwezig was en daarmee kwam de grond voor de schorsing te ontvallen. Daarmee kwam bovendien de grond te ontvallen voor de, als vervolg op de schorsing eenzijdig door de werkgever doorgevoerde, overplaatsing met vermindering van salaris). Ktr. Zwolle 24 mei 2005, *JIN* 2005, 299 (Zie r.o. 5.1 waarin de kantonrechter overweegt dat de bank geen vrijheid toekomt om meer of andere sancties op te leggen dan die in de CAO expliciet mogelijk zijn gemaakt. Bij gebreke van een nadere regeling was het de bank niet toegestaan om, voor zover het arbeidsvoorwaarden betreft, eenzijdig ten ongunste van die CAO-regeling af te wijken. Dientengevolge kon de niet in de CAO genoemde sanctie van salarisverlaging, vanwege het ontbreken van een grondslag, de toets der kritiek niet doorstaan). Zie ook de noot van W.A. Zondag bij deze uitspraak en de conclusie van A-G Mok (r.o. 3) bij HR 17 september 1993, *NJ* 1994, 173 (*Gerritse/HAS*).

¹⁷ Zie ook Loonstra & Zondag 2006, p. 242-243.

¹⁸ Hansma 2000, p. 169.

4.3 Intermezzo: verplichte regelgeving voor e-mail en internetgebruik

Uit 4.2 blijkt dat de arbeidsovereenkomst, dan wel de gezagsverhouding ex art. 7:610 BW en art. 7:660 BW als rechtsgrond van de strafbevoegdheid van de werkgever kan worden beschouwd. De volgende vraag die rijst is, of de strafbevoegdheid van de werkgever voldoende wordt gelegitimeerd door voorafgaande regelgeving. Wordt in arbeidsrechtelijke regelgeving werknemers voldoende rechtszekerheid en rechtsgelijkheid geboden ten aanzien van de strafbevoegdheid van de werkgever?

Allereerst ga ik in deze paragraaf als voorbeeld in op de regels voor e-mail en internetgebruik. Bestudering van de jurisprudentie leert namelijk dat op het gebied van wangedrag bij e-mail en internetgebruik het opstellen van voorschriften geen geheel vrijblijvende zaak (meer) is. Dit is overigens niet altijd zo geweest, maar een door het CBP uitgebracht rapport met de titel 'Goed werken in netwerken' zou aan deze gang van zaken kunnen hebben bijgedragen.¹⁹

4.3.1 Situatie vóór het rapport 'Goed werken in netwerken'

Door het ontbreken van duidelijke en vaste regels was in de jurisprudentie over wangedrag bij e-mail en internetgebruik, voor het uitbrengen van het rapport 'Goed werken in netwerken', geen consequente lijn te ontdekken. Zo liet de Kantonrechter Utrecht bij een verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst met een werknemer die op onoorbare wijze gebruik had gemaakt van internet door veelvuldig pornosites te bezoeken, meewegen dat de werkgever, Campina, geen geschreven regels of codes had opgesteld met betrekking tot internetgebruik voor privé-doeleinden. Dit was volgens de kantonrechter weliswaar geen rechtvaardiging voor de onjuiste handelwijze van de werknemer, maar leidde mogelijk wel tot het gemakkelijker over de schreef gaan van de werknemers.²⁰ Ook de Kantonrechter Apeldoorn hechtte belang aan het voorhanden zijn van inhoudelijk duidelijke en heldere regels over e-mail en internetgebruik. Over de door de werkgever, Achmea, ingevoerde gedragscode merkte de kantonrechter op dat niet genoegzaam was gebleken dat deze consequent zou worden gehandhaafd. Bovendien zou een ontslag op staande voet in dit geval een te zwaar middel zijn geweest. De vooraankondiging van de

¹⁹ Voorts kan worden gewezen op de rol van de WBP (die per 1 september 2001 in de plaats van de Wet persoonsregistraties kwam) als katalysator bij de ontwikkeling van gedragscodes (zie ook 2.3.3.2 van het voorgaande hoofdstuk). Met name het in art. 33 en 34 Wbp verwoorde transparantiebeginsel vereist duidelijkheid vooraf over de controle van e-mail en internetgebruik van werknemers. De regels van de WBP zien echter meer op controle door de werkgever en niet zo zeer op regelgeving over wangedrag door werknemers en de mogelijke straffen.

²⁰ Ktr. Utrecht 13 juli 2000, *JAR* 2000, 199. Gelet op alle overige omstandigheden van het geval, waaronder het zeer lange dienstverband, de smetteloze staat van dienst, zijn leeftijd van 55 jaar en het feit dat hij een gezin met twee kinderen had waarvan 1 meervoudig gehandicapt, werd het verzoek tot ontbinding afgewezen.

gedragscode sprak in eerste instantie namelijk over het nemen van disciplinaire maatregelen.²¹

Naast deze uitspraken kan echter worden gewezen op een aantal uitspraken waarin de rechter bij de beoordeling van het verzoek tot ontbinding geen waarde hechtte aan het ontbreken van duidelijke op schrift gestelde regels over het gebruik van e-mail en internet. Zo overwoog de Kantonrechter Emmen dat ook zonder verbod of algemene regeling voor de werknemer duidelijk had moeten zijn dat een exorbitant privé-gebruik van e-mail aanleiding zou kunnen zijn voor het treffen van maatregelen door de werkgever.²²

4.3.2 *Het rapport 'Goed werken in netwerken'*

Het op 8 januari 2001 door het CBP (destijds nog Registratiekamer) uitgebrachte rapport 'Goed werken in netwerken' moest een einde maken aan het ontbreken van uniforme regels en te zeer uiteenlopende jurisprudentie op het gebied van (controle op) e-mail en internetgebruik.²³ Het rapport geeft vuistregels die de werkgever een handvat bieden om een behoorlijk en zorgvuldig beleid vast te stellen op het gebied van controle van e-mail- en internetgebruik.²⁴ In het voorwoord van het rapport wordt duidelijk dat het een raamregeling is, welke de werkgevers als instrument kunnen gebruiken om de daarin vervatte vuistregels te vertalen naar hun eigen beleid.²⁵ De concrete invulling van het beleid is maatwerk en dient in overleg tussen werkgever en ondernemingsraad tot stand te komen.²⁶ Het rapport stelt onder meer als vuistregel, dat de door de werkgever opgestelde regels helder en eenduidig moeten zijn. De regels moeten duidelijk maken wat in de organisatie is verboden, wat is toegestaan en wat de sancties zijn op overtreding van de regels. De regels moeten bovendien helder worden gecommuniceerd naar de werknemers: de werknemers moeten weten wat toegestaan of verboden is, dat controle mogelijk is, op welke wijze en wat de consequenties zijn van bepaald handelen. Dit kan worden bewerkstelligd door de regels te presenteren op het beeldscherm van de werknemer bij het opstarten van het systeem of van het

²¹ Ktr. Apeldoorn 6 september 2000, *Prg.* 2000, 5561. Vanwege de verstoorde arbeidsrelatie ging de kantonrechter uiteindelijk toch tot ontbinding over.

²² Ktr. Emmen 29 november 2000, *JAR* 2001, 4. De werknemer voerde het verweer dat de werkgever geen beleid voerde op het gebied van nevenwerkzaamheden (de werknemer exploiteerde een aantal sexshops en benaderde klanten via de computer van de werkgever). Bovendien had de werkgever geen regels bekend gemaakt voor het gebruik van e-mail of internet. Zie ook Ktr. Utrecht 20 november 2000, *JAR* 2001, 7 en Ktr. Haarlem 16 juni 2000, *JAR* 2000, 170.

²³ Durve 2001, p. 20-22. Zie over het rapport ook De Laat & Rutgers 2005, p. 1323-1324.

²⁴ Het rapport is in april 2002, naar aanleiding van de invoering van de Wet bescherming persoonsgegevens, door het CBP herzien (J.H.J. Terstegge, *Goed werken in netwerken. Regels voor controle op e-mail en internetgebruik van werknemers*, Den Haag: College bescherming persoonsgegevens 2002).

²⁵ Op grond van art. 27 lid 1 WOR is instemming van de ondernemingsraad vereist bij het vaststellen van een dergelijke regeling.

²⁶ Terstegge 2002, p. 3.

programma. Op die manier wordt gegarandeerd dat de werknemer zich van de regels bewust is.²⁷

4.3.3 Situatie na het rapport 'Goed werken in netwerken'

Na het uitbrengen van het rapport lijkt in de jurisprudentie steeds meer de nadruk te zijn komen liggen op de aanwezigheid van een duidelijk beleid of gedragscodes van de werkgever.²⁸ Zo achtte de Kantonrechter Haarlem, bij de beoordeling van een verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst met een werknemer die pornografische afbeeldingen via de mail had verstuurd en veelvuldig van internet gebruik had gemaakt, mede relevant dat omtrent eventuele sancties tegen internetgebruik onvoldoende duidelijke regels bestonden. Het ontbindingsverzoek (wegens veranderingen in de omstandigheden) werd afgewezen.²⁹ Maar ook uit andere, veelal lagere jurisprudentie blijkt dat van de werkgever wordt verlangd dat hij beleid voert. Dit beleid moet bestaan uit duidelijke, heldere op schrift gestelde regels, bijvoorbeeld in de vorm van een gedragscode. Voor werknemers moet duidelijk zijn wat wel en niet is toegestaan en wat de sancties zijn.³⁰ Werkgevers die alles aan het toeval of aan

²⁷ Terstegge 2002, p. 32.

²⁸ Aldus ook Zondag 2003a, p. 9 en Bom 2003, p. 20. Ook De Laat & Rutgers 2005, p. 1324 wijzen er op dat rechters in toenemende mate van belang achten of de werkgever een gedragscode heeft opgesteld. De inhoud van de codes worden door de kantonrechters evenwel niet getoetst aan de WBP of de vuistregels van de CBP. Zijn de gedragingen van een werknemer in strijd met de code, dan volgt de rechter de code, inclusief de door de code genoemde sancties (Lacevic & Zondag 2004, p. 93. Zie ook de noot van Zondag onder Ktr. Haarlem 4 september 2005, *JIN* 2005, 377). Een voorbeeld is Ktr. Amsterdam 26 april 2001, *JAR* 2001, 101. De kantonrechter wees er op het bedrijf in zijn reglement de sancties (van licht naar zwaar) had aangegeven, waarvan ontslag de zwaarste was. De werkgever had echter onvoldoende duidelijk gemaakt waarom in dat geval voor de zwaarste sanctie was gekozen. Het wangedrag van de werknemer rechtvaardigde in onvoldoende mate een dergelijk ingrijpende maatregel.

²⁹ Ktr. Haarlem 3 april 2003, *JAR* 2003, 117.

³⁰ Een werknemer die door zijn werkgever, DAF, op staande voet was ontslagen wegens het opslaan van pornografische bestanden, bond de strijd met zijn werkgever aan. Hij vorderde bij voorlopige voorziening wedertewerkstelling en doorbetaling van het salaris. DAF voerde aan dat het beleid de laatste jaren al was gericht op het terugdringen van de hoeveelheid 'blote dames-plaatjes' en e-mails met pornografische afbeeldingen. In het kader daarvan waren alle posters van de afdeling verwijderd. DAF voerde voorts aan dat tijdens het afdelingsoverleg de werknemers waren gewezen op de ontoelaatbaarheid van het gebruik van de pc voor privé-doeleinden. Uit een overgelegde verklaring bleek volgens de kantonrechter echter dat de kwestie in een breder verband aan de orde was gesteld en dat, voor zover gesproken was over sancties, onduidelijk was gebleven op welke sancties DAF het oog had. De kantonrechter overwoog dat een duidelijke, heldere en op schrift gestelde gedragscode voor de werknemers klaarblijkelijk ontbrak en oordeelde, in het licht van de overige omstandigheden, dat een ontslag op staande voet wegens het opslaan van pornografische bestanden een te zware sanctie was. De kantonrechter was daarom van mening dat de werknemer de zaak in de bodemprocedure zou winnen en kende de gevraagde voorziening toe. Ktr. Eindhoven 17 september 2002, *Prg.* 2003, 6019. Zie voor andere uitspraken waarin de kantonrechter met name duidelijkheid over de mogelijke sancties centraal stelde: Ktr. 's-Gravenhage 3 oktober 2002, *JAR* 2002, 269. De werkgever had geen richtlijnen uitgevaardigd inzake het internetgebruik door haar werknemers. Volgens de kantonrechter bestond voor de werknemers onvoldoende duidelijkheid omtrent de grenzen van toelaatbaar internetgebruik, zowel wat de aard van de te bezoeken sites, als wat de duur van het gebruik betrof. De kantonrechter wees voorts op het feit dat de problematiek van internet op de werkplek al jaren speelde en dat bij een dergelijke werkgever daarom bekend mag worden

‘de omstandigheden van het geval’ overlaten, kunnen daar later de wrange vruchten van plukken.³¹ Zo zouden bedrijven zonder gedragscode zich de gang naar de kantonrechter kunnen besparen.³²

Geconcludeerd kan worden dat de regelgeving op het gebied van e-mail en internetgebruik in ieder geval waarborgen in zich draagt voor rechtszekerheid. Voorts geeft het rapport van het CBP een waarborg voor rechtsgelijkheid bij het bestraffen van werknemers in dezelfde onderneming.

4.4 Huidige regeling van het arbeidstuchtrecht

Wangedrag van werknemers blijft niet beperkt tot onoorbaar gebruik van e-mail of internet. Er zijn tal van andere manieren waarop een werknemer zich schuldig kan maken aan wangedrag.³³ Dientengevolge rijst de vraag hoe de strafbevoegdheid ten aanzien van dat andere wangedrag is geregeld. Wordt de algemene bevoegdheid tot het opleggen van disciplinaire straffen voldoende gelegitimeerd door regelgeving? Met andere woorden, geeft de bestaande regelgeving werknemers voldoende rechtszekerheid en rechtsgelijkheid ten aanzien van de algemene strafbevoegdheid van de werkgever?

In deze paragraaf wordt een overzicht gegeven van de huidige regeling van het arbeidstuchtrecht. Een van de weinige wettelijke bepalingen ten aanzien van wangedrag binnen het arbeidsrecht is art. 4 lid 2 van de Arbeidsomstandighedenwet. Op grond van deze bepaling is de werkgever verplicht beleid te voeren met betrekking tot het beschermen van werknemers tegen seksuele intimidatie en tegen agressie en geweld. Het arbeidstuchtrecht heeft verder nooit een algemene wettelijke regeling gekregen en het is dan ook meer dan eens aangemerkt als een onderontwikkeld deel van het arbeidsrecht.³⁴ Allereerst bespreek ik in 4.4.1 de procedurele aspecten: de regels die voorschriften geven

verondersteld, dat het vaststellen van duidelijke spelregels aanbevelenswaard is zodra een internetaansluiting beschikbaar komt. Mede gelet op de andere omstandigheden van het geval kwam de kantonrechter tot de slotsom dat geen sprake was van een dringende reden, noch van een wijziging van de omstandigheden van zodanige aard dat de arbeidsovereenkomst op korte termijn diende te eindigen. Zie voor een uitspraak waarin de kantonrechter wel tot ontbinding overging Ktr. Utrecht 31 oktober 2002, *JAR* 2002, 289. De kantonrechter nam in zijn beoordeling mee de striktheid en precisie waarmee de werkgever, Fortis, het (externe) e-mailverkeer aan gedragsregels had gebonden. Onbetwist stond vast dat Fortis aan de navolging van de regels op dit vlak streng de hand hield en geen genade kende met overtreders van de regels. Zie ook Ktr. Haarlem 4 september 2005, *JIN* 2005, 377, m. nt. van W.A. Zondag; Ktr. Alkmaar 27 juni 2002, *Prg.* 2002, 5893; Ktr. Amsterdam 19 april 2002, *JAR* 2002, 107; Ktr. Sittard 21 december 2001, *JAR* 2002, 28; Ktr. Sittard 3 december 2001, *JAR* 2002, 105.

³¹ Zondag 2003a, p. 9.

³² Bom 2003, p. 20. Voorbeelden van bedrijfsregelingen waarin regels zijn opgenomen over e-mail en internetgebruik zijn: de bedrijfsregelingen van Dierenpark Emmen, Unilever Nederland, Carglass en IKEA Nederland.

³³ Zie de bespreking van de term wangedrag in Hoofdstuk 1, Inleiding. Zie verder voor een opsomming van voorbeelden van wangedrag uit de rechtspraak Verhulp & Zondag 2003, p. 3.

³⁴ Olbers 1991, p. 69; Zondag in zijn noot bij Ktr. Zwolle 24 mei 2005, *JIN* 2005, 299 en Zondag 2003a, p. 7; Tjittes 1993, p. 110.

voor de procedure bij het opleggen van een disciplinaire straf. Vervolgens worden in 4.4.2 de materieelrechtelijke aspecten behandeld: de regels die duidelijkheid verschaffen over welk gedrag ‘strafbaar’ is en welke straffen kunnen worden opgelegd. Tot slot wordt in 4.4.3 apart ingegaan op de rol van de ondernemingsraad: in hoeverre heeft de ondernemingsraad instemmingsrecht bij het invoeren van een disciplinaire regeling door de werkgever?

4.4.1 Procedurele aspecten

Een wettelijke regeling van disciplinaire procedurevoorschriften ontbreekt, maar soms zijn procedurevoorschriften expliciet opgenomen in een interne klachtenregeling³⁵ of een (ondernemings-)CAO.³⁶ Deze voorschriften kunnen onder meer betrekking hebben op de wijze waarop een besluit moet worden meegedeeld of het horen van de betrokken werknemer. In interne regelingen komen ook voorschriften voor over interne beroepsprocedures, (klachtencommissie en commissie van beroep).³⁷ Uit een onderzoek van het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid uit mei 2004, naar het voorkomen van klachtregelingen in (bedrijfstak- en ondernemings)CAO's uit 2003, blijkt dat in 89 (80%) van de 111 onderzochte CAO's een klachten‘regeling’ voorkwam. De bepalingen waren inhoudelijk echter zeer verschillend. Zo diende in 36% van de gevallen de klacht schriftelijk te worden ingediend, in 11% van de gevallen mocht deze mondeling worden ingediend en in 53% van de gevallen was dit onduidelijk. Voorts was in slechts 28% van de gevallen het horen van de klachthebbende een vast onderdeel van de behandeling, terwijl dit bij 72% van de gevallen onbekend was.³⁸ Bovendien werden aan het bestaan van een ‘klachtregeling’ dermate lage eisen gesteld, dat vrij snel tot de conclusie kon worden gekomen dat in een bepaalde CAO een klachtregeling was opgenomen.³⁹

³⁵ Als voorbeelden kunnen genoemd worden de regelingen van: OPG Nederland, CAP Gemini Ernst & Young, Casema, Douwe Egberts, Eneco, Grolsch, Heineken, ING, Kruidvat, Nederlandse Aardolie Maatschappij, Nuon, Philips, Rabobank, Reed Elsevier, TPG, Unilever, V & D, Wolters Kluwer (Zondag 2003a, p. 47, noot 109).

³⁶ Voor een voorbeeld van regelingen in ondernemings-CAO's kan worden verwezen naar de Hema-CAO 2003-2004 en de Rabobank-CAO 2004-2005. In de CAO Gezondheidscentra 2001/2002 en de CAO Gehandicaptenzorg 2003 komen bepalingen voor over door de werkgever te verzorgen rechtsbijstand indien de werknemer in een interne of externe klachtenprocedure wordt betrokken.

³⁷ Zondag 2003a, p. 47.

³⁸ Verder had de uitspraak in 18% van de gevallen het karakter van een advies, in 31% van de gevallen het karakter van een bindend advies, in 1 geval kon de uitspraak een sanctie inhouden en in 50% van de gevallen was de aard van de uitspraak niet genoemd of onbekend. In 19% van de gevallen was beroep mogelijk, in 4% was dat uitgesloten en in 77% was dat op grond van de informatie in de CAO onbekend. Tot slot was in 16% van de gevallen de gang naar de civiele rechter afgesloten na gebruikmaking van de klachtregeling. In 4 % van de gevallen bleef die mogelijkheid bestaan en in de overige 80% van de gevallen was dit onduidelijk.

³⁹ Onder een klachtregeling werd in het onderzoek verstaan een in de CAO opgenomen regeling waarbij a. een werknemer de mogelijkheid heeft te klagen over benoemde aangelegenheden, b. geklaagd moet worden bij een in de regeling genoemde instantie (W. Smits & A. van den Aamele, *Individueel klachtrecht. Een onderzoek naar de aard en het vóórkomen van klachtregelingen in CAO's in 2003*, Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, mei 2004).

Voorts kan worden gewezen op de norm van het goed werkgeverschap ex art. 7:611 BW. Uit deze bepaling vloeien blijkens literatuur en rechtspraak eveneens een aantal procedurele normen voort die de werkgever in acht dient te nemen bij het opleggen van disciplinaire straffen.⁴⁰

‘Net zoals de toetsing van het gebruik dat de overheid maakt van haar discretionaire bevoegdheden kan ook de wijze waarop de werkgever zijn aanwijzingsbevoegdheid gebruikt op rechtmatigheid worden getoetst.’⁴¹

In dit verband kan worden gesproken van ‘beginselen van goed werkgeverschap’ als tegenhanger van ‘de beginselen van behoorlijk bestuur’.⁴² Een voorbeeld van een dergelijk beginsel is de eis van zuiverheid van oogmerk: hieruit vloeit onder meer voort dat de bevoegdheid tot het opleggen van disciplinaire maatregelen niet mag worden misbruikt.⁴³ De andere beginselen zijn het zorgvuldigheidsbeginsel (waaronder de onderzoeksplicht,⁴⁴ het in acht nemen van procedurevoorschriften, hoor en wederhoor⁴⁵ en een zorgvuldige belangenafweging⁴⁶ vallen), het motiveringsbeginsel, het vertrouwensbeginsel,⁴⁷ het evenredigheidsbeginsel⁴⁸ en het gelijkheidsbeginsel.⁴⁹

In het arrest *Schothorst/Jonker* uit 1990, heeft de Hoge Raad het belang benadrukt van disciplinaire procedurevoorschriften.⁵⁰ Het ging om een chauffeur, Schothorst, die door zijn werkgever, Jonker, wegens plichtsverzuim een op de ondernemings-CAO gebaseerde disciplinaire straf kreeg opgelegd. Deze bestond uit wijziging van de functie van chauffeur in die van loodsmedewerker. De CAO kende voor een dergelijke strafoplegging een aantal procedureregels en een regeling betreffende een paritair samengestelde Raad van Beroep. De

⁴⁰ *Kamerstukken II* 1994-1995, 23 974, nr. 3 (MvT), p. 2; SER 93/11, p. 7.

⁴¹ Heerma van Voss 1999, p. 34.

⁴² Uitvoerig Heerma van Voss 1999, p. 37-71.

⁴³ Zie ook *Kamerstukken II* 1994-1995, 23 974, nr. 3 (MvT), p. 2.

⁴⁴ Zie bijvoorbeeld Rb. Den Bosch 12 mei 2000, *JAR* 2000, 133: van werkgeefster als goed werkgever mag worden verwacht dat zij een zorgvuldig onderzoek instelt alvorens een werknemer een berisping op te leggen. In deze zaak had de werkgeefster zelfs nagelaten de werknemer te horen.

⁴⁵ Zie bijvoorbeeld Ktr. Bergen op Zoom 23 augustus 1989, *Prg.* 1990, 3207 (de werkgever had verzuimd na eigen onderzoek en hoor en wederhoor van de betrokken werknemer zelf tot een afgewogen oordeel te komen). Zie ook Ktr. Alphen aan den Rijn 13 juni 2001, *JAR* 2001, 161: werkgeefster had in strijd met goed werkgeverschap gehandeld door de werknemer nauwelijks gelegenheid te geven om te reageren op de beschuldigingen en stelselmatig te weigeren kopieën te verstrekken van de documenten waarop zij de beschuldigingen baseerde.

⁴⁶ Zie bijvoorbeeld Ktr. Rotterdam 2 februari 1987, *Prg.* 1987, 2707: degradatie in functie zonder zorgvuldig overleg en voorbereiding tot stand gekomen valt aan te merken als in strijd met het goed werkgeverschap. Vgl. Ktr. Amsterdam 18 september 2002, *JAR* 2002, 232.

⁴⁷ Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam 10 februari 1983, *NJ* 1984, 116: Het besluit tot schorsing was in strijd met het goed werkgeverschap, omdat door de inhoud van een brief de verwachting was gewekt dat het ondernemen van “andere stappen” achterwege zou blijven indien werknemer voortaan tijdig op haar werk zou verschijnen.

⁴⁸ Zie hierover het voorgaande hoofdstuk 3.6.1 en 3.8.

⁴⁹ Heerma van Voss 1999, p. 40 e.v.

⁵⁰ Procedurevoorschriften hebben blijkens deze uitspraak een belangrijke status in de visie van de Hoge Raad (*Zondag* 2003a, p. 50).

werknemer kon binnen 15 dagen na dagtekening van de genomen maatregel in beroep komen bij deze Raad van Beroep.⁵¹ Schothorst was van mening dat de werkgever niet de juiste vormvoorschriften in acht had genomen en de strafmaatregel dientengevolge nietig was. Omdat de Raad van Beroep nog niet daadwerkelijk was samengesteld, ging Schothorst, na een aantal malen vruchteloos te hebben geprotesteerd, in beroep bij de ‘gewone’ rechter.

Volgens de rechtbank kon uit de feitelijke gang van zaken weliswaar worden geconcludeerd dat niet naar de letter van de in de CAO neergelegde vormvoorschriften was gehandeld, maar kon de handelwijze geen nietigheid van de opgelegde strafmaatregel met zich brengen. Voor Schothorst, die werd bijgestaan door ter zake kundig te achten functionarissen van de Vervoersbond FNV, moest duidelijk zijn geweest welke klachten Jonker met betrekking tot zijn functioneren had. Bovendien was Schothorst voldoende tijd en gelegenheid geboden zich dienaangaande te verweren. Ons hoogste rechtscollege was het niet met de overwegingen van de rechtbank eens en overwoog:

‘Strafmaatregelen, en zeker een strafmaatregel als hier aan Schothorst is opgelegd, hebben naar hun aard een voor de werknemer ingrijpend karakter. Voorts hebben procedurevoorschriften zoals opgenomen in hoofdstuk VIII van de onderhavige CAO, naar in de inhoud van die voorschriften, zoals deze door de rechtbank is vastgesteld, besloten ligt, de strekking te waarborgen dat een zorgvuldige procedure wordt gevolgd alvorens een strafmaatregel aan de werknemer wordt opgelegd. Op grond van een en ander moet worden aangenomen dat overtreding van zulk een voorschrift tot nietigheid van de opgelegde strafmaatregel leidt, tenzij anders voortvloeit uit inhoud of strekking van het voorschrift, mede gelet op de omstandigheden van het geval, waaronder de mate waarin de werknemer door de strafmaatregel in zijn belangen wordt getroffen. Daarbij zal er in het algemeen geen plaats zijn voor nietigheid wanneer de werknemer door niet-inachtneming van het voorschrift op geen enkele wijze in zijn verdediging is benadeeld. Wanneer de werknemer zich bij gebreke van het openstaan van een contractueel geregelde beroepsgang tot de rechter wendt teneinde de nietigheid van de maatregel te doen vaststellen (...) heeft deze tot taak de in feite gevolgde procedure te toetsen aan de procedurevoorschriften en, zo hij op een of meer punten niet-naleving van de voorschriften constateert, de vraag te beantwoorden of dit tot nietigheid van de opgelegde maatregel moet leiden.’⁵²

De rechtbank had dit miskend door, terwijl het hier volgens de Hoge Raad nog wel om een bijzonder ingrijpende strafmaatregel ging, zonder nauwkeurig te onderzoeken en te motiveren welke voorschriften niet waren nageleefd en wat de inhoud en strekking van die voorschriften was en zonder vast te stellen dat Schothorst op geen enkele wijze in zijn verdediging was benadeeld, te oordelen dat er geen plaats was voor nietigheid. De motivering van de rechtbank dat het

⁵¹ De procedureregels schreven onder meer voor dat de werknemer voor de strafoplegging moest worden gehoord en dat de straf werd opgelegd ‘door middel van een door de directie of hem die de straf oplegde ondertekend schrijven’.

⁵² R.o. 3.4.

voor Schothorst duidelijk was wat de klachten waren en dat hem ‘voldoende’ tijd en gelegenheid voor verweer was geboden, schoot tekort en het vonnis van de rechtbank werd vernietigd.⁵³

4.4.2 Materieelrechtelijke aspecten

Evenals voor de procedurele aspecten geldt voor de materiële aspecten dat er geen *algemene* wettelijke regeling is. Als disciplinaire maatregelen worden in literatuur en jurisprudentie over het algemeen genoemd: de schorsing met of zonder behoud van loon, de boete, het intrekken van emolumenten, functieverlaging met de daarbij behorende loonsverlaging, het passeren voor een periodieke verhoging, de berisping of waarschuwing, vermindering van vakantiedagen, overplaatsing en ‘normaal’ ontslag. Als meest vergaande disciplinaire maatregel wordt meestal het ontslag op staande voet genoemd.⁵⁴ Zoals ik al bij de bespreking van de grondslag van het arbeidstuchtrecht naar voren bracht, geldt in rechtspraak en literatuur de ongeschreven regel dat voor straffen die inbreuk maken op de overeengekomen arbeidsvoorwaarden een contractuele grondslag is vereist. Als voorbeeld kan de schorsing zonder behoud van loon worden genoemd.⁵⁵ Maar ook de degradatie bij wijze van disciplinaire straf zou volgens de heersende leer niet kunnen worden doorgevoerd zonder contractuele grondslag.⁵⁶ Conform de huidige opvatting in literatuur en

⁵³ HR 9 juli 1990, *NJ* 1991, 127. Zie voor een uitgebreide bespreking van deze uitspraak ook Zondag 2003a, p. 47-49. zie voor een meer recente uitspraak over de rechtmatigheid van een disciplinaire straf en het belang van CAO-bepalingen Ktr. Zwolle 24 mei 2005, *JIN* 2005, 299.

⁵⁴ W.A. Zondag in zijn noot bij Ktr. Zwolle 24 mei 2005, *JIN* 2005, 299 en Zondag 2003a, p. 7; Van der Grinten/Van der Grinten & Bouwens 2005, p. 204-205; Admiraal 1998, p. 10; Heerma van Voss, in: ‘Arbeidsovereenkomst’ (losbl.), art. 7:650 aant. 9; Tjittes 1993, p. 110; Olbers 1991, p. 75. In 3.2.3 van het voorgaande hoofdstuk heb ik deze ‘straffen’ onder de noemer sancties ondergebracht. Sommige van deze sancties kunnen namelijk ook als ordemaatregel worden ingezet (zie 3.4.2 van hoofdstuk 3).

⁵⁵ Indien de gronden voor schorsing in een geïncorporeerde regeling in de arbeidsovereenkomst of in een CAO zijn opgenomen, rijst de vraag of deze voorschriften als limitatief moeten worden beschouwd. De meningen in rechtspraak en literatuur zijn hierover verdeeld. Uitvoerig Zondag 2003a, p. 30-32. Hij maakt een onderscheid tussen de schorsing als ordemaatregel en de schorsing als strafmaatregel. Een regeling met betrekking tot schorsing als ordemaatregel moet zijns inziens niet snel als een exclusieve en uitputtende bevoegdheid worden aangemerkt. Betreft het een regeling met betrekking tot schorsing als strafmaatregel dan volgt volgens Zondag de restrictieve uitlegbenadering uit de jurisprudentie van de Hoge Raad. Aardenburg bepleit dat een schorsingsregeling in een (collectieve) arbeidsovereenkomst uitputtend wordt uitgelegd. Als eerste argument hiervoor draagt zij aan dat een dergelijk beding naar zijn aard exclusief is en voor met name de werkgever contractuele verplichtingen schept waarvan deze in beginsel niet kan afwijken. Ten tweede, stelt zij, heeft de werkgever door een dergelijk beding de normen van het goed werkgeverschap hier ingekleurd en heeft hij zich in beginsel te gedragen naar deze normen. Zij wijst er op dat er weinig rechtspraak is verschenen over dit onderwerp en dat de jurisprudentie die er is een wisselend beeld laat zien. Zij bespreekt vervolgens een aantal kort geding-uitspraken (W. Aardenburg, ‘Schorsingsregelingen in (collectieve) arbeidsovereenkomsten’ *ArbeidsRecht* (7) 2000-3, p. 13-17). Van Eck 2002, p. 3 en Van der Grinten/Van der Grinten & Bouwens 2005, p. 206-207 zijn van mening dat een werknemer ook buiten de in de (collectieve) arbeidsovereenkomst genoemde gronden en voor een langere duur kan worden geschorst. Zie ook Heerma van Voss 1999, p. 79 en Hof Amsterdam 30 maart 2000, *JAR* 2000, 119.

⁵⁶ Zondag 2003a, p. 22.

rechtspraak kunnen disciplinaire straffen die de overeengekomen arbeidsvoorwaarden niet aantasten, op de gezagsverhouding worden gebaseerd. Gedacht kan worden aan de berisping of het intrekken van faciliteiten of emolumenten, of het passeren voor een periodieke verhoging indien daarop contractueel geen aanspraak bestaat. Schorsing met behoud van loon is eveneens mogelijk zonder grondslag in de (collectieve) arbeidsovereenkomst, zij het dat deze straf alleen legitiem wordt bevonden indien de werknemer in ernstige mate tekort is geschoten in de nakoming van zijn verplichtingen en/of van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd dat de werknemer zijn functie blijft vervullen. De werkgever dient zich bij het opleggen van deze straffen uiteraard wel te houden aan de norm van het goed werkgeverschap.⁵⁷

Zoals gezegd ontbreekt een *algemene* wettelijke regeling van het materiële arbeidstuchtrecht. Niettemin staat in art. 7:660 BW een aanknopingspunt voor de bevoegdheid tot het opleggen van disciplinaire straffen: het instructierecht van de werkgever (zie ook 4.2). In 4.4.2.1 ga ik in op de vraag in hoeverre de werkgever aan deze wettelijke bepaling de bevoegdheid tot disciplinaire regelgeving kan ontleen. Voorts heeft één disciplinaire straf wel een wettelijke regeling gekregen: het boetebeding ex art. 7:650 BW en art. 7:651 BW. Deze bespreek ik in 4.4.2.2.

Aangezien de rest van het materiële arbeidstuchtrecht niet wettelijk is geregeld, dient ter vaststelling van deze regels de arbeidsvoorwaardenregelingen op bedrijfstak-, ondernemings- en individueel niveau te worden geraadpleegd. De regeling van arbeidsvoorwaarden op bedrijfstakniveau geschiedt via bedrijfstak-CAO's. In 4.4.2.3 bespreek ik de arbeidstuchtrechtelijke bepalingen die in bedrijfstak-CAO's voorkomen. De regeling van arbeidsvoorwaarden op ondernemingsniveau kan in ieder geval op drie manieren gebeuren; in ondernemings-CAO's, in personeelshandboeken of in ondernemingsovereenkomsten. In 4.4.2.4 sta ik kort stil bij de tuchtrechtelijke regelingen in ondernemings-CAO's. Gelet op het belang van personeelshandboeken voor de regeling van het materiële arbeidstuchtrecht, bespreek ik in 4.4.2.5 de voorgeschiedenis en het ontstaan van deze zogenaamde personeelshandboeken. De ondernemingsovereenkomst komt in 4.4.2.6 kort aan bod.

Tot slot kunnen de arbeidsvoorwaarden op individueel niveau worden geregeld: de regeling wordt afgesproken tussen de individuele werkgever en werknemer en wordt opgenomen in de individuele arbeidsovereenkomst. Bij deze (relatief) weinig voorkomende wijze van regeling van de arbeidsvoorwaarden sta ik niet apart stil: de meeste bedrijven maken gebruik van een (in de arbeidsovereenkomst geïncorporeerde) collectieve regeling van arbeidsvoorwaarden.⁵⁸

⁵⁷ Zie ook Zondag 2003a, p. 18-26 en Olbers 1991, p. 76-77.

⁵⁸ Zie bijvoorbeeld de uitkomsten van het door Hoffmans uitgevoerde onderzoek naar de praktijk van arbeidsvoorwaardenvorming in de onderneming. Uit dit in 1992 gepubliceerde onderzoek blijkt dat 87% van de onderzochte grote ondernemingen (bedrijven met meer dan 1000 werknemers) een personeelsgids heeft. Naast het eerste circuit van de CAO, is bij de grote ondernemingen duidelijk

4.4.2.1 Het instructierecht van de werkgever ex art. 7:660 BW

Op grond van art. 7:660 BW is de werknemer verplicht zich te houden aan de door de werkgever gegeven voorschriften omtrent het verrichten van de arbeid, alsmede aan die welke strekken ter bevordering van de goede orde in de onderneming. In het kader van de bespreking van disciplinaire regelgeving rijst de vraag of onder voorschriften ex art. 7:660 BW ook een regeling kan worden verstaan, waarin bepaald handelen van de werknemer strafbaar wordt gesteld en de werkgever een strafbevoegdheid krijgt toebedeeld.

Het begrip 'goede orde' in art. 7:660 BW doet wellicht denken aan het door mij gehanteerde begrip 'ordemaatregel', hetgeen ik in het vorige hoofdstuk juist *onderscheidde* van het begrip 'straf' (zie 3.4.1). Het begrip 'orde' in de term 'ordemaatregel' en het begrip 'orde' in art. 7:660 BW hebben inderdaad dezelfde inhoudelijke betekenis. Desondanks sluit dit de mogelijkheid van een strafbevoegdheid gebaseerd op art. 7:660 BW niet per definitie uit. Het begrip '(goede) orde' slaat op het goede reilen en zeilen, de rust binnen een onderneming. Ordemaatregelen zien op het terugbrengen van die rust; op het beëindigen van een ongewenste situatie. Voorschriften die strekken ter bevordering van de 'goede orde' in een onderneming zien op het voorkomen van de verstoring van die rust. Aangezien wangedrag van een werknemer een van de grootste bedreigingen voor de 'goede orde' binnen een onderneming is, komt logischerwijs de vraag op of de voorschriften ter bevordering van de goede orde kunnen zien op het voorkomen van wangedrag door middel van de dreiging met straffen: geeft het instructierecht de werkgever de bevoegdheid een disciplinaire regeling op te stellen?

Wetsgeschiedenis

De instructiebevoegdheid van de werkgever kreeg reeds bij de invoering van de Wet op de Arbeidsovereenkomst in 1909 een grondslag in de wet. Sindsdien is de inhoud van het artikel aan weinig veranderingen onderhevig geweest. Het ontwerp Drucker uit 1898 vormde de eerste versie van de bepaling:

'De arbeider is verplicht zich te houden aan de voorschriften omtrent het verrichten van den arbeid, hem door of namens den werkgever binnen de perken van wet, verordening of overeenkomst gegeven, in het bijzonder aan die voorschriften, welke strekken tot bevordering der veiligheid van hem zelf, van zijne medearbeiders, of van derden.'⁵⁹

Vanaf het ontwerp van Minister Cort van der Linden uit 1901 is de zinsnede 'in het bijzonder...of van derden' weggevallen. Sommige leden van de Tweede Kamer betreurden dit. In de MvA bij het Ontwerp-Loeff wordt een verklaring

sprake van een tweede circuit van regelingen in de vorm van personeelsgidsen (Hoffmans 1992, p. 50, 78).

⁵⁹ Bles 1908 (III), p. 401.

gegeven voor het weglaten van de zinsnede. De zinsnede zou naast de aanhef voor verwarring kunnen zorgen.

‘De wet toch kent geene andere gehoudenheid, dan eene volledige, algeheele. Eene bepaling nu, als de hier bedoelde, zou bij minder ontwikkelden allicht de gedachte kunnen opwekken, als behoefde men aan de overige voorschriften niet zoo stipte gehoudenheid te wijden.’⁶⁰

Een aantal Kamerleden vond de bepaling overbodig. De aan de arbeider opgelegde verplichting vloeide volgens hen reeds voort uit de aard van de dienstbetrekking en lag dus in het algemeen voorschrift van art. 1639d (thans 7:611 BW) besloten. Bovendien was de bepaling volgens deze Kamerleden onvolledig: zij misten de toevoeging dat de werknemer verplicht was zich te houden aan de voorschriften omtrent het verblijf in de fabriek of werkplaats.⁶¹ Minister Loeff antwoordde dat hij ‘niet geneigd was’ de bepaling overbodig te achten. Evenals in de afdeling over de verplichtingen van de werkgever het geval is, was volgens hem in de afdeling over de verplichtingen van de werknemer plaats voor vermelding van de verplichtingen die krachtens de arbeidsovereenkomst op de werknemer rusten. Voorts was Minister Loeff het volledig eens met de Kamerleden dat de bepaling onvolledig was. Hij koos evenwel voor een aanvulling die ruimer was dan de leden voorstelden. Hij voegde een bepaling toe, die geacht werd alle voorschriften te omvatten, welke krachtens de tussen partijen bestaande arbeidsovereenkomst konden worden gegeven. Te weten: voorschriften ‘welke strekken ter bevordering van de goede orde in de onderneming’.⁶² De volledige bepaling werd uiteindelijk geplaatst in artikel 1639b:

‘De arbeider is verplicht zich te houden aan de voorschriften omtrent het verrichten van den arbeid alsmede aan die, welke strekken ter bevordering van de goede orde in de onderneming des werkgevers, hem door of namens den werkgever binnen de perken van wet of verordening, van overeenkomst of reglement, gegeven.’

Bij de inwerkingtreding van de nieuwe titel 7.10 BW per 1 april 1997 is nog een aantal veranderingen in het artikel doorgevoerd. Zo is het woord ‘arbeider’ vervangen door ‘werknemer’, is de zinsnede ‘binnen de perken van wet of verordening’ vervangen door ‘binnen de grenzen van algemeen verbindende voorschriften’ en is de zinsnede ‘al dan niet tegelijk met andere werknemers’ toegevoegd. Voorts kwam bij de omnummering de bepaling in art. 7:660 BW te staan.⁶³ Met de toevoeging ‘al dan niet tegelijk met andere werknemers’ werd de in de oude literatuur gebruikelijke opvatting dat art. 1639b uitsluitend

⁶⁰ Bles 1908 (III), p. 402.

⁶¹ Bles 1908 (III), p. 401-402.

⁶² Memorie van Antwoord Ontwerp Loeff, Bles 1908 (III), p. 402.

⁶³ Vaststellingswet titel 7.10 Burgerlijk Wetboek (Arbeidsovereenkomst), *Stb.* 1996, 406.

betrekking had op aan de individuele werknemer persoonlijk gegeven instructies verworpen. De werkgever wordt bevoegd geacht werkinstructies en ordevoorschriften, binnen de in het artikel omschreven perken, eenzijdig aan alle werknemers tegelijkertijd te kunnen geven. Dit kan hij zowel mondeling als door aanplakking of bij circulaire doen.⁶⁴ Tot slot werden per 4 maart 1998 de woorden ‘van overeenkomst of reglement’ vervangen door ‘of overeenkomst’. Dit was het gevolg van het vervangen van de wettelijke bepalingen over het arbeidsreglement in de artikelen 7:613a-c BW, door de bepaling over het eenzijdige wijzigingsbeding in art. 7:613 BW.⁶⁵

Inhoud van de instructiebevoegdheid ex art. 7:660 BW

Op grond van het instructierecht is de werkgever bevoegd eenzijdige, bindende aanwijzingen te geven omtrent het verrichten van de arbeid of de goede orde in de onderneming.⁶⁶ De werkgever kan op grond van deze bevoegdheid (vormvrije) directiereglementen uitvaardigen.⁶⁷ Het instructierecht van de werkgever is een wettelijke concretisering van de gezagsverhouding. Bijgevolg komt in de rechtspraak over de vraag of sprake is van een gezagsverhouding veel betekenis toe aan de instructiebevoegdheid van de werkgever.⁶⁸

De bevoegdheid vindt zijn begrenzing in algemeen verbindende voorschriften. Dientengevolge moeten de instructies van de werkgever blijven binnen de grenzen gesteld bij de wet in materiële zin: ze mogen niet in strijd zijn met het goed werkgeverschap (art. 7:611 BW) of de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 BW),⁶⁹ maar bijvoorbeeld ook niet met bepalingen uit het Wetboek van Strafrecht. Voorts vindt de instructiebevoegdheid zijn begrenzing in hetgeen in de individuele of collectieve arbeidsovereenkomst is geregeld.⁷⁰ De bevoegdheid tot het geven van voorschriften is dan ook groter, naarmate rechten

⁶⁴ *Kamerstukken II* 1993/94, 23 438, nr. 3, p. 41 (MvT).

⁶⁵ Wet van 14 februari 1998 tot wijziging van de Wet op de ondernemingsraden en titel 7.10 (arbeidsovereenkomst) van het nieuw Burgerlijk Wetboek., *Stb.* 1998, 107.

⁶⁶ HR 17 april 1984, *NJ* 1985, 18. Bakels/Asscher-Vonk & Fase 2005, p. 50-51; Van der Grinten/Van der Grinten & Bouwens 2005, p. 18 en p. 259; SER-advies 94/06, p. 51.

⁶⁷ Van Slooten 1999, p. 46.

⁶⁸ Zie bijvoorbeeld: HR 8 mei 1998, *JAR* 1998, 168 (*MCE/Edelenbos*); HR 16 september 1994, *JAR* 1994, 214; Ktr. Lelystad 2 februari 2005, *JAR* 2005, 58 en Ktr. Assen 24 november 1998, *Prg.* 1999, 5151. Voor meer voorbeelden uit de (lagere) rechtspraak zie Jansen & Loonstra 1997, p. 15-62. Zie ook: Loonstra & Zondag 2006, p. 87-89; Jansen & Loonstra 1998, p. 818; Koopmans 1962, p. 89. Zie over de (wets)geschiedenis van de gezagsverhouding: Jansen & Loonstra 1997, p. 1-14.

⁶⁹ Jellinghaus 2003, p. 155. De voorschriften en instructies dienen ‘redelijk’ te zijn, wil de werknemer tot naleving kunnen worden verplicht. Het is uiteraard moeilijk om van tevoren aan te geven wat redelijk is (Bakels/Asscher-Vonk & Fase 2005, p. 107-108; Van der Grinten/Van der Grinten & Bouwens 2005, p. 259-260).

⁷⁰ De Kantonrechter Harderwijk overwoog dat de werkgever, gezien het beschermingskarakter van het arbeidsrecht, niet de vrijheid heeft zich contractueel een verdergaande instructiebevoegdheid toe te eigenen dan die hem wordt toegekend in art. 7:660 BW. Dit heeft tot gevolg dat het begrip ‘arbeid’ in art. 7:660 BW niet mag worden opgerekt tot buiten het terrein van de in de arbeidsovereenkomst *overeengekomen* arbeid. De werkgever heeft geen instructiebevoegdheid omtrent werkzaamheden die niet overeenstemmen met de contractueel bedongen werkzaamheden (Ktr. Harderwijk 22 februari 2000, *Prg.* 2000, 5475).

en verplichtingen van partijen contractueel minder expliciet zijn bepaald.⁷¹ Wat dit betreft wordt wel gewezen op de mogelijkheid van de werkgever de (collectieve) arbeidsovereenkomst nader te concretiseren. Deze mogelijkheid is met name van belang indien sprake is van gewijzigde omstandigheden. De werknemer en werkgever gaan bij het sluiten van de arbeidsovereenkomst uit van de omstandigheden zoals ze op dat moment zijn. Externe omstandigheden zoals marktfactoren, maar ook omstandigheden binnen de onderneming, bijvoorbeeld door een reorganisatie, kunnen echter veranderen. Hierdoor kan een situatie ontstaan, die door de contractspartijen niet was voorzien, en waarvoor zij geen afspraken hebben gemaakt. De werkgever kan in dat geval, op grond van zijn instructiebevoegdheid, de inhoud van de overeenkomst, met inachtneming van de grenzen van redelijkheid en billijkheid, nader invullen.⁷²

Buiten deze vaststaande begrenzings is de vraag wat wel en niet binnen de gezagsbevoegdheid van de werkgever valt niet in zijn algemeenheid te beantwoorden. Iedere concrete situatie zal op zijn merites moeten worden beoordeeld.⁷³ In het SER-advies over het arbeidsreglement en het instemmingsrecht van de ondernemingsraad (SER 94/06) wordt gezegd dat de voorschriften ex art. 1639b BW tevens arbeidsvoorwaarden kunnen omvatten.⁷⁴ Deze stelling behoeft enige nuancering. Arbeidsvoorwaarden worden namelijk beschouwd als een typisch onderwerp van *tweezijdige* vaststelling, waarover overeenstemming moet bestaan.⁷⁵ Op grond van het instructierecht mag de werkgever juist *eenzijdig* bindende aanwijzingen geven. De instructiebevoegdheid lijkt dus bij het vaststellen van arbeidsvoorwaarden zijn grens te bereiken. Jellinghaus stelt daarentegen dat niet is uitgesloten dat het instructierecht ertoe leidt dat arbeidsvoorwaarden wijzigen. Het betreft dan echter weinig ingrijpende wijziging van arbeidsvoorwaarden, zoals een wijziging van de arbeidstijden⁷⁶ of de wijziging van een standplaats.⁷⁷ Dit zijn omstandigheden die vallen onder de orde binnen de onderneming en/of de uitvoering van de arbeidsovereenkomst. De werkgever kan volgens Jellinghaus

⁷¹ Daar staat uiteraard tegenover dat de bevoegdheid kleiner is, naarmate deze is ingeperkt door (speciale bedingen in) de (collectieve) arbeidsovereenkomst.

⁷² Bakels/Asscher-Vonk & Fase 2005, p. 50-51; Van der Heijden, *Arbeidsovereenkomst*, BW, art. 7:660, aant. 2; Loonstra 2002, p. 35; Rood 1996, p. 23, 24; SER-advies 94/06, p. 52.

⁷³ Loonstra 2002, p. 67; Van Slooten 1999, p. 46. Zie ook SER-advies 94/06, p. 51: 'Voor het overige is moeilijk aan te geven wat precies moet worden verstaan onder de in artikel 1639b BW omschreven bevoegdheid van de werkgever om "voorschriften" te geven "omtrent het verrichten van de arbeid" en "omtrent de goede orde" in de onderneming.'

⁷⁴ Het begrip 'arbeidsvoorwaarden' dient dan wel ruim te worden opgevat (met voetnootverwijzing naar Minister Loeff in de memorie van antwoord: 'een bepaling, die geacht moet worden alle voorschriften te omvatten, welke krachtens de tussen partijen bestaande dienstbetrekking kunnen worden gegeven' (Bles 1908 (III), p. 402)). Tussen voorschriften in de zin van 'instructies' en 'arbeidsvoorwaarden' zou geen scherpe grens te trekken zijn (SER 94/06, p. 51-52).

⁷⁵ Rood 1989, p. 55.

⁷⁶ Met voetnootverwijzing naar de overwegingen van de rechtbank en de Hoge Raad in het arrest 24 juni 1966, *NJ* 1966, 457.

⁷⁷ Met voetnootverwijzing naar HR 5 januari 1951, *NJ* 1951, 532 en anders R.A.A. Duk, 'Redelijk bevel en dringende reden', *SMA* 1976, p. 95.

echter niet onder verwijzing naar het instructierecht eenzijdig *essentiële* arbeidsvoorwaarden wijzigen.⁷⁸ De opvatting dat de eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden in beginsel niet op de instructiebevoegdheid ex art. 7:660 BW kan worden gebaseerd, komt ook bij een aantal andere schrijvers terug.⁷⁹

Uit de volgende voorbeelden uit jurisprudentie en (overige) literatuur blijkt, dat een weinig ingrijpende, niet-substantiële wijziging van de arbeidsomstandigheden, inderdaad op de instructiebevoegdheid kan worden gebaseerd. Zo kunnen de door de werkgever gegeven voorschriften betrekking hebben op het gebruik van e-mail en internet (zie 4.3)⁸⁰, maar bijvoorbeeld ook op kleding. Het staat een werkgever vrij om het personeel voorschriften te geven met betrekking tot tijdens het werk te dragen kleding, mits de kledingvoorschriften redelijk zijn. Dit kan nodig zijn vanwege de hygiëne, veiligheid of doelmatigheid, maar het kan ook de representativiteit naar buiten toe of interne uniformiteit dienen.⁸¹ Voorts kunnen een rookvoorschrift,⁸² voorschriften over het dragen van een helm of andere veiligheidsvoorschriften, of het verbod op alcoholhoudende dranken onder het instructierecht vallen.⁸³ De werkgever wordt op grond van art. 7:660 BW ook bevoegd geacht opdrachten tot geheimhouding te geven, voor zover die samenhangen met de arbeid of de goede orde in de onderneming.⁸⁴ De werkgever heeft bovendien niet alleen de bevoegdheid instructies te geven ten aanzien van de inhoud van de

⁷⁸ Jellinhaus 2003, p. 155-156.

⁷⁹ Zie De Laat 1995, p. 300 (eenzijdige wijziging van de arbeidsovereenkomst is niet mogelijk op grond van de gezagsverhouding); Van Lent 2000, p. 186-189 (een permanente werkgeverswisseling of een langdurige uitzending naar het buitenland kunnen, gelet op de ingrijpende gevolgen, niet op basis van het directierecht aan de werknemer worden opgelegd) en Hoffmans 1992, p. 42, die zich aansluit bij de opvatting van Rood dat arbeidsvoorwaarden typisch onderwerp vormen van tweezijdige vaststelling en dus overeenstemming behoeven (met voetnootverwijzing naar M.G. Rood, commentaar bij HR 7 oktober 1988, *RvdW* 1988, 161). Voorts kan hieraan worden toegevoegd dat de wetgever, met het oog op het voorkomen van eenzijdige vaststelling en wijziging van arbeidsvoorwaarden door de werkgever, de bepaling over het eenzijdige wijzigingsbeding heeft ingevoerd (art. 7:613 BW), *Kamerstukken II* 1995/96, 24 615, nr. 3, p. 20-22 en *Stb.* 1998, 107. Het feit dat de werkgever geen substantiële arbeidsvoorwaarden eenzijdig kan wijzigen met verwijzing naar zijn instructierecht, laat onverlet de mogelijkheid van eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden op grond van de redelijkheid en billijkheid, toestemming van de werknemer, het eenzijdig wijzigingsbeding of het goed werknemerschap (Zie HR 26 juni 1998, *JAR* 1998, 199, (*Taxi Hofman-arrest*); Loonstra & Zondag 2006, p. 232-243; M. Holtzer & W.A. Zondag, 'Wijziging van arbeidsvoorwaarden', in: L.G. Verburg & W.A. Zondag (red.), *Arbeidsrechtelijke aspecten van reorganisatie*, Deventer: Kluwer 2003, p. 175 e.v.; Jellinghaus 2003, p. 143-286; M.F. Baltussen, 'De arbeidsovereenkomst: institutie of contract', *ArbeidsRecht* (7) 2000-4, p. 21-24).

⁸⁰ Het mag echter niet zo ver gaan dat de werknemer voor ieder privé-telefoontje de toestemming van de werkgever nodig heeft (De Vries & Rutgers 2001b, p. 65).

⁸¹ Rb. 's-Gravenhage 23 mei 2001, *JAR* 2001, 124; Ktr. Heerenveen 8 oktober 1985, *NJ* 1986, 506. Zie ook Van der Grinten/Van der Grinten & Bouwens 2005, p. 259-260; Verhulp 2004, (*T&C Arbeidsrecht*), art. 7:660 BW, aant. 2.

⁸² Ktr. Rotterdam 9 februari 1977, *Prg.* 1979, 1385; Rb. Utrecht 23 december 1970, *Prg.* 1971, 641. *Admiraal* 1998, p. 9.

⁸³ Hoffmans 1992, p. 42; Verhulp 2004, (*T&C Arbeidsrecht*), art. 7:660 BW, aant. 2; Kamphuisen 1956, p. 159, noemde als voorbeelden van ordemaatregelen al het verbod om te roken en te spuwen e.d..

⁸⁴ Verhulp 1996, p. 41.

werkzaamheden,⁸⁵ maar ook ten aanzien van de werkdiscipline (de formele gezagsbevoegdheid).⁸⁶ De werkgever kan bijvoorbeeld instructies geven over de tijd en plaats van de te verrichten werkzaamheden, over het opnemen van vakantiedagen en over organisatorische zaken.⁸⁷

Betekenis van 7:660 BW voor disciplinaire regelgeving door de werkgever

Terugkomend op de vraag of onder ‘voorschriften’ in art. 7:660 BW ook een disciplinaire regeling kan worden verstaan, kan als argument ‘voor’ worden gewezen op de bedoeling van de wetgever. Minister Loeff vulde het artikel destijds aan met de bepaling ‘voorschriften welke strekken ter bevordering van de goede orde in de onderneming’, waarmee hij het oog had op *alle* voorschriften welke krachtens de tussen partijen bestaande arbeidsovereenkomst konden worden gegeven. Voorts kan uit de invulling die in rechtspraak en literatuur aan de instructiebevoegdheid wordt gegeven worden geconcludeerd, dat zo lang geen strijd bestaat met bepalingen uit de arbeidsovereenkomst of de CAO, de voorschriften redelijk zijn en betrekking hebben op de in de arbeidsovereenkomst bedongen arbeid, in beginsel niets in de weg staat aan het baseren van tuchtrechtelijke regelgeving door de werkgever op art. 7:660 BW. Let wel, dit geldt alleen voor zover de straffen geen inbreuk maken op de overeengekomen arbeidsvoorwaarden, in de zin van een substantiële wijziging daarvan.

Bijgevolg zou een werkgever met verwijzing naar zijn instructierecht een disciplinaire regeling kunnen opstellen met de volgende straffen: een waarschuwing of berisping, het intrekken van emolumenten (voor zover daar contractueel geen aanspraak op bestaat), het passeren voor een periodieke verhoging (eveneens voor zover daar contractueel geen aanspraak op bestaat), schorsing met behoud van loon,⁸⁸ en (tijdelijke) overplaatsing.⁸⁹

⁸⁵ Overigens is door de Hoge Raad bepaald dat niet is vereist dat de instructies *feitelijk* worden gegeven, maar dat alleen de *mogelijkheid* tot het geven van instructies voldoende is voor het aannemen van een gezagsverhouding (HR 28 september 1983, *NJ* 1984, 92). Loonstra & Zondag 2006, p. 87.

⁸⁶ De materiële gezagsbevoegdheid ziet op de instructiebevoegdheid ten aanzien van de inhoud van de werkzaamheden (Loonstra & Zondag 2006, p. 88). Zie over de relevantie van het onderscheid tussen het formele en materiële gezagsbegrip C.J. Loonstra, ‘De gezagsverhouding ex art. 7:610 BW’, *Sociaal Recht* (20) 2005-3, p. 96-102.

⁸⁷ Van der Grinten/Van der Grinten & Bouwens 2005, p. 259-260; Rood 1994, p. 279.

⁸⁸ Volgens de Hoge Raad heeft de werknemer immers geen algemeen recht op tewerkstelling (HR 12 mei 1989, *NJ* 1989, 801 (*Chelbi/Klene*); HR 25 januari 1980, *NJ* 1980, 264 (*Possemis/Hoogenboom*), alhoewel hier in de lagere rechtspraak en literatuur vaak anders over wordt gedacht (Heerma van Voss 1999, p. 73-78; Zondag 2003a, p. 28-29. Zie voor een uitzondering Ktr. Apeldoorn 9 december 2003, *NJ* 2004, 158).

⁸⁹ Het directierecht van de werkgever heeft dus maar beperkte waarde voor de mogelijkheid tot het opstellen van een disciplinaire regeling door de werkgever. Uit het al eerder aangehaalde onderzoek van Hoffmans naar de praktijk van arbeidsvoorwaardenvorming in de onderneming bleek dan ook dat in geen van de 70 ondernemingen die meededen aan het onderzoek een afzonderlijk directiereglement werd aangetroffen. Alle directievoorschriften waren opgenomen in een zogenaamde personeelsgids. (Onderzoek van het Hugo Sinzheimer Instituut. De bevindingen van het onderzoek zijn gepubliceerd in Sinzheimer cahier nr. 5: J.G.F.M. Hoffmans, *Van personeelsgids tot*

4.4.2.2 De boete

De boete is geregeld in art. 7:650 BW en 651 BW en vormt de enige wettelijk geregelde disciplinaire straf in het arbeidsrecht. De wettelijke bepalingen van boek 7 BW gelden als *lex specialis* ten opzichte van de regels gesteld in art. 6:91-94 BW.⁹⁰ De boete is een geldbedrag dat de werknemer bij wijze van straf vanwege bepaald wangedrag verschuldigd is.⁹¹ De werkgever zal het boetebeding vaak hanteren ter garantie van de naleving van voorschriften in de arbeidsovereenkomst.⁹²

Wetsgeschiedenis

De bepalingen zijn in 1909 bij de invoering van de Wet op de arbeidsovereenkomst⁹³ in de wet gekomen (destijds in art. 1637*u* en *v* BW). In de memorie van toelichting bij het Ontwerp Drucker werd gewezen op de verklaring van tal van werkgevers, dat zij prijs stelden op behoud van de mogelijkheid boeten toe te passen of met boeten te kunnen dreigen. Deze werkgevers achtten de boete het meest geschikte middel tot handhaving van de noodzakelijke orde, tot verzekering van de nakoming van hygiënische en andere voorschriften, vaak ten behoeve van de arbeiders gegeven, tot waarschuwing van de arbeider tegen handelingen die de werkgever aanzienlijke schade zouden berokkenen, terwijl deze vergoeding te dier zake niet zou willen vragen of wegens het hoge bedrag niet zou kunnen verkrijgen. Men meende dat het belang van de arbeider zelf meebracht het boetestelsel te handhaven, omdat hij, bij gebreke daarvan, veel eerder zou worden ontslagen of geschorst.⁹⁴ Aanleiding voor de *wettelijke* regeling was het misbruik dat zich in de praktijk voordeed bij het opleggen van boetes.

‘Boeten worden soms opgelegd, zonder dat de verboden handelingen vooraf nauwkeurig zijn omschreven of het bedrag der boete is bepaald, althans zonder dat een en ander den arbeider vooraf behoorlijk is medegedeeld.’⁹⁵

Overwogen werd nog dat niet alle misbruiken door wettelijke bepalingen zijn te voorkomen, maar belangrijke verbetering werd toch wel geacht te kunnen worden verkregen. Door enkele leden van de Tweede Kamer werd de vraag

cao. Over de praktijk van arbeidsvoorwaardenvorming in de onderneming, 's-Gravenhage: SDU Juridische en Fiscale Uitgeverij 1992).

⁹⁰ Aangezien een boetebeding makkelijk in een arbeidsovereenkomst is op te nemen, heeft de wetgever bijzondere waarborgen willen stellen aan het gebruik van het boetebeding in de arbeidsovereenkomst (Loonstra & Zondag 2006, p. 162 en Zondag 2003a, p. 11).

⁹¹ Zondag 2003a, p. 11; Van der Grinten/Van der Grinten & Bouwens 2005, p. 209. Alhoewel het ook mogelijk is dat de boete tevens strekt ter compensatie van door de werkgever geleden schade. De boete heeft in dat geval het karakter van een gefixeerde schadevergoeding (Loonstra & Zondag 2006, p. 162).

⁹² Loonstra & Zondag 2006, p. 161-164.

⁹³ Wet van 13 juli 1907, *Stb.* 1907, 193.

⁹⁴ Bles 1908 (II), p. 196.

⁹⁵ Bles 1908 (II), p. 196-197.

gesteld waarom wél ten aanzien van de boete een wettelijke dwingende bepaling werd voorgesteld, maar niet ten aanzien van andere disciplinaire maatregelen. Misbruik door de werkgever zou toch ook wel niet zijn uitgebleven ten aanzien van de andere disciplinaire maatregelen? In de memorie van antwoord (Ontwerp Cort van der Linden) werd hierop gezegd dat de wettelijke regeling van disciplinaire regelingen van andere aard, voornamelijk niet dringend noodzakelijk was gebleken. De boete behoefde een wettelijke regeling, omdat krachtens deze maatregel onder omstandigheden het loon niet volledig werd uitbetaald. De werknemer moet dan dus werken zonder behoud van loon. Hij wordt, van alle disciplinaire maatregelen, door de boete daarom juist het hardst getroffen. De andere disciplinaire maatregelen zouden ook de werkgever kunnen benadelen.⁹⁶

In de memorie van toelichting bij het Ontwerp Cort van der Linden werd er op gewezen dat het bedrag van de boete de werkgever, bij geen of zeer geringe schade, ook geheel of gedeeltelijk schadeloos kon stellen. Aldus was de boete niet alleen een straf, maar tevens een schadevergoeding.⁹⁷ Over het vereiste van schriftelijkheid werd in deze memorie van toelichting gezegd:

‘Niets toch maakt de boetetoepassing hatelijker dan onzekerheid omtrent het recht des werkgevers om de boete op te leggen. In de schriftelijke overeenkomst en het reglement hebben de arbeiders een stuk dat geen twijfel laat.’⁹⁸

De wettelijke beperking van het bedrag van de boete werd daarentegen als de beste en meest afdoende waarborg tegen misbruik gezien.

Sindsdien zijn de bepalingen over het boetebeding aan weinig veranderingen onderhevig geweest. Naar aanleiding van de omzetting van de oude titel over de arbeidsovereenkomst in de nieuwe titel 7.10 BW, kwamen de bepalingen per 1 april 1997 in art. 7:650 en 651 BW te staan en werden een aantal termen aangepast.⁹⁹ In het Wetsvoorstel Arbeidstuchtrecht¹⁰⁰ (uitgebreid 4.7) werd voorgesteld de regeling over de boete te moderniseren. Dit wetsvoorstel is uiteindelijk weer ingetrokken.¹⁰¹ Een modernisering van de wettelijke bepalingen over de boete is er uiteindelijk niet meer gekomen. Per 4 maart 1998 vervielen, in verband met de vervanging van de bepalingen over het arbeidsreglement door de bepaling over het eenzijdig wijzigingsbeding, in de artikelen 650 en 651 alle verwijzingen naar een regeling per reglement.¹⁰²

⁹⁶ Bles 1908 (II), p. 202-204.

⁹⁷ Bles 1908 (II), p. 198-199.

⁹⁸ Bles 1908 (II), p. 199.

⁹⁹ Vaststellingswet titel 7.10 Burgerlijk Wetboek (Arbeidsovereenkomst), *Stb.* 1996, 406. ‘Arbeider’ werd vervangen door ‘werknemer’ en ‘dienstbetrekking’ werd vervangen door ‘arbeidsovereenkomst’.

¹⁰⁰ *Kamerstukken II* 1994/95, 23 974.

¹⁰¹ *Kamerstukken II* 1995/96, 23 974, nr. 16.

¹⁰² Wet van 14 februari 1998 tot wijziging van de Wet op de ondernemingsraden en titel 7.10 (arbeidsovereenkomst) van het nieuw Burgerlijk Wetboek, *Stb.* 1998, 107.

Inhoud van de boetebepalingen ex art. 7:650 en 651 BW

In beide hierboven aangehaalde citaten uit de wetsgeschiedenis komt de toepassing van het strafrechtelijke legaliteitsbeginsel, ook al wordt deze niet uitdrukkelijk van toepassing verklaard, duidelijk naar voren. De strekking van het strafrechtelijke legaliteitsbeginsel is immers het geven van rechtszekerheid, doordat vooraf duidelijkheid wordt verschaft over de mogelijke sancties en het ongewenste gedrag. In de huidige bepaling komt deze ‘arbeidsrechtelijke’ variant van het legaliteitsbeginsel nog steeds voor.¹⁰³ De voorschriften op overtreding waarvan boete is gesteld en het bedrag van de boete, zegt het eerste lid van art. 7:650 BW, moeten in de arbeidsovereenkomst worden vermeld. Verhulp zegt over de verwoording van het legaliteitsbeginsel in lid 1:

‘Vanwege het disciplinaire karakter van de boete is het uit het strafrecht overgenomen beginsel dat geen straf mag worden opgelegd dan uit kracht van een vooraf bekende regel in het arbeidsovereenkomstenrecht overgenomen.’¹⁰⁴

Voorts wordt in art. 7:650 BW gesproken over voorschriften ‘in de arbeidsovereenkomst’. Het is de vraag of de voorschriften ook op een ander niveau mogen worden vastgelegd: in een CAO of in een in de arbeidsovereenkomst geïncorporeerde regeling. De eis die uit de boetebepaling voortvloeit, namelijk het vooraf duidelijkheid geven over wat ongewenst gedrag is en welke de mogelijke sancties zijn, sluit de mogelijkheid van het vastleggen van voorschriften op een ander niveau dan de individuele arbeidsovereenkomst niet uit. Door middel van direct doorwerkende bepalingen in CAO’s of door middel van bepalingen in personeelshandboeken of CAO’s die in de individuele arbeidsovereenkomst zijn geïncorporeerd,¹⁰⁵ kan vooraf duidelijkheid worden gegeven over wat ongewenst gedrag is. Door de directe doorwerking of de incorporatie maken de arbeidsvoorwaarden deel uit van de arbeidsovereenkomst. Met Zondag ben ik daarom van mening dat een redelijke, met de strekking van de bepaling overeenstemmende, uitleg van de zinsnede ‘in de arbeidsovereenkomst’ is, dat de voorschriften zowel in de individuele arbeidsovereenkomst, in een in de arbeidsovereenkomst geïncorporeerde regeling of in een direct doorwerkende CAO kunnen worden opgenomen.¹⁰⁶ Ik meen dat hetzelfde geldt voor het bedrag van de boete. Voorts dienen naar mijn mening de voorschriften op overtreding waarvan boete is gesteld én de mededeling dat op

¹⁰³ Aldus ook: Zondag 2003a, p. 11.

¹⁰⁴ Verhulp 2004, (*T&C Arbeidsrecht*), art. 7:650, aant. 3.

¹⁰⁵ Aldus ook: Verhulp 2004, (*T&C Arbeidsrecht*), art. 7:650, aant. 2.

¹⁰⁶ Zondag 2003a, p. 11-12. Ook Verhulp meent dat de voorschriften op overtreding waarvan boete is gesteld zowel in de arbeidsovereenkomst als in de CAO kunnen worden gegeven (Verhulp 2004, *T&C Arbeidsrecht*, art. 7:650, aant. 2).

overtreding van die voorschriften boete staat, in dezelfde regeling te staan.¹⁰⁷ Hiervoor kunnen drie argumenten worden aangevoerd.

Het eerste argument kan worden afgeleid uit de bewoordingen van art. 7:650 lid 1 BW: in de arbeidsovereenkomst moeten de voorschriften op overtreding waarvan boete is gesteld én het bedrag van de boete zijn vermeld. Hieruit volgt mijns inziens dat de voorschriften en (het bedrag van) de boete in *dezelfde* regeling dienen te worden opgenomen.

Het tweede argument ontleen ik aan de wetsgeschiedenis. Hier kwam expliciet in naar voren dat onduidelijkheid over het recht van de werkgever tot het opleggen van een boete moest worden voorkomen. Hieruit volgt mijns inziens dat voor de werknemer in één oogopslag duidelijk moet zijn, dát er voorschriften zijn waaraan hij zich dient te houden én dat de werkgever bij overtreding van *deze* voorschriften een boete kan opleggen.

Als derde argument kan worden gewezen op de overeenkomst met het in art. 7:650 lid 1 BW neergelegde legaliteitsbeginsel.¹⁰⁸ Het legaliteitsbeginsel vereist namelijk dat de straf is voorafgegaan door een *strafbepaling*: uit de bepaling moet kunnen worden afgeleid dat de handeling *strafbaar* is. Met het in art. 7:650 lid 1 BW neergelegde schriftelijkheidsvereiste wordt dezelfde zekerheid nagestreefd als met het strafrechtelijke legaliteitsbeginsel: van tevoren moet duidelijk zijn wanneer een straf kan worden opgelegd. Dit pleit ervoor het eerste lid van art. 7:650 BW op dezelfde wijze uit te leggen als het strafrechtelijke legaliteitsbeginsel: een boete kan alleen rechtsgeldig worden opgelegd, indien deze wordt voorafgegaan door een *strafbepaling*. Onder een strafbepaling kan in deze context worden verstaan, een bepaling waarin staat dat op overtreding van de betreffende voorschriften boete is gesteld.

Verder wordt in art. 7:650 BW als geldigheidsvereiste genoemd dat de bestemming van de boete nauwkeurig moet worden vermeld en dat de boete niet mag strekken tot persoonlijk voordeel van de werkgever of van degene aan wie de bevoegdheid is verleend om een boete op te leggen (lid 3). In het vijfde lid is een maximum aan de boete gesteld.¹⁰⁹

Tot slot staat in art. 7:651 BW dat de werkgever niet én een boete kan opleggen én schadevergoeding kan vorderen: er geldt een cumulatieverbod, waarvan niet kan worden afgeweken. Dit laat onverlet dat de werkgever wel de vrije keuze heeft uit de boete of de schadevergoeding. Overigens kan de rechter op grond van art. 6:94 lid 1 BW de boete matigen.¹¹⁰

¹⁰⁷ Aldus ook Verhulp 2004, (*T&C Arbeidsrecht*), art. 7:650, aant. 3. Met het oog op de rechtszekerheid en rechtsgelijkheid zou dit een regeling moeten zijn die voor alle werknemers binnen het bedrijf hetzelfde is, bijvoorbeeld een geïncorporeerd personeelshandboek of een toepasselijke (ondernemings-CAO) (zie over het gewenste niveau van arbeidstuchtrechtelijke regelgeving meer in 4.6) (zie ook Zondag 2003a, p. 12).

¹⁰⁸ Zie Zondag 2003a, p. 11 en Verhulp 2004, (*T&C Arbeidsrecht*), art. 7:650, aant. 3. Voor meer over het legaliteitsbeginsel zie 4.5.

¹⁰⁹ Zie Zondag 2003a, p. 12-13.

¹¹⁰ De Hoge Raad heeft inmiddels meer duidelijkheid gegeven over het bereik van de artt. 7:650 en 7:651 BW ten aanzien van de boete gekoppeld aan het concurrentiebeding: de artt. 7:650 en 651 BW zijn niet van toepassing op de boete bij het concurrentiebeding (HR 4 april 2003, *JAR* 2003, 107).

4.4.2.3 Bedrijfstak-CAO's

Op grond van art. 1 WCAO kunnen tussen werkgevers- en werknemersorganisaties op bedrijfstakniveau collectieve arbeidsovereenkomsten worden gesloten. Naast primaire arbeidsvoorwaarden kunnen hierin ook disciplinaire bepalingen worden opgenomen.¹¹¹ Deze bepalingen kunnen, blijkens 5.2 van het Toetsingskader algemeen verbindend verklaring CAO-bepalingen, alleen algemeen verbindend worden verklaard indien ze voldoende rechtswaarborgen voor de betrokken werknemers geven. Zo dienen CAO-bepalingen over disciplinaire maatregelen die tot een vermindering van loon kunnen leiden, zoals boete, schorsing, degradatie en weigering van een periodieke verhoging, in de CAO omkleed te zijn met procedurevoorschriften en criteria ter waarborging van de rechten van de betrokken werknemers (zoals de duur van de straf en het schriftelijk mededelen van de gronden). Verder mogen aan de bewoordingen van een CAO in het bijzonder hoge eisen van duidelijkheid worden gesteld indien de werkgever een bevoegdheid inroept tot het nemen van een voor de werknemer zeer bezwarende disciplinaire sanctie.¹¹²

Ter illustratie van disciplinaire regelingen die in bedrijfstak-CAO's worden opgenomen, volgen thans de bevindingen van een door mij uitgevoerd onderzoek naar 50 algemeen verbindend verklaarde bedrijfstak-CAO's, verdeeld over uiteenlopende bedrijfstakken (zie Bijlage I).¹¹³

Bepalingen inzake disciplinaire maatregelen

Van de geraadpleegde CAO's wordt in slechts drie daarvan expliciet gesproken over disciplinaire maatregelen.¹¹⁴

De CAO Schoonmaak- en glazenwassersbedrijf bepaalt in art. 62 dat de werkgever, de werknemer die zijn verplichtingen voortvloeiende uit de arbeidsovereenkomst niet te goeder trouw nakomt, afhankelijk van de ernst van het feit, een aantal disciplinaire maatregelen kan opleggen.¹¹⁵

Hierover was vooralsnog veel onduidelijkheid. In de overwegingen van de A-G bij dit arrest werd de aandacht gevestigd op het feit dat de bepalingen over de boete in art. 7:650 en 651 BW door de wetgever bedoeld zijn als disciplinaire maatregel tijdens de duur van het dienstverband. De kantonrechter Gouda merkte een paar maanden daarvoor in een soortgelijke zaak overigens hetzelfde op (Ktr. Gouda 27 februari 2003, *JAR* 2003, 79).

¹¹¹ Zie ook over de rol van de CAO bij disciplinaire regelingen Zondag 2003a, p. 52-54.

¹¹² HR 17 september 1993, *NJ* 1994, 173 (*Gerritse/HAS*).

¹¹³ Te kennen via internet: <http://www.overheid.nl/op/index.html>. Sancties in verband met het niet-naleven van bedrijfsvoorschriften bij ziekte, heb ik niet in het onderzoek meegenomen, aangezien het niet-naleven van deze voorschriften niet onder de in dit onderzoek gehanteerde omschrijving van wangedrag valt. Voorbeelden zijn onder meer te vinden in de CAO voor de Mortel- en Morteltransportondernemingen 2004/2005 en in de CAO voor de Houthandel 2004/2005.

¹¹⁴ CAO Openbaar Vervoer 2004; CAO Schoonmaak- en Glazenwassersbedrijf 2004/2006; CAO Welzijn en Maatschappelijke Dienstverlening 2004.

¹¹⁵ Aangezien blijkens de tekst van het artikel een opsomming volgt, maar vervolgens alleen de straf van berisping wordt genoemd, ga ik er van uit dat de andere disciplinaire maatregelen niet algemeen verbindend zijn verklaard.

De CAO Welzijn en Maatschappelijke Dienstverlening kent een hoofdstuk 16 'Disciplinaire maatregelen'. In dit hoofdstuk worden echter alleen de schorsing en non-actiefstelling geregeld.

De CAO Openbaar Vervoer kent de meest uitgebreide disciplinaire regeling. Op grond van plichtsverzuim kan de werkgever de werknemer een disciplinaire maatregel opleggen. Dit laat de mogelijkheid tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst onverlet. Onder plichtsverzuim wordt verstaan zowel het overtreden van enig in de onderneming geldend voorschrift als het handelen in strijd met het goed werknemerschap. De disciplinaire straffen zijn: berisping, waarschuwing, boete van ten hoogste eenmaal het voor betrokkene geldende dagloon met inachtneming van het in art. 7:650 BW bepaalde en verlaging van het functieloon of het inhouden van een periodieke loonsverhoging gedurende maximaal één jaar. Deze straffen kunnen ook voorwaardelijk worden opgelegd, met een proeftijd van maximaal één jaar. Indien voor het vaststellen van de aard en omvang van het plichtsverzuim een onderzoek is vereist, kan de werknemer voor de duur van het onderzoek, voor maximaal 5 dagen, worden geschorst met behoud van loon. Indien een disciplinaire 'maatregel' is genomen, bestaande uit een berisping, een waarschuwing, een boete, een verlaging van het functieloon of het inhouden van een periodieke loonsverhoging, kan de werknemer in beroep bij het scheidsrecht. De samenstelling en werkwijze van het scheidsrecht zijn vastgesteld in een reglement dat als bijlage bij de CAO is gevoegd.¹¹⁶

Bepalingen over schorsing en non-actiefstelling

In ongeveer 17 van de geraadpleegde CAO's komen bepalingen voor met betrekking tot schorsing en non-actiefstelling. Als grond voor schorsing wordt vaak gewezen op het bestaan van een vermoeden van een dringende reden tot ontslag in combinatie met het feit dat schorsing naar het oordeel van de werkgever in het belang van het werk dringend wordt gevorderd. Daarnaast wordt als grondslag genoemd zodanig ernstige redenen dat voortzetting van de werkzaamheden door de werknemer naar het oordeel van de werkgever niet langer verantwoord is. Voorts worden procedureregels gegeven met betrekking tot het voornemen tot het schorsingsbesluit, de mededeling van het schorsingsbesluit aan de werknemer en de duur van de schorsing. De werkgever heeft bijvoorbeeld de verplichting tot het horen van de werknemer of tot het in de gelegenheid stellen zich te verantwoorden. Daar wordt dan meestal aan toegevoegd dat de werknemer het recht heeft op bijstand door een raadsman. Bij

¹¹⁶ Het reglement bestaat uit 13 artikelen. In art. 1 van het reglement staat de regeling met betrekking tot de samenstelling van het scheidsrecht. Het Gerecht bestaat uit vier kamers, te weten een kamer voor het westen, voor het oosten, voor het zuiden en voor het noorden. Het bestaat uit een voorzitter, een secretaris, een werkgeverslid en een werknemerslid. De voorzitter wordt benoemd in overleg tussen de Vereniging Werkgevers Openbaar Vervoer en de vakverenigingen. De secretaris door de Vereniging Werkgevers Openbaar Vervoer. De werkgeversleden zijn opgenomen in een tevoren door de werkgeversvereniging opgestelde lijst. Voor elke kamer is één werkgeverslid benoemd. De werknemersleden zijn opgenomen in een door de vakverenigingen opgestelde lijst.

ongegrondbevinding van de schorsing is de werkgever verplicht tot rehabilitatie van de betrokken werknemer en tot vergoeding van de eventuele kosten van een raadsman.

In zes van deze CAO's wordt de mogelijkheid tot schorsing met inhouding van loon geboden.¹¹⁷ In een aantal daarvan wordt, naast de mogelijkheid van schorsing bij de aanwezigheid van een dringende reden, de mogelijkheid geboden tot schorsing over te gaan indien de werkgever de werknemer verdenkt van een vergrijp, dat een dringende reden tot ontslag zou kunnen zijn.¹¹⁸ In dat geval moet wel onmiddellijk een onderzoek worden ingesteld of het vergrijp inderdaad is begaan. Blijkt dit niet het geval te zijn, dan moet het ingehouden loon alsnog worden uitbetaald en moet de werknemer worden gerehabiliteerd.¹¹⁹ De CAO voor het Kartonage- en Flexibele Verpakkingenbedrijf bepaalt dat de werknemer kan worden geschorst ingeval hij zich schuldig maakt aan een ernstige overtreding, dan wel bij herhaling zich schuldig maakt aan overtreding van een der bepalingen van de CAO of van een in de onderneming van kracht zijnde rechtsgeldig bedrijfsreglement, dan wel anderszins in ernstige mate tekortschiet in de nakoming van uit de arbeidsverhouding voortvloeiende verplichtingen. Onder een dergelijke gedraging valt in ieder geval een gedraging die een dringende reden oplevert. Daarnaast kan de werkgever de werknemer schorsen indien hij zulks noodzakelijk acht in verband met een in te stellen onderzoek naar de schuld van de betrokken werknemer aan naar het inzicht van de werkgever ontoelaatbare of strafbare feiten of gedragingen. Indien de schuld niet komt vast te staan, dan wel de werkgever geen strafmaatregel tegenover de betrokken werknemer noodzakelijk acht, wordt het ingehouden loon over de schorsingstijd alsnog uitbetaald.

Non-actiefstelling is op grond van deze CAO's toegestaan indien naar het oordeel van de werkgever de voortgang van de werkzaamheden – door welke oorzaak dan ook – ernstig wordt belemmerd. Non-actiefstelling kan op grond van de regelingen in de betreffende CAO's alleen met behoud van loon (en 'alle overige rechten voortvloeiende uit de arbeidsovereenkomst/CAO'). Non-actiefstelling kan nooit als strafmaatregel worden opgelegd. In de regelingen komen voorts bepalingen voor over de duur, de mogelijke verlenging en procedurevoorschriften onder meer met betrekking tot de mededeling van het besluit tot non-actiefstelling aan de werknemer.

¹¹⁷ CAO Doe-Het-Zelfbranche 2003/2004; CAO Drogisterijbranche 2003/2004; CAO Kartonage- en Flexibele Verpakkingenbedrijf 2004; CAO Levensmiddelenbedrijf 2003/2004; CAO Meubelindustrie en meubileringsbedrijven 2003/2004; CAO Slijterijen 2002/2003.

¹¹⁸ CAO Drogisterijbranche 2003/2004; CAO Levensmiddelenbedrijf 2003/2004; CAO Slijterijen 2002/2003. De CAO voor de Drogisterijbranche 2003/2004 noemt daarnaast als schorsingsgrond 'gebleken gemis aan ijver en dienstbetrachting'.

¹¹⁹ Dit is in overeenstemming met 5.2 van Het Toetsingskader algemeen verbindend verklaring CAO-bepalingen: 'AVV van een CAO-bepaling die schorsing met vermindering van loon regelt is niet mogelijk, tenzij in de bepaling is aangegeven dat het alleen van toepassing kan zijn op situaties die op zichzelf volgens de wet ook een dringende reden voor ontslag op staande voet opleveren.'

Overige disciplinaire bepalingen

Een klein deel van de geraadpleegde CAO's staat de mogelijkheid toe tot het inhouden van een periodieke verhoging bij onvoldoende of slecht functioneren (of 'onvoldoende bekwaamheid, geschiktheid of ijver') van de werknemer. Daarbij worden zowel materiële als procedurele voorschriften gegeven met betrekking tot de toepassing van de maatregel.¹²⁰

In de CAO voor de Groothandel in Vlakglas, het Glasbewerkings- en het Glazeniersbedrijf 2003 staat een bepaling met betrekking tot het sanctioneren van het overtreden van veiligheidsvoorschriften. Er wordt onderscheiden tussen sancties bij een eerste, tweede of derde overtreding. Respectievelijk kan als sanctie worden opgelegd: een schriftelijke waarschuwing, het inhouden van 1 dag loon of 1 ADV-dag en het inhouden van 2 dagen loon of 2 ADV-dagen.

In de CAO voor het Goederenvervoer over het spoor 2005 is de bepaling opgenomen dat de uitkering naar billijkheid, die normaal bij opzegging wordt gegeven, niet wordt gegeven in geval van opzegging wegens ongeschiktheid tot dienstuitvoering die een gevolg is van wangedrag, dan wel opzettelijk is teweeggebracht. Ook in het geval van opzegging wegens het zich schuldig maken aan wangedrag, of een strafbaar feit waarop als maximum een gevangenisstraf van 3 jaren of meer is gesteld, of aan medeplichtigheid aan of poging tot een dergelijk feit, wordt de uitkering niet toegekend.

De CAO voor het Bakkersbedrijf 2004/2009 vermeldt dat seksuele intimidatie onaanvaardbaar is en dus niet zal worden getolereerd. Degene die zich schuldig maakt aan seksuele intimidatie moet rekenen op sancties.

Tot slot wordt in de CAO voor de Betonproductenindustrie 2003/2005 gesproken over overplaatsing als disciplinaire maatregel.

Geen bepalingen

In ongeveer de helft van de 50 geraadpleegde CAO's was niets opgenomen omtrent disciplinaire straffen, schorsing of non-actiefstelling, of andere disciplinaire straffen.

4.4.2.4 Ondernemings-CAO's

Op grond van art. 1 WCAO kunnen niet alleen bedrijfstak-CAO's, maar ook ondernemings-CAO's worden gesloten. De ondernemings-CAO's zijn inmiddels veel talrijker dan de bedrijfstak-CAO's: men kan spreken van een decentralisatie van de totstandkoming van collectieve arbeidsvoorwaarden, van bedrijfstak-CAO's naar ondernemings-CAO's.¹²¹ Bovendien bleek uit een representatief steekproefonderzoek uit maart 1995, uitgevoerd door het ministerie van Sociale Zaken en werkgelegenheid, dat ondernemings-CAO's relatief vaker disciplinaire

¹²⁰ CAO Jeugdhulpverlening 2003; CAO Kinderopvang 2002; CAO Tandartsassistenten 2003; CAO Thuiszorg 2004; CAO Welzijn 2002.

¹²¹ Loonstra & Zondag 2006, p. 504-505. Zij geven aan dat van de 1200 CAO's die jaarlijks van kracht zijn, ruim 800 ondernemings-CAO's zijn en een kleine 400 bedrijfstak-CAO's.

bepalingen bevatten dan bedrijfstak-CAO's.¹²² Voorts bleek uit dit onderzoek dat de boete als disciplinaire maatregel weinig voorkomt, maar dat veel CAO's wel bepalingen bevatten inzake schorsing (al dan niet met behoud van loon).¹²³ Een relatief groot aantal CAO's bevatte nog andersoortige of meer algemeen geformuleerde bepalingen inzake disciplinaire maatregelen.¹²⁴

Het door mij steekproefsgewijs raadplegen van een klein aantal ondernemings-CAO's, verdeeld over verschillende bedrijfstakken, leverde de volgende voorbeelden van disciplinaire bepalingen op.¹²⁵

Bij ernstige of herhaalde overtreding van de Algemene Gedragscode, dan wel andere door de werkgever gegeven interne voorschriften en reglementen, kan de werkgever de medewerker bij wijze van disciplinaire straf schorsen voor ten hoogste zeven werkdagen, zonder behoud van salaris. Indien de werkgever ernstige grond heeft om de medewerker van daden of gedragingen te verdenken, die een onverwijld beëindiging van het dienstverband zouden rechtvaardigen, kan de medewerker op non-actief worden gezet voor de duur van het onderzoek. Wordt het vermoeden niet bevestigd, dan kan de werknemer schriftelijk worden gerehabiliteerd. Leiden de daden of gedragingen niet tot een onverwijld beëindiging, maar tot opzegging of een verzoek om ontbinding, dan heeft de werkgever het recht de non-activiteit voort te zetten.

In een andere CAO kwam een soortgelijke bepaling voor. In deze bepaling werd tevens verwezen naar de Instructie Privé-beleggingstransacties, de Gedragscode Geschenken, Uitnodigingen en de Gedragscode E-mail en Internetgebruik. De duur van de disciplinaire schorsing is in deze CAO ten hoogste 5 werkdagen. Over het salaris wordt niets gezegd. Verder kan de werkgever de werknemer schorsen voor ten hoogste 15 dagen, indien hij ernstige grond heeft om de werknemer van daden of gedragingen te verdenken, die na onderzoek zouden kunnen leiden tot ontslag op staande voet. Blijkt het vermoeden dat tot schorsing heeft geleid onjuist te zijn, dan volgt – in zorgvuldig overleg met de werknemer – mondelinge en schriftelijke volledige rehabilitatie.

¹²² Dienst I-SZW van het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, 'CAO-Onderzoek Arbeidstuchtrecht', maart 1995. Zie *Kamerstukken II 1994/95*, 23 974, nr. 5, p. 1. In totaal werden 112 CAO's onderzocht, waarvan 28 ondernemings-CAO's en 84 bedrijfstak-CAO's.

¹²³ Slechts twee van de geraadpleegde CAO's bevatten een boetebeding, terwijl 59 van de geraadpleegde CAO's bepalingen bevatten over schorsing.

¹²⁴ In totaal 26 CAO's.

¹²⁵ De bedrijven die inzage verstrekten in hun CAO's waren: IKEA Nederland, Delta Lloyd groep, Hema, Noorder Dierenpark, Océ-Technologies BV, ICK Océ-Nederland BV, Johnson Matthey BV, Ingenieursbureau Oranjewoud BV, Carglass, Rabobank en ING. Blijkens Ktr. Zwolle 24 mei 2005, *JIN 2005*, 299 staat in art. 12 van de ondernemings-CAO van ABN/AMRO te Zwolle de volgende disciplinaire bepaling. De werknemer dient zich te houden aan de gedragsregels (lid 1). Bij verdenking van ongewenst gedrag, onregelmatigheden of overtreding van gedragsregels, procedures of instructies die een ontslag op staande voet zouden kunnen rechtvaardigen, kan de werknemer gedurende het onderzoek worden geschorst (lid 3). Bij ongewenst gedrag, onregelmatigheden of overtreding van gedragsregels, procedures of instructies zijn de sancties van berisping, overplaatsing, schorsing en ontslag (zodanig op staande voet) mogelijk.

Ook in een derde CAO kwam een dergelijke bepaling met betrekking tot schorsing voor. In deze CAO gaat het om schorsing met behoud van loon bij een ernstig vermoeden van een dringende reden. Voorts kan de schorsing volgens deze CAO zonder behoud van loon plaatsvinden als disciplinaire straf. Redenen voor disciplinaire schorsing zijn alleen: discriminatie, racisme, ongewenste intimiteiten en molest van personen en/of goederen. Voorts is op grond van deze CAO non-actiefstelling mogelijk gedurende de procedure tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst.

Een andere CAO vermeldde alleen de mogelijkheid van schorsing zonder behoud van salaris. In een aantal CAO's (ongeveer de helft van de ondernemings-CAO's door mij ingezien) kwam geen enkele bepaling voor over disciplinaire straffen.

In een groot deel van de geraadpleegde CAO's stond echter geen enkele regeling omtrent disciplinaire straffen.

4.4.2.5 Personeelshandboeken

Naast de CAO is het personeelshandboek de meest gebruikelijke wijze waarop disciplinaire regelingen worden vastgelegd. Het personeelshandboek werd vooraf gegaan door het arbeidsreglement, waarin van oudsher ook disciplinaire bepalingen werden opgenomen. In deze paragraaf sta ik stil bij het arbeidsreglement en de overgang naar de personeelshandboeken.

Het arbeidsreglement

De opkomst van de arbeidsreglementen was ten nauwste verbonden met de industriële revolutie van de 19^e eeuw. In verband met de grotere aantallen arbeiders gingen steeds meer werkgevers over tot het schriftelijk vastleggen van de belangrijkste arbeidsvoorwaarden in een voor een ieder geldend arbeidsreglement. Het accent lag aanvankelijk dan ook vooral op de ordevoorschriften. Bij de arbeidsreglementen van de 19^e eeuw kwamen echter nogal wat misstanden voor. De werknemers, die voor hun bestaan waren aangewezen op hetgeen zij in loondienst konden verdienen, hadden het door de werkgever vastgestelde reglement slechts te accepteren. Bovendien konden de werkgevers de bepalingen van het reglement steeds wijzigen wanneer hun dat gewenst voorkwam.¹²⁶ Voorts werd het arbeidsreglement de werknemers vaak niet, of slechts gebrekkig, meegedeeld. Werknemers hoorden pas voor het eerst van het bestaan en de inhoud van het reglement, wanneer het op hen werd toegepast. Vooral over de boetestelsels in de reglementen kwamen veel klachten: de boetes waren vaak hoog en willekeurig. Daarnaast bevatten veel reglementen bepalingen die als grievend en onbillijk werden ervaren.¹²⁷

¹²⁶ Jellinghaus 2003, p. 180; Koning 1987, p. 6; SER 94/06, p. 39-42.

¹²⁷ Koning 1987, p. 5-7.

‘Op grond van het reglement moesten de arbeiders, zowel mannelijke als vrouwelijke, zich dikwijls zonder gegronde redenen op verdenking van diefstal aan visitatie onderwerpen.’¹²⁸

Gelet op deze misstanden gingen er dan ook steeds meer stemmen op voor een wettelijke regeling van het arbeidsreglement.¹²⁹ Het bestaan van de reglementen werd namelijk als zeer gewenst ervaren: ze gaven zekerheid over de door de werknemers te volgen gedragslijnen en ze regelden zaken die in arbeidsovereenkomsten nooit werden vastgesteld. Ze droegen derhalve bij aan het voorkomen van geschillen.¹³⁰ Dit heeft geleid tot invoering van de wettelijke bepalingen omtrent het arbeidsreglement in de artt. 1637 j-m (oud) BW.¹³¹ Bij de invoering van het NBW kwamen de bepalingen in de artt. 7:613-613c BW te staan.¹³²

In art. 7:613 (1637j) BW stond de bepaling dat een door de werkgever vastgesteld reglement voor de arbeider slechts verbindend was, indien deze schriftelijk had verklaard zich met het reglement te verenigen. Daarnaast moest nog aan een drietal andere vereisten worden voldaan; een exemplaar van het reglement moest kosteloos aan de arbeider worden verstrekt, de werkgever diende een exemplaar ter inzage bij de griffie van het kantongerecht te leggen en hij diende een exemplaar op een binnen het bedrijf zichtbare plaats op te hangen.¹³³ De wetgever had evenwel verzuimd een wettelijke definitie van het begrip ‘arbeidsreglement’ te geven. Ten gevolge hiervan deed zich de merkwaardige situatie voor dat bovenstaande vormvereisten, en niet de inhoud van het reglement, bepaalden of sprake was van een arbeidsreglement.¹³⁴ Vooral met betrekking tot het instemmingsrecht van de ondernemingsraad (deze had ex art. 27 lid 1 onder *a* WOR instemmingsrecht bij elk besluit tot vaststelling, wijziging of intrekking van een arbeidsreglement), deed zich de discussie voor wat nu precies onder een reglement moest worden verstaan. De Hoge Raad heeft in het IBM-arrest duidelijkheid gegeven: ook indien niet aan alle vormvereisten voor verbindendheid was voldaan, kon sprake zijn van een arbeidsreglement. Of

¹²⁸ Koning 1987, p. 7.

¹²⁹ Koning 1987, p. 7.

¹³⁰ Bles 1908 (I), p. 404 (MvT Ontwerp-Loeff).

¹³¹ Door hun uniforme regeling moesten ze de weg effenen voor de collectieve arbeidsovereenkomst, waarvoor op dat moment de tijd nog niet rijp was. Gewezen werd op een aantal regelingen van arbeidsreglementen in het buitenland: Duitsland, Zwitserland en België. Daar bestond de verplichting om in ieder geval een aantal in de wet genoemde onderwerpen in een fabrieksreglement te regelen. Zo moesten de straffen die aan de werknemer konden worden opgelegd ook in het reglement worden vermeld en werd soms bepaald dat geen andere straffen mochten worden opgelegd dan die, welke in het reglement waren geregeld (Bles 1908 (I), p. 404 (MvT Ontwerp-Loeff)). Zie voor een historische beschouwing Bles I, p. 398-467. Zie ook Koning 1987, p. 5-8.

¹³² Per 1 april 1997 (Vaststellingswet titel 7.10 Burgerlijk Wetboek (Arbeidsovereenkomst), *Stb.* 1996, 406).

¹³³ Uitgebreid Koning 1987, p. 8-14.

¹³⁴ Koning 1987, p. 17.

sprake was van een arbeidsreglement in de zin van art. 1637j (oud) BW, hing af van hetgeen de werkgever had beoogd.¹³⁵

In art. 7:613a BW (1637k (oud) BW) stond de opmerkelijke bepaling dat een weigering van de werknemer tot acceptatie van een nieuw of gewijzigd arbeidsreglement, als een opzegging van de arbeidsovereenkomst werd aangemerkt. De ratio achter deze bepaling was dat de willekeur van één werknemer niet mocht leiden tot de ondergang van het bedrijf. Een bedrijf waarin zekere reglementsbepalingen voor sommige arbeiders wel en voor andere niet gelden, zou namelijk in een ‘hopelooze anarchie’ gaan verkeren en door de (toenmalige) scherpe concurrentie tot de ondergang zijn gedoemd.¹³⁶

In art. 7:613b BW stond dat de werknemer niet kon verklaren dat hij zich verbond met ieder in de toekomst vast te stellen reglement of wijziging. Met deze bepaling werd beoogd te voorkomen dat de werkgever de bevoegdheid zou krijgen in de toekomst eenzijdig arbeidsvoorwaarden vast te stellen of te wijzigen. In art. 7:613c BW stond de bepaling dat alleen bij schriftelijke overeenkomst van de bepalingen van het reglement kon worden afgeweken. Hieraan lag de gedachte ten grondslag dat het reglement bedoeld was voor alle werknemers gelijkelijk te gelden. De gedachte achter de eis van schriftelijkheid was de rechtszekerheid; het schriftelijke contract mocht niet zomaar door een mondelinge overeenkomst terzijde kunnen worden geschoven.¹³⁷

De overgang naar het personeelshandboek

Het arbeidsreglement kende dan wel een wettelijke regeling, de bepalingen werden in de loop der tijd steeds minder nageleefd. Als instrument tot ordening van arbeidsvoorwaarden werd het reglement in de praktijk verdrongen door CAO's en personeelshandboeken. In de personeelshandboeken konden (en kunnen) arbeidsvoorwaarden en disciplinaire regelingen op ondernemingsniveau worden geregeld. Door middel van een zogenaamd incorporatiebeding is het mogelijk deze personeelshandboeken deel uit te laten maken van de individuele arbeidsovereenkomst.¹³⁸ In de arbeidsovereenkomst werd voorheen echter tevens een zogenaamd eenzijdig wijzigingsbeding opgenomen. Op grond van dit

¹³⁵ HR 7 oktober 1988, *NJ* 1989, 335. In het verlengde hiervan oordeelde ons hoogste rechtscollege in 1992, dat ook indien niet was voldaan aan alle vereisten voor verbindendheid, bijvoorbeeld doordat de nederlegging ter griffie of de ophanging in het arbeidslokaal achterwege was gebleven, sprake kon zijn van een reglement (HR 22 mei 1992, *NJ* 1992, 607 (COR Ziekenhuisgroep Zeeuws-Vlaanderen)). De onbepaaldheid van het begrip veroorzaakte meer problemen. Zo bestond onduidelijkheid over het onderscheid met het directiereglement ex art. 7:660 BW. De definities van het arbeidsreglement uit de literatuur kwamen wel altijd ongeveer op het volgende neer: 'Een door de werkgever vastgestelde regeling van de arbeidsvoorwaarden, bestemd om voor alle arbeiders, of voor een bepaald soort arbeiders in zijn dienst te gelden.' (Jellinghaus 2003, p. 181; Koning 1987, p. 14-15).

¹³⁶ Bles 1908 (I), p. 417 (MvT Ontwerp Loeff).

¹³⁷ Bles I, p. 465. Aldus ook: Koning 1987, p. 11.

¹³⁸ In 1956 heeft ons hoogste nationale rechtscollege de rechtsgeldigheid van een incorporatiebeding erkend. De inhoud van de regeling moet dan wel kenbaar zijn gemaakt aan de werknemers en in de aanstellingsbrief of arbeidsovereenkomst moet een verwijzing zijn opgenomen naar de algemene regeling (HR 4 mei 1956, *NJ* 1956, 299 (*Liefinck-arrest*)).

beding kon de werkgever de arbeidsvoorwaarden in het personeelshandboek eenzijdig wijzigen. Dientengevolge werd de werknemer door een wijziging wel gebonden, maar hoefde hij er niet afzonderlijk mee akkoord te gaan; dit had hij bij indiensttreding al gedaan. Aangezien de personeelshandboeken zelden als arbeidsreglement werden aangemerkt,¹³⁹ had de ondernemingsraad ook geen instemmingsrecht. Ging het om de wijziging van arbeidsvoorwaarden die geen verdere in- of aanvulling van een cao waren, dan hadden ook de vakorganisaties geen invloed. Bijgevolg was de situatie ontstaan dat noch de werknemer zelf, noch de vakorganisaties of ondernemingsraad invloed hadden op de wijziging van arbeidsvoorwaarden in een personeelshandboek. Dit werd als ongewenst beschouwd. Dientengevolge werd bij het wetsvoorstel tot wijziging van de WOR en titel 7.10 BW een wettelijke regeling van het eenzijdige wijzigingsbeding voorgesteld (Wetsvoorstel 24 615).¹⁴⁰ Bij wet van 14 februari 1998 is de wet ingevoerd en zijn de bepalingen omtrent het arbeidsreglement vervangen door de bepaling over het eenzijdig wijzigingsbeding in art. 7:613 BW.¹⁴¹ De werkgever is nu niet meer bevoegd de eenmaal overeengekomen arbeidsvoorwaarden met een beroep op een eenzijdig wijzigingsbeding eenzijdig te wijzigen. Dit is slechts anders indien de werkgever bij de wijziging een zodanig zwaarwichtig belang heeft dat het belang van de werknemer dat door de wijziging zou worden geschaad, daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken. De bewijslast hiervan ligt bij de werkgever.¹⁴²

Oorspronkelijk bevatte het wetsvoorstel tot wijziging van de WOR en titel 7.10 BW nog een art. 7:613 lid 2 BW. Hierin werd bepaald dat het belang van de werkgever werd vermoed voldoende zwaarwichtig te zijn als de regeling van arbeidsvoorwaarden (waaraan de werkgever de werknemer door toepassing van het wijzigingsbeding wil binden) voortvloeit uit een de werkgever bindende cao, dan wel is vastgesteld in overeenstemming met de ondernemingsraad. Uiteindelijk werd deze toevoeging overbodig geacht en uit het wetsvoorstel geschrapt.¹⁴³ Ook zonder die bepaling komt bij de vraag of wijziging van een arbeidsvoorwaardenregeling redelijk is, belangrijke betekenis toe aan de overeenstemming met werknemersorganisaties en ondernemingsraden. Nu in de praktijk bij de beoordeling van de redelijkheid van een eenzijdige wijziging al werd gekeken of de werkgever collectief overleg heeft gevoerd, kon het tweede lid van art. 7:613 BW vervallen.¹⁴⁴

¹³⁹ Zie bijvoorbeeld Ktr. Amsterdam 19 maart 1992, *Prg.* 1992, 3672.

¹⁴⁰ *Kamerstukken II* 1995/96, 24 615 nr. 3, p. 20-22 (MvT).

¹⁴¹ Wet van 14 februari 1998 tot wijziging van de Wet op de ondernemingsraden en titel 7.10 (arbeidsovereenkomst) van het nieuw Burgerlijk Wetboek., *Stb.* 1998, 107.

¹⁴² Loonstra & Zondag 2006, p. 238-239.

¹⁴³ *Kamerstukken II* 1996/97, 24 615, nr. 10, p. 1 en 3 (Nota van wijziging).

¹⁴⁴ *Kamerstukken II* 1996/97, 24 615, nr. 9, p. 32 (Nota naar aanleiding van het verslag). Zie ook HR 7 oktober 1988, *NJ* 1989, 335 (*IBM*).

De personeelshandboeken vormen nog steeds een belangrijke bron van disciplinaire regelgeving.¹⁴⁵ Ze komen binnen bedrijven onder verschillende benamingen voor. Zo worden bijvoorbeeld de termen personeelsgids¹⁴⁶ of -regeling, sociale gids, het groene boek,¹⁴⁷ of gedragscode gehanteerd.¹⁴⁸

¹⁴⁵ Als voorbeeld kan onder meer worden verwezen naar de Personeelsgids van Shell/NAM. Volgens deze gids kunnen disciplinaire maatregelen worden genomen als de medewerker zich niet houdt aan de regels en normen die voortvloeien uit de individuele arbeidsovereenkomst, vastgelegde huisregels en algemeen geldende, al dan niet wettelijke, maatschappelijke normen. Uit de regeling blijkt voorts dat Shell drie disciplinaire straffen kent: de mondelinge waarschuwing, de schriftelijke waarschuwing en ontslag (wegens een dringende reden). Voorts wordt de mogelijkheid tot niet-disciplinaire schorsing met behoud van loon genoemd, als maatregel gedurende een onderzoek naar een mogelijke zeer ernstige overtreding van een werknemer. Voorts bevat de regeling nog enkele bepalingen omtrent een 'toehoorder' en de procedure. Verder kan ter illustratie worden gewezen op de regelingen binnen Dierenpark Emmen. Het Park heeft een regeling 'Gastgerichtheid: aan aantal spelregels'. Deze regeling is vastgesteld door de ondernemingsraad en de directie samen. Iedere werknemer krijgt bij indiensttreding een exemplaar van het reglement. Hierin komen onder meer regels voor over alcohol, roken en drugs, met de waarschuwing dat het zich niet houden aan de regels, ernstige gevolgen voor het dienstverband heeft. Daarnaast heeft het Park een regeling 'sanctiebeleid', eveneens samengesteld door directie en ondernemingsraad gezamenlijk, bedoeld voor de leidinggevenden werkzaam bij het Park. Hierin staat te lezen dat wanneer medewerkers zich niet houden aan de overeengekomen spelregels, zij dienen te worden gecorrigeerd. Als sancties worden genoemd: mondelinge waarschuwing, schriftelijke waarschuwing, schorsing, ontslag en ontslag op staande voet. Een ander voorbeeld van een in de arbeidsovereenkomst geïncorporeerde bedrijfsregeling met bepalingen over wangedrag en straffen, is de gedragscode van IKEA Nederland. Deze gedragscode bevat een bepaling over grensoverschrijdend gedrag. Hieronder wordt verstaan seksuele intimidatie, pesten, geweld en discriminatie. Dit gedrag wordt als onaanvaardbaar gezien en werknemers die zich er schuldig aan maken zullen na een gesprek met de vertrouwenspersoon hun gedrag zichtbaar moeten verbeteren. Van alle gesprekken wordt een verslag bewaard in het personeelsdossier van de betreffende werknemer. Indien zich geen verbeteringen voordoen, kan dit leiden tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst, dan wel tot ontslag op staande voet. Voorts bepaalt de gedragscode dat bij (het vermoeden van) strafbare zaken, zoals aanranding, verkrachting, fysiek geweld of ernstige bedreigingen, de politie wordt ingeschakeld. Afhankelijk van de aard van de situatie wordt bepaald of de werknemer kan blijven werken, op non-actief wordt gesteld of op staande voet wordt ontslagen. Ook bij het vermoeden van het gebruik of bezit van alcohol of drugs worden volgens de gedragscode sancties toegepast en indien noodzakelijk (hetgeen mijns inziens wijst op de inzet als ordemaatregel, zie 3.4.2.2) overgegaan tot ontslag op staande voet. Indien een werknemer een alcoholprobleem heeft en geen verbeteringen laat zien bij het oplossen daarvan (IKEA biedt blijkens de gedragscode hulp in de vorm van de bedrijfsmaatschappelijk werker en de bedrijfsarts), kan beëindiging van de arbeidsovereenkomst of ontslag op staande voet volgen. OPG Nederland kent een regeling met betrekking tot ongewenste omgangsvormen. Als mogelijke straffen worden genoemd: schriftelijke berisping, al dan niet met daaraan verbonden gevolgen voor de beoordeling, eenmalige stopzetting van de periodieke verhoging, schorsing voor bepaalde tijd, overplaatsing en beëindiging dienstverband. Tot slot kan worden gewezen op het bedrijfsreglement van Carglass. Hierin komt enkel de bepaling voor dat ongewenste intimiteiten niet worden getolereerd en dat werknemers die zich hieraan schuldig maken streng worden aangepakt, wat kan leiden tot directe beëindiging van de arbeidsovereenkomst.

¹⁴⁶ Zie ook Ktr. Utrecht 14 augustus 2002, *JAR* 2002, 219.

¹⁴⁷ Hoffmans 1992, p. 79. Voorts blijkt dat men ook de term 'gedragscode' of 'bedrijfsreglement' hanteert.

¹⁴⁸ Bijvoorbeeld de 'Unilever Gedragscode', de 'Ahold Gedragscode' en de 'OPG bedrijfsscode'. Op de internetsite van de 'European Foundation for the improvement of Living and Working Conditions' staat bij de beschrijving van de Nederlandse personeelsgids: 'Set of collective rules for an enterprise in which terms and conditions of employment and rules for maintaining discipline and order may be laid down' (<http://www.eurofound.eu.int/emire/netherlands/staffmanual-nl.html>).

Het belangrijkste onderscheid met het directiereglement ex art. 7:660 BW is, dat de regeling van arbeidsvoorwaarden in een personeelshandboek alleen werking heeft indien de regeling in de arbeidsovereenkomst is geïncorporeerd (bij arbeidsvoorwaarden dient immers sprake te zijn van tweezijdige vaststelling). De voorschriften omtrent het verrichten van de arbeid en de goede orde in de onderneming, die de werkgever kan geven op grond van art. 7:660 BW, kunnen eenzijdig worden vastgesteld. Een directiereglement heeft in zoverre dus ook werking indien hier in de arbeidsovereenkomst niet naar wordt verwezen.¹⁴⁹

4.4.2.6 De ondernemingsovereenkomst

Tot slot bestaat de mogelijkheid tot het treffen van een disciplinaire regeling in een ondernemingsovereenkomst ex art. 32 WOR.¹⁵⁰ Aan de hand van een ondernemingsovereenkomst kan een regeling worden getroffen die is afgestemd op de onderneming. In de praktijk zouden deze overeenkomsten tussen ondernemer en ondernemingsraad veelvuldig voorkomen.¹⁵¹ Een disciplinaire regeling zou kunnen worden opgenomen in een materiële arbeidsvoorwaardenovereenkomst. Dit is een overeenkomst die inhoudelijke bepalingen met betrekking tot arbeidsvoorwaarden bevat. Met deze overeenkomsten wordt beoogd de individuele rechtspositie van de werknemer te beïnvloeden. Om doorwerking in de arbeidsovereenkomsten te hebben, zal de

¹⁴⁹ Aan de hand van de aard van de inhoudelijke bepalingen (betreft het wel of niet de regeling van arbeidsvoorwaarden) kan dus worden vastgesteld of het om een personeelshandboek, dan wel om een directiereglement gaat. Gewezen kan worden op de verwijzingen in een aantal CAO's naar een 'bedrijfsreglement'. Gelet op de onderwerpen die in deze verwijzingen worden genoemd, wordt met 'bedrijfsreglement' dan eens een directiereglement ex art. 7:660 BW, dan eens een personeelsgids bedoeld. Bijvoorbeeld CAO Bakkersbedrijf 2004/2009 (voorschriften over veiligheidsschoenen en bedrijfskleding); CAO Meubelindustrie en Meubileringsbedrijven 2003/2004 en CAO Parketvloerondernemingen ('De werkgever is bevoegd met inachtneming van wettelijke voorschriften een reglement vast te stellen en voorschriften te geven omtrent het verrichten van de arbeid, alsmede voorschriften omtrent de goede orde en de zeden in de onderneming.');

CAO Groenten- en fruitverwerkende industrie ('De werknemer is gehouden zich te gedragen naar een eventueel geldend bedrijfsreglement'); CAO Crematoria ('De werkgever is bevoegd een bedrijfsreglement in te voeren, houdende nadere regelen ten aanzien van de arbeid in het bedrijf'). In de CAO Graanbe- en verwerkende bedrijven 2005 wordt gelet op de bewoordingen gedoeld op een personeelshandboek: 'Artikel 7.628 B.W. is van kracht met dien verstande dat werkgever in geval van schorsing ingevolge bepalingen van een bedrijfsreglement...' en 'Voorzover de werkgever een nadere omschrijving van rechten en plichten van de werknemer noodzakelijk acht, zal hiervoor een bedrijfsreglement worden samengesteld in overleg met de personeelsvertegenwoordiging.'

¹⁵⁰ Uitvoerig: Loonstra & Zondag 2006, p. 569-572; W.A. Zondag, 'Naar meer maatwerk in de onderneming met de ondernemingsraad? Over de verhouding werkgever, CAO en ondernemingsovereenkomst', *Arbeid Integraal* 2002-4, p. 152-157; G.J.J. A. Stege, 'De ondernemingsovereenkomst, de CAO en de individuele arbeidsovereenkomst', *Sociaal Recht* (14) 1999-10, p. 250-256; Heerma van Voss, 'Medezeggenschap van werknemers met betrekking tot arbeidsvoorwaarden', *Themis* (160) 1999-8, p. 264-271; P.F. van der Heijden, 'De ondernemingsovereenkomst', *Nederlands Juristenblad* (69) 1994-23, p. 765-770.

¹⁵¹ Loonstra & Zondag 2006, p. 570.

ondernemingsovereenkomst in de individuele arbeidsovereenkomst moeten worden geïncorporeerd.¹⁵²

4.4.3 De rol van de ondernemingsraad

Tot slot wordt ingegaan op de rol van de ondernemingsraad bij de totstandkoming van disciplinaire regelingen binnen de onderneming. Centraal staat het instemmingsrecht. Art. 27 WOR bevat geen bepaling op grond waarvan de ondernemer de instemming van de ondernemingsraad behoeft voor een besluit tot vaststelling, wijziging of intrekking van een disciplinaire regeling. In het wetsvoorstel tot wijziging van de WOR en titel 7.10 BW kwam die bepaling wel voor. Daar sta ik als eerste bij stil in 4.4.3.1. Vervolgens geef ik in 4.4.3.2 aan hoe de huidige situatie is.

4.4.3.1 Het Wetsvoorstel tot wijziging van de WOR en titel 7.10 BW¹⁵³

In de oorspronkelijke tekst van het Wetsvoorstel tot wijziging van de WOR en titel 7.10 BW kwam de bepaling voor dat de OR instemmingsrecht had omtrent een regeling inzake disciplinaire maatregelen.¹⁵⁴ In de memorie van toelichting werd hierover gezegd:

‘Geconstateerd moet worden dat in bedrijfseigen regelingen nogal eens bepalingen inzake tuchtrechtelijke maatregelen zijn opgenomen (...). Het feit dat dergelijke regelingen voorkomen in een geïncorporeerde personeelsgids of handboek behoort niet tot gevolg te hebben dat zij zonder de instemming van de ondernemingsraad worden vastgesteld. Tuchtrechtelijke maatregelen kunnen immers diep ingrijpen in de (rechts)positie van de werknemer. Het is ongewenst de totstandkoming van een dergelijke regeling enkel over te laten aan het overleg tussen de werkgever en de individuele werknemer.’¹⁵⁵

Hiermee werd overigens niet gezegd dat de werkgever verplicht was een disciplinaire regeling op te stellen. Waar in bedrijven evenwel behoefte zou bestaan aan een algemene disciplinaire regeling, diende de OR, ten behoeve van een evenwichtige belangenafweging, als vertegenwoordiger van de werknemers instemmingsrecht te hebben. Dit liet onverlet dat de uiteindelijke *toepassing* van een disciplinaire regeling een zaak tussen de werkgever en de individuele werknemer was.

Opmerkelijk is, dat dezelfde overweging – de uiteindelijke toepassing van disciplinaire maatregelen is een zaak tussen de werkgever en de individuele werknemer – de reden was voor een amendement tot het schrappen van het instemmingsrecht met betrekking tot disciplinaire regelingen.¹⁵⁶ Kennelijk werd geen onderscheid meer gemaakt tussen het vaststellen, wijzigen en intrekken

¹⁵² Uitgebreid Loonstra & Zondag 2006, p. 570-572.

¹⁵³ *Kamerstukken II* 1995/96, 24 615, nr. 1-62.

¹⁵⁴ *Kamerstukken II* 1995/96, 24 615, nr. 1-2, p. 5. Zie ook Sprengers 1998, p. 381-382.

¹⁵⁵ *Kamerstukken II* 1995/96, 24 615, nr. 3, p. 13.

¹⁵⁶ *Kamerstukken II* 1996/97, 24 615, nr. 42 (Amendement Van der Stoel).

van een disciplinaire regeling, waarvoor de instemming van de ondernemingsraad wel is vereist, en het *toepassen* van een disciplinaire regeling, waarvoor de instemming van de ondernemingsraad niet is vereist. Dit veroorzaakte bij de leden van de Groen Links-fractie van de Vaste commissie voor sociale zaken en werkgelegenheid in de Eerste Kamer onduidelijkheid over de positie van de werknemer en de OR bij de vaststelling van een disciplinaire regeling.¹⁵⁷ Met name bestond onduidelijkheid over de situatie waarin geen CAO van toepassing is en de bevoegdheden van de OR met betrekking tot disciplinaire regelingen ook niet zijn uitgebreid in een ondernemingsovereenkomst. Gesteld werd dat in die situatie de positie van de ondernemingsraad wel uitermate zwak bleef. De reactie die in de Memorie van Toelichting werd gegeven, was (naar mijn mening) niet bevredigend. Allereerst werd benadrukt dat de CAO in beginsel het geëigende instrument is voor arbeidsvoorwaardenvorming. Het primaat van de CAO boven andere instrumenten voor ordening van arbeidsvoorwaarden stond voor het kabinet niet ter discussie. In de tweede plaats werd er op gewezen dat de instemming van de ondernemingsraad of overeenstemming met de ondernemingsraad geen directe doorwerking in de individuele arbeidsovereenkomst heeft. Tot hier is de argumentatie nog te volgen. Vervolgens werd echter overwogen dat, indien geen sprake is van een CAO, een regeling met betrekking tot disciplinaire maatregelen onderdeel moet uitmaken van de individuele arbeidsovereenkomst. Daarover werd gezegd:

‘Om een dergelijke regeling eenzijdig te kunnen wijzigen zal in de individuele arbeidsovereenkomst een eenzijdig wijzigingsbeding moeten zijn opgenomen (zie artikel 613 Boek 7 BW). De werkgever kan alleen een beroep doen op dit eenzijdig wijzigingsbeding indien hij bij de wijziging een zodanig zwaarwichtig belang heeft dat het belang van de werknemer daarvoor naar de maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken.’¹⁵⁸

Vervolgens werd er op gewezen dat bij beantwoording van de vraag of een werkgever een voldoende zwaarwichtig belang heeft, een rol kan spelen of overeenstemming is bereikt met de ondernemingsraad (zie ook 4.4.2.5). Kennelijk werd bedoeld dat op deze wijze de ondernemingsraad zijn invloed behield.¹⁵⁹ Het kabinet ging echter voorbij aan het feit dat art. 7:613 BW alleen ziet op de *wijziging* van *arbeidsvoorwaarden*. Dientengevolge heeft de ondernemingsraad geen invloed op de *vaststelling*, *wijziging of intrekking* van een disciplinaire regeling, indien daarmee geen inbreuk op de arbeidsvoorwaarden wordt gemaakt. Bovendien biedt het feit dat ‘bij de beantwoording van de vraag of een werkgever een voldoende zwaarwichtig belang heeft, een rol kan spelen

¹⁵⁷ *Kamerstukken I 1997/98*, 24 615, nr. 81, p. 4-5 (Voorlopige verslag van de vaste commissie voor sociale zaken en werkgelegenheid). De leden van de Groen Links-fractie merkten op dat met dat argument het totale collectieve arbeidsrecht zou kunnen worden afgeschaft.

¹⁵⁸ *Kamerstukken I 1997/98*, 24 615, nr. 81a, p. 9.

¹⁵⁹ *Kamerstukken I 1997/98*, 24 615, nr. 81a, p. 8-9.

of overeenstemming is bereikt met de ondernemingsraad' niet de garantie dat de werkgever de ondernemingsraad ook daadwerkelijk betreft bij een wijziging van de arbeidsvoorwaarden: een directe wettelijke verplichting daartoe bestaat niet.

Niettemin werd de in het amendement voorgestelde wijziging overgenomen in een gewijzigd voorstel van wet; de voorgestelde bepaling over het instemmingsrecht omtrent disciplinaire regelingen werd niet ingevoerd.¹⁶⁰ De ongewenste situatie dat de totstandkoming van een disciplinaire regeling enkel wordt overgelaten aan het overleg tussen de individuele werkgever en werknemer, hetgeen aanleiding was voor de voorgestelde bepaling, is derhalve blijven bestaan.¹⁶¹

4.4.3.2 Huidige situatie

De werkgever is in beginsel vrij bij het opstellen, wijzigen en intrekken van een disciplinaire regeling in de individuele arbeidsovereenkomst: instemming van de ondernemingsraad is niet vereist. Heeft de disciplinaire regeling een wijziging van de arbeidsvoorwaarden tot gevolg en beroept de werkgever zich op een eenzijdig wijzigingsbeding ex art. 7:613 BW, dan dient hij aan te kunnen tonen dat hij een zodanig zwaarwichtig belang heeft bij de wijziging van de arbeidsvoorwaarden, dat het belang van de werknemer dat door de wijziging zou worden geschaad, daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken.¹⁶² Bij de vraag of wijziging van een arbeidsvoorwaardenregeling redelijk is, komt belangrijke betekenis toe aan de overeenstemming met de ondernemingsraad (zie 4.4.2.5). Bij het voorgaande dienen twee kanttekeningen te worden gemaakt.

In de eerste plaats kan een disciplinaire regeling betrekking hebben op een onderwerp waarover de ondernemingsraad op grond van art. 27 WOR altijd instemmingsrecht heeft. Een voorbeeld hiervan is de regeling omtrent het onthouden van een periodieke verhoging. Deze regeling valt onder art. 27 lid 1 sub c WOR (een regeling omtrent een belonings- of functiewaarderingssysteem). Dientengevolge heeft de werkgever voor een besluit tot vaststelling, wijziging of intrekking van een disciplinaire regeling tot het onthouden van een periodieke verhoging altijd de instemming van de OR nodig.

¹⁶⁰ *Kamerstukken I* 1996/97, 24 615, nr. 331.

¹⁶¹ *Kamerstukken II* 1995/96, 24 615, nr. 3, p. 13 (MvT).

¹⁶² Uiteraard kan de werkgever zich ook beroepen op de instemming van de individuele werknemer. Instemming van een werknemer met wijziging van de arbeidsvoorwaarden mag blijkens de rechtspraak van de Hoge Raad echter niet te snel worden aangenomen (zie HR 28 mei 1999, *JAR* 1999, 131), Loonstra & Zondag 2006, p. 237-238. De mogelijkheid van wijziging van arbeidsvoorwaarden met een beroep op het goed werknemerschap (HR 26 juni 1998, *JAR* 1998, 199, *Taxi Hofman*), is naar mijn mening niet van toepassing bij een wijziging van arbeidsvoorwaarden als gevolg van een disciplinaire straf. Uit het goed werknemerschap kan naar mijn mening nooit voortvloeien dat een werknemer 'positief' behoort in te gaan op een disciplinaire straf die inbreuk maakt op zijn arbeidsvoorwaarden. De redelijkheid brengt mijns inziens eerder met zich dat de werknemer de mogelijkheid moet hebben tegen de disciplinaire straf in beroep te gaan (bij een onafhankelijke beroepscommissie) (zie 4.6).

In de tweede plaats kan nog worden gewezen op de mogelijkheid dat de ondernemingsraad op grond van een ondernemingsovereenkomst ex art. 32 WOR instemmingsrecht over besluiten tot vaststelling, wijziging of intrekking van disciplinaire regelingen wordt verleend.

4.5 Strafrechtelijke regelgeving door de overheid

Uit 4.4 is gebleken dat de regeling van het arbeidstuchtrecht versnipperd en onoverzichtelijk is. Voor werknemers kan dit tot rechtsonzekerheid en rechtsongelijkheid ten aanzien van de strafbevoegdheid van de werkgever leiden. Ter vergelijking bespreek ik in deze paragraaf strafrechtelijke regelgeving van de overheid: hoe wordt door de overheid tegemoet gekomen aan de eisen van rechtszekerheid en rechtsgelijkheid ten aanzien van de bevoegdheid tot straffen?

Regelgeving of wetgeving door de nationale overheid vindt plaats in de vorm van eenzijdig bindende besluiten.¹⁶³ De noodzaak van dergelijke besluiten komt voort uit een maatschappelijke behoefte aan sturing van de samenleving. Hoe complexer de samenleving, hoe groter de noodzaak door middel van bindende besluiten sturend op te treden. In het kader van die sturing kan het soms nodig zijn diep in te grijpen in de concrete rechtspositie van burgers.¹⁶⁴ Dit is onder meer het geval bij de strafrechtelijke regelgeving: bepaald gedrag van burgers wordt strafbaar gesteld en overheidsorganen krijgen in het kader hiervan diep ingrijpende bevoegdheden toegekend. Desondanks wordt de regelgeving van de (centrale en lagere) overheid door de burgers in Nederland aanvaard: regelgeving door de overheid heeft gezag.¹⁶⁵ Dit overheidsgezag berust op de twee belangrijkste grondslagen van ons constitutionele bestel; democratie en rechtsstaat.¹⁶⁶ Hier sta ik in 4.5.1 bij stil. Een van de peilers van de rechtsstaat, die van bijzonder belang is voor de aanvaarding van de strafrechtelijke

¹⁶³ Er is sprake van *eenzijdige* binding omdat de gelding van het besluit niet afhankelijk is van de instemming van de geadresseerden.

¹⁶⁴ Dit maakt bepaalde besluiten maatschappelijk omstreden. Naarmate besluiten meer omstreden zijn, is de noodzaak dat het besluit wordt genomen door een orgaan, dat een zorgvuldige procedure waarin alle opvattingen worden gehoord en afgewogen, groter. Maar ook voor eenzijdig bindende besluiten die wellicht minder omstreden zijn, omdat ze bijvoorbeeld een kleinere groep burgers raken, is het van belang dat het besluit wordt genomen door een orgaan dat een zorgvuldige procedure waarborgt. Het gaat immers steeds om de beheersing van rechtsposities, onafhankelijk van de vraag of de betrokkenen daarmee instemmen. Dit 'orgaan' is in de eerste plaats de formele wetgever (Burkens e.a. 2001, p. 6-8).

¹⁶⁵ Kortmann 2001, p. 24. Voor meer over het onderwerp legitimatie van machtsuitoefening door de staat, zie: C.J. Bax, 'Legitimatie', in: Holterman e.a. 1991, p. 259-276; Hoekema 1991, p. 4 e.v.

¹⁶⁶ Bos 1987, p. 49; Burkens e.a. 2001, p. 9; Lunshof 1989, p. 2. Het onderscheid 'rechtsstaat' en 'democratie' wordt vaak gezien als een theoretisch onderscheid, aangezien een rechtsstaat zonder democratie niet uitvoerbaar is. Een zekere mate van het een, zou een vereiste zijn voor het ander. Democratie wordt over het algemeen dan ook gezien als één van de vereisten voor een rechtsstaat. Vgl.: Burkens e.a. 2001, p. 40; Kortmann 2001, p. 52 en p. 318; Witteveen & van Klink 2002, p. 39; D.W.P. Ruiter, 'Syntaxis van de rechtsstaat', in: Bovens, Derksen & Witteveen 1987, p. 105-120.

regelgeving, is het legaliteitsbeginsel. Dit beginsel komt in 4.5.2 dan ook uitgebreid aan de orde.

4.5.1 Democratie en rechtsstaat

Democratie wordt vaak gezien als een vereiste voor de rechtsstaat. Het beginsel van de rechtsstaat ziet op rechtsbescherming tegen de overheid, door middel van regulering van de overheidsmacht. Het heeft tot doel machtsconcentratie, willekeur en excessieve uitoefening van overheidsmacht te voorkomen. De burger moet zekerheid hebben dat hij gevrijwaard blijft van onberekenbaar overheidshandelen. Kort gezegd ziet het rechtsstaatsbeginsel op vrijheid, gelijkheid en rechtszekerheid voor de burgers.¹⁶⁷

In Nederland is sprake van een representatieve *democratie*: de regels in onze samenleving zijn een natuurlijke reflectie van wat de bevolking wil.¹⁶⁸ Wet- en regelgeving worden door een volksvertegenwoordiging tot stand gebracht; de wetgever is een representatief orgaan. De burgers die door de overheidsbesluiten worden gebonden, hebben deelgenomen aan het proces van regelvorming. De wetten en regels worden door hen gedragen en zij zijn dan ook bereid deze na te leven. Bovendien kunnen genomen besluiten of geformuleerde regels ieder moment weer ter discussie worden gesteld.¹⁶⁹

Voor het bestaan van een rechtsstaat is alleen democratie niet voldoende.¹⁷⁰ er moet ook een binding bestaan tussen de staat en het recht. Enerzijds betekent dit dat de overheid alleen kan optreden op grond van het recht. Hierin ligt de bevoegdheidsverschaffende functie van het recht. Anderzijds trekt het recht de grenzen voor dat overheidsoptreden. De machtsuitoefening van de staat moet binnen de kaders van het recht blijven. Machtsuitoefening door de staat wordt dan door het recht geregelde machtsuitoefening; rechtsmacht.¹⁷¹ Het recht bepaalt welke organen bevoegd zijn, wat hun onderlinge verhouding is en hoe die verhouding is ten opzichte van de burger. Deze regels, hoofdzakelijk vastgelegd in de constitutie, vormen de criteria waaraan voldaan moet zijn om van een rechtsstaat te kunnen spreken.¹⁷² Het gaat om de volgende regels:

¹⁶⁷ Burkens e.a. 2001, p. 39-41; Kortmann 2001, p. 49; Van Wijk/Konijnenbelt & van Male 2005, p. 35 e.v. Vgl. Cleiren 1992, p. 11.

¹⁶⁸ Bos 1987, p. 13; Burkens e.a. 2001, p. 195 e.v.; W.H. Fortin en Thom Holterman, 'Democratie', in: Holterman e.a. 1991, p. 199-226.

¹⁶⁹ Burkens e.a. 2001, p. 40; Engels e.a. 1989, p. 187, 188; Kortmann 2001, p. 52.

¹⁷⁰ Gewezen kan worden op het voorbeeld van Hitler-Duitsland (Burkens e.a. 2001, p. 39-41). Vgl. Bos 1987, p. 13; Engels e.a. 1989, p. 47.

¹⁷¹ Door de juridische beperkingen gesteld aan de macht van de overheid, verwordt de macht tot bevoegdheid.

¹⁷² Burkens e.a. 2001, p. 42, 47 en 48; W.J.M. Voermans en S.C. van Bijsterveld in: Koekkoek e.a. 2000, p. 395 e.v.; Kortmann 2001, p. 51 e.v. en p. 313 e.v.; Lunshof 1989, p. 4; Van Wijk/Konijnenbelt & van Male 2005, p. 36. Het begrip rechtsstaat wordt in de literatuur verschillend omschreven; er is geen eensluidende definitie, maar eerder een 'rechtsstaatsdebat' of een 'rechtsstaatsideaal'. Er zijn echter een aantal kenmerken van de rechtsstaat waarover alle deelnemers aan het debat het eens zijn (Bax 1991, p. 270; Cleiren 1992, p. 10; Witteveen, Bovens & Derksen 1987, p. 7; Oldenzijl 1998, p. 40). Zie voor meer over het rechtsstaatsbegrip: A.M. Bos, *Geregeld*

1. Het legaliteitsbeginsel: ieder overheidsoptreden moet gebaseerd zijn op een wettelijke grondslag.
2. Scheiding der machten: de onderlinge verhouding van de hoogste staatsorganen wordt in een rechtsstaat gekenmerkt door machtsverdeling. Als hoofdcategorieën worden aangemerkt regelgeving, bestuur en rechtspraak. Indien al deze functies bij een zelfde orgaan zouden liggen, zou sprake zijn van absolute macht bij dat orgaan. De bedoeling van de verdeling van de macht is een systeem van 'checks and balances' te creëren. Ieder orgaan heeft de ander nodig, terwijl ze elkaar ook controleren. Dit leidt tot een machtsevenwicht. De scheiding tussen wetgeving en bestuur enerzijds (hoofdstuk 5 Gw) en rechtspraak anderzijds (hoofdstuk 6 Gw) komt duidelijk tot uitdrukking in de Gw. De scheiding tussen wetgever en bestuur is minder duidelijk; ook het bestuur heeft de bevoegdheid tot het uitvaardigen van algemene regels (art. 89 Gw).
3. Grondrechten: de klassieke grondrechten of vrijheidsrechten beogen te beschermen tegen overheidsbemoeienis op bepaald privé-terrein.
4. Een onafhankelijke rechterlijke macht: iedere belanghebbende burger moet toegang hebben tot een onafhankelijke rechter. Dit geldt zowel ten aanzien van geschillen tussen burgers onderling als ten aanzien van geschillen met de overheid. Op deze manier kan de burger de rechtmatigheid van ieder overheidsoptreden, waardoor hij in zijn belangen wordt getroffen, laten toetsen.

Deze regels en beginselen moeten de rechtszekerheid en rechtsgelijkheid in een rechtsstaat waarborgen. Alleen het legaliteitsbeginsel is daartoe niet voldoende: dit ziet alleen op de vorm en totstandkoming van wettelijke bepalingen en heeft derhalve slechts een formeel karakter. Legaliteit kan zonder verdere inhoudelijke waarborgen verworden tot een 'rituele frase'.¹⁷³ Daarom zijn ook materiële waarborgen vereist die zien op de inhoudelijke normering van het overheidshandelen.¹⁷⁴ Behalve het genoemde democratiebeginsel, de onafhankelijke rechter en de klassieke en sociale grondrechten, kan worden gedacht aan de beginselen van behoorlijk bestuur.¹⁷⁵

recht. Een rechtspositivistische analyse van de rechtsstaat (diss. Amsterdam UvA), Nijmegen: Ars Aequi libri 2001.

¹⁷³ Cleiren 1992, p. 11.

¹⁷⁴ Cleiren 1992, p. 11; Damen 1987, p. 5; Hirsch Ballin 1982, p. 24; Oldenziel 1998, p. 50. Oldenziel omschrijft het vereiste dat de wet het bestuurshandelen inhoudelijk moet normeren als het 'tweede aspect van het legaliteitsvereiste'. Het eerste aspect is volgens hem dat het bestuurshandelen een wettelijke grondslag moet hebben.

¹⁷⁵ Cleiren 1992, p. 12.

4.5.2 *Het legaliteitsbeginsel*

Het legaliteitsbeginsel is één van de fundamentele beginselen, misschien wel het belangrijkste beginsel van de rechtsstaat.¹⁷⁶ Het ziet op rechtszekerheid en rechtsgelijkheid. Het beginsel houdt in dat het overheidsoptreden gebaseerd moet zijn op een daaraan voorafgaande algemene wettelijke grondslag: het vereiste van de legaliteit. Door de legaliteit van het optreden, wordt een bijdrage geleverd aan de legitimiteit van het optreden: het overheidsoptreden wordt voorspelbaar en voor een ieder gelijk.¹⁷⁷ Waar de wet de grondslag tot dat optreden biedt, worden tevens de criteria voor en begrenzingen van de machtsuitoefening aangewezen en de organen die bevoegd zijn tot dat overheidsoptreden. Derhalve vindt ook het beginsel van de machtenscheiding zijn regeling door middel van het legaliteitsbeginsel.¹⁷⁸ Het beginsel van de machtenscheiding vereist vervolgens dat een onafhankelijke instantie belast is met de rechtspraak. Zo is ook het beginsel van de onafhankelijke rechterlijke macht terug te voeren op het legaliteitsbeginsel.

Het legaliteitsbeginsel is in zijn algemeenheid niet terug te vinden in de Grondwet, alhoewel in de Grondwet wel aanknopingspunten zijn te vinden. Met name in hoofdstuk 1 van de Grondwet (grondrechten) en in hoofdstuk 5 van de Grondwet (wetgeving en bestuur).¹⁷⁹ Zo staat in art. 16 Gw een codificatie van het strafrechtelijke legaliteitsbeginsel en staat in art. 89 Gw dat voorschriften in AmvB's, door straffen te handhaven, alleen gegeven worden krachtens de wet. Dit ook geldt voor andere vanwege het Rijk vastgestelde algemeen verbindende voorschriften. Dit kan men eventueel zien als een partiële codificatie van het legaliteitsbeginsel.¹⁸⁰

Aangezien ook in andere wetten geen algemene definitie van het legaliteitsbeginsel wordt gegeven, kan de vraag rijzen wat precies wordt bedoeld met 'het overheidsoptreden' dat gebaseerd moet zijn op de wet. Vooropgesteld kan worden dat al het overheidsoptreden, waarmee eenzijdig verplichtingen aan burgers wordt opgelegd, moet berusten op een wettelijke grondslag.¹⁸¹ Voorts wordt niet alleen de wetgever zelf in zijn optreden begrensd, maar ook de rechter en het bestuur (de uitvoerende macht) zijn gebonden aan de wet. De rechter heeft alleen die bevoegdheden die de wet hem toekent en bij de

¹⁷⁶ Vgl. Hirsch Ballin 1987, p. 91; Lunshof 1989, p. 22, 23.

¹⁷⁷ Boon, Brouwer & Schilder 1999, p. 5; Engels e.a., p.16; Groenhuijsen 1987, p. 11; Kortmann 2001, p. 51 en 314-316; Oldenzijl 1998, p. 43; Van Wijk/Konijnenbelt & van Male 2005, p. 39. Zie ook: Hoekema 1991, p. 4 e.v.

¹⁷⁸ Burkens e.a. 2001, p. 41; Van Ommeren 1996, p. 13. In de literatuur ook wel het wetmatigheidsbeginsel genoemd: Van Wijk/Konijnenbelt & van Male 2005, p. 36.

¹⁷⁹ Vgl. Lunshof 1989, p. 22.

¹⁸⁰ Hirsch Ballin 1987, p. 92.

¹⁸¹ Burkens e.a. 2001, p. 49; Hirsch Ballin 1987, p. 91; Kobussen 1989, p. 98; Van Wijk/Konijnenbelt & van Male 2005, p. 36; Van Ommeren 1996, p. 13, 14, 107,146 en 153. Onder 'wettelijke grondslag' wordt over het algemeen verstaan dat overheidsorganen uitsluitend de bevoegdheid bezitten tot het eenzijdig opleggen van verplichtingen, voor zover die berusten 'op een algemene voor herhaalde toepassing vatbare regel, die op basis van geattribueerde dan wel gedelegeerde bevoegdheid tot wetgeving is vastgesteld'. Er wordt dus een materieel wetsbegrip gehanteerd (Hirsch Ballin 1989, p. 25; Kortmann 2001, p. 51; W.J.M. Voermans & S.C. van Bijsterveld, in: Koekkoek 2000, p. 398).

uitoefening van de rechtsprekende bevoegdheid is hij gebonden aan de wet. Het bestuur heeft geen andere bevoegdheden dan die door de wet zijn toegekend en ook de uitoefening ervan is aan wettelijke voorschriften gebonden.¹⁸²

Het legaliteitsbeginsel is met name van belang voor het strafrechtelijk overheidsoptreden. Door de uitoefening van ingrijpende bevoegdheden kan immers inbreuk worden gemaakt op grondrechten. Dit maakt de behoefte aan rechtsbescherming, in de vorm van rechtszekerheid en rechtsgelijkheid, groot. Dientengevolge heeft het legaliteitsbeginsel zowel in het formele als in het materiële strafrecht een eigen plaats en betekenis gekregen. Het wordt vaak het ‘fundament’ of de ‘hoeksteen’ van het strafrecht genoemd. De burger mag niet overgeleverd zijn aan de willekeur van de straffende overheid.¹⁸³ Zowel het strafvorderlijke als het strafrechtelijke legaliteitsbeginsel beogen de democratische, wettelijke grondslag van de strafrechtspleging te verzekeren. Het procesrechtelijke legaliteitsbeginsel vereist dat de tenuitvoerlegging van het strafrecht gebeurt conform de wettelijke voorschriften en ziet daarmee op het formele strafrecht: op de strafvordering.¹⁸⁴ Het materieelrechtelijke, strafrechtelijke, legaliteitsbeginsel vereist dat van tevoren in de wet wordt aangegeven wat strafbaar is.

4.5.2.1 Het strafvorderlijke legaliteitsbeginsel

Het strafvorderlijke legaliteitsbeginsel (*nullum iudicium sine lege*) staat in art. 1 Sv:

‘Strafvordering heeft alleen plaats op de wijze bij de wet voorzien’

Het artikel is sinds de inwerkingtreding van ons huidige Wetboek van Strafvordering (1 januari 1926) niet meer gewijzigd. De bepaling kwam ook al voor in ons Wetboek van Strafvordering uit 1838, welke de plaats in nam van de in 1811 executoir verklaarde Code d’Instruction Criminelle,¹⁸⁵ en luidde toen:

¹⁸² W.J.M. Voermans & S.C. van Bijsterveld in: Koekoek e.a. 2000, p. 399 e.v.

¹⁸³ Y. Buruma, ‘Het legaliteitsbeginsel in een veranderende democratische rechtsstaat’, in: Bogert & Kooijmans 2000, p. 65; Cleiren 1992, p. 9; Enschedé/Bosch & Sutorius 2002, p. 26-28; Groenhuijsen 1987, p. 9, 10; Mevis 2000, p. 14. Mevis 2004, p. 157 e.v. gaat bij zijn bespreking van het legaliteitsbeginsel eerst in op de codificatiegedachte, neergelegd in art. 107 Gw. Hij wijst er op dat aan het eind van de 18^e eeuw behoefte was ontstaan aan rechtszekerheid en aan uniform, kenbaar en systematisch geordend recht. Door het recht op te schrijven, was de gedachte, zou voor iedereen duidelijk zijn wat zijn rechten en plichten waren en doordat in één ieder bindende wet te doen zou rechtseenheid en rechtsgelijkheid ontstaan. De codificatiegedachte legt daarom vooral de nadruk op het bijeenbrengen van het geschreven recht in één wetboek. De legaliteitseis hangt hier nauw mee samen, aangezien beiden uitgaan van de dominantie van het geschreven recht. Aldus ook Lensing & Mulder 1994, p. 16 e.v.

¹⁸⁴ Hierop wordt in hoofdstuk 3, dat handelt over opsporing door de werkgever van wangedrag van de werknemer, nader ingegaan.

¹⁸⁵ Simons 1907, p. 1.

‘Art. 1 Niemand mag tot straf vervolgd of veroordeeld worden, dan op de wijze en in de gevallen, bij de wet voorzien.’¹⁸⁶

In een commentaar van De Bosch Kemper op het Wetboek van Strafvordering 1838 komt de achterliggende gedachte van het artikel duidelijk naar voren.

‘Een wetboek van strafvordering bevat, (...), twee verschillende strekkingen, een rigtsnoer namelijk voor den regterlijken ambtenaar, hoedanig hij, bij eene vervolging tot straf, zich gedragen moet, en eenen waarborg voor de grondwettige regten der burgers omtrent hunne persoonlijke vrijheid. Tot dit laatste heeft dit eerste artikel van het wetboek betrekking. Hetzelve bepaalt de staatkundige grenzen der strafvordering.’¹⁸⁷

De grondgedachte van het strafvorderlijk legaliteitsbeginsel is de rechtszekerheid van het individu.¹⁸⁸ De burger is niet overgeleverd aan de willekeur van de met strafrechtspleging belaste instanties. De Bosch Kemper zegt over dit aspect van strafvordering:

‘Eene derde hoofdvereischte der strafvordering vloeit voort uit hare bedoeling, om de persoonlijke vrijheid te beschermen tegen willekeur, overijling en onkunde, welke in het vervolgen der misdrijven zoude kunnen plaats hebben. Zij is naauwgezette nakoming van alles, wat de wetgever ter bescherming der persoonlijke vrijheid heeft vastgesteld...’¹⁸⁹

Het beginsel richt zich in de eerste plaats tot de rechterlijke en de uitvoerende macht; er mag geen sprake zijn van willekeur. Zij hebben zich bij de strafvordering te houden aan de regels die door de formele wetgever zijn gesteld.¹⁹⁰

Het beginsel richt zich tevens tot de wetgever in *formele zin*; hij mag de wetgeving niet naar believen delegeren, maar moet zelf zorgdragen voor duidelijke strafbepalingen die niet te veel ruimte laten voor verdere invulling door de rechter of de andere instanties belast met strafvordering.¹⁹¹ Hiermee wordt beoogd plaatselijk of regionaal strafprocesrecht te voorkomen. De wens

¹⁸⁶ De Bosch Kemper 1838, Eerste afdeling, p. 1.

¹⁸⁷ De Bosch Kemper 1838, Eerste afdeling, p. 1, 2. Tegenover de visie van De Bosch Kemper kan de sterk legistische visie van De Pinto worden geplaatst waarin het legaliteitsbeginsel eigenlijk overbodig wordt geacht (zie Lensing & Mulder 1994, p. 15-16).

¹⁸⁸ Zie ook § 3.2.2 van Hoofdstuk 3.

¹⁸⁹ De Bosch Kemper 1838, Inleiding, p. VIII-IX.

¹⁹⁰ In het strafvorderlijke legaliteitsbeginsel ontbreekt, naast de eis dat het moet gaan om een ‘voorafgaande’ wettelijke bepaling, de bepaling dat bij verandering van wetgeving de voor de verdachte gunstigste bepaling geldt. Hoofdreel is dat die regels van strafprocesrecht van worden toegepast die ten tijde van het optreden door politie of justitie golden (Enschede/Bosch & Sutorius 2002, p. 28).

¹⁹¹ Cleiren 1992, p. 14; Corstens 1999, p. 13. Onder strafvordering wordt verstaan de gehele strafrechtelijke procedure: opsporing, vervolging, berechting en uitvoering van de straf. Daarnaast vallen de organisatie, de competentie en de bevoegdheden van de betrokken organen onder ‘strafvordering’.

naar landelijke rechtseenheid, naar rechtsgelijkheid, overstijgt de wens naar verscheidenheid.¹⁹² Voorts ligt hierin een kwaliteitsgarantie besloten. Het vormt een waarborg dat alleen de formele wetgever bepaalt in hoeverre, door wie en aan de hand van welke procedureregels inbreuken mogen worden gemaakt op rechten en vrijheden van burgers.¹⁹³ Ten slotte zou in het strafvorderlijke legaliteitsbeginsel de verantwoordelijkheid van, en daarmee tevens opdracht aan, de formele wetgever besloten liggen tot het garanderen van een strafvorderlijke procedure die de uitkomst van het strafproces, namelijk de strafoplegging, legitimeert. De overheid is alleen bevoegd tot de daadwerkelijke executie van de straf, indien dat de uitkomst is van een procedure die aan bepaalde inhoudelijke eisen voldoet.¹⁹⁴

Dat strafvordering *alleen* plaats heeft op de wijze bij de wet voorzien duidt op een gesloten systeem van strafvordering voor zover het gaat om inbreuken op vrijheden van burgers.¹⁹⁵ Tot slot kan uit het strafvorderlijk legaliteitsbeginsel worden afgeleid dat de strafvorderingsbepalingen niet alleen bevoegdheden toekennen, maar dat zij ook de grenzen van deze bevoegdheden bepalen: de uitoefening van de bevoegdheden mag *alleen* plaatshebben op de wijze bij de wet voorzien.¹⁹⁶

4.5.2.2 Het strafrechtelijke legaliteitsbeginsel

Het strafrechtelijke legaliteitsbeginsel staat sinds de inwerkingtreding van ons Wetboek van strafrecht per 1 september 1886 in art. 1 lid 1 Sr:

‘Geen feit is strafbaar dan uit kracht van een daaraan voorafgegane wettelijke strafbepaling’

Lid 2 luidt:

‘Bij verandering in de wetgeving na het tijdstip waarop het feit begaan is, worden de voor de verdachte gunstigste bepalingen toegepast.’

¹⁹² Het strafprocesrecht zou zoveel mogelijk door de wetgever in formele zin geregeld moeten worden, maar delegatie is hier en daar wel mogelijk. Dit volgt is niet in strijd met de terminologie van art. 1 Sv en art. 107 Gw: resp. ‘bij de wet voorzien’ in art. 1 Sv en ‘regelt’ en ‘regeling’ in art. 107 Gw. Een voorbeeld van delegatie zien we in art. 62 lid 3 en art. 76 Sv in verband met de behandeling van de in verzekering gestelde en de voorlopig gehechte. Gezien de kwaliteitsgarantie die ligt in regelgeving door de formele wetgever zou met de mogelijkheid van delegatie terughoudend moeten worden omgegaan (Corstens 1999, p. 14 en 16; Lensing & Mulder 1994, p. 17).

¹⁹³ Het gaat hier met name om inbreuken op de in de mensenrechtenverdragen vastgelegde burgerlijke rechten en vrijheden: het zijn juist deze rechten en vrijheden waar de strafvorderlijke bevoegdheden ernstig inbreuk op maken. Bovendien is voor inbreuken op deze rechten en vrijheden een basis in een formele wet vereist.

¹⁹⁴ Mevis 2000, p. 13, 14.

¹⁹⁵ Het is uiteraard onmogelijk om een uitputtende regeling te maken voor alle in het proces van strafvordering voorkomende handelingen (Corstens 1999, p. 22).

¹⁹⁶ Cleiren 1992, p. 15, 16.

Daarnaast is het beginsel opgenomen in art. 16 Gw, art. 7 lid 1 EVRM en art. 15 lid 1 IVBP. In combinatie met art. 94 Gw krijgt het grote rechtskracht: een nationale wet in formele zin, die in strijd is met het legaliteitsbeginsel, blijft buiten toepassing.

Kort gezegd betekent het beginsel, ‘geen straf zonder wet’. De regel stamt uit het begin van de 19^e eeuw en wordt ook wel aangeduid als ‘*nullum delictum, nulla poena sine praevia lege poenali*’. In de MvT werd over de bepaling in lid 1 gezegd:

‘Deze bepaling, (...), is niets anders dan een gevolg van de niet terugwerkende kracht der wet in het algemeen.’¹⁹⁷

In de eis dat de strafbepaling *vooraf* moet gaan aan de daad ligt een rechtvaardiging voor bestraffing besloten. Straffen is alleen verdedigbaar indien de strafbedreiging haar afschrikwekkende werking heeft kunnen doen. Hierin komt de drang naar rechtszekerheid terug. In het voorschrift is ook iets terug te vinden van de machtenscheiding: niet de rechter bepaalt wat strafbaar is, maar de wetgever. Dit voorkomt willekeur bij de rechtspraak.

Het strafrechtelijke legaliteitsbeginsel laat, in tegenstelling tot het strafvorderlijke legaliteitsbeginsel, toe dat op lager niveau dan de formele wetgever regelgeving wordt gemaakt. Zo lang men zich maar beperkt tot overtredingen, pp het gebied van regelgeving inzake misdrijven moet landelijke eenheid blijven bestaan, en het WvSr respecteert. Dit laatste komt tot uitdrukking in art. 89 lid 2 en 4 Gw, waarin staat dat AmvB’s en andere regelingen van de lagere wetgever, voor zover deze strafbepalingen bevatten, moeten steunen op de wet in formele zin. Voor de provinciale en gemeentelijke verordeningen komt dit recht tot uitdrukking in art. 150 Provinciewet en art. 154 Gemeentewet.¹⁹⁸

Het strafrechtelijke legaliteitsbeginsel heeft een aantal implicaties, waaronder het verbod van onduidelijke strafbepalingen (het ‘lex certa’ beginsel) en het verbod van analogie. Op grond van het ‘lex certa’-beginsel is de wetgever verplicht de strafbaarstelling zo nauwkeurig mogelijk te omschrijven. Alle rechtsonzekerheid over wat als strafbaar wordt gekwalificeerd moet worden voorkomen. Het ‘lex certa’-beginsel hangt ten nauwste samen met het verbod van analogische toepassing, ook wel extensieve interpretatie van strafbepalingen genoemd. Het betekent dat de toepassing van de strafwet niet mag leiden tot uitbreiding van strafbaarheid: een delictomschrijving mag niet ruimer worden uitgelegd dan de letterlijke bewoordingen ervan toelaten.¹⁹⁹ Het verbod vloeit voort uit de scheiding der machten: de rechter wordt geacht zijn beslissing te baseren op het beschikbare wettelijke fundament. Begeeft hij zich buiten dit

¹⁹⁷ Smidt 1891, p. 119.

¹⁹⁸ Corstens 1999, p. 14; P.A.M. Mevis, ‘Introductie: de betekenis van het legaliteitsbeginsel in de rechtsonwikkeling naar een eigentijds strafrecht’, in: Bogert & Kooijmans 2000, p. 2 (noot 2) en p. 12, 13; Hazewinkel-Suringa/Remmelink 1996, p. 7 en 12.

¹⁹⁹ Hazewinkel-Suringa/Remmelink 1996, p. 484-487. Groenhuijsen 1987, p. 15.

fundament, dan kan hij in het vaarwater van de wetgever komen. In de praktijk blijkt evenwel dat het niet zo eenvoudig is vast te stellen welke inhoud een strafbepaling precies heeft. De rechter is gedwongen over te gaan tot interpretatie. Hierbij zijn van belang de taalkundige inhoud, de plaats van de bepaling in de wet en de bedoeling van de wetgever. Over de mate van vrijheid die aan de rechter wordt overgelaten ter vaststelling van de inhoud van een strafbepaling, worden verschillende opvattingen gehuldigd.²⁰⁰ De Hoge Raad heeft enkele arresten gewezen, die moeilijk anders kunnen worden gekwalificeerd dan als analogie. Voorbeeld hiervan is een uitspraak uit 1928 waarin de Hoge Raad het ‘hinderlijk voor iemand uit blijven gaan’ kwalificeerde als het ‘op hinderlijke wijze blijven volgen’ (art. 426bis Sr).²⁰¹ Dat de toepassing van het verbod van analogie tegen ons rechtsgevoel in kan druisen, blijkt uit een zaak die in 1989 voor ons hoogste rechtscollege diende. Het betrof een zaak over een chauffeur van geestelijk gehandicapten, die ontucht had gepleegd met een ernstig geestelijk gehandicapte vrouw.²⁰² Het OM trachtte strafrechtelijke bescherming van de geestelijk gehandicapte te construeren via een op art. 247 Sr gebaseerde tenlastelegging. Hiertoe diende de term ‘onmacht’²⁰³ een ruimere betekenis te krijgen. Behalve zuiver fysieke onmacht moest de term ‘onmacht’ in het bijzonder ook vormen van geestelijke onmacht gaan omvatten. Het Hof ging hierin mee en kwam tot een veroordeling. De Hoge Raad overwoog evenwel als volgt:

6.2 Uit de geschiedenis van de totstandkoming van de art. 243 en 247 Sr, waarbij uit het oorspronkelijk ontwerp voor die bepalingen het woord ‘krankzinnig’ is verwijderd, volgt dat de wetgever met de in deze bepalingen voorkomende term ‘onmacht’ slechts het oog heeft gehad op een toestand van fysieke weerloosheid die zijn oorzaak vindt in een bij het slachtoffer zelf bestaand lichamelijk onvermogen tot handelen.

6.3 Gelet op het in art. 1 eerste lid Sr neergelegde beginsel staat het de rechter derhalve niet vrij, aan die term een ruimere betekenis te geven in die voege dat onder de delictomschrijving van art. 247 Sr tevens worden gebracht gedragingen tegen personen die wegens geestelijke weerloosheid buiten staat zijn om ten aanzien van sexuele handelingen als daar bedoeld adequaat hun wil te bepalen en te uiten.²⁰⁴

²⁰⁰ B. de Wilde, ‘Geoorloofde interpretatie of schending van het legaliteitsbeginsel?’, *DD* 2001-10, p. 1160-1168. Vgl. M.A. Loth, ‘Verloren zekerheid? Over vertrouwen en rechtszekerheid in het strafrecht’, P.A.M. Mevis, ‘Introductie: de betekenis van het legaliteitsbeginsel in de rechtsontwikkeling naar een eigentijds strafrecht’ en K. Rozemond, ‘Waar ligt de grens van het legaliteitsbeginsel?’, in: Bogert en Kooijmans 2000.

²⁰¹ HR 23 januari 1928, *NJ* 1928, 363. Een ander voorbeeld vinden we bijvoorbeeld in HR 21 juni 1943, *NJ* 1943, 655, waarin ‘geitebokken’ ook werden gekwalificeerd als ‘geiten’. Vgl. HR 6 februari 2001, *NJ* 2001, 498, m. nt. Mevis; HR 24 maart 1998, *NJ* 1998, 533; HR 29 november 1994, *NJ* 1995, 292.

²⁰² De vrouw functioneerde op het niveau van een 6 of 7-jarige en kon nauwelijks praten.

²⁰³ De term wordt na verwijdering van de term ‘krankzinnigen’ uit de wettelijke bepaling, slechts als fysieke onmacht opgevat.

²⁰⁴ HR 28 februari 1989, *NJ* 1989, 658 (m. nt. ’t H.).

De Hoge Raad vernietigde de uitspraak van het Hof.

4.6 Uitbreiding van arbeidstuchtrechtelijke regelgeving?

Nu duidelijk is hoe in de strafrechtelijke regelgeving rechtszekerheid en rechtsgelijkheid worden gewaarborgd, rijst de vraag of de arbeidsrechtelijke regelgeving, vanuit een oogpunt van rechtsbescherming en legitimatie, moet worden uitgebreid. Indien deze vraag bevestigend wordt beantwoord, dient vervolgens te worden vastgesteld hoe die uitbreiding er dan uit moet zien. De vraag naar uitbreiding behandel ik in 4.6.1. In 4.6.2 ga ik vervolgens in op de vraag hoe de eventueel gewenste uitbreiding moet plaatsvinden.

4.6.1 De wenselijkheid van uitbreiding

Uit 4.4 en 4.5 blijkt dat een fundamenteel verschil bestaat tussen het ‘overheidsstrafrecht’ en het ‘arbeidsstrafrecht’. De ‘overheidsstrafrechtspleging’ vindt plaats binnen het kader van zorgvuldig totstandgekomen uniforme wettelijke regelgeving, waarin de criteria voor en de grenzen aan de uitoefening van de bevoegdheden zijn aangegeven. Dit beschermt de burger tegen de macht van de overheid, het geeft hem rechtszekerheid en het waarborgt de rechtsgelijkheid. Uit 4.4 blijkt dat de huidige ‘regeling’ van het ‘arbeidsstrafrecht’ daarentegen versnipperd en onoverzichtelijk is. Een uniforme en wettelijke regeling van het arbeidstuchtrecht ontbreekt. In plaats daarvan is sprake van verschillende tuchtrechtelijke procedurele en materiële bepalingen, verdeeld over een groot aantal (niet-wettelijke) decentrale regelingen, met name CAO’s en personeels-handboeken. Dit leidt tot onduidelijkheid, rechtsongelijkheid en dientengevolge tot rechtsonzekerheid over wat strafbaar is, welke straffen kunnen worden opgelegd en welke procedurele rechten de werknemer heeft.²⁰⁵

Hoe valt, gelet op de gelijkenis tussen de relatie ‘overheid-burger’ en de relatie ‘werkgever-werknemer’, dit verschil in rechtsbescherming te rechtvaardigen? In beide relaties is sprake van een duidelijke machtsstructuur, een ondergeschiktheidsverhouding van de burger, respectievelijk werknemer ten opzichte van de overheid, respectievelijk werkgever. Bijgevolg kunnen beide relaties worden getypeerd als verticaal en ongelijk (zie 2.5 van hoofdstuk 2). Door de mogelijkheid van de werkgever een werknemer een straf op te leggen, wordt

²⁰⁵ Dit in tegenstelling tot het ambtenarentuchtrecht. Art. 125 lid 1 Aw bepaalt dat voor rijksambtenaren bij of krachtens algemene maatregel van bestuur voorschriften worden vastgesteld met betrekking tot de rechtspositie, waaronder voorschriften betreffende disciplinaire straffen (lid 1 onder o). Deze verplichting is uitgewerkt in het Algemeen Rijksambtenarenreglement (ARAR). In art. 125 lid 1 Aw staat een soortgelijke bepaling voor ambtenaren in dienst van de provincie, gemeente of waterschap. Voor de gemeenteambtenaar vinden we de rechtspositie nader uitgewerkt in de Collectieve Arbeidsvoorwaardenregeling (CAR) en die is weer ander uitgewerkt in de Uitwerkingsovereenkomst (UWO). De individuele gemeenten moeten de rechtspositieregeling voor hun personeel volgens die centrale regelingen (CAR en UWO) inrichten. Dit gebeurt in een gemeentelijke verordening. Door dit systeem ontstaat een grote mate van uniformiteit op het gebied van de rechtspositie (Noordam 2001, p. XV).

deze gelijkenis nog groter: evenals in de relatie ‘overheid-burger’, is in de relatie ‘werkgever-werknemer’ sprake van een meerdere die, ter naleving van de geldende gedragsregels, de ondergeschikte kan ‘straffen’. Bovendien kunnen ook de door de werkgever op te leggen straffen voor de betrokken werknemer zeer ingrijpend en diffamerend zijn (zie ook 3.5.2.2). Ik ben dan ook van mening dat (ook) in het arbeidsrecht sprake zou moeten zijn van uitgebreide en uniforme arbeidstuchtrechtelijke regelgeving. Behalve de bevoegdheden van de werkgever, kunnen hierin de criteria en de grenzen voor de uitoefening van die bevoegdheid worden aangegeven. Legaliteit leidt dan tot legitimiteit. Dit waarborgt de rechtszekerheid en rechtsgelijkheid van de werknemers.²⁰⁶ Overigens, waarom zouden binnen een bedrijf geheel andere criteria van toepassing moeten zijn als het gaat om de rechtspositie van een werknemer, dan voor de rechtspositie van die werknemer als staatsburger? In dit verband wordt wel gewaarschuwd voor een te technisch-economische beschouwing van de onderneming, waarbij vraagstukken van legitimiteit en rechtvaardigheid uit het gezichtsveld verdwijnen.²⁰⁷ De eenzijdige bevoegdheid van een orgaan met een machtspositie (de werkgever), tot het opleggen van een straf aan een juridisch ondergeschikt en economisch afhankelijk persoon (de werknemer), dient ten allen tijde te worden omkleed met waarborgen van rechtszekerheid en rechtsgelijkheid.

Kort gezegd, uitbreiding van de arbeidstuchtrechtelijke regelgeving is, gelet op de huidige gebrekkige rechtsbescherming van werknemers en de gelijkenis tussen de relaties ‘overheid-burger’ en ‘werkgever-werknemer’, gewenst.

4.6.2 *Uitbreiding van de regelgeving*

Voorgaande conclusie betekent niet per definitie dat moet worden gestreefd naar het ‘een op een’ overnemen van de in 4.5 besproken rechtstatelijke waarborgen.²⁰⁸ Het beginsel van de onafhankelijke rechterlijke macht heeft bijvoorbeeld al gelding; een werknemer heeft op grond van art. 6 lid 1 EVRM altijd het recht op toegang tot een onafhankelijke rechter.²⁰⁹ De rechtsstatelijke

²⁰⁶ Extra argument voor uniforme regeling van het arbeidstuchtrecht is de situatie in het nauw met het arbeidsrecht verbonden ambtenarentuchtrecht (zie vorige noot). Bovendien is ook in het ambtenarentuchtrecht het legaliteitsbeginsel erkend. Volgens vaste jurisprudentie van de CRvB kan een maatregel of straf niet worden opgelegd zonder een grondslag in een (wettelijke) regeling: ‘Naar het oordeel van de Raad verzet de rechtszekerheid zich ertegen dat voor een op zichzelf strafwaardige gedraging een straf wordt opgelegd die ten tijde van dat vergrijp nog niet op die gedraging was gesteld.’ (CRvB 1 november 2001, TAR 2002, 25; Verhulp e.a. 2005, p. 137).

²⁰⁷ Heerma van Voss 1999, p. 39; De Kluiver 1992, p. 343.

²⁰⁸ Zondag 2003a, p. 56.

²⁰⁹ Een werknemer kan in de context van het arbeidstuchtrecht daarentegen geen verdere rechten aan art. 6 lid 1 EVRM ontleen: het opleggen van een sanctie door de werkgever valt niet onder de vaststelling van zijn burgerlijke rechten en verplichtingen door een gerecht dat bij de wet is ingesteld. Voor de analoge toepassing van art. 6 lid 2 en 3 EVRM op grond van rechtspraak over het ‘criminal charge’-begrip zie 3.5.2.3 (zie bijvoorbeeld G.J. Wiarda, ‘De waarborgen van artikel 6 van het Europees verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden tegenover het onderwerp van deze feestbundel’, in: H.J. Snijders e.a.(red.), *Overheidsrechter*

waarborgen zouden wel als inspiratiebron kunnen dienen bij de uitbreiding van de arbeidstuchtrechtelijke regelgeving.²¹⁰ Op deze wijze kan ook in het arbeidsrecht worden gekomen tot zorgvuldig tot stand gekomen regelgeving, met waarborgen voor de rechtszekerheid en rechtsgelijkheid.²¹¹ Als eerste bespreek ik in 4.6.2.1 het gewenste niveau van de regelgeving. In 4.6.2.2 en 4.6.2.3 sta ik stil bij de gewenste regeling van de procedurele, respectievelijk materiële aspecten van het arbeidstuchtrecht.

4.6.2.1 Niveau van de regelgeving

Doelstelling is te komen tot arbeidstuchtrechtelijke regelgeving waarmee de rechtszekerheid en rechtsgelijkheid van werknemers optimaal wordt gewaarborgd. Naar mijn mening kan dit doel alleen worden bereikt door een (basis)-regeling op het niveau van de wet (in formele zin): een wet arbeidstuchtrecht.²¹²

Wettelijke regeling van het arbeidstuchtrecht draagt de ultieme waarborg voor rechtszekerheid en rechtsgelijkheid in zich: een wettelijke regeling is bekend bij, en geldend voor alle werknemers in Nederland. Op deze wijze wordt het disciplinair optreden van werkgevers voorspelbaar en voor iedere werknemer gelijk.²¹³

gepasseerd. Conflictbeslechting buiten de overheidsrechter om, Arnhem: Gouda Quint 1988, p. 413-429).

²¹⁰ Vgl. Enschedé 1971, p. 17-19. Hij toetst het arbeidstuchtrecht aan de rechtsstatelijke waarborgen in het kader van de vraag of het arbeidstuchtrecht het strafrecht zou kunnen vervangen. Hij stelt dat de staat van het arbeidstuchtrecht nog vrij aanmerkelijke gebreken vertoont. Zo is nog geen sprake van een onafhankelijke rechter en is in beginsel van een 'scheiding der machten' geen sprake: 'steeds ontmoeten we de werkgever in een preponderante positie'. De werkgever is bovendien rechter in eigen zaak, in zoverre dat hij direct of indirect belang heeft bij de arbeidstucht in zijn onderneming. De werkgever blijft steeds nauw betrokken bij het tuchtrecht, zowel in wetgevende, als in het beslissende en uitvoerende vlak. Hij besluit met de overweging: 'Wellicht dienen de gedachten uit te gaan naar een wet op de arbeidstuchtrechtspraak, waarin de nodige waarborgen – in het bijzonder voor wat aangaat de onafhankelijkheid van de vervolging en van de tuchtrechter en voor wat betreft het recht op wederhoor – worden vastgelegd.'

²¹¹ Vgl. Zondag 2003a, p. 56: 'Het gaat erom dat intern een zorgvuldige procedure wordt bewandeld.'

²¹² Enschedé sprak over een 'wet op de arbeidstuchtrechtspraak', met daarin de nodige waarborgen, met name voor de onafhankelijkheid van de vervolging en van de tuchtrechter en het recht op wederhoor. De afhandeling van 'arbeidsdelicten' zou dan kunnen plaatsvinden binnen het arbeidstuchtrecht, ter vervanging van het strafrecht (Enschedé 1971, p. 19). Zie ook Zondag 2003a, p. 57.

²¹³ Olbers 1991, p. 70 noemt als argument vóór wettelijke regeling van (in de praktijk makkelijk te hanteren lichtere) straffen, het voorkomen dat de werkgever bij gebrek aan schriftelijk overeengekomen andere, lichtere straffen naar de ultieme straf van ontslag op staande voet grijpt. Allereerst ben ik het met hem oneens dat het ontslag op staande voet een disciplinaire straf is en als zodanig door de wetgever zou moeten worden erkend (zie 3.4.2.2 van hoofdstuk 4). Voorts acht ik het onwaarschijnlijk dat werkgevers, vanwege het ontbreken van schriftelijk overeengekomen lichtere straffen, bij een (licht) vergrijp tot ontslag op staande voet zouden overgaan. Uit jurisprudentie en literatuur blijkt dat werkgevers lichte straffen (die de arbeidsvoorwaarden niet aantasten) ook zonder contractuele grondslag opleggen: de strafbevoegdheid wordt dan gebaseerd op de gezagsverhouding ex art. 7:610 en 7:660 BW. Tot slot dient de werkgever, ter rechtvaardiging van een gegeven ontslag op staande voet, aan te kunnen tonen dat een dringende reden tot onverwijlde beëindiging van de arbeidsovereenkomst aanwezig was. Indien hij dit kan, staat tevens vast dat voor de werkgever een noodzaak tot de directe beëindiging bestond: er dient mijns inziens in dat geval vanuit te worden gegaan dat de werkgever, ook indien lichtere 'straffen' beschikbaar waren geweest, hoe dan ook was overgegaan tot ontslag op staande voet.

Uitbreiding van de arbeidstuchtrechtelijke regelgeving op het niveau van bedrijfstak-CAO's is, naar mijn mening, vanuit het oogpunt van optimale waarborging van de rechtszekerheid en rechtsgelijkheid, geen reële optie. Regeling in CAO's leidt onvermijdelijk tot onderling afwijkende bepalingen. Als gevolg van een gebrek aan uniforme regeling zou rechtsongelijkheid en rechtsonzekerheid blijven bestaan. De huidige 'regeling' van het arbeidstuchtrecht in CAO's is hiervan het bewijs (zie 4.4.2.3 en 4.4.2.4).²¹⁴ Bovendien zou de regeling van het arbeidstuchtrecht afhankelijk blijven van de bereidheid van CAO-partijen een regeling op te stellen. Aan dit bezwaar zou alleen kunnen worden tegemoetgekomen door een wettelijke en gedetailleerde *opdracht* aan de (CAO-)contractspartijen tot zelfregulering. Dit past echter niet in ons arbeidsrechtelijke stelsel en is bovendien in strijd met de privaatrechtelijke contractsvrijheid. Tot slot vallen niet alle werknemers in Nederland onder een CAO, dus zou uiteindelijk ook bij regeling in CAO's rechtsongelijkheid en -onzekerheid blijven bestaan.²¹⁵

Desondanks kan afwijking en aanvulling op lager niveau op bepaalde punten wel wenselijk zijn. Juist in de ongelijke behandeling van ongelijke gevallen kan een waarborg voor rechtsgelijkheid liggen. Mijn voorkeur gaat dan ook uit naar een wettelijke regeling van het arbeidstuchtrecht met – alleen daar waar dat vanuit een oogpunt van rechtsgelijkheid en rechtszekerheid noodzakelijk is – de *mogelijkheid* van afwijking en aanvulling op lager niveau.²¹⁶ Vanuit de wettelijke regeling kan dan een impuls uitgaan tot het totstandkomen van regelgeving op lager niveau. Zo kan worden voorzien in de behoefte aan maatwerk op bedrijfstak- of desnoods op ondernemingsniveau.²¹⁷

Aangezien bij aanvulling of afwijking op lager niveau geen sprake meer is van regelgeving door een democratisch gekozen wetgever, dient de inspraak van de werknemer (op een andere manier) te worden gewaarborgd.²¹⁸ De zorgvuldige totstandkoming van een arbeidstuchtrechtelijke regeling vereist naar mijn mening medezeggenschap van de werknemers. Nadere regeling in

²¹⁴ Daarnaast kan worden gewezen op de regeling van het klachtrecht van werknemers in CAO's: sommige CAO's hebben een regeling, maar de zelfregulering heeft nooit geleid tot een uniforme regeling. De inhoudelijke bepalingen zijn onderling zeer verschillend (zie 4.4.1). Volgens de regering is ten aanzien van het klachtrecht dan ook een wettelijke basis vereist (zie *Kamerstukken II* 1999/2000, 27 274, nr. 3, p. 11 (MvT bij Wetsvoorstel klachtrecht individuele werknemer, zie 4.6.2.2).

²¹⁵ Vgl. de argumenten van Klijn voor wettelijke regeling van het klachtrecht van werknemers (Klijn 1992, p. 162-163).

²¹⁶ Zie ook *Kamerstukken II* 2001/02, 28 000 XV, nr. 45 (verslag van een algemeen overleg naar aanleiding van de notitie '(Zelf)regulering: relatie werkgever, sociale partners/medezeggenschapsorganen in de arbeidsverhoudingen' (SZW-01-1069)), p. 1: 'De overheid is verantwoordelijk voor het scheppen van een minimumniveau aan bescherming en ordening. Wetgeving betekent geenszins dat de sociale partners de speelruimte wordt ontnomen om maatwerk tot stand te brengen. Wetgeving en zelfregulering door sociale partners kunnen elkaar goed aanvullen.'

²¹⁷ Vgl. de memorie van toelichting bij het Wetsvoorstel klachtrecht (*Kamerstukken II* 1999/00, 27 274, nr. 3, p. 2-3).

²¹⁸ Dat werknemers moeten worden betrokken bij de totstandkoming van regelingen inzake disciplinaire sancties is een vereiste dat ook werd genoemd door de voorstanders van een regeling in het SER-advies arbeidstuchtrecht (SER-advies 93/11, p. 9).

bedrijfstak-CAO's lijkt dan het meest voor de hand liggend. CAO's komen op democratische wijze tot stand, via overleg tussen vertegenwoordigers van werkgevers en werknemers.²¹⁹ Bovendien hebben bedrijfstak-CAO's een groot bereik en kunnen ze door algemeen verbindendverklaring zelfs voor de gehele bedrijfstak gelden. Dit creëert rechtsgelijkheid. De algemene bekendheid van werknemers met de toepasselijke CAO bevordert de rechtszekerheid.

Is in een concreet geval maatwerk op ondernemingsniveau gewenst, dan zijn de ondernemings-CAO en de ondernemingsovereenkomst vanuit een oogpunt van medezeggenschap, de meest aangewezen vormen van regelgeving. Ik ben met Olbers van mening dat nadere regeling in een individuele arbeidsovereenkomst (of een daarin geïncorporeerd personeelshandboek) onvoldoende waarborgen biedt voor inspraak van de werknemers.²²⁰ Een algemeen wettelijk instemmingsrecht van de ondernemingsraad ontbreekt en de werknemer gaat vaak al akkoord met de inhoud van het personeelshandboek op het moment dat hij de arbeidsovereenkomst tekent: via een incorporatiebeding wordt de werknemer aan de regeling gebonden.²²¹ Het gebrek aan inspraak zou kunnen worden opgeheven door de ondernemingsraad alsnog op grond van art. 27 lid WOR instemmingsrecht te geven met betrekking tot besluiten tot vaststelling, wijziging of intrekking van een disciplinaire regeling. De inspraak van de werknemer is dan van een realistischer gehalte dan de bescherming die wordt gegeven bij de eis van een uitdrukkelijke individuele akkoordverklaring in de arbeidsovereenkomst.²²² Desalniettemin, op grond van de huidige wettelijke regeling is de werkgever bij de vaststelling van een disciplinaire regeling in een

²¹⁹ Het onderwerp medezeggenschap van de werknemer als onderdeel van de 'bedrijfsdemocratie' is niet nieuw. Zie bijvoorbeeld: M.G. Rood, *Bedrijfsdemocratie: vlag of lading?* (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 1979; H.J. van Zuthem, *Spanningsvelden rondom bedrijfsdemocratie*, Baarn: Ten Have 1978; Rapport van het bestuur van het Algemeen Nederlands Vakverbond, *Het vraagstuk der bedrijfsdemocratie*, 1923.

²²⁰ Olbers 1991, p. 81.

²²¹ Arbeidsovereenkomst, BW, art. 7:613, aant. 2. Zie bijv. Ktr. Utrecht 14 augustus 2002, *JAR* 2002, 219. Indien de werknemer zich niet kan verenigen met de inhoud van een personeelshandboek, zal hij dat aan moeten geven voordat hij tekent. Maar het is de vraag in hoeverre de werknemer dan op de hoogte is van het bestaan en de inhoud van het handboek. De werkgever is dan wel verplicht een afschrift van de geïncorporeerde regeling aan de werknemer te verstrekken (art. 7:654 lid 2 BW), deze verplichting heeft de werkgever pas achteraf. Als de werknemer zich al heeft vergewist van het personeelshandboek en aangeeft zich niet met de inhoud te kunnen verenigen, is het zeer onwaarschijnlijk dat de werkgever de personeelsgids alleen voor deze ene werknemer zal veranderen. Via incorporatie in de arbeidsovereenkomsten is het personeelshandboek immers op alle werknemers van toepassing. Indien de wijziging ook nog betrekking heeft op arbeidsvoorwaarden kan de werkgever niet zo maar tot wijziging overgaan (art. 7:613 BW). Mocht het allemaal al zo ver komen, lijkt het mij onwaarschijnlijk dat de werknemer zal afzien van indiensttreding indien de werkgever aangeeft de gewenste wijziging niet door te willen of kunnen voeren. Voor de meeste werknemers geldt immers nog steeds dat ze economisch afhankelijk zijn van het werk. Voor hen zal het dan ook stikken of slikken zijn. Het aangaan van de arbeidsovereenkomst, mag naar mijn mening dan ook niet zonder meer worden gezien als een vrijwillige akkoordverklaring met de inhoud van het personeelshandboek. Aldus ook Olbers 1991, p. 81.

²²² Olbers 1991, p. 81.

personeelshandboek niet wettelijk verplicht de ondernemingsgraad te raadplegen.²²³

4.6.2.2 Procedurele aspecten

Ter waarborging van de rechtszekerheid en rechtsgelijkheid is het van belang dat de werkgever bij de uitoefening van zijn strafbevoegdheid gebonden is aan procedurele grenzen. Het optreden wordt dan voorspelbaar en voor iedere werknemer gelijk. Zodoende kan de procedure het opleggen van de straf legitimeren. De machtsuitoefening van de werkgever wordt dan namelijk door het recht geregelde machtsuitoefening: het recht geeft niet alleen de bevoegdheid, maar geeft ook de grenzen van die bevoegdheidsuitoefening. Die grenzen bestaan uit procedurele plichten van de werkgever en procedurele rechten van de werknemer.

Procedurevoorschriften vereisen regeling op wettelijk niveau: werknemers behoren te allen tijde en op gelijke wijze recht op een 'eerlijk proces' te hebben. Voor de invulling van de procedurevoorschriften kan grotendeels worden aangeknoopt bij de bepalingen genoemd in paragraaf 3.8 van het vorige hoofdstuk.²²⁴ Dit leidt tot de volgende opsomming van procedurele voorschriften:²²⁵

- transparantie: de werkgever dient aan te geven van welke opsporingsmethoden hij in de opsporingsfase gebruik heeft gemaakt en welke werknemers daarbij berokken zijn geweest.

²²³ Bovendien is het vastleggen van een disciplinaire regeling in een personeelshandboek vanuit een oogpunt van 'machtenscheiding' ongewenst: de werkgever is in dat geval zowel wetgever, rechter als uitvoerend orgaan. Dit leidt tot een zeer geconcentreerde machtspositie van de werkgever, hetgeen met het oog op het voorkomen van willekeur en vanuit de idee van rechtszekerheid en rechtsgelijkheid ongewenst is (zie 4.6.2.2).

²²⁴ Deze procedurevoorschriften sluiten aan bij het nauw verwante rechtsgebied van het ambtenarentuchtrecht. In de artikelen 82 tot en met 84 ARAR staan een aantal processuele bepalingen, waaronder het recht van de ambtenaar in de gelegenheid te worden gesteld zich te verantwoorden. Voor de ambtenaren van lagere overheden staan in het CAR/UWO bepalingen van gelijke strekking in de artikelen 16:1:3 tot en met 16:1:5. Deze bepalingen moeten worden gezien in het licht van art. 2:1 (een ieder kan zich ter behartiging van zijn belangen in het verkeer met bestuursorganen laten bijstaan of laten vertegenwoordigen) en art. 4:8 Awb (hoorplicht) (zie ook Verhulp e.a. 2005, p. 138-139) Voorts kan de ambtenaar bezwaar indienen tegen een besluit van disciplinaire strekking bij het bestuursorgaan dat het besluit heeft genomen (Art. 6:4 lid 1 Awb). Na de bezwaarschriftprocedure kan de ambtenaar eventueel beroep bij de rechtbank instellen (hoofdstuk 8 Awb). Dat de Awb van toepassing is op de rechtspositie van de ambtenaar heeft tot gevolg dat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur gelden. De rechter zal dus niet alleen toetsen aan de vraag of de gewraakte maatregel of straf in overeenstemming is met de bepalingen van het toepasselijke rechtspositiereglement, maar ook aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Zo komt bijvoorbeeld belangrijke betekenis toe aan het evenredigheidsbeginsel (art. 3:4 lid 2 Awb) (Verhulp e.a. 2005, p. 139).

²²⁵ Het 'ne bis in idem'-beginsel en het beginsel 'geen straf zonder schuld' worden hier niet genoemd. Deze beginselen beschouw ik in het kader van dit onderzoek niet als procedurele maar als materiële beginselen. Zie voorts ook Olbers 1991, p. 80-81, die zich eveneens laat inspireren door het ingetrokken Wetsvoorstel Arbeidstuchtrecht, waarover in de volgende paragraaf meer, en het Algemeen Rijksambtenarenreglement. Zie ook Iest 1991, p. 136-138.

- Op deze wijze kan het handelen van de werkgever, voorafgaand aan de sanctieoplegging, worden gecontroleerd
- het vooraf schriftelijk mededelen aan de werknemer van het voornemen tot het opleggen van een straf;
 - het recht van de werknemer op hoor en wederhoor;
 - het door de werkgever in acht nemen van de juiste termijnen;
 - de verplichting de procedure schriftelijk te voeren;
 - het recht van de werknemer op bijstand door een vertrouwenspersoon of deskundige;
 - de onschuldpresumptie;
 - de overige verplichtingen voortvloeiend uit het beginsel van goed werkgeverschap en de daaronder vallende beginselen (het evenredigheidsbeginsel; zorgvuldigheidsbeginsel; zuiverheid van oogmerk; motiveringsbeginsel; vertrouwensbeginsel; gelijkheidsbeginsel).²²⁶

Voorts kan worden gedacht aan een bepaling over de mogelijkheid tot het voorwaardelijk opleggen van een straf en een bepaling over een aan loonstraffen te stellen maximum.²²⁷

Voorts wordt het huidige arbeidstuchtrecht gekenmerkt door een machtspositie, in de zin van een monopoliepositie, van de werkgever. De werkgever is bij de regelgeving in ieder geval betrokken (direct of indirect), terwijl hij de berechting en bestraffing alleen voor zijn rekening neemt. Van machtenscheiding, zoals we die met betrekking tot de strafrechtspleging door de overheid kennen, is in de huidige regeling van het arbeidstuchtrecht nauwelijks of geen sprake. De geconcentreerde machtspositie die in het kader van de rechtsstaat nu juist taboe is, zien we in het arbeidsrecht terug in de persoon van de werkgever als wetgever, rechter en uitvoerend ‘orgaan’. Enschedé schreef hierover:

‘Er is in het arbeidstuchtrecht in beginsel van een “scheiding der machten” geen sprake. Rechterlijke onafhankelijkheid betekent drieërlei:

- de rechter is gebonden aan de wet, maar staat los van de wetgever (1);
- de rechter staat los van de belangen waarmee hij wordt geconfronteerd (2);
- de rechter beslist in het algemeen niet over vervolging of sepot (3).

Of we nu spreken over de omschrijving van de materiële norm (1), over de bedreiging der sancties (1), over het vooronderzoek en de beslissing tot vervolgen (3), over de berechting of de uitvoering van de opgelegde straf, steeds ontmoeten we de werkgever in een preponderante positie. Bovendien is de werkgever rechter in eigen zaak, in zoverre dat hij direct of indirect belang heeft bij de arbeidstucht in zijn onderneming (2). Dat geldt pregnant voor de kleine vermogenscriminaliteit. Natuurlijk er zijn van onderneming tot

²²⁶ Ontleend aan Heerma van Voss 1999, p. 40-71.

²²⁷ Zie het SER-advies 93/11, Arbeidstuchtrecht, p. 8-9, waarover meer in paragraaf 4.7.

onderneming aanzienlijke verschillen. In kleine ondernemingen zonder c.a.o. geldt het hier geschetste beeld vaak onverkort; in grotere ondernemingen en onder de vigeur van de verschillende c.a.o.'s is het objectiveringsproces ten gunste van een beter tuchtrecht verder voortgeschreden. Maar het principe is ook daar onveranderd: de werkgever of de directie van zijnentwege is en blijft steeds nauw betrokken bij het tuchtrecht, zowel in het wetgevende, als in het beslissende en uitvoerende vlak, al deelt hij zijn bevoegdheden vaak met anderen, hetzij doordat hij aan voorafgaand advies is gebonden, hetzij doordat er beroepsmogelijkheid is geschapen.²²⁸

Het machtsmonopolie van de werkgever bergt het gevaar in zich van willekeur en vormt dus een bedreiging voor de rechtszekerheid en rechtsgelijkheid. Ik stel daarom voor ook in het arbeidsrecht een wettelijk systeem van 'checks and balances' in te voeren. Dit kan worden bewerkstelligd door de wettelijke regeling van het arbeidstuchtrecht aan te vullen met een wettelijke regeling van het klachtrecht voor de individuele werknemer.²²⁹ Door middel van een klachtrecht kunnen beslissingen van de werkgever, die betrekking hebben op, en nadeel berokkenen aan de persoonlijke arbeidssituatie van de werknemer (bijvoorbeeld de beslissing tot het opleggen van een straf), worden getoetst. Het klachtrecht kan de werknemer op deze wijze bescherming bieden tegen de machtspositie van de werkgever.²³⁰ Als juridische grondslag voor het klachtrecht kan worden gewezen op het goed werkgeverschap. De werkgever is verplicht zich jegens de werknemer als goed werkgever te gedragen. Dit houdt ook in het naleven van de toepasselijke regels en beginselen bij het opleggen van een straf. Houdt de werkgever zich niet aan deze verplichting, dan moet de werknemer het recht hebben om de straf aan te vechten.²³¹ Aangesloten kan worden bij het Wetsvoorstel klachtrecht voor de individuele werknemer.²³² Dit wetsvoorstel

²²⁸ Enschedé 1971, p. 17-18.

²²⁹ Zie over het klachtrecht van de werknemer: E. Mante-Meijer & L. Klijn, OR en individueel klachtrecht, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2003; L.P.M. Klijn, Klachtrecht van werknemers. Een onderzoek naar de juridische grondslag en noodzaak van een individueel klachtrecht van werknemers (diss. VU Amsterdam), Deventer: Kluwer 1992; K. Iest, Klachtrecht van de individuele werknemer (diss. UvA), Deventer: Kluwer 1991.

²³⁰ Zie ook Klijn 1992, p. 42-46. Het individueel klachtrecht is volgens Klijn te beschouwen als een sluitstuk in de ontwikkeling van de medezeggenschap van werknemers. Bovendien kan het klachtrecht worden beschouwd als een grondrecht van werknemers. Klijn geeft een opsomming van vijf argumenten vóór wettelijke regeling van het klachtrecht van de individuele werknemer (Klijn 1992, p. 161-163).

²³¹ Ook Klijn verwijst naar het goed werkgeverschap als juridische grondslag voor het klachtrecht van de werknemer (Klijn 1992, p. 42-46).

²³² Het wetsvoorstel Bussemaker c.s., *Kamerstukken II 1999/2000*, 27 274. Het wetsvoorstel kent een lange historie, welke aanvang in 1967 met een aanbeveling van de Internationale Arbeidsorganisatie over het onderzoek van klachten in de onderneming (Aanbeveling 130, 7 juni 1967, *Trb.* 1969, 174). Zie *Kamerstukken II 1999/2000*, 27 274, nr. 3, p. 3-5 en Iest 1991, p. 13-19. In 1981 heeft de SER een advies uitgebracht over het klachtrecht van de individuele werknemer. Reden voor wettelijke regeling was het feit dat een werknemers in een bepaald opzicht nauwelijks wordt beschermd tegen het optreden van de werkgever (SER, *Advies inzake het klachtrecht van individuele werknemers*, 1981/14, p. 12). Zie ook C.J. Loonstra, *Gezag, medezeggenschap en collectieve actie*, Groningen: Wolters Noordhoff 1990, p. 51 e.v. Na het verslag van de vaste commissie voor Sociale Zaken en

voorziet in een regeling op grond waarvan de werknemer bij de werkgever een klacht kan indienen over zijn persoonlijke arbeidssituatie (lid 1). De regeling zou in art. 7:657 BW komen te staan en bevat bepalingen over de schriftelijkheid, de termijn waarbinnen een werkgever op een klacht behoort te reageren, een motiveringsplicht van de werkgever (de werkgever behoort ‘met redenen omkleed’ te reageren), hoor en wederhoor, deskundige bijstand en vertrouwelijkheid. Voorts bevat de bepaling voor de werkgever, die krachtens de WOR een ondernemingsraad heeft ingesteld, de verplichting een regeling op te stellen voor de behandeling van klachten (lid 7). Het wetsvoorstel voorziet tevens in een opzegverbod: de werkgever kan een werknemer die een klacht heeft ingediend of een klager heeft bijgestaan of vertegenwoordigd niet deswege beëindigen (art. 7:670 lid 8).

Een tekortkoming van het wetsvoorstel is naar mijn mening dat het alleen voorziet in een klachtrecht bij de werkgever zelf. Uiteraard maakt dit geen einde aan het gevaar van willekeur. Teneinde daadwerkelijk tot een stelsel van ‘checks and balances’ te komen, zou het eerste lid moeten worden aangepast: de werknemer moet beslissingen van de werkgever, betrekking hebbende op zijn persoonlijke arbeidssituatie (bijvoorbeeld het opleggen van een straf), kunnen voorleggen aan een, van de werkgever onafhankelijke, externe klachtcommissie (en een eventuele commissie voor hoger beroep).²³³ Een klachtrecht bij een commissie bestaande uit medewerkers van binnen de onderneming draagt onvoldoende waarborgen in zich voor objectiviteit, onafhankelijkheid en vertrouwelijkheid.²³⁴ Voorts ben ik van mening dat de instelling van deze externe klachtencommissie wettelijk moet worden geregeld. Zelfregulering biedt te weinig garanties voor rechtszekerheid en rechtsgelijkheid.²³⁵ In de wettelijke regeling kan tevens worden voorzien in procedurele bepalingen met betrekking tot de indiening en afhandeling van een klacht.²³⁶

De wettelijke regeling van het klachtrecht bij een externe klachtcommissie laat de mogelijkheid om eerst een schriftelijke klacht bij de werkgever in te dienen onverlet. De regeling van deze interne procedure behoort naar mijn mening (in tegenstelling tot hetgeen in het wetsvoorstel wordt voorgesteld) optioneel te zijn en zou derhalve aan zelfregulering kunnen worden overgelaten.

Werkgelegenheid, belast met het voorbereidend onderzoek (*Kamerstukken II 2000/01, 27 274, nr. 5*), is het stil geworden rond dit wetsvoorstel.

²³³ Onafhankelijke instanties ter beoordeling van een klacht van een werknemer bestaan ook al op andere terreinen, bijvoorbeeld de Arbeidsinspectie en de Commissie Gelijke Behandeling. Zie ook Zondag 2003a, p. 57: ‘Deze commissies zouden moeten worden bemand door van de werkgever ‘onafhankelijke’ werknemers of – nog beter – door externen.’

²³⁴ Opmerkelijk is dat in de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel Bussemaker c.s. de mogelijkheid van een externe klachteninstantie wel aan de orde kwam: het wetsvoorstel liet deze mogelijkheid onverlet. Blijkens de memorie van toelichting werd er van uitgegaan dat de totstandkoming van dergelijke externe commissies aan zelfregulering kon worden overgelaten (*Kamerstukken II 1999/2000, 27 274, nr. 3, p. 2-3*).

²³⁵ Vergelijk de gang van zaken bij de regeling van het tuchtrecht en klachtrecht in CAO’s (zie 4.4.2.3, 4.4.2.4 en 4.6.2.1).

²³⁶ Zie voor andere te regelen elementen van het wettelijk klachtrecht Klijn 1992, p. 164-172; Mante-Meijer & Klijn 2003, p. 89-115; Iest 1991, p. 136-141.

Mocht de klacht uiteindelijk bij de externe klachtcommissie of bij de civiele rechter komen, spreekt het uiteraard vóór de werkgever indien hij zelf in een schriftelijke klachtprocedure heeft voorzien en uit de schriftelijke stukken blijkt dat hij deze procedure met de nodige zorgvuldigheid heeft gevolgd. Dientengevolge kan de wettelijk geregelde klachtprocedure een stimulans zijn voor werkgevers om een interne klachtprocedure in te stellen en te volgen.²³⁷

Het voordeel van een klachtrecht bij een onafhankelijke klachtcommissie boven een gang naar de civiele rechter is, dat het voorleggen aan een commissie de arbeidsverhoudingen minder ernstig verstoort.²³⁸ Het voorleggen van het conflict bij een onafhankelijke commissie zou zelfs een gerechtelijke procedure kunnen voorkomen. Juist voor de werknemer die prijs stelt op voortzetting van de arbeidsovereenkomst is dit een aantrekkelijke optie. Een mogelijk bijkomend voordeel van het invoeren van een onafhankelijke commissie is dat het beroep op de rechter afneemt. Mocht het toch tot een gerechtelijke procedure komen, dan wordt de rechter wellicht werk bespaard, doordat vanaf het moment van inschakeling van de commissie alles is gedocumenteerd.²³⁹

4.6.2.3 Materiële aspecten

Vanuit een oogpunt van rechtszekerheid en rechtsgelijkheid moet worden gestreefd naar zo veel mogelijk duidelijkheid en gelijkheid ten aanzien van de op te leggen straffen. De wet behoort een limitatieve opsomming te geven van de mogelijk door werkgevers toe te passen disciplinaire straffen.²⁴⁰ In de wettelijke regeling kan voorts worden vastgesteld wat de hiërarchische volgorde van de straffen is, en onder welke voorwaarden ze mogen worden opgelegd.²⁴¹ Een voorbeeld kan worden genomen aan de huidige wettelijke regeling van de boete in art. 7:650 BW. Voorts zouden de beginselen ‘ne bis in idem’

²³⁷ Vgl. *Kamerstukken II 1999/2000*, 27 274, nr. 3, p. 2-3 en 10.

²³⁸ Loonstra plaatst het klachtrecht van de werknemer in de sleutel van de alternatieve geschillenbeslechting in het arbeidsrecht. Hij maakt een onderscheid tussen geïnstitutionaliseerde en niet-geïnstitutionaliseerde geschillenbeslechting en tussen geschillenbeslechting tijdens de arbeidsovereenkomst en rondom het einde van de arbeidsovereenkomst. Het klachtrecht is een vorm van geïnstitutionaliseerde geschillenbeslechting gedurende de arbeidsovereenkomst (Loonstra 2001, p. 2-3). Zie voor de bespreking van de voordelen van een klachtrecht boven de gang naar de civiele rechter: Klijn 1992, p. Mante-Meijer & Klijn 2003, p. 39-47.

²³⁹ Zie de memorie van toelichting bij het Wetsvoorstel Bussemaker c.s. inzake het klachtrecht voor de individuele werknemer, *Kamerstukken II 1999/2000*, 27 274, nr. 3, p. 10.

²⁴⁰ Dit stemt eveneens overeen met de regeling van de disciplinaire straffen in het ambtenarenrecht. In art. 81 lid 1 ARAR, art. 16:1:2 lid 1 en art. 8:13 CAR/UWO staan van licht naar zwaar de mogelijk op te leggen straffen opgesomd. Uiteraard gaat het dan niet om de straffen zoals we die kennen uit het strafrecht, maar om straffen die aangepast zijn aan het ambtenarenrecht. Vrijheidsstraffen komen bijvoorbeeld niet voor. Een straf kan overigens wel voorwaardelijk worden opgelegd, hetgeen dan weer wel overeenkomt met de regeling van straffen in het strafrecht (art. 81 lid 3 ARAR en art. 16:1:2 lid 3 CAR/UWO). De disciplinaire straffen lopen uiteen van een schriftelijke berisping tot schorsing en ontslag.

²⁴¹ Zie ook Olbers 1991, p. 81 en SER-advies arbeidstucht recht 93/11, p. 8 (waarover in de volgende paragraaf meer).

(cumulatieverbod) en ‘geen straf zonder schuld’ als algemene materiële bepalingen in de wet moeten worden opgenomen.

De bepalingen over het strafbare gedrag zelf – de strafbepalingen – behoeven naar mijn mening de mogelijkheid van regeling op lager niveau. De ernst van bepaald wangedrag kan afhankelijk zijn van de branche waarin de werknemer werkzaam is. Deze bepalingen zouden dan ook het best in bedrijfstak-CAO’s, of eventueel in ondernemings-CAO’s of ondernemingsovereenkomsten kunnen worden geregeld. Hier geldt dat in de ongelijke behandeling van ongelijke situaties een waarborg kan liggen voor rechtsgelijkheid. De rechtszekerheid kan worden gewaarborgd door het opnemen van een algemeen legaliteitsbeginsel in de wet. Met Olbers ben ik dan ook van mening dat het legaliteitsbeginsel, zoals dat thans in het eerste lid van de wettelijke regeling van de boete is opgenomen (zie 4.4.2.2), een algemene wettelijke inbedding zou moeten krijgen: voor alle door de werkgever op te leggen straffen behoort te gelden dat de werkgever de straf alleen (legitiem) kan opleggen, indien de ‘strafbepaling’ vooraf gaat aan de straf.²⁴² Dit stimuleert de daadwerkelijke totstandkoming van zelfregulering op het gebied van strafbepalingen.

Ik verschil van mening met Olbers over de noodzaak van een bepaling, waarin de strafbevoegdheid van de werkgever specifiek wordt vastgelegd. Hij meent dat een artikel in de wet zou moeten worden opgenomen, waarin de tuchtbevoegdheid van de werkgever uitdrukkelijk wordt erkend. Na art. 7:660 BW zou een artikel moeten volgen dat luidt: ‘De werkgever is bevoegd binnen de perken van de wet, verordening of overeenkomst tuchtrechtelijk op te treden, indien de werknemer de krachtens het vorige artikel gegeven voorschriften heeft overtreden.’ Volgens hem garandeert dit dat in een onderneming een voor alle werknemers uniform sanctiestelsel op overtreding van voorschriften geldt. Verder is hij van mening dat dan een duidelijker onderscheid kan worden gemaakt tussen de boete als disciplinaire straf en een boetebeding als een gefixeerd schadevergoedingsbeding in de zin van art. 6:91 BW.²⁴³ Naar mijn mening is voldoende dat alleen de tuchtrechtelijke bepalingen die vanuit een oogpunt van rechtszekerheid en rechtsgelijkheid een wettelijke regeling behoeven, ook daadwerkelijk een wettelijke regeling krijgen. De rechtsgrond van het arbeidstuchtrecht ligt al in de (collectieve) arbeidsovereenkomst of de gezagsverhouding ex art. 7:610 en 7:660 BW besloten (zie 4.2). Bovendien komt de strafbevoegdheid duidelijk naar voren in de wettelijke regeling van de andere tuchtrechtelijke bepalingen. Een uniform sanctiestelsel wordt reeds gegarandeerd door codificatie van het arbeidsrechtelijke legaliteitsbeginsel, in combinatie met een wettelijke regeling van de toegestane disciplinaire straffen.

²⁴² Olbers 1991, p. 75, 77: ‘Ook bij toepassing van deze maatregelen (de andere tuchtmaatregelen, *MMK*) als disciplinaire straf behoort aan de eis voldaan te worden dat de arbeider een bestaand en hem bekend voorschrift heeft overtreden. Wil de wetgever duidelijk maken dat die eis in alle gevallen geldt, dan zal in de wet een algemeen gestelde norm moeten worden opgenomen’.

²⁴³ Olbers 1991, p. 80.

Voorts zie ik niet in waarom een onderscheid zou moeten worden gemaakt tussen de boete als disciplinaire straf en de boete in de zin van een boetebeding ex art. 6:91 e.v. BW. De wettelijke arbeidsrechtelijke regeling van het boetebeding is een *lex specialis* van art. 6:91 BW en is reeds bedoeld als disciplinaire straf. Dit blijkt expliciet uit art. 7:651 BW, waarin onderscheid wordt gemaakt tussen de boete ex art. 7:650 BW en het recht op schadevergoeding.²⁴⁴

4.7 Het Wetsvoorstel arbeidstuchtrecht

Uit de voorgaande paragrafen is duidelijk geworden dat de huidige arbeidsrechtelijke disciplinaire regelgeving in onvoldoende mate de rechtszekerheid en rechtsgelijkheid van werknemers waarborgt. Vanuit een oogpunt van legitimatie en rechtsbescherming is uitbreiding van de regelgeving, bij voorkeur op wettelijk niveau, gewenst.

In 1994 is er een wetsvoorstel geweest tot invoering van het arbeidstuchtrecht in boek 7 BW.²⁴⁵ Het bestond uit twee artikelen. Ten eerste een gewijzigde regeling van de boete in art. 7:650 BW:

‘1. De werkgever is bevoegd een boete op te leggen wegens overtreding van de voorschriften van de arbeidsovereenkomst en van het arbeidsreglement, mits in de arbeidsovereenkomst of het arbeidsreglement de voorschriften op de overtreding waarvan boete wordt gesteld en het bedrag van de boete schriftelijk zijn vermeld.

2. (...).

3. (...).

4. (...).

5. (...).

6. (...).

7. (...).

8. (...).

9. (...).²⁴⁶

²⁴⁴ Dit laat onverlet dat de boete tevens kan dienen ter vergoeding van de schade (zie 4.4.2.2).

²⁴⁵ Wetsvoorstel tot wijziging van de artikelen 650 en 651 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek (arbeidstuchtrecht), *Kamerstukken II* 1994/95, 23 974. De wettelijke regeling van het arbeidstuchtrecht maakte oorspronkelijk onderdeel uit van het wetsvoorstel tot invoering van de nieuwe titel 7.10 BW in het kader van de herziening van het Burgerlijk Wetboek (Wetsvoorstel tot vaststelling van titel 7.10 (arbeidsovereenkomst) van het nieuw Burgerlijk Wetboek, *Kamerstukken II* 1993/94 – 1995/96, 23 438, nr. 1-193a). Nadat de SER had aangegeven niet in het bij dit wetsvoorstel behorende advies (SER 91/20), maar in een nader uit te brengen advies in te gaan op de artikelen inzake het arbeidstuchtrecht (SER 93/11), werd een apart wetsvoorstel tot invoering van het arbeidstuchtrecht gedaan. Reen voor het apart uitgebrachte advies was dat de SER meende dat de gedane voorstellen over het arbeidstuchtrecht een ingrijpende wijziging ten opzichte van de (toen) huidige situatie behelsden die, mede gelet op het maatschappelijk belang van het arbeidstuchtrecht, een inhoudelijke gedachtewisseling rechtvaardigden (SER 93/11, p. 5).

²⁴⁶ In het wetsvoorstel werd nog gesproken over het ‘arbeidsreglement’. Zie 4.4.2.5.

In de leden twee tot en met negen stonden bepalingen over de bestemming van de boete, de hoogte van de boete (niet hoger dan honderd gulden), schriftelijkheid en het vervallen van de bevoegdheid na dertig dagen. Verder bevatte het artikel bepalingen vergelijkbaar met de huidige bepalingen van art. 7:650 en 651 BW.

Het tweede artikel betrof een regeling inzake schorsing bij wijze van straf in art. 7:651 BW:

- ‘1. De werkgever is bevoegd de werknemer wegens overtreding van de voorschriften van de arbeidsovereenkomst en van het arbeidsreglement te schorsen bij wijze van straf, mits in de arbeidsovereenkomst of het arbeidsreglement de voorschriften op de overtreding waarvan de straf van schorsing is gesteld en de duur van de daarvoor gestelde schorsing schriftelijk zijn vermeld.
2. De duur van de schorsing zonder behoud van loon mag ten hoogste twee dagen bedragen. Binnen een maand mag de duur van de aan een werknemer opgelegde gezamenlijke schorsingen zonder behoud van loon niet langer zijn dan de in de vorige zin genoemde duur.
3. (...).
4. (...).
5. (...).
6. (...).
7. (...).’

De leden twee tot en met zeven bevatten bepalingen over de duur van de schorsing zonder behoud van loon, schriftelijkheid, verval van de bevoegdheid na dertig dagen, een cumulatieverbod van boete en schorsing ter zake van hetzelfde feit, een beperkte afwijkmogelijkheid en een matigingsrecht van de rechter.

Met deze bepalingen kreeg de werkgever expliciet de bevoegdheid toegekend een werknemer een boete op te leggen of te schorsen (met of zonder behoud van loon).²⁴⁷ De bepalingen waren voor het grootste deel dwingend-rechtelijk van aard.

In 4.7.1 bespreek ik het advies van de SER dat aan het wetsvoorstel vooraf ging. Vervolgens ga ik in 4.7.2 in op de parlementaire stukken en behandeling van het wetsvoorstel, welke uiteindelijk heeft geleid tot intrekking. Tot slot bespreek ik in 4.7.3 de vraag of het wetsvoorstel voldoet aan de gewenste uitbreiding van de arbeidstuchtrechtelijke regelgeving, zoals ik dat in 4.6.2 heb voorgesteld.²⁴⁸

²⁴⁷ Tot dan toe kon de werkgever alleen over gaan tot schorsing zonder behoud van loon indien schriftelijk of bij reglement van art. 7a:1638d BW (7:628 BW) was afgeweken (SER 93/11, p. 24).

²⁴⁸ Zie eveneens over dit wetsvoorstel Olbers 1991, p. 69-86, met name p. 79-81 waarin hij zijn eigen opvatting over het wetsvoorstel geeft.

4.7.1 *Het SER-Advies arbeidstuchtrecht*

De SER stond allereerst stil bij de wenselijkheid van een samenhangend stelsel van formele en materiële regels van arbeidstuchtrecht in de onderneming. Hierover bestonden in de raad twee uiteenlopende meningen. Eén deel van de raad – bestaande uit de werknemersleden en vier kroonleden – stelde voorop dat de onderneming als organisatorisch samenwerkingsverband belang heeft bij de aanwezigheid van een procedureel en materieel uitgewerkt tuchtrechtstelsel dat rekening houdt met de bestaande gezagsstructuur. Voor de bevoegdheid van de werkgever tot tuchtrechtelijk optreden was volgens hen strikt genomen geen algemene wettelijke regeling vereist. Desondanks kon het volgens dit deel van de raad van belang zijn dat de wetgever zich explicieter uitsprak over de rechtsgrond, de inhoud en de beperkingen van een arbeidstuchtrechtelijk stelsel en over de wijze waarop een voor de onderneming tot stand gekomen stelsel voor de afzonderlijke werknemers verbindend wordt. Voorts was dit raadsdeel van mening dat de algemene gelding een belangrijk aspect van een disciplinaire ordeningsregeling is. Indien zou worden afgezien van een algemene wettelijke regeling van het arbeidstuchtrecht, zou per onderneming bij cao of in overleg met de ondernemingsraad, een regeling inzake disciplinaire sancties tot stand moeten komen. De voorschriften en sancties zouden bij voorkeur collectief-rechtelijk in cao of reglement moeten worden geregeld en niet individueel-rechtelijk in de arbeidsovereenkomst. Tot slot gaf dit raadsdeel nog een uitgebreide en gedetailleerde opsomming van essentiële (procedure)regels, die (naast de materiële en procedurele beginselen die verscholen lagen in de voorgestelde artikelen en de norm van het goed werknemer- en werkgeverschap) als richtsnoer konden gelden bij de inhoudelijke vormgeving van de wettelijke regeling van het arbeidstuchtrecht en de uitwerking daarvan op ondernemingsniveau. Als voorbeelden kunnen worden genoemd: het legaliteitsbeginsel, sancties mogen niet onnodig diffamerend zijn, een cumulatieverbod, een groot aantal procedurele voorschriften in acht te nemen voorafgaand aan het opleggen van een straf (zoals het recht op hoor en wederhoor, motivering van de beslissing, het recht op bijstand door een vertrouwenspersoon en het bestaan van een klachtenprocedure) en het voorschrift dat werknemers dienen te worden betrokken bij de tostandkoming van regelingen inzake disciplinaire sancties.²⁴⁹

Het andere deel van de raad – bestaande uit de ondernemersleden en 5 kroonleden – vond de overwegingen voor een zodanig uitgewerkt en gedetailleerd stelsel van arbeidstuchtrecht niet overtuigend. Ook dit deel begon met de overweging dat de werkgever disciplinaire straffen kan opleggen zonder dat daarvoor een algemene wettelijke regeling bestaat. De bevoegdheid vloeit uit de aard van de arbeidsovereenkomst voort, zij het dat de werkgever bij het opleggen van straffen vanzelfsprekend is gebonden aan de algemene grenzen die de wet in dit verband stelt, zoals de norm van het goed werkgeverschap. Voorts zou een meer uitgebreide regeling van het arbeidstuchtrecht in de wet, cao of

²⁴⁹ SER 93/11, p. 7-10.

ondernemingsregeling, in strijd zijn met het incidentele karakter van disciplinaire sancties. Een zeer gedetailleerde regeling van het arbeidstuchtrecht zou juist afbreuk kunnen doen aan de snelheid en de doeltreffendheid van de door de werkgever te treffen sancties. Het raadsdeel beoogde met haar standpunt geen afstand te doen van de eisen van zorgvuldigheid waaraan het opleggen van een strafmaatregel moet voldoen. Het raadsdeel was echter van mening dat de geldende wettelijke bepalingen voldoende aan bedoelde zorgvuldigheidseisen tegemoet kwam. Het raadsdeel besloot dan ook met de stelling dat het in de wet beschikbare instrumentarium, hoewel beperkt, in beginsel voldoende was voor een evenwichtige en zorgvuldige correctie van werknemersgedrag dat niet door de beugel kan. Dit deel van de raad had dan ook geen behoefte aan een uitbreiding van het arbeidstuchtrecht zoals door het andere raadsdeel werd bepleit.²⁵⁰

Vervolgens ging de SER in op de voorgestelde gewijzigde bepaling over de boete. Het systeem ter vastlegging van het wettelijk maximum van de boete (een geldbedrag of een loongerelateerd maximum), de mogelijkheid van cumulatie van een boete met een schadevergoeding ter zake van hetzelfde feit en de mogelijkheid tot afwijking van de wettelijke bepaling over de bestemming en hoogte van de boete (bij schriftelijke overeenkomst of reglement enerzijds of bij cao of regeling door of namens een bevoegd bestuursorgaan anderzijds) leverden in de raad verdeeldheid op.²⁵¹

Tot slot werd ingegaan op de voorgestelde bepaling over disciplinaire schorsing met dan wel zonder behoud van loon. Opmerkelijk is dat de raad ten aanzien van de wenselijkheid van een wettelijke regeling een onderscheid maakte tussen schorsing met behoud van loon en schorsing zonder behoud van loon. Schorsing met behoud van loon, of non-actiefstelling, merkte de raad aan als een sanctie waarbij het disciplinaire, c.q. bestraffende element duidelijk in mindere mate aanwezig is. De raad meende dat het een sanctie is die in de eerste plaats is bedoeld als orde- c.q. afkoelingsmaatregel. Deze sanctie houdt immers geen straf in voor de betrokken werknemer in de vorm van inkomensverlies. Voor zover de raad bekend was werd deze sanctie dan ook weinig als straf toegepast. Uit hoofde van de mogelijke diffamerende werking was slechts wenselijk dat per onderneming of bij cao een regeling werd getroffen ter zake van non-actiefstelling. Een wettelijke regeling was daarentegen niet vereist. Ten aanzien van de disciplinaire straf van schorsing zonder behoud van loon achtte de raad de in het kabinetsvoorstel aangevoerde overweging, dat het juister is een 'ingrijpende en diffamerende' maatregel als de schorsing in de wet uitdrukkelijk te noemen en daarbij de grenzen aan te geven, ten principale juist. De raad meende dat sprake is van een ernstige sanctie. De schorsing treft de werknemer in tweeërlei opzicht, namelijk door het verlies aan loon en door het diffamerende

²⁵⁰ SER 93/11, p. 10.

²⁵¹ SER 93/11, p. 16-21.

karakter. De raad oordeelde het mede op grond hiervan terecht dat werd voorgesteld de grenzen van deze sanctie in de wet vast te leggen.²⁵²

In de adviesaanvraag aan de SER was, naast bovengenoemde bepalingen, ook nog een bepaling opgenomen over schorsing als inleiding tot ontslag op staande voet. De SER wees de opneming van een dergelijke bepaling in de wet echter unaniem af. De raad stelde dat de rechtspraak zelf reeds adequate mogelijkheden had ontwikkeld ter zake van schorsing als inleiding tot ontslag, al dan niet op staande voet. Het feitelijke resultaat van deze ontwikkelingen achtte de raad zo bevredigend dat aan een expliciete wettelijke regel als voorgesteld niet werkelijk behoefte was.²⁵³

4.7.2 Parlementaire stukken, mondelinge behandeling en intrekking

Allereerst bespreek ik de Memorie van Toelichting, het verslag van de Tweede Kamer en de nota naar aanleiding van het verslag (4.4.2.1). Vervolgens komen de mondelinge behandeling en de intrekking van het wetsvoorstel aan bod (4.4.2.2).

4.7.2.1 Memorie van Toelichting, verslag en nota naar aanleiding van het verslag

Naar aanleiding van het advies van de SER werd de bepaling over schorsing als inleiding tot ontslag op staande voet in het wetsvoorstel achterwege gelaten. Voorts werd in de Memorie van Toelichting ingestemd met de opvatting van de SER dat voor de bevoegdheid tot tuchtrechtelijk optreden geen wettelijke regeling vereist is. Als algemeen uitgangspunt moest echter worden aanvaard dat voor het opleggen van disciplinaire straffen die de overeengekomen arbeidsvoorwaarden aantasten, de werkgever zich zal moeten kunnen baseren op de collectieve of individuele arbeidsovereenkomst. De bevoegdheid tot het nemen van minder vergaande disciplinaire straffen zou kunnen voortvloeien uit de op de 'ondergeschiktheidsverhouding' gegronde bevoegdheid tot het geven van ordevoorschriften.²⁵⁴

Ten aanzien van schorsing zonder behoud van loon werd in de Memorie van Toelichting gesteld dat, gelet op het veelvuldig gebruik in de praktijk en het ingrijpende en diffamerende karakter van deze sanctie, een wettelijke regeling gerechtvaardigd was. Door middel van een wettelijke regeling kon bovendien worden voorkomen dat ter ontduiking van de regeling van het boetebeding, werknemers langdurig werden geschorst zonder behoud van loon. Een specifieke regeling van het boetebeding werd nodig geacht om te bewerkstelligen dat het gebruik van boetes in de arbeidsverhouding onderworpen werd aan beperkingen die verder gaan dan die welke door de artikelen 6:91 e.v. BW worden voorgesteld. Voorts werd in de Memorie van Toelichting aangesloten bij het uitgangspunt van een deel van de SER, dat het opleggen van disciplinaire

²⁵² SER 93/11, p. 23-25.

²⁵³ SER 93/11, p. 25-27.

²⁵⁴ *Kamerstukken II 1994/95, 23 974, nr. 3, p. 1-2 (MvT).*

straffen een incidenteel karakter heeft. Bovendien zou in de praktijk niet zijn gebleken van misstanden. Er bestond dan ook geen aanleiding om over te gaan tot een fundamentele heroverweging of en een meer uitgebreide wettelijke regeling van het arbeidstuchtrecht.²⁵⁵

Naar aanleiding van laatstgenoemde overwegingen, en de overweging dat voor de bevoegdheid van disciplinaire straffen geen wettelijke grondslag is vereist, kwam in het verslag van de Tweede Kamervragen meerdere malen de vraag naar voren waarom er dan tóch een expliciete wettelijke regeling moest komen. Waarom kon er niet meer op zelfregulering per onderneming worden vertrouwd, of op de werking van art. 7a:1638z BW (goed werkgeverschap)?²⁵⁶ In de nota naar aanleiding van het verslag werd geantwoord, dat voor tuchtrechtelijk optreden weliswaar niet vereist is dat de wet deze bevoegdheid uitdrukkelijk verleent, maar dat een regeling die aan die bevoegdheid grenzen stelt wel gewenst was. De wettelijke bepaling waarin de bevoegdheid uitdrukkelijk werd verleend, kon worden gezien als een ‘prelude’ op de nadere regeling: het werd duidelijker geacht de regeling die beperkingen stelt aan de uitoefening van een bevoegdheid, te laten beginnen met een bepaling waarin het bestaan van die bevoegdheid wordt vastgesteld.²⁵⁷ Voorts werd geantwoord dat het arbeidstuchtrecht de bescherming van de werknemer als doel heeft. Hieruit vloeide voort, dat met betrekking tot de twee belangrijkste en meest ingrijpende sancties zelfregulering minder voor de hand lag. Het was de bedoeling een specifieke regeling te geven voor slechts deze twee sancties van bijzondere betekenis. Een wettelijke regeling zou bovendien ook de werkgever meer duidelijkheid bieden over zijn disciplinaire bevoegdheden. Het goed werkgeverschap zou een belangrijke rol blijven spelen ten aanzien van niet-wettelijk geregelde sancties.²⁵⁸

Op de vraag of de ondernemingsraad een rol zou kunnen vervullen bij het formuleren van de voorschriften, werd verwezen naar het voornemen tot herziening van de Wet op de ondernemingsraden.²⁵⁹ Daarin werd immers het standpunt ingenomen dat de ondernemingsraad instemmingsrecht dient te hebben met betrekking tot regelingen inzake disciplinaire maatregelen in de onderneming.²⁶⁰

Tot slot werd de mogelijkheid besproken van een interne beroepsinstantie in de vorm van een commissie, bestaande uit werkgever(s) en werknemers. Deze zou zich over voorgenomen schorsingen kunnen buigen. Dientengevolge zou de werknemer bij uitlegproblemen over de voorschriften nog een andere weg openstaan dan een beroep op de rechter. De regering was van mening dat een bedrijf een dergelijke commissie zeker in kon stellen, maar

²⁵⁵ *Kamerstukken II 1994/95, 23 974, nr. 3, p. 2.*

²⁵⁶ *Kamerstukken II 1994/95, 23 974, nr. 4, p. 1-2 (Verslag).*

²⁵⁷ *Kamerstukken II 1994/95, 23 974, nr. 5, p. 1-2 (Nota naar aanleiding van het verslag).*

²⁵⁸ *Kamerstukken II 1994/95, 23 974, nr. 5, p. 4.*

²⁵⁹ *Kamerstukken II 1994/95, 23 974, nr. 4, p. 1 en Kamerstukken II 1994/95, 23 974, nr. 5, p. 2.*

²⁶⁰ Wetsvoorstel tot wijziging van de Wet op de Ondernemingsraden en titel 7.10 (arbeidsovereenkomst) van het nieuw Burgerlijk Wetboek, *Kamerstukken II 1995/96 – 1997/98, 24 615, nr. 1-81c.*

dat het te ver voerde om dit wettelijk voor te schrijven. Het lag meer voor de hand om partijen hierover zelf afspraken te laten maken.²⁶¹

4.7.2.2 Mondelinge behandeling en intrekking

De mondelinge behandeling begon met Dittrich (D66) die zich in eerste instantie de vraag stelde of de voorgestelde artikelen in een tijd van deregulering wel in de wet dienden te worden opgenomen. Hij ging vervolgens evenwel verder met de overweging dat de fractie van D66 van mening was, dat de boete en de disciplinaire schorsing verregaande maatregelen zijn die in de wet thuishoren. Zij zagen dat als een bescherming van zowel de werknemer als de werkgever. Deze mogen verlangen dat het wetboek hen zo veel mogelijk duidelijkheid biedt. Voorts waren de fractieleden van D66 het in beginsel eens met de voorgestelde artikelen: op grond van deze bepalingen kon een werkgever alleen tot een boete of schorsing overgaan, indien in de arbeidsovereenkomst, of het arbeidsreglement de voorschriften op overtreding waarvan boete of schorsing werd gesteld, stonden vermeld.

‘Een werknemer mag niet zomaar worden “overvallen” door een tuchtbeluste werkgever. Je zou dan ook een parallel kunnen trekken met artikel 1 van het Wetboek van Strafrecht waarin staat dat niemand strafbaar is zonder voorafgaande strafbepaling.’²⁶²

Dan komt Dittrich op een probleem: misdragingen komen in de praktijk in vele gradaties voor. Dientengevolge zal een werkgever noodgedwongen algemene formuleringen gebruiken. In de Memorie van Toelichting staat echter dat de omschrijvingen van de overtredingen duidelijk moeten zijn.²⁶³

Vos bracht naar voren dat de VVD-fractie de noodzaak tot invoering van het wetsvoorstel sterk in twijfel trok: in de praktijk waren volgens de Memorie van Toelichting van geen misstanden gebleken. Bovendien werd het handelen van de werkgever al begrensd door de norm van het goed werkgeverschap en de regel dat de bevoegdheid niet mag worden misbruikt. Naast het feit dat CAO's op dit gebied veel meer maatwerk zouden kunnen leveren, zou het belang van de werknemer door het voorstel juist geweld aan worden gedaan. Doordat de werkgever zich door de regels over de boete en de schorsing geknecht of ingesnoerd kan voelen, zou het risico groter zijn dat sneller een beroep wordt gedaan op niet in de wet geregelde sancties. Voorts werd opgemerkt dat het wetsvoorstel een ernstige tekortkoming had: de

²⁶¹ *Kamerstukken II 1994/95*, 23 974, nr. 4, p. 2 en *Kamerstukken II 1994/95*, 23 974, nr. 5, p. 2.

²⁶² *Handelingen II 1995/96*, nr. 2, p. 204.

²⁶³ *Handelingen II 1995/96*, nr. 2, p. 204-206. Voorts stelt hij een aantal vragen over het cumulatieverbod van de boete en de schadevergoeding, de hoogte van de boete, de lengte van de schorsing zonder behoud van loon, de termijn van 30 dagen waarbinnen de werkgever moet overgaan tot de boete of schorsing. Hij dient amendementen in waarin onder meer staat dat een werkgever alleen tot schorsing zonder behoud van loon mag overgaan bij ernstige tekortkomingen van de werknemer (*Kamerstukken II 1995/96*, 23 974, nr. 10) en waarin het recht op hoor en wederhoor wordt geregeld (*Kamerstukken II 1995/96*, 23 974, nr. 11).

grondslag voor het tuchtrechtelijk optreden van de werkgever ontbrak. Er werd geen relatie gelegd tussen de overtreding en de sanctie. Bovendien was niet geregeld waarom een werkgever mag straffen. Juist in een wetsvoorstel over het arbeidstuchtrecht zou die wettelijke grondslag eens geregeld kunnen zijn.²⁶⁴

Minister van Justitie Sorgdrager ging eerst in op de vraag van Dittrich betreffende de dereguleringsgedachte. Er was al een arbeidstuchtrecht en dat diende aan de moderne tijd te worden aangepast. Die aanpassingen doe je, zo verdedigde de minister, met de dereguleringsgedachte in het hoofd. Bepaalde regels die duidelijk te omschrijven zijn, moesten volgens de minister wel worden opgenomen, 'gewoon omdat dit partijen houvast biedt'. Het feit dat er iets van arbeidstuchtrecht in de wet was opgenomen, was volgens haar een goede basis om te voorkomen dat het introduceren van arbeidstuchtrecht bij aparte CAO-besprekingen de arbeidsverhoudingen zou belasten. Ze wilde echter niet te veel vastleggen, omdat dit een heel starre regeling zou opleveren. Aan de sociale partners moest het vaststellen van de procedures worden overgelaten. Naar aanleiding van een opmerking van Vos (VVD) dat het beginsel over, en de grondslag van de bevoegdheid tot tuchtrechtelijk optreden in het wetsvoorstel ontbrak, benadrukte de minister dat het om civiel recht en niet om strafrecht ging. Met het vastleggen van deze bepalingen in de wet werd het algemene beginsel van het arbeidstuchtrecht vastgelegd en uitgewerkt. Dat was op zichzelf de grondslag. Het feit dat deze mogelijkheid in de wet werd vastgelegd, gaf ruimte om in de arbeidsverhouding tuchtrecht toe te passen.²⁶⁵

Over de opmerking van Vos (VVD) dat geen relatie tussen sanctie en overtreding was gelegd, merkte de minister op dat ze (zij en dhr Melkert, de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid) dat niet hadden willen regelen, juist om de proportionaliteit een afweging van de werkgever te laten zijn. Daarbij werd een beroep op het redelijk werkgeverschap gedaan. Hetzelfde gold wat haar betreft ten aanzien van het recht op hoor en wederhoor: ook dit moest een afweging zijn die de werkgever maakte. Naar aanleiding van de opmerking van Dittrich (D66) over de duidelijkheid van de omschrijvingen van de overtredingen, merkte de minister op dat je dingen die vanzelfsprekend zijn niet hoeft te regelen. Zij stelde voor dat algemene noties bij CAO konden worden neergelegd.²⁶⁶

De mondelinge behandeling heeft uiteindelijk geleid tot intrekking van het wetsvoorstel door de minister. Tijdens de mondelinge behandeling was volgens Sorgdrager gebleken dat naar de mening van de Kamer het (toen) huidige recht bevredigend werkte en dat in de praktijk, in het bijzonder bij de nadere invulling van de bestaande wettelijke regeling in CAO's, niet van grote problemen was gebleken. Bovendien lag het wetsvoorstel 23 438, dat een aanpassing van de artikelen over de boete aan het nieuwe BW bevatte, klaar

²⁶⁴ *Handelingen II* 1995/96, nr. 2, p. 206-209.

²⁶⁵ *Handelingen II* 1995/96, nr. 2, p. 210-211.

²⁶⁶ *Handelingen II* 1995/96, nr. 2, p. 212-215.

voor mondelinge behandeling, zodat een discussie over de wijziging van die regeling op basis daarvan kon worden gevoerd.²⁶⁷

4.7.3 Inhoudelijke beoordeling van het wetsvoorstel

Het wetsvoorstel voldoet in zoverre aan de door mij in 4.6.2 gestelde eisen, dat het twee van de meest ingrijpende en diffamerende straffen, boete en schorsing (zonder behoud van loon), op wettelijk niveau regelt. Dit zou in ieder geval rechtszekerheid en rechtsgelijkheid ten aanzien van een aantal aspecten van deze twee straffen waarborgen. Voorts acht ik het juist dat geen bepaling werd voorgesteld waarin de strafbevoegdheid van de werkgever specifiek werd vastgelegd.²⁶⁸

Gelet op de overige eisen die ik in 4.6.2 aan de regeling van het arbeidstuchtrecht stelde, is het wetsvoorstel ontoereikend. In de eerste plaats worden slechts twee straffen wettelijk geregeld. Of nog andere straffen mogelijk zijn, en zo ja, welke, blijft onduidelijk. Het argument dat het om de twee belangrijkste en meest ingrijpende straffen zou gaan, acht ik niet overtuigend. Daarnaast zijn nog andere straffen denkbaar die minstens even ingrijpend kunnen zijn, zoals in ieder geval ontslag bij wijze van straf. Maar ook degradatie met de bijbehorende salarisverlaging en overplaatsing kunnen voor een werknemer zeer ingrijpend en diffamerend zijn.

Verder werd in de voorgestelde artikelen (evenals in het huidige art. 7:650 BW) gesproken over overtreding van de voorschriften van de arbeidsovereenkomst of het arbeidsreglement (te vergelijken met de huidige personeelshandboeken, zie 4.4.2.5). Ter bevordering van de rechtszekerheid en rechtsgelijkheid dienen de tuchtrechtelijke bepalingen naar mijn mening op het hoogst mogelijke collectieve niveau te worden vastgelegd. De bepalingen over wat ongewenst en strafbaar gedrag is vragen weliswaar om maatwerk, maar regeling in bedrijfstak-CAO's, of desnoods in ondernemings-CAO's of ondernemingsovereenkomsten, verdient daarbij de voorkeur.

Verder bevatten de artikelen slechts een paar procedurele bepalingen. Regeling van essentiële procedurevoorschriften in acht te nemen voorafgaand aan het opleggen van een sanctie – hetgeen wel door de SER was voorgesteld²⁶⁹ – zoals het recht op hoor en wederhoor, motivering van de beslissing, het recht op bijstand door een vertrouwenspersoon en het bestaan van een klachtenprocedure, ontbraken in de voorgestelde artikelen.

²⁶⁷ *Kamerstukken II 1995/96*, 23 974, nr. 16.

²⁶⁸ Anders Olbers 1991, p. 80.

²⁶⁹ Voorgesteld door het raadsdeel bestaande uit de werknemersleden en vier kroonleden, zie 4.7.1 en SER 93/11, p. 7-10.

4.8 Samenvatting en conclusie

Nadat in het vorige hoofdstuk een onderscheid is gemaakt tussen orde-maatregelen en straffen, ben ik in dit hoofdstuk op zoek gegaan naar de legitimatie van het straffen door werkgevers. Het opleggen van een straf is immers een vorm van bewuste leedtoevoeging, hetgeen ingrijpend en diffamerend werkt. Wat is de rechtsgrond van die strafbevoegdheid van de werkgever, en is die bevoegdheid uitgewerkt in regelgeving die de rechtszekerheid en rechtsgelijkheid van de werknemers optimaal waarborgt?

De rechtsgrond van de strafbevoegdheid kan direct, dan wel indirect worden teruggevoerd op de (collectieve) arbeidsovereenkomst. Ontbreekt een expliciete contractuele grondslag, dan kan de bevoegdheid worden gebaseerd op de gezagsverhouding ex art. 7:610 BW en de instructiebevoegdheid ex art. 7:660 BW. Verder is de strafbevoegdheid bij wangedrag op het gebied van e-mail en internetgebruik redelijk goed geregeld: de werkgever is op grond van een rapport van het CBP verplicht beleid te voeren ten aanzien van wel en niet is toegestaan en wat de mogelijke straffen zijn. De regeling van de strafbevoegdheid ten aanzien van ander wangedrag is daarentegen versnipperd en onoverzichtelijk. Procedurele bepalingen komen soms in CAO's en personeelshandboeken voor en blijkens de jurisprudentie vloeien procedurevoorschriften voort uit de norm van het goed werkgeverschap. Wat betreft de materiële aspecten kan op twee wettelijke regelingen worden gewezen: de instructiebevoegdheid ex art. 7:660 BW en de boete ex art. 7:650 en art. 7:651 BW. Het wettelijke instructierecht heeft slechts beperkte betekenis voor de regeling van het tuchtrecht: de werkgever mag op grond van dit recht alleen een tuchtrechtelijke regeling opstellen voor zover daarmee geen inbreuk op de arbeidsvoorwaarden wordt gemaakt. De boete is de enige wettelijk geregelde straf. De rest van de materiële tuchtrechtelijke bepalingen staat her en der verspreid over verschillende regelingen: met name in CAO's en personeelshandboeken komen hier en daar arbeidstuchtrechtelijke bepalingen voor. De bepalingen beperken zich meestal tot schorsing en non-actiefstelling en zijn verschillend van aard. In minstens de helft van de CAO's en handboeken komt geen enkele disciplinaire bepaling voor.

De conclusie luidt dan ook, dat van inbedding van de strafbevoegdheid in regelgeving waarmee de rechtszekerheid en rechtsgelijkheid van werknemers optimaal wordt gewaarborgd, geen sprake is. Dientengevolge kan de huidige 'regeling' van het arbeidstuchtrecht het straffen door werkgevers, naar mijn mening, niet legitimeren.

De vraag die opkomt is, hoe de rechtszekerheid en rechtsgelijkheid in het overheidsstrafrecht wordt gewaarborgd. Als gevolg van het straffen door werkgevers wordt de gelijkenis tussen de verhouding overheid-burger en de verhouding werkgever-werknemer immers nog groter. Het overheidsstrafrecht kenmerkt zich door op democratische wijze tot stand gekomen regelgeving, met

daarin voldoende waarborgen *tegen* willekeur bij de (strafvorderlijke) overheid en *voor* rechtszekerheid en rechtsgelijkheid bij de burgers. Een van de belangrijkste waarborgen is het legaliteitsbeginsel: overheidsoptreden wordt alleen gelegitimeerd geacht, indien het is gebaseerd op een voorafgaande wettelijke regeling. Met name in het strafrecht is dit een belangrijk beginsel: juist daar kunnen ingrijpende bevoegdheden worden uitgeoefend en heeft de burger behoefte aan rechtszekerheid, rechtsgelijkheid en bescherming tegen willekeur. Bijgevolg heeft het legaliteitsbeginsel zowel in (het wetboek van) strafvordering als in (het wetboek van) strafrecht een eigen plaats en betekenis gekregen. Strafvordering vindt alleen plaats op de wijze bij de wet voorzien en geen feit is strafbaar dan uit een daaraan voorafgegane wettelijke strafbepaling.

De gelijkenis tussen de verhoudingen overheid-burger en werkgever-werknemer – in beide relaties is sprake van een meerdere die ter naleving van de geldende gedragsregels de ondergeschikte kan ‘straffen’ – afgezet tegen de gebrekkige regeling van de strafbevoegdheid in het arbeidsrecht, maakt uitbreiding van de arbeidstuchtrechtelijke regelgeving gewenst. Ook in het arbeidsrecht zou sprake moeten zijn van uitgebreide en uniforme tuchtrechtelijke regelgeving, waarin de criteria en de grenzen van de strafbevoegdheid worden aangegeven. De legaliteit kan dan tot legitimiteit van het straffen leiden.

De rechtsstatelijke waarborgen kunnen als inspiratiebron dienen bij de uitbreiding van de tuchtrechtelijke regelgeving. Zo dient de regeling op wettelijk niveau plaats te vinden, met, alleen daar waar noodzakelijk, de mogelijkheid tot maatwerk op lager niveau (CAO's of desnoods ondernemingsovereenkomsten). Het wettelijke niveau bergt de meeste waarborgen in zich voor de rechtszekerheid en rechtsgelijkheid. Indien maatwerk op ondernemingsniveau noodzakelijk is, dient de wet, ter waarborging van het democratisch gehalte, de ondernemingsraad instemmingsrecht te geven. Met name de procedureregels zijn geschikt om op wettelijk niveau te regelen. Bij procedureregels kan onder meer worden gedacht aan het beginsel van de onschuldpresumptie en de verplichtingen voortvloeiend uit het beginsel van goed werkgeverschap. Voorts zou de wet, ter voorkoming van een machtspositie bij de werkgever, een onafhankelijke tucht-of klachtcommissie moeten voorschrijven. Dit leidt tot een systeem van ‘checks and balances’. Het legaliteitsbeginsel is met name voor het materiële tuchtrecht van groot belang en het zou dan ook een algemene wettelijke inbedding moeten krijgen: werknemers hebben recht op rechtszekerheid en rechtsgelijkheid ten aanzien van de strafbaarheid van gedrag. Voorts zou de wet een opsomming moeten geven van de mogelijke disciplinaire straffen en de voorwaarden waaronder deze straffen mogen worden toegepast. De ‘strafbepalingen’ – de bepalingen waarin bepaald handelen strafbaar wordt gesteld – behoeven daarentegen maatwerk op bedrijfstak- of eventueel ondernemingsniveau: de ernst van bepaald wangedrag kan per bedrijfstak verschillen.

Het in 1994 ingediende wetsvoorstel tot regeling van het arbeidstuchtrecht voldoet niet aan de door mij geformuleerde vereisten voor regeling van het arbeidstuchtrecht. Het voorzag weliswaar in een regeling op wettelijk

niveau, maar voorgesteld werd alleen de schorsing en de boete te regelen. Aan een meer uitgebreide regeling van het arbeidstuchtrecht bestond blijkens de memorie van toelichting geen behoefte. Uiteindelijk heeft de mondelinge behandeling in de Tweede Kamer geleid tot intrekking van het wetsvoorstel: het huidige recht zou bevredigend werken en in de praktijk was niet van grote problemen gebleken. Gezien mijn bevindingen in 4.4 ben ik het met deze opvatting niet eens.

5. Duitsland

5.1 Inleiding

In de voorgaande drie hoofdstukken heb ik de opsporing en sanctionering van wangedrag van werknemers, door werkgevers, *in Nederland* onderzocht. Uit deze hoofdstukken blijkt dat de opsporingsbevoegdheid van de werkgever uitgebreid wordt genormeerd, door algemene, niet-arbeidsrechtelijke, wettelijke regels en lagere regelgeving. Regels over het gebruik van onrechtmatig verkregen bewijs ontbreken daarentegen. De bevoegdheid van de werkgever tot het opleggen van een straf aan een werknemer is evenmin (wettelijk) geregeld. In de jurisprudentie zijn weliswaar voorbeelden van zaken over opsporing en sanctionering door werkgevers te vinden, maar ook daar ontbreken eenduidige en harde regels over door werkgevers onrechtmatig verkregen bewijs en de bevoegdheid tot het opleggen van een straf.

Voorgaande bevindingen wettigen naar mijn mening de conclusie, dat opsporing en sanctionering door werkgevers, een onderontwikkeld deel van het Nederlandse arbeidsrecht is. Dit doet de vraag rijzen of in andere rechtsstelsels regels bestaan voor opsporing en sanctionering door werkgevers. De in een ander land ontwikkelde regels kunnen een bron van inspiratie zijn voor de verbetering van dit onderdeel van het Nederlandse arbeidsrecht, en een toetssteen voor de door mij voorgestelde uitbreidingen.¹ De selectie van het vergelijken (onderdeel van een) rechtsstelsel is tot stand gekomen onder meer onder invloed van de toegankelijkheid van het te vergelijken rechtssysteem en de beschikbaarheid van literatuur en jurisprudentie.² Voorts is de selectie van het rechtsstelsel gegrond op de keuze voor een land met een vergelijkbare maatschappijstructuur, waar zich vergelijkbare maatschappelijke problemen voordoen.³ Dit heeft geleid tot de keuze voor Duitsland.⁴ Bij mijn keuze voor

¹ Vgl. De Boer 1992, p. 42: 'Ik voor mij trek hieruit de conclusie dat de beoefenaar van de rechtsvergelijking zich vooral zou moeten bezighouden met het opsporen, vergelijken en beoordelen(...) van buitenlandse alternatieven voor de wijze waarop een bepaalde rechtsvraag in eigen kring(...) wordt opgelost. Aldus kan buitenlands recht fungeren als toetssteen voor de kwaliteit van het eigen recht en als bron van inspiratie voor de vernieuwing of verbetering daarvan.' Zie ook Sauveplanne 1981, p. 6-8.

² Overigens ben ik er mij van bewust dat het in dit hoofdstuk te verrichten bescheiden onderzoek naar een deel van het Duitse arbeidsrecht, wellicht niet als (volledige) rechtsvergelijking mag worden gezien, maar eerder als een uitstapje naar het Duitse recht (over wat rechtsvergelijking nu precies is, lopen de meningen uiteen (De Boer 1992, p. 39-41; Sauveplanne 1981, p. 4)). Desalniettemin kan de beschrijving van het betreffende gedeelte van het Duitse arbeidsrecht de blik verruimen en inspirerend werken bij de verbetering van het corresponderende deel van het Nederlandse arbeidsrecht. Uitgebreid over rechtsvergelijking: D. Kokkini-Iatridou e.a., *Een inleiding tot het rechtsvergelijkend onderzoek*, Deventer: Kluwer 1988 en F. Gorré, G. Bourgeois, H. Bocken & F. Reyntjes, *Rechtsvergelijking*, Brussel: Story-Scientia 1991.

³ Zie De Boer 1992, p. 47-48.

⁴ Aangenomen mag worden dat in een en dezelfde regio de maatschappijstructuren elkaar meestal niet veel ontlopen. Het is dan ook verstandig de blik in eerste instantie te richten op de rechtsstelsels uit

Duitsland is bovendien van belang geweest dat dit rechtsstelsel op het terrein van het te onderzoeken onderwerp – opsporing en sanctionering door werkgevers – deels vooruit lijkt te lopen op Nederland. Zo is in de Duitse jurisprudentie van het Bundesarbeitsgericht en de lagere gerechten het concept van de ‘Verdachtskündigung’ ontwikkeld; het ontslag gegrond op een verdenking van een strafbaar feit of andere misdrijving van de werknemer. Ook is in de Duitse arbeidsrechtelijke literatuur aandacht besteed aan de ‘Verdachtskündigung’.

Ik begin in 5.2 met een uiteenzetting van het Duitse arbeidsrechtelijke stelsel en, gelet op het belang ervan voor de bespreking van de sancties in 5.4, in het bijzonder het Duitse ontslagrecht. In 5.3 sta ik stil bij de normering van door werkgevers gehanteerde opsporingsmethoden, zoals cameratoezicht en onderzoek naar telefoongegevens, en het daaruit voortgekomen (onrechtmatig verkregen) bewijs. In 5.4 komen de mogelijke sancties op wangedrag aan de orde (5.4.1), waarbij ik in het bijzonder aandacht besteed aan ontslag als mogelijke sanctie (5.4.2). Tot slot komt in 5.5 het wettelijk geregelde klachtrecht van de werknemer aan de orde. De conclusie staat in 5.6.

5.2 Het Duitse arbeidsrecht

Het arbeidsrecht behoort ook in Duitsland tot het privaatrecht.⁵ Het Duitse privaatrecht kan worden onderverdeeld in een algemeen en een bijzonder deel. Het algemene privaatrecht geldt voor alle burgers en is geregeld in het Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)⁶ en de daarbij behorende zogenaamde ‘Nebengesetzen’⁷. Het bijzondere deel van het privaatrecht omvat speciale wetten en regelingen voor bepaalde beroepsgroepen of functies. Het bestaat uit het arbeidsrecht, het handels- en ondernemingsrecht en het economisch recht (‘Wirtschaftsrecht’). Het in het BGB en in de ‘Nebengesetze’ geregelde burgerlijk recht geldt voor alle privaatrechtelijke rechtsbetrekkingen, voor zover het niet op grond van de voorrangregels van het civiele recht (speciaal, alternatief of subsidiair recht) door de regels van het bijzondere privaatrecht wordt verdrongen. Het arbeidsrecht is, behalve in het BGB, in bijzondere wetten, zoals de ‘Kündigungsschutzgesetz’ (KSchG) en de ‘Arbeitszeitgesetz’ (ArbZG), geregeld.

de contreien van het eigen recht (De Boer 1992, p. 47). De Boer adviseert om bij een rechtsvergelijking vanuit Nederlands perspectief in ieder geval Duitsland in de vergelijking te betrekken (De Boer 1992, p. 48).

⁵ Vgl. Schaub, Koch & Linck 2005, p. 211.

⁶ Het BGB bestaat uit een algemeen deel over personen, zaken en rechtshandelingen, een deel verbintenissenrecht, een deel zakenrecht, een deel familierecht en een deel erfrecht.

⁷ Bijvoorbeeld de ‘Verbraucherkreditgesetz’ en de ‘Wohnungseigentumsgesetz’.

5.2.1 Enkele bijzonderheden van het Duitse arbeidsrecht

De bijzondere, zelfstandige positie van het arbeidsrecht in Duitsland uit zich niet alleen in de bijzondere arbeidsrechtelijke wetten en andere arbeidsrechtelijke regelingen, maar ook in de rechtsprekende instanties; Duitsland kent een structuur van speciale rechtbanken voor arbeidszaken.⁸ Deze ‘Arbeitsgerichtsbarkeit’ vindt zijn regeling in de ‘Arbeitsgerichtsgesetz’ (ArbGG). De rechtspraak in arbeidszaken vindt plaats in drie instanties: het Arbeitsgericht⁹ (eerste aanleg), het Landesarbeitsgericht¹⁰ (LAG) (hoger beroep) en het Bundesarbeitsgericht (BAG) (indien mogelijk revisie).¹¹ Niet alleen de individuele werkgever en werknemer, maar ook de collectieve contractspartijen kunnen hun geschil voorleggen aan een arbeidsrechtbank (§2 Abs. 1 ArbGG).¹²

Het Duitse (arbeids)recht wordt sterk door het constitutionele recht, met name de grondrechten, beïnvloed. Dit uit zich onder meer in het bestaan van het ‘Bundesverfassungsgericht’ (BVerfG). Indien men meent dat een uitspraak van het BAG, of zelfs een wet in strijd met de Grondwet is, kan deze uitspraak of wet, ter toetsing, aan het BVerfG worden voorgelegd. Achtergrond van deze ontwikkeling is de Tweede Wereldoorlog: een uitgebreid stelsel van ‘checks and balances’ moet er voor zorgen dat alle organen elkaar in evenwicht houden, en dat een concentratie van macht wordt voorkomen.¹³ Met name het arbeidsrecht is sterk door de grondrechten beïnvloed.¹⁴ Naast de zogenaamde ‘Tarifautonomie’ (de regering bemoeit zich niet direct met de loonvorming) uit zich dit op arbeidsrechtelijk gebied in de medezeggenschap op het niveau van de toporganen in de onderneming.¹⁵ De aandacht voor grondrechten heeft voorts

⁸ Bijzonder aan deze rechtbanken is dat ze niet alleen bestaan uit beroepsrechters, maar ook uit zogenaamde ‘Ehrenamtliche Richter’ (lekenrechters). Deze bestaan uit een vertegenwoordiger van werkgeverszijde en een vertegenwoordiger van werknemerszijde (Otto 1997, p. 29-30; Jacobs 1993, p. 138).

⁹ Vergelijkbaar met de Nederlandse kantonrechter.

¹⁰ Duitsland is een federale staat en bestaat uit 16 ‘Länder’, met ieder hun eigen ‘Landesarbeitsgerichte’.

¹¹ Indien men meent dat de uitspraak van het BAG in strijd met de Grondwet is, is eventueel beroep bij het Bundesverfassungsgericht (BVerfG) mogelijk.

¹² Jacobs 1993, p. 138-140; Sauveplanne 1981, p. 73-81.

¹³ Jacobs 1993, p. 16.

¹⁴ Gamillscheg 1989, p. 15-16.

¹⁵ Schaub, Koch & Kinck 2005, p. 6-7; Jacobs 1993, p. 16, p. 21 en p. 181-184; Otto 1997, p. 279-280 en p. 299 e.v. Het Duitse medezeggenschapsrecht is ouder en, als gevolg van de Tweede Wereldoorlog, ook verder ontwikkeld. In het Duitse recht wordt onderscheid gemaakt tussen ‘Betriebsverfassung’ en ‘Unternehmensverfassung’. Het onderscheid hangt samen met het onderscheid tussen de onderneming (‘Unternehmen’) als rechtspersoon, die in het rechtsverkeer optreedt, en het bedrijf (‘Betrieb’) als de organisatorische eenheid, bestaande uit personen en zaken. Tot het ‘Unternehmensverfassungsrecht’ behoren de bepalingen over inspraak van werknemers op economisch niveau en over deelname van werknemers in de hoogste organen van de onderneming. Het ‘Unternehmensverfassungsrecht’ is geregeld in vier verschillende regelingen, waaronder de ‘Drittelbeteiligungsgesetz’ en de ‘Mitbestimmungsgesetz’ (Schaub, Koch & Linck 2005, p. 2016 en p. 2087-2097). Het ‘Betriebsverfassungsrecht’ is vergelijkbaar met het Nederlandse medezeggenschapsrecht en is geregeld in de ‘Betriebsverfassungsgesetz’ (Schaub, Koch & Linck 2005, p. 2015. Zie ook Otto 1997, p. 279-305). Zie over het ‘Betriebsverfassungsrecht’ 5.2.3. Daarnaast kan nog het ‘Personalvertretungsrecht’ worden onderscheiden. Dit ziet op de

geleid tot theorievorming over de botsing en beperking van grondrechten, met als gevolg dat Duitsland zowel dogmatisch als procedureel een voorsprong op Nederland heeft.¹⁶ Op arbeidsrechtelijk terrein uit zich dit in een Grondwettelijke bepaling waarin uitdrukkelijk het recht op de individuele en collectieve verenigingsvrijheid in het arbeidsrecht wordt gewaarborgd (Art. 9 Abs. 3 Grundgesetz (GG)).¹⁷ Voorts is onomstreden, dat de waarden die in de grondrechten tot uitdrukking komen, hun stempel op de gehele rechtsorde, en dus ook op het privaatrecht, drukken.¹⁸ Het BAG heeft begin jaren 50 van de vorige eeuw reeds erkend dat grondrechten niet alleen in de verhouding tussen staat en burgers, maar ook in de verhouding tussen burgers onderling werken; de ‘Drittwirkung’ van grondrechten.¹⁹ Het BAG zegt over de doorwerking van grondrechten in het arbeidsrecht, en in het bijzonder over het in art. 1 en 2 GG neergelegde persoonlijkheidsrecht:

‘Die in den Grundrechtsnormen enthaltene objektive Wertordnung gilt als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts und wirkt deshalb auch auf das Privatrecht ein (BverfGE 34, 269, 280). Damit gewinnt der verfassungsrechtliche Persönlichkeitsschutz für das Arbeitsverhältnis und die sich daraus ergebenden Rechte und Pflichten Bedeutung.’²⁰

De feitelijke overmacht van de werkgever over de werknemer werd gezien als parallel aan de overheersing van de overheid over de individuele burger. Dit leidde tot directe doorwerking van grondrechten in het arbeidsrecht. Onder invloed van het BverfG is de directe horizontale werking door het BAG teruggebracht tot ‘Mittelbare Drittwirkung’ (indirecte horizontale werking):²¹ de doorwerking vindt plaats via arbeidsrechtelijke regels in specifieke wetsbepalingen, of via algemene bepalingen (‘Generalklauseln’).²²

medezeggenschap van personen in dienst van een publiekrechtelijke organisatie (Schaub, Koch & Linck 2005, p. 2399 e.v.).

¹⁶ Jacobs wijst er op dat talloze arbeidsrechtelijke redeneringen, zowel in doctrine als in de rechtspraak, in Duitsland in een grondrechtenkader zijn getrokken (Jacobs 1993, p. 24).

¹⁷ Op grond van deze bepaling is in het arbeidsrecht derhalve sprake van directe werking van het grondrecht op vrijheid van vereniging. Uitgebreid Otto 1997, p. 65-69. Overigens worden de CAO-partijen als private verenigingen niet direct aan de grondrechten gebonden. Desalniettemin behoren ze, op grond van de beschermingsfunctie van de grondrechten, bij de invulling van de CAO-normen de grondrechten, zoals het gelijkheidsbeginsel en het discriminatieverbod, wel in acht te nemen (BAG 27 mei 2004, 6 AZR 129/03).

¹⁸ BverfG 15 januari 1958, 1 BvR 400/51 en Otto 1997, p. 65.

¹⁹ Jacobs 1993, p. 24.

²⁰ BAG 27 februari 1985, GS 1/84.

²¹ Zie onder meer BAG 27 februari 1985, GS 1/84, onder C I 2: ‘Der Anspruch ist abzuleiten aus den §§611, 613 BGB in Verbindung mit § 242 BGB. Die Generalklausel des §242 BGB wird dabei ausgefüllt durch die Wertentscheidung der Art. 1 und 2 GG’. Otto 1997, p. 66.

²² Alhoewel volgens Otto bij Art. 1 Abs. 1 GG (bescherming van de menselijke waardigheid) wel sprake is van directe doorwerking in de private verhouding (Otto 1997, p. 65). De indirecte doorwerking via algemene bepalingen en arbeidsrechtelijke bepalingen kan worden aangemerkt als ‘Ausstrahlungswirkung der Grundrechte’ (zie BverfG 15 januari 1958, 1 BvR 400/51 en Otto 1997,

In tegenstelling tot het Nederlandse recht kent het Duitse recht geen wettelijke omschrijving van de arbeidsovereenkomst. Wel is het 'Dienstvertrag' wettelijk omschreven, maar onder deze titel vallen zowel de arbeidsovereenkomst als de overeenkomst tot het verrichten van enkele diensten (Titel VI, §611 BGB). De heersende leer beschouwt als werknemer degene die, krachtens een privaatrechtelijke overeenkomst, verplicht is tot het verrichten van werkzaamheden in persoonlijke ondergeschiktheid. Ook in Duitsland wordt de arbeidsovereenkomst derhalve gekenmerkt door ondergeschiktheid van de werknemer.²³ Voorts vloeien uit §611 BGB en de bepaling over goede trouw in §242 BGB, de 'Fürsorgepflicht' van de werkgever en de 'Treuepflicht' van de werknemer voort. De 'Fürsorgepflicht' van de werkgever is een overkoepelend begrip waaronder de nevenverplichtingen van de werkgever kunnen worden geschaard.²⁴ De 'Treuepflicht' van de werknemer kan worden omschreven als een overkoepelend begrip waaronder een reeks van nevenverplichtingen van de werknemer valt.²⁵ Deze nevenverplichtingen dwingen de werkgever en de werknemer rekening te houden met de wederzijdse belangen (§241 Abs. 2 BGB).²⁶ Uit de zorgplicht van de werkgever vloeit voor de werknemer onder meer een recht op gelijke behandeling, een recht op feitelijke tewerkstelling²⁷ en een recht op bescherming van de privé-sfeer voort.²⁸ De 'Treuepflicht' brengt met zich dat de werknemer verplicht is te werken onder gezag, controle en leiding van de werkgever. De werkgever heeft het recht de werknemer nadere orders te geven ter specificatie van zijn contractuele verplichtingen.²⁹

p. 69). Otto wijst er verder op dat de omwenteling van het BAG in de praktijk van de besluitvorming, zelfs in het spraakgebruik, nauwelijks merkbaar was (Otto 1997, p. 70).

²³ Schaub, Koch & Linck 2005, p. 69-78 en over de ondergeschiktheid in het bijzonder p. 73-75 en over de arbeidsovereenkomst p. 211-212; Otto 1997, p. 30-31; Jacobs 1993, p. 49-52. Zie ook over het werknemersbegrip en de persoonlijke afhankelijkheid van de werknemer in het Duitse recht: Loonstra & Zondag 2001, p. 19-22.

²⁴ Schaub, Koch & Linck 2005, p. 1066-1067.

²⁵ Schaub, Koch & Linck 2005, p. 449-457.

²⁶ Schaub, Koch & Linck 2005, p. 1067.

²⁷ De 'Beschäftigungsanspruch' wordt niet alleen gebaseerd op §611, §613 en §242 BGB, maar wordt ook teruggevoerd op de artikelen 1 en 2 van de Duitse Grondwet (het recht op menselijke waardigheid en het recht op vrije ontplooiing van iemands persoonlijkheid) (BAG 27 februari 1985, GS 1/84). Zie ook Jacobs 1993, p. 91.

²⁸ Jacobs 1993, p. 90-92. Voorts vallen onder de zorgplicht van de werkgever de wettelijke verplichtingen voortvloeiend uit bijzondere privaatrechtelijke wetten (zoals de uit de Beschäftigtenschutzgesetz voortvloeiende verplichting maatregelen te treffen ter bescherming van zijn werknemers tegen seksuele intimidatie), en de verplichting bepaalde publiekrechtelijk voorgeschreven arbeidsrechtelijke rechtsbescherming in acht te nemen. Bij deze verplichtingen staat §618 Abs. 1 BGB overigens op de voorgrond (Otto 1997, p. 201). Deze bepaling verplicht de werkgever de ruimten, werktuigen of gereedschappen, waarin of waarmee de arbeid wordt verricht, zo in te richten en te onderhouden, dat de werknemer wordt beschermd tegen gevaren voor zijn veiligheid en gezondheid. Deze bepaling is te vergelijken met ons art. 7:658 BW. Uitgebreid over de 'Fürsorgepflicht' Schaub, Koch & Linck 2005, p. 1066-1083.

²⁹ In tegenstelling tot het Nederlandse arbeidsrecht, is dit directierecht van de werkgever ('Direktionsrecht') niet vastgelegd in een aparte wettelijke bepaling (Jacobs 1993, p. 89-90 en p. 92-93).

5.2.2 Het Duitse ontslagrecht

Evenals in Nederland³⁰ kan een arbeidsovereenkomst in Duitsland te allen tijde met wederzijds goedvinden worden beëindigd. Dit volgt uit het beginsel van de contractsvrijheid (§§241 en 311 BGB).³¹ Voorts bestaat ook in het Duitse arbeidsrecht het onderscheid tussen een arbeidsovereenkomst voor bepaalde en voor onbepaalde tijd.³² De arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd (evenals de arbeidsovereenkomst onder ontbindende voorwaarde) eindigt van rechtswege (§ 620 BGB). De regels voor ontslagbescherming zijn niet van toepassing op de beëindiging van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Gewone opzegging is gedurende een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd niet mogelijk, maar een buitengewone opzegging wel. Voorts leidt, evenals in Nederland, de dood van de werknemer wel tot het einde van de arbeidsovereenkomst – de werknemer is gehouden de werkzaamheden persoonlijk te verrichten (§613 BGB)³³ –, maar de dood van de werkgever leidt *niet* tot het einde van de arbeidsovereenkomst.³⁴

Eveneens overeenkomstig het Nederlandse recht³⁵ kan een Duitse werkgever, die meent dat hij tijdens de sollicitatiefase heeft gedwaald, of is bedrogen, het bestaan van de arbeidsovereenkomst aanvechten ('Anfechtung').³⁶ De werkgever kan zich beroepen op dwaling ('Irrtum') (§119 BGB), bedreiging of bedrog ('arglistige Täuschung') (§123 BGB). Van bedrog is alleen sprake indien.³⁷

1. de vragen rechtmatig waren, of de werknemer ook zonder de gestelde vragen, op grond van de goede trouw verplicht was de feiten te openbaren;
2. de werknemer de vragen bewust onjuist heeft beantwoord of de feiten bewust heeft verzwegen;
3. de werknemer weet, of moet erkennen, dat de door hem verzwegen feiten van wezenlijk belang waren voor de beslissing de arbeidsovereenkomst aan te gaan;
4. zonder het verzwijgen van de feiten de arbeidsovereenkomst niet was gesloten.

³⁰ Zie bijvoorbeeld HR 16 april 1999, *NJ* 1999, 548 en Ktr. Utrecht 3 mei 2000, *JAR* 2000, 131.

³¹ Onderscheid kan worden gemaakt tussen een 'Aufhebungsvertrag' (een overeenkomst tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst) en een 'Abwicklungsvertrag'. De laatste is een overeenkomst tussen werkgever en werknemer, waarin staat dat de werknemer zich niet zal verzetten tegen een door de werkgever geëntameerde ontslagprocedure, in ruil voor een ontslagvergoeding (Schaub, Koch & Linck 2005, p. 1248; Otto 1997, p. 135-136). Uitgebreid: Schaub, Koch & Linck 2005, p. 1247-1259.

³² Schaub, Koch & Linck 2005, p. 283-320.

³³ Schaub, Koch & Linck 2005, p. 390-391.

³⁴ Otto 1997, p. 136-137; Jacobs 1993, p. 103-107.

³⁵ Zie bijvoorbeeld HR 17 januari 1997, *JAR* 1997, 54 en Ktr. Utrecht 19 juli 2000, *JAR* 2000, 200.

³⁶ Schaub, Koch & Linck 2005, p. 264. In Duitsland is het volgens Jacobs wel gebruikelijker dan in Nederland dat een werkgever tot aanvechting overgaat (Jacobs 1993, p. 40).

³⁷ Schaub, Koch & Linck 2005, p. 267.

De Duitse rechtspraak stelt, meer dan de Nederlandse rechtspraak, strenge eisen aan het uitoefenen van het recht tot aanvechting. Zo dient de werkgever ondubbelzinnig tot uitdrukking te brengen dat hij de arbeidsovereenkomst wil aanvechten en niet wil opzeggen. Voorts dient hij onverwijld, maar in ieder geval binnen een jaar nadat hij van het bedrog kennis heeft genomen, of binnen een jaar na afloop van de bedreiging, zich op het bedrog of de bedreiging te beroepen (§123 BGB). ‘Anfechtung’ wegens dwaling dient binnen twee weken te gebeuren.³⁸

Een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd kan door beide partijen, schriftelijk, worden opgezegd (§620 Abs. 2 en §623 BGB).³⁹ Onderscheid kan worden gemaakt tussen de gewone opzegging (de ‘Ordentliche Kündigung’) en de buitengewone opzegging (‘Außerordentliche Kündigung’).⁴⁰ Daarnaast is het onder omstandigheden mogelijk ontbinding van de arbeidsovereenkomst bij de rechter te vragen (§§9 t/m 13 Kündigungsschutzgesetz (KSchG)).⁴¹ Anders dan in het Nederlandse recht is dit geen zelfstandig, maar altijd een accessoir rechtsmiddel:⁴² het verzoek kan alleen worden ingediend (door de werknemer en werkgever) in geval van een niet sociaal gerechtvaardigd ontslag (§9 Abs. 1 BGB), of (alleen door de werknemer) in geval van een ongegrond buitengewoon ontslag (§13, Abs. 1 BGB).⁴³ De werknemer kan het verzoek doen, indien voortzetting van de arbeidsovereenkomst in redelijkheid niet van hem kan worden gevergd. De werkgever kan om ontbinding vragen, indien zich redenen voordoen op grond waarvan een ‘Betriebszwecken dienliche’ verdere samenwerking tussen werkgever en werknemer niet te verwachten is. Bij ontbinding door de arbeidsrechter kan aan de werknemer – en nooit aan de werkgever – een ontslagvergoeding (‘Abfindung’) worden toegekend (§9 Abs. 1

³⁸ Schaub, Koch & Linck 2005, p. 264-265; Otto 1997, p. 132-135; Jacobs 1993, p. 40-41. Zie voor een voorbeeld uit de jurisprudentie BAG 16 december 2004, 2 AZR 148/04.

³⁹ Het ontslag is een privaatrechtelijk en eenzijdige wilsverklaring, als gevolg waarvan de arbeidsovereenkomst wordt beëindigd. Het recht komt beide contractspartijen toe. Het ontslag krijgt gelding op het moment dat het de wederpartij bereikt. Het ontslag dient duidelijk en zonder twijfel te worden aangezegd en is ook geldig indien de gronden voor het ontslag niet meteen worden medegedeeld. Schaub, Koch & Linck 2005, p. 1260, 1265 en 1270, 1274-1276, 1322. Zie ook over het Duitse ontslagrecht: A.M. Luttmer-Kat, *Ontslagbescherming van werknemers*, Deventer: Kluwer 1985, p. 61-88.

⁴⁰ De gewone opzegging is het meest gebruikelijk (Schaub, Koch & Linck 2005, p. 1271; Otto 1997, p. 131; Kuip 1993, p. 295, noot 12). Verder kunnen nog worden onderscheiden de ‘Anderungskündigung’ (ontslag waarbij een nieuwe arbeidsovereenkomst onder andere arbeidsvoorwaarden wordt aangeboden), het ‘Vorsorgliche’ ontslag (een opzegging ‘voor zover vereist’) en een ‘Teilkündigung’ (een ontslag waarmee enkele bepalingen van de arbeidsovereenkomst, onder voortbestaan van de overige bepalingen, worden opgezegd. Dit is in beginsel niet toegestaan) (Schaub, Koch & Linck 2005, p. 1271-1272).

⁴¹ Stahlhacke & Preis 1995, p. 553-569.

⁴² Jacobs 1993, p. 127.

⁴³ Otto 1997, p. 132; Jacobs 1993, p. 127-128.

KSchG).⁴⁴ Het wettelijke maximum varieert van twaalf tot achttien maandsalarissen (§10 Abs. 1 en 2 KSchG). De hoogte van de vergoeding wordt berekend aan de hand van alle omstandigheden van het geval. Zo wordt rekening gehouden met de duur van de arbeidsovereenkomst, de leeftijd en het gezinsverband van de werknemer, de duur van de werkloosheid, de financiële positie van de werkgever, de kans op een nieuwe baan, de mate van de sociale ongerechtvaardigdheid van het ontslag en de schuld van de werknemer aan het veroorzaken van de reden tot ontbinding.⁴⁵ Als regel bedraagt de ontslagvergoeding in de praktijk een maandsalaris per twee dienstjaren.⁴⁶

Een ontslag in strijd met een wettelijk verbod, in het bijzonder een ontslagverbod, is nietig. Zo leidt een inbreuk op het verbod op discriminatie op grond van geslacht (§611a BGB), of inbreuk op het verbod op victimisatieontslag (§612a BGB) tot nietigheid van het ontslag. Een ontslag dat inbreuk maakt op een grondrecht, kan onder omstandigheden ook worden aangemerkt als strijdig met een wettelijk verbod.⁴⁷ Voorts dient de werkgever, zowel bij de gewone als bij de buitengewone opzegging, rekening te houden met de bijzondere ontslagbescherming. Zo is een ontslag van een zwangere vrouw, tot vier maanden na de bevalling, verboden (§9 Mutterschutzgesetz). Een ontslag in strijd met de regels van het MSchG is ‘unwirksam’.⁴⁸ Tot slot dient voor ieder ontslag, zowel gewoon als buitengewoon, de ondernemingsraad te worden gehoord. Het niet horen van de ondernemingsraad leidt tot nietigheid van het ontslag (§102 Abs. 1 Betriebsverfassungsgesetz) (zie 5.2.2.3).

Het cruciale onderscheid tussen een gewoon en een buitengewoon ontslag is de reden voor het ontslag. Aan een gewoon ontslag dient een reden ten grondslag te liggen die het ontslag sociaal gerechtvaardigd maakt (§1 Abs. 1 KSchG). Aan een buitengewoon ontslag dient een ‘wichtige Grund’ ten grondslag te liggen (§626 BGB); het buitengewoon ontslag kan worden vergeleken met het Nederlandse onverwijlde ontslag wegens een dringende reden (art. 7:677 BW).⁴⁹

5.2.2.1 Gewone opzegging

Bij de gewone opzegging behoort altijd een opzegtermijn in acht te worden genomen (§622 BGB). Voor de werknemer is de wettelijke opzegtermijn vier weken (Abs. 1). Voor de werkgever kan de wettelijke opzegtermijn variëren van één, tot zeven maanden, afhankelijk van de tijd dat de arbeidsovereenkomst heeft geduurd (Abs. 2). Van deze wettelijke opzegtermijnen kan bij CAO

⁴⁴ Jacobs 1993, p. 128. Evenmin als in Nederland is de werkgever in Duitsland verplicht een ontslagvergoeding te betalen bij een terecht gegeven (buitengewoon) ontslag (Loonstra & Zondag 2000, p. 1275).

⁴⁵ Loonstra & Zondag 2000, p. 1275; Stahlhacke & Preis 1995, p. 654.

⁴⁶ Loonstra & Zondag 2000, p. 128; Jacobs 1993, p. 128.

⁴⁷ Schaub, Koch & Linck 2005, p. 1279, 1354.

⁴⁸ Zie over de bijzondere ontslagbescherming Otto 1997, p. 138-142; Jacobs 1993, p. 125-127; Kuip 1993, p. 319-326.

⁴⁹ Otto 1997, p. 131-132; Jacobs 1993, p. 111; Kuip 1993, p. 295.

(‘Tarifvertrag’) worden afgeweken (Abs. 4). Onder omstandigheden kan de opzegtermijn van de werkgever ook bij individuele arbeidsovereenkomst worden verkort (Abs. 5).⁵⁰

Op grond van §1 Abs. 1 KSchG⁵¹ is een sociaal ongerechtvaardigd ontslag van een werknemer, wiens arbeidsovereenkomst zonder onderbreking langer dan zes maanden heeft geduurd,⁵² nietig.⁵³ Deze bescherming geldt alleen voor personen werkzaam in een onderneming met minstens 6 werknemers (§23 Abs. 1 KSchG).⁵⁴ Volgens §1 Abs. 2 KSchG is een ontslag sociaal ongerechtvaardigd, indien het niet door een van de volgende redenen wordt vereist:

1. redenen gelegen in de persoon van de werknemer (Personenbedingt);
2. redenen gelegen in het gedrag van de werknemer (Verhaltensbedingt);
3. dringende bedrijfsredenen (Betriebsbedingt).⁵⁵

Voorts is een ontslag sociaal ongerechtvaardigd, indien de ondernemingsraad, op grond van een van de volgende redenen, officieel bezwaar tegen het voorgenomen ontslag maakt (‘Widerspruch’)⁵⁶ (§1 Abs. 2 S.2 KSchG) (zie ook 5.2.2.3):

1. het ontslag is in strijd met een op grond van §95 BetrVG opgestelde richtlijn over werving, overplaatsing, herindeling of ontslag van personeel;

⁵⁰ Schaub, Koch & Linck 2005, p. 1308-1316; Otto 1997, p. 162-163; Stahlhacke & Preis 1995, p. 153-159; Jacobs 1993, p. 108-110.

⁵¹ De Kündigungsschutzgesetz is alleen van toepassing op het gewone ontslag.

⁵² De minimale duur van zes maanden berust op de gedachte van een noodzakelijke proeftijd en heeft in zoverre het karakter van een wettelijke proeftijd. Ook in §622 Abs. 3 BGB wordt verwezen naar een mogelijk overeengekomen proeftijd. Schaub, Koch & Linck 2005, p. 321- p. 325 besteden uitgebreid aandacht aan de ‘Probearbeitsverhältnis’. Zie ook Otto 1997, p. 144; Stahlhacke & Preis 1995, p. 176-180. Het Duitse recht kent daarentegen geen wettelijk geregelde proeftijd, zoals we die in Nederland kennen, waarin zonder enig rechtsgevolg ten allen tijde kan worden opgezegd (Jacobs 1993, p. 110).

⁵³ Wellicht kan beter van ‘vernietigbaarheid’ worden gesproken (zie ook over nietigheid in het Duitse arbeidsrecht: Jacobs 1993, p. 62). Voorafgaand aan het beroep op de nietigheid van het ontslag, kan de werknemer, wegens sociaal ongerechtvaardigdheid van het ontslag, binnen een week na het ontslag bezwaar maken bij de ondernemingsraad (§3 KSchG). Een voor de werknemer gunstige uitspraak van de ondernemingsraad versterkt de positie van de werknemer voor de arbeidsrechter; het zal voor de werkgever zwaarder worden aan te tonen dat het ontslag sociaal gerechtvaardigd is (Otto 1997, p. 159; Jacobs 1993, p. 121).

⁵⁴ Valt een werknemer niet onder de bescherming van het KSchG, dan dient het ontslag nog wel te worden getoetst aan §134 BGB (strijd met wettelijk voorschrift, waaronder tevens de grondrechten), §242 BGB (goede trouw) en §138 BGB (strijd met de goede zeden). Strijdigheid met een van deze bepalingen leidt tot nietigheid van het ontslag (Jacobs 1993, p. 123-124; Kuip 1993, p. 317-319).

⁵⁵ Dit worden ook wel de relatieve ‘Sozialwidrigkeitsgründe’ genoemd, aangezien steeds aan de hand van de concrete omstandigheden van het geval wordt bezien of een van deze gronden zich voordoet (Stahlhacke & Preis 1995, p. 259; Kuip 1993, p. 303).

⁵⁶ Een officiële geschreven verklaring van afkeuring (Jacobs 1993, p. 114).

2. de werknemer kan op een andere plek binnen dezelfde vestiging of in een andere vestiging van het bedrijf te werk worden gesteld.⁵⁷

Bovendien dient ter beoordeling van de sociale rechtvaardigheid van een ontslag altijd een belangenafweging plaats te vinden. Dit geldt althans voor een 'personen-' en 'verhaltensbedingt' ontslag; bij een 'betriebsbedingt' ontslag is een belangenafweging uitgesloten. Voor een afweging van de werknemersbelangen is na het wegvallen van de arbeidsplaats en de onmogelijkheid van verdere tewerkstelling geen plaats meer. Verder is een ontslag sociaal ongerechtvaardigd indien het in strijd met het 'ultima ratio'-beginsel is. Het ontslagrecht wordt namelijk door de gedachte beheerst, dat het ontslag een laatste redmiddel, 'ultima ratio', moet zijn. Uit het, nauw met het 'Ultima ratio Prinzip' samenhangende, evenredigheidsbeginsel vloeit volgens het BAG voort, dat de werkgever vooraf dient te toetsen of het ontslag kan worden voorkomen door het treffen van een andere, minder ingrijpende maatregel, zoals een waarschuwing of overplaatsing. Verder dient voor ieder ontslag te worden getoetst of het kan worden voorkomen, door de arbeidsovereenkomst onder andere arbeidsvoorwaarden voort te zetten. Tot slot wordt voor ieder ontslag een negatief vooruitzicht vereist ('negative Zukunftsprognose'): er bestaat alleen een grond voor ontslag, indien van de werkgever, wegens te verwachten verstoring van de arbeidsverhouding, een voortzetting van de arbeidsovereenkomst niet kan worden gevergd.⁵⁸

De geldigheid van het ontslag wordt beoordeeld naar de omstandigheden zoals deze zich voordeden op het tijdstip van het ontslag.⁵⁹ De werkgever heeft de stelplicht en bewijslast van de ontslaggronden (§1 Abs. 2 S. 4 KSchG).⁶⁰ Indien de werknemer het ontslag sociaal ongerechtvaardigd acht, kan hij binnen een week bij de ondernemingsraad bezwaar indienen (§3 KschG). Bedoeling van de bezwaarprocedure is de, met de bedrijfsverhoudingen vertrouwde, ondernemingsraad tussen de werkgever en de werknemer te laten bemiddelen.⁶¹ De werknemer dient zich binnen drie weken na het ontslag (de bemiddeling door de ondernemingsraad schort deze termijn niet op) bij het Arbeitsgericht op de

⁵⁷ Zie bijvoorbeeld BAG 22 juli 1982, 2 AZ 30/81.

⁵⁸ Zie bijvoorbeeld BAG 17 januari 1991, 2 AZR 375/90 en BAG 22 juli 1982, 2 AZR 30/81. Schaub, Koch & Linck 2005, p. 1364-1365; Otto 1997, p. 143-146; Stahlhacke & Preis 1995, p. 271-272; Jacobs 1993, p. 115-116; Kuip 1993, p. 301-305. Tot slot dient, met name bij een 'personenbedingt' en bij een 'verhaltensbedingt' ontslag, een belangenafweging plaats te vinden en geldt in het Duitse ontslagrecht het 'Prognoseprinzip': de rechtmatigheid van het ontslag wordt beoordeeld aan de hand van de omstandigheden zoals die bekend zijn op het moment van het ontslag. Feiten die zich hebben voorgedaan na de ontslagaanzegging, kunnen de rechtmatigheid van het ontslag niet beïnvloeden (Stahlhacke & Preis 1995, p. 272-274).

⁵⁹ Indien de werknemer bijvoorbeeld wordt ontslagen wegens vaak te laat komen, en blijkt achteraf ook nog van een diefstal, welke zich heeft voorgedaan voor de ontslagaanzegging, mag de werkgever deze diefstal ook aan het ontslag ten grondslag leggen (Schaub, Koch & Linck 2005, p. 1365).

⁶⁰ Schaub, Koch & Linck 2005, p. 1366.

⁶¹ Dit dient te worden onderscheiden van de plicht van de werknemer ex §102 BetrVG tot het horen van de ondernemingsraad bij een voorgenomen ontslag. Zie hierover 5.2.3.3 (Schaub, Koch & Linck 2005, p. 1433-1434).

nietigheid van het ontslag te beroepen; doet hij dit niet, dan wordt het ontslag, van begin af aan, als rechtsgeldig beschouwd (§4 jo. §7 KSchG).⁶²

Een ‘*personenbedingte Kündigung*’ wordt gekenmerkt door het feit dat de werknemer, als gevolg van persoonlijke eigenschappen en vaardigheden, niet meer in staat is de verschuldigde arbeidsprestatie geheel, of gedeeltelijk te voldoen.⁶³ Hier vallen met name geestelijke en lichamelijke gebreken en ziekte onder, die de inzetbaarheid van de werknemer aanzienlijk beperken en afgenomen vaardigheden ten gevolge van een hoge leeftijd. Deze omstandigheden kunnen echter alleen dan een ‘personenbedingte’ ontslag sociaal rechtvaardigen, indien ze tevens tot een aanzienlijke versterking van de financiële belangen en bedrijfsbelangen leiden.⁶⁴ Andere voorbeelden van ‘personenbedingte’ redenen zijn het ontbreken van de nodige kennis, intrekken van een vlieglicentie, alcohol- of drugsverslaving, detentie en bepaalde delicten.⁶⁵ Het meest voorkomende ‘personenbedingte’ ontslag is het ontslag wegens arbeidsongeschiktheid: het Duitse ontslagrecht kent geen ontslagverbod tijdens ziekte.⁶⁶ Wordt een werknemer wegens ‘personenbedingte’ redenen ontslagen, dan dient een zorgvuldige belangenafweging plaats te vinden.⁶⁷ Schuld is geen vereiste voor een ‘personenbedingte’ ontslag.⁶⁸ Het onderscheid met een ‘verhaltensbedingte’ ontslag is soms moeilijk te maken. In beginsel geldt het volgende: een ‘personenbedingte’ reden doet zich voor bij *niet* bestuurbaar handelen van de werknemer, terwijl een ‘verhaltensbedingte’ reden berust op door de wil gestuurd gedrag van de werknemer. Kort gezegd kan het onderscheid als volgt worden aangegeven: een ‘verhaltensbedingte’ ontslaggrond doet zich voor indien de werknemer niet *wil*, een ‘personenbedingte’ ontslaggrond doet zich voor indien de werknemer niet *kan*.⁶⁹ Dientengevolge heeft een ontslag wegens ‘personenbedingte’ redenen niet door een waarschuwing vooraf te worden gegaan: een waarschuwing heeft geen zin bij gedrag dat niet bestuurbaar is.⁷⁰

Met een ‘*verhaltensbedingte Kündigung*’ kan de werkgever op het gedrag van de werknemer reageren. Onder ‘Verhalten’ wordt verstaan: ieder door de wil van de werknemer gestuurd handelen.⁷¹ Als ontslaggrond komt zowel gedrag in aanmerking waarmee de hoofdverplichtingen uit de arbeidsovereenkomst worden geschonden, als gedrag dat inbreuk maakt op de

⁶² Schaub, Koch & Linck 2005, p. 1434-1449.

⁶³ Stahlhacke & Preis 1995, p. 344.

⁶⁴ Schaub, Koch & Linck 2005, p. 1367.

⁶⁵ Schaub, Koch & Linck 2005, p. 1369-1377.

⁶⁶ Otto 1997, p. 146-148; Stahlhacke & Preis 1995, p. 343 e.v.; Kuip 1993, p. 305-306; Jacobs 1993, p. 116-118.

⁶⁷ Schaub, Koch & Linck 2005, p. 1368.

⁶⁸ Kuip 1993, p. 306.

⁶⁹ Schaub, Koch & Linck 2005, p. 1367, p. 1377.

⁷⁰ Schaub, Koch & Linck 2005, p. 522. Uitgebreid over de waarschuwing als vereiste voor een geldig ontslag Schaub, Koch & Linck 2005, p. 519-523.

⁷¹ Schaub, Koch & Linck 2005, p. 1377.

nevenverplichtingen die uit de wet of de arbeidsovereenkomst voortvloeien.⁷² Onderscheid kan worden gemaakt tussen verzuim in de prestatiesfeer (disfunctioneren of vaak te laat komen), verzuim in de vertrouwensfeer (belediging van de werkgever of het aannemen van steekpenningen) en verzuim in de bedrijfssfeer (verstoring van de orde op de werkvloer, zoals pesten op het werk, dronken op het werk komen en inbreuk maken op de ‘bedrijfsvrede’).⁷³ Bij uitzondering kan ook gedrag, in strijd met de belangen van de werkgever, dat *buiten* de arbeidsovereenkomst om heeft plaatsgevonden, een ontslag rechtvaardigen.⁷⁴ Anders dan bij een ontslag wegens redenen gelegen in de persoon van de werknemer, gaat het bij wangedrag van de werknemer meestal om een eenmalig voorval. Dientengevolge rijst, vanuit een oogpunt van evenredigheid, de vraag of de werkgever niet met een mildere maatregel kan volstaan. Op grond hiervan is bij een ‘verhaltensbedingt’ ontslag in de regel een waarschuwing vooraf vereist; pas bij een tweede misdraging is een ontslag gerechtvaardigd.⁷⁵ Bij grove schendingen van de verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst geldt de waarschuwingseis alleen, indien de werknemer op grond van gerechtvaardigde redenen ervan uit mocht gaan, dat zijn gedrag niet in strijd met de arbeidsovereenkomst was, of dat het door de werkgever niet als ernstig, de grondslag van de arbeidsovereenkomst in gevaar brengend, gedrag zou worden gezien.⁷⁶ Voorts is een waarschuwing alleen vereist, indien het om stuurbaar gedrag van de werknemer gaat, dat de werknemer in de toekomst kan veranderen. Vervolgens dient op het tijdstip van het ontslag een herstel van het vertrouwen te kunnen worden verwacht. Verder is een waarschuwing van belang voor het kunnen aantonen van de vereiste ‘negative Zukunftsprognose’.⁷⁷ In het algemeen wordt pas na een waarschuwing van de vereiste waarschijnlijkheid uitgegaan, dat de werknemer zich in de toekomst niet conform de arbeidsovereenkomst zal gedragen. De waarschuwingseis geldt niet indien de werknemer niet de wil heeft, of niet in staat is, zich conform de arbeidsovereenkomst te gedragen. Een ontslag zonder voorafgaande waarschuwing is voorts mogelijk, indien, na afweging van alle omstandigheden, gelet op de aard, de ernst en de gevolgen van het wangedrag, het redelijk en billijk lijkt, dat de onrechtmatigheid van het wangedrag voor de werknemer zonder meer duidelijk was en met de goedkeuring van het gedrag door de werkgever duidelijk geen rekening hoeft te worden gehouden.⁷⁸ Zo is geen waarschuwing vereist bij

⁷² Schaub, Koch & Linck 2005, p. 1378 en p. 389 e.v.

⁷³ De laatste twee vormen van verzuim vallen onder mijn omschrijving van wangedrag (zie hoofdstuk 1).

⁷⁴ Schaub, Koch & Linck 2005, p. 1378, 1385-1386.

⁷⁵ Bijvoorbeeld BAG 17 januari 1991, 2 AZR 375/90; Schaub, Koch & Linck 2005, p. 1364, 1378.

⁷⁶ Schaub, Koch & Linck 2005, p. 519. Ter beantwoording van de vraag of de waarschuwingseis ook bij verstoringen in de vertrouwensfeer moet worden gesteld, zijn dezelfde regels van toepassing als op een ontslag wegens verstoring in de prestatiesfeer (BAG 10 februari 1999, 2 ABR 31/98; BAG 5 november 1992, 2 AZR 174/92).

⁷⁷ Schaub, Koch & Linck 2005, p. 520.

⁷⁸ Dit is in de regel het geval bij ontslaggronden die een buitengewoon ontslag rechtvaardigen (Schaub, Koch & Linck 2005, p. 521, 1378).

ongewenste intimiteiten van een meerdere jegens werknemers, of bij strafbare feiten, zoals diefstal, verduistering of bedrog.⁷⁹ Hierbij dient in aanmerking te worden genomen, dat de omstandigheden van het geval van doorslaggevend belang zijn, en in het bijzonder bij een lang dienstverband en geringe schuld van de werknemer, een andere conclusie gerechtvaardigd kan zijn.⁸⁰ Het antwoord op de vraag of een waarschuwing achterwege kan blijven, indien de werkgever het ontslag van tevoren ondubbelzinnig als een sanctie op bepaald wangedrag heeft gesteld, is omstreden.⁸¹ Of een ‘verhaltensbedingt’ ontslag gerechtvaardigd is, dient derhalve in drie stappen te worden onderzocht: (1) zijn de verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst geschonden, (2) is vooraf een waarschuwing gegeven en (3) heeft er een belangenafweging plaatsgevonden.⁸² Aan de belangenafweging worden niet zulke hoge eisen gesteld als bij de belangenafweging bij een ‘personenbedingt’ ontslag: de werknemer heeft met zijn stuurbaar en toerekenbaar gedrag de ontslaggrond zelf veroorzaakt. Aan de kant van de werknemer spelen onder meer een rol de duur van het dienstverband, de leeftijd en de onderhoudsverplichtingen van de werknemer. Bij strafbare feiten zijn de onderhoudsverplichtingen daarentegen niet van belang. Voorts is, ter rechtvaardiging van een ‘verhaltensbedingt’ ontslag, schuld, in de zin van opzettelijk of nalatig handelen, vereist. Handelingen waaraan de werknemer geen schuld heeft, kunnen slechts onder bijzondere omstandigheden een ‘verhaltensbedingt’ ontslag rechtvaardigen. Nadelige gevolgen voor het bedrijf zijn overigens geen vereiste voor een ‘verhaltensbedingt’ ontslag.⁸³

Bij een ‘*betriebsbedingte Kündigung*’ richt de blik zich primair op de situatie van de werkgever. De wet verlangt dat dringende bedrijfseisen een verdere tewerkstelling van de werknemer in het bedrijf in de weg staan. Vereist is dat de behoefte aan een of meerdere arbeidskrachten, binnen een bepaalde afdeling, wegvalt en de werknemer niet naar een andere vrije werkplek kan worden overgeplaatst. De redenen zijn met name economisch, technisch en organisatorisch van aard. Ze kunnen variëren van kortdurende inkrimping van de productie, tot aan het stilleggen van het bedrijf wegens structurele of conjuncturele omzetproblemen. Moeten op grond van ‘betriebsbedingte’ redenen meerdere werknemers worden ontslagen, dan dient een selectie plaats te vinden waarbij voldoende rekening wordt gehouden met de sociale aspecten (§1 Abs. 3 KSchG). De werknemer heeft de bewijslast van het niet (voldoende) in acht nemen van de sociale aspecten (§1 Abs. 3 KSchG).⁸⁴

⁷⁹ BAG 11 december 2003, 2 AZR 36/03.

⁸⁰ Schaub, Koch & Linck 2005, p. 522.

⁸¹ Schaub, Koch & Linck 2005, p. 522-523. Zie ook Otto 1997, p. 148-150; Stahlhacke & Preis 1995, p. 317-320; Kuip 1993, p. 306-307; Jacobs 1993, p. 118. Bijvoorbeeld BAG 26 januari 1995, 2 AZR 649/94.

⁸² Schaub, Koch & Linck 2005, p. 1378.

⁸³ Schaub, Koch & Linck 2005, p. 1379. Voor voorbeelden van ‘verhaltensbedingte’ redenen zie Schaub, Koch & Linck 2005, p. 1380-1398.

⁸⁴ Uitgebreid over deze ‘Soziale Auswahl’: Schaub, Koch & Linck 2005, p. 1417-1429. De werknemer die is ontslagen wegens ‘betriebsbedingte’ redenen kan een ‘Wiedereinstellungsanspruch’ instellen, indien zich tussen de aanzegging van het ontslag en de afloop van de opzegtermijn onvoorziene

5.2.2.2 Buitengewone opzegging

Zoals gezegd kent ook het Duitse recht een vorm van ontslag op staande voet: het buitengewone ('außerordentliche') ontslag.⁸⁵ Bij een buitengewoon ontslag hoeft geen opzegtermijn in acht te worden genomen; men spreekt dan ook van een 'fristlose Kündigung' (§626 Abs. 1 BGB).⁸⁶ Zowel de werkgever als de werknemer kunnen er, gedurende een overeenkomst voor bepaalde als voor onbepaalde tijd, een beroep op doen.⁸⁷ Op grond van §626 Abs. 1 BGB dient aan een dergelijk ontslag een 'wichtige Grund' ten grondslag te liggen. De bewijslast van de aanwezigheid van een 'wichtige Grund' ligt bij de beëindigende partij.⁸⁸ Voorts dient het buitengewone ontslag op grond van §626 Abs. 2 binnen twee weken, gerekend vanaf het moment dat de opzeggende partij kennis krijgt van de voor het ontslag relevante feiten, plaats te vinden. De wetgever ging er van uit dat de opzeggingsgerechtigde die langer wacht, de voortzetting van de arbeidsovereenkomst blijkbaar niet als onredelijk ervaart. In de jurisprudentie is de twee wekeneis in zoverre afgezwakt, dat de termijn pas begint te lopen, op het moment dat de tot het ontslag gerechtigde partij een deugdelijke, zo volledig mogelijke kennis van de voor het ontslag relevante feiten heeft. Hier vallen ook de ontlastende feiten onder.⁸⁹ De opzeggende partij dient de feiten bovendien op behoorlijke wijze te kunnen onderzoeken.⁹⁰ Volgens het BAG kan het voor het opsporen van alle relevante feiten noodzakelijk zijn dat de werknemer zijn standpunt naar voren brengt. Niettemin heeft de werkgever geen algemene verplichting tot het horen van de werknemer.⁹¹ De opzeggende partij is gehouden, op verzoek van de wederpartij, de ontslaggrond onverwijld en schriftelijk mede te delen (§626 Abs. 2 S. 3 BGB).

Ook het buitengewoon ontslag wordt gezien als 'ultima ratio'. Een 'außerordentliche Kündigung' mag alleen plaatsvinden indien het ontslag niet door een minder bezwarende maatregel, namelijk gewoon ontslag, is te vervangen.⁹² Allereerst moet worden gecontroleerd of de feiten een gewoon ontslag

mogelijkheden tot voortzetting van de arbeidsovereenkomst voordoen (Schaub, Koch & Linck 2005, p. 1366, 1398-1417). Zie ook Otto 1997, p. 150-156; Stahlhacke & Preis 1995, p. 276; Kuip 1993, p. 307-308; Jacobs 1993, p. 118-120.

⁸⁵ Stahlhacke & Preis 1995, p. 190-192.

⁸⁶ Een buitengewoon ontslag kan evenwel ook met inachtneming van een opzegtermijn worden gegeven. (Schaub, Koch & Linck 2005, p. 1317).

⁸⁷ Jacobs 1993, p. 111.

⁸⁸ Schaub, Koch & Linck 2005, p. 1329; Stahlhacke & Preis 1995, p. 204-206.

⁸⁹ Stahlhacke & Preis 1995, p. 209.

⁹⁰ Volgens het BAG wordt de opzegtermijn opgeschort, zo lang de tot opzegging gerechtigde partij, de ter opheldering van de feiten noodzakelijke maatregelen, met de nodige spoed verwezenlijkt (Stahlhacke & Preis 1995, p. 209).

⁹¹ Tenzij bijvoorbeeld sprake is van een 'Verdachtskündigung' (zie 5.4.2.1, zie ook Schaub, Koch & Linck 2005, p. 1327-1328; Otto 1997, p. 173-174; Kuip 1993, p. 336-337; Jacobs 1993, p. 111-112).

⁹² Alle andere mogelijke vervangende maatregelen dienen reeds bij de vraag naar de rechtvaardiging van een gewoon ontslag in de beschouwing te worden betrokken (Schaub, Koch & Linck 2005, p. 1328; Stahlhacke & Preis 1995, p. 202). Zie bijvoorbeeld BAG 4 juni 1997, 2 AZR 526/96 en BAG 21 november 1996, 2 AZR 357/95.

zouden hebben kunnen rechtvaardigen. Is dat niet het geval, dan is het buitengewone ontslag reeds om die reden ongeldig. Is dat wel het geval, dan moet worden bezien of de feiten ook een buitengewoon ontslag rechtvaardigen. Een geldig buitengewoon ontslag kan dan ook niet tegelijkertijd sociaal ongerechtvaardigd zijn: de aanwezigheid van een ‘wichtige Grund’ sluit de mogelijkheid van sociale ongerechtvaardigdheid uit.⁹³

Bij een buitengewoon ontslag is een waarschuwing in beginsel niet vereist:⁹⁴ de ontslaggrond is zo ernstig, dat de voortzetting van de arbeidsovereenkomst niet van de werkgever kan worden gevergd, zelfs niet tot aan het einde van de opzegtermijn. Indien een dergelijke ontslaggrond zich voordoet, is het meestal onbelangrijk of van tevoren een waarschuwing is gegeven.⁹⁵ Dit ligt in de lijn van de rechtspraak van het BAG. Het BAG heeft bepaald dat bij ernstig plichtsverzuim een, aan het buitengewoon ontslag voorafgaande, waarschuwing achterwege kan worden gelaten, indien de onrechtmatigheid van het gedrag overduidelijk is en de aanvaarding van het gedrag door de werkgever duidelijk uitgesloten is.⁹⁶ Tegelijkertijd blijkt uit de rechtspraak dat een voorafgaande waarschuwing bij een buitengewoon ontslag niet ongebruikelijk is.⁹⁷

Van een ‘wichtige Grund’ tot het geven van een buitengewoon ontslag is sprake, indien aan de volgende vereisten is voldaan: er dienen, objectief gezien, bijzonder zwaarwegende feiten te zijn die, met inachtneming van alle omstandigheden van het geval⁹⁸ en onder afweging van de belangen van beide contractspartijen,⁹⁹ met zich brengen dat in redelijkheid van de opzeggende partij niet kan worden gevergd, dat hij de arbeidsovereenkomst, tot aan de afloop van de opzegtermijn, of tot aan het eind van contractueel overeengekomen termijn, voortzet (§626 Abs. 1 BGB).¹⁰⁰ Bij zwaarwegende feiten moet worden gedacht aan de voorbeelden die voorheen in de wet waren opgenomen, bijvoorbeeld ernstig plichtsverzuim, zoals langdurige werkweigering of strafbare

⁹³ Schaub, Koch & Linck 2005, p. 1327-1328; Kuip 1993, p. 303 en p. 328-332; Jacobs 1993, p. 113. Zie voor een voorbeeld BAG 12 juli 1995, 2 AZR 762/94.

⁹⁴ Zie bijvoorbeeld LAG Hamm 23 augustus 1990, 16 Sa 293/80.

⁹⁵ Schaub, Koch & Linck 2005, p. 520.

⁹⁶ BAG 15 november 2001, AP 175; BAG 10 februari 1999, 2 ABR 31/98; BAG 4 juni 1997, 2 AZR 526/96; BAG 26 augustus 1993, 2 AZR 154/93.

⁹⁷ Zie bijvoorbeeld BAG 4 juni 1997, 2 AZR 526/96; BAG 5 november 1992, 2 AZR 147/92; LAG Hamm 23 augustus 1990, 16 Sa 293/80; LAG Hamm 17 november 1989, 12 Sa 787/89. Zie ook Kuip 1993, p. 335. Hij stelt dat indien een waarschuwing vooraf een vereiste is voor een gewoon ‘verhaltensbedingd’ ontslag, dat het zeker is voor een buitengewoon ‘verhaltensbedingd’ ontslag.

⁹⁸ Alle, voor en tegen het ontslag pleitende, omstandigheden van het concrete geval moeten in beschouwing worden genomen; absolute redenen voor een (buitengewoon) ontslag bestaan niet (Schaub, Koch & Linck 2005, p. 1327; Stahlhacke & Preis 1995, p. 202-203, 271; Kuip 1993, p. 330).

⁹⁹ Bij deze afweging dienen alle relevante omstandigheden in acht te worden genomen: de duur van de arbeidsovereenkomst, de aard, de ernst en de gevolgen van het wangedrag, de verwijtbaarheid, het gevaar voor herhaling, het functioneren van de werknemer en de gevolgen van de beëindiging voor de werknemer (Schaub, Koch & Linck 2005, p. 1328; Stahlhacke & Preis 1995, p. 202-203; Kuip 1993, p. 331).

¹⁰⁰ Zie ook Kuip 1993, p. 329.

handelingen in verband met het werk. Maar ook de onmogelijkheid de bedongen werkzaamheden te verrichten als gevolg van een langdurige gevangenisstraf, kan doorslaggevend zijn.¹⁰¹ Alleen de feiten die objectief aanwezig waren voorafgaand aan het tijdstip van de opzegging, kunnen meewerken aan het bewijs dat sprake was van een ‘wichtige Grund’.¹⁰² Omstandigheden die bij het uitspreken van het ontslag reeds bestonden, maar de werkgever pas later bekend zijn geworden, kunnen tijdens de ontslagprocedure nog naar voren worden gebracht, indien de werkgever van tevoren de ondernemingsraad opnieuw hoort. Het opnieuw horen van de ondernemingsraad kan achterwege worden gelaten, indien de nieuwe omstandigheden de aan de ondernemingsraad voorgelegde ontslaggronden slechts verduidelijken en concretiseren, maar de ontslaggrond niet wezenlijk veranderen.¹⁰³ Schuld of opzet zijn geen constitutieve vereisten voor een ‘wichtige Grund’.¹⁰⁴ Voorts geldt algemeen dat alle omstandigheden en gedragswijzen die geen concrete nadelige gevolgen voor de dienstbetrekking hebben, als ‘wichtige Grund’ zijn uitgesloten.¹⁰⁵

Aangezien ‘wichtige Grund’ een vaag rechtsbegrip is (‘unbestimmter Rechtsbegriff’)¹⁰⁶, heeft het BAG met het oog op de rechtszekerheid steeds gestreefd naar mogelijke systematisering van de ontslaggronden, een concretisering van de ontslagomstandigheden en de ontwikkeling van algemene richtlijnen. Zo dient volgens Het BAG allereerst te worden getoetst of een bepaald feitencomplex op zichzelf een ‘wichtige Grund’ vormt. Bij bevestigende beantwoording moet vervolgens worden getoetst of het ontslag gerechtvaardigd is in het licht van de concrete omstandigheden van het geval en de afweging van beide partijbelangen.¹⁰⁷ Ter systematisering heeft het BAG een indeling gemaakt naar gevolgen in de prestatiesfeer (schending van de verplichting tot het verrichten van de werkzaamheden), gevolgen in de bedrijfs sfeer (zoals verstoring van de orde of de bedrijfsvoering en de bedrijfsverbondenheid van de werknemers), in de persoonlijke vertrouwens sfeer, of in de ondernemings sfeer.¹⁰⁸ Voorts wordt ook bij het buitengewoon ontslag het onderscheid tussen ‘personenbedingte’,¹⁰⁹ ‘verhaltensbedingte’ en ‘betriebsbedingte’ redenen gemaakt; ‘verhaltensbedingte’ redenen geven het vaakst aanleiding tot een buitengewoon ontslag.¹¹⁰

¹⁰¹ Otto 1997, p. 172.

¹⁰² Schaub, Koch & Linck 2005, p. 1327; Stahlhacke & Preis 1995, p. 196-197; Kuip 1993, p. 329-330.

¹⁰³ BAG 11 april 1985, 2 AZR 239/84.

¹⁰⁴ Stahlhacke & Preis 1995, p. 202-203; Kuip 1993, p. 332-333.

¹⁰⁵ Schaub, Koch & Linck 2005, p. 1328; Kuip 1993, p. 334.

¹⁰⁶ Zie bijvoorbeeld BAG 4 juni 1997, 2 AZR 526/96, onder I 1.

¹⁰⁷ Schaub, Koch & Linck 2005, p. 1327; Kuip 1993, p. 329, 333. Zie bijvoorbeeld BAG 13 september 1995, 2 AZR 587/94 en BAG 17 mei 1984, 2 AZR 3/83.

¹⁰⁸ BAG 17 maart 1988, 2 AZR 576/87 (onder 3a, met verwijzing naar BAG 6 februari 1969, AP nr. 58). Schaub, Koch & Linck 2005, p. 1328; Kuip 1993, p. 334.

¹⁰⁹ Het meest voorkomende buitengewone ontslag wegens een ‘personenbedingte’ reden is het ontslag wegens ziekte, van een werknemer die op grond van de CAO niet mag worden ontslagen (Schaub, Koch & Linck 2005, p. 1368-1369).

¹¹⁰ Schaub, Koch & Linck 2005, p. 1328-1329. Op grond van bedrijfsredenen mag alleen een gewoon ontslag volgen. De werkgever mag zijn economische en bedrijfsrisico's niet op de werknemer

Indien het ontslag een gevolg is van gedrag van de werknemer in strijd met het contract, is de op staande voet ontslagen werknemer gehouden de uit het voortijdig eindigen van de arbeidsovereenkomst ontstane schade te vergoeden (§628 Abs. 2 BGB). Voorts dient de werknemer binnen drie weken na de aanzegging van het buitengewoon ontslag, bij de arbeidsrechter een beroep te doen op de eventuele nietigheid van het ontslag (§13 Abs. 1 jo §4 t/m §7 KSchG). Indien een buitengewoon ontslag nietig blijkt, bijvoorbeeld vanwege het niet in acht nemen van de fatale termijn van twee weken of wegens het ontbreken van een 'wichtige Grund', kan het ongeldige ontslag op grond van §140 BGB worden geconverteerd in een gewoon ontslag ('Umdeutung'). Voorwaarde is dat uit de omstandigheden blijkt, dat de werkgever de arbeidsovereenkomst hoe dan ook wil beëindigen.¹¹¹

5.2.2.3 De rol van de ondernemingsraad

Evenals in het Nederlandse recht kent het Duitse arbeidsrecht een ondernemingsraad. De 'Betriebsrat' is te vergelijken met onze ondernemingsraad en vindt zijn regeling in de Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG).¹¹² Deze wet kent veel overeenkomsten met onze Wet op de Ondernemingsraden.¹¹³ In ieder bedrijf met ten minste vijf kiesgerechtigde werknemers, waarvan er drie verkiesbaar zijn, dient een ondernemingsraad te worden ingesteld (§1 BetrVG).¹¹⁴ De werkgever is niet verplicht een ondernemingsraad in te stellen, maar is wel gehouden al zijn medewerking te verlenen. Doet hij dit niet, dan kunnen de werknemers niet alleen naar het Arbeitsgericht gaan (§23 BetrVG), maar is de werkgever ook strafbaar. Indien een werkgever de verkiezing of het functioneren van een ondernemingsraad verhindert, riskeert hij een gevangenisstraf van maximaal een jaar, of een geldboete (§119 Abs. 1 S.1 en 2 BetrVG).¹¹⁵

De ondernemingsraad heeft met name bevoegdheden op het gebied van sociale aangelegenheden, zoals werktijden en pauzes, verkorting of verlenging van de arbeidstijd, tijd plaats en wijze van uitbetaling van het loon, vakanties, voor zover deze zaken niet bij wet of CAO zijn geregeld (§87 Abs. 1 BetrVG). Bovendien heeft de ondernemingsraad, anders dan in Nederland, vergaande bevoegdheden met betrekking tot personele aangelegenheden. De ondernemingsraad heeft instemmingsrecht ten aanzien van richtlijnen over de selectie

afwentelen. Bji 'personenbedingte' redenen komt het op de onredelijkheid van het concrete geval aan (Stahlhacke & Preis 1995, p. 201. Kuip 1993, p. 335). Zie bijvoorbeeld BAG 10 februari 1999, 2 ABR 31/98 ('verhaltensbedingte außerordentliche Kündigung').

¹¹¹ Schaub, Koch & Linck 2005, p. 1301-1303, 1318; Otto 1997, p. 175; Stahlhacke & Preis 1995, p. 140-141 en 148-150; Kuip 1993, p. 346-348; Jacobs 1993, p. 112.

¹¹² Het 'Betriebsverfassungsrecht kan worden omschreven als de som van normen, die betrekking hebben op de plaats van de werknemer in het bedrijf, en op de rechten van de aan het bedrijf verbonden werknemers tegenover de werkgever (Schaub, Koch & Linck 2005, p. 2015).

¹¹³ Jacobs 1993, p. 167-169.

¹¹⁴ De ondernemingsraad wordt in een geheime stemming voor vier jaar gekozen (§ 14 en §21 BetrVG). Het aantal leden is afhankelijk van het aantal kiesgerechtigde werknemers in het bedrijf (§9 BetrVG). Uitgebreid Schaub, Koch & Linck 2005, p. 2027-2031, p. 2059, p. 2074-2088.

¹¹⁵ Uitgebreid Schaub, Koch & Linck 2005, p. 2082, 2084.

van personeel bij aanstelling, overplaatsing, inschaling en ontslag (§95 Abs. 1 BetrVG). In bedrijven met meer dan twintig kiesgerechtigde werknemers dient de werkgever de ondernemingsraad in te lichten over iedere aanstelling, inschaling en overplaatsing van een werknemer, en heeft hij daarvoor de instemming van de ondernemingsraad nodig (§99 Abs. 1 BetrVG).¹¹⁶

Voorts is de werkgever op grond van §102 BetrVG verplicht, inzake ieder voorgenomen gewoon of buitengewoon ontslag, de ondernemingsraad ('Betriebsrat') te horen. Hij dient daarbij tevens alle gronden voor het ontslag te vermelden. Een ontslag uitgesproken zonder het horen van de ondernemingsraad, is nietig.¹¹⁷ Het doel van het horen is de ondernemingsraad de gelegenheid te geven zijn overwegingen met betrekking tot het voorgenomen ontslag en de medegedeelde ontslagredenen te geven. Op deze wijze kan de ondernemingsraad de mening van de werkgever beïnvloeden en krijgt de werkgever de mogelijkheid rekening te houden met de door de ondernemingsraad geuite bezwaren. Het horen van de ondernemingsraad omvat daarentegen niet de verplichting het voornemen tot het ontslag, of de gronden voor het ontslag, met de ondernemingsraad te overleggen.¹¹⁸ Heeft de ondernemingsraad bezwaren tegen het voorgenomen ontslag, dan dienen deze bij een gewoon ontslag binnen een week schriftelijk te worden medegedeeld. Bij een voorgenomen buitengewoon ontslag dienen de bezwaren onverwijld, maar in ieder geval binnen drie dagen schriftelijk te worden medegedeeld (§102 Abs. 2 S. 1 en S. 3).¹¹⁹ Neemt de ondernemingsraad in geval van een gewoon ontslag niet binnen een week een standpunt in, dan geldt dit als een instemming met het voorgenomen ontslag (§102 Abs. 2 S. 2 BetrVG).¹²⁰ Alvorens een standpunt in te nemen, dient de

¹¹⁶ Naast een aantal andere bevoegdheden heeft de ondernemingsraad nog enkele economische bevoegdheden. Zo dient de werkgever de ondernemingsraad in te lichten en te raadplegen over voorgenomen veranderingen in het bedrijf die nadelige gevolgen voor de werknemers hebben (§111 BetrVG). Uit het voorgaande blijkt dat de ondernemingsraad met name op uitvoerend niveau inspraak heeft. Daarnaast hebben vertegenwoordigers van werknemers inspraak in de hoogste organen van de onderneming (in de 'Aufsichtsrat'). Deze vorm van inspraak heeft zich ontwikkeld na de Tweede Wereldoorlog en past in het wettelijke stelsel van checks and balances. Deze inspraak is van meer economisch niveau (Schaub, Koch & Linck 2005, p. 2219 e.v., p. 2269 e.v, p. 2387-2397; Otto 1997, p. 279-305; Jacobs 1993, p. 167-184). Zie ook 5.2.1.

¹¹⁷ Dit kan worden aangemerkt als een preventieve ontslagtoets. Deze toets is ook van toepassing gedurende de eerste zes maanden van de arbeidsovereenkomst. Voorts dient deze toets alleen plaats te vinden bij een *opzegging* door de *werkgever* (Schaub, Koch & Linck 2005, p. 1286-1288, p. 1294; Stahlhacke & Preis 1995, p. 110 en 112-114, p. 124 e.v.). Wordt de ondernemingsraad alleen over een buitengewoon ontslag gehoord en vindt later een 'Umdeutung' in een gewoon ontslag plaats, dan is het gewone ontslag alleen dan niet in strijd met §102 Abs. 1 BetrVG, indien de ondernemingsraad uitdrukkelijk en zonder voorbehoud met het buitengewone ontslag had ingestemd (Schaub, Koch & Linck 2005, p. 1295).

¹¹⁸ Het doel van de hoorplicht brengt met zich dat de werkgever alle feiten aan de ondernemingsraad moet voorleggen: ook de voor het ontslag ontlastende omstandigheden (Schaub, Koch & Linck 2005, p. 1290-1291; Stahlhacke & Preis 1995, p. 117).

¹¹⁹ Schaub, Koch & Linck 2005, p. 1294-1295.

¹²⁰ Dit geldt volgens de letter van de wet dus niet voor een buitengewoon ontslag (Schaub, Koch & Linck 2005, p. 1295).

ondernemingsraad, voor zover dit nodig lijkt, de werknemer te horen (§102 Abs. 2 S. 4 BetrVG).¹²¹

De wet noemt in §102 Abs. 3 BetrVG limitatief vijf gronden op basis waarvan de ondernemingsraad officieel bezwaar kan maken tegen een voorgenomen *gewoon* ontslag ('widersprechen'):¹²²

1. de werkgever heeft bij het selecteren van de werknemers niet of te weinig rekening gehouden met sociale aspecten;
2. het ontslag is in strijd met een wervings-, overplaatsings-, herindelings- of ontslagrichtlijnrichtlijn ex §95 BetrVG;
3. de werknemer kan worden overgeplaatst naar een andere werkplek binnen het bedrijf, of naar een andere vestiging van de onderneming;
4. de voortzetting van de arbeidsovereenkomst met de werknemer is mogelijk na om- of bijscholing;
5. de voortzetting van de arbeidsovereenkomst is mogelijk onder andere arbeidsvoorwaarden en de werknemer had hier reeds mee ingestemd.

Gaat een werkgever, ondanks officieel bezwaar ('Widerspruch') van de ondernemingsraad, over tot ontslag, dan dient hij de werknemer bij het ontslag een afschrift van het officiële bezwaar van de ondernemingsraad te overhandigen (§102 Abs. 4 BetrVG).¹²³ Vecht de werknemer tegelijkertijd de beëindiging van de arbeidsovereenkomst in rechte aan (§4 KSchG), dan is de werkgever gehouden, op verzoek van de werknemer, de werknemer na afloop van de opzeggingstermijn tot aan het einde van de rechtsstrijd (in eerste aanleg) in dienst te houden ('Weiterbeschäftigungsanspruch').¹²⁴

De hoorprocedure eindigt met het aflopen van de termijn (bij een gewoon ontslag een week en bij een buitengewoon ontslag drie dagen), en als gevolg van het voortijdig innemen van een duidelijk en definitief standpunt door de ondernemingsraad.¹²⁵ Na afloop van de hoortermijn, dan wel na het verkrijgen van het definitieve standpunt van de ondernemingsraad kan de werkgever tot ontslag overgaan.¹²⁶ Gaat de werkgever eerder tot (buitengewoon) ontslag

¹²¹ Schaub, Koch & Linck 2005, p. 1296.

¹²² Schaub, Koch & Linck 2005, p. 1296-1297. Zie ook Jacobs 1993, p. 114.

¹²³ Schaub, Koch & Linck 2005, p. 1297; Stahlhacke & Preis 1995, p. 135-139. Overigens kunnen werkgever en ondernemingsraad overeenkomen dat voor ieder voorgenomen ontslag de toestemming van de ondernemingsraad is vereist (§102 Abs. 6 BetrVG). Zie ook Schaub, Koch & Linck 2005, p. 1297 en Jacobs 1993, p. 113.

¹²⁴ Op verzoek kan de werkgever, bij voorlopige voorziening, van deze verplichting worden ontheven, indien: de klacht van de werknemer kansloos is of blijkbaar moedwillig is ingediend, de voortzetting van de arbeidsovereenkomst tot een onredelijke financiële belasting van de werkgever leidt of het officiële bezwaar van de ondernemingsraad kennelijk ongegrond is (§102 Abs. 5 BetrVG). Zie ook Schaub, Koch & Linck 2005, p. 1303-1304; Jacobs 1993, p. 114.

¹²⁵ Dit is het geval indien de ondernemingsraad officieel bezwaar maakt tegen de gronden voor het ontslag, uitdrukkelijk met het ontslag instemt (intrekken van de toestemming is niet mogelijk), of verklaart geen bedenkingen tegen het voorgenomen ontslag te hebben (Schaub, Koch & Linck 2005, p. 1295).

¹²⁶ Stahlhacke & Preis 1995, p. 139.

over, of verzuimt de werkgever de ondernemingsraad (volgens de regels) te horen, dan is het ontslag nietig.¹²⁷ De nietigheid van het (voortijdig) aangezegde ontslag kan niet door het achteraf alsnog horen van de ondernemingsraad, of door het (na het ontslag) ontvangen standpunt van de ondernemingsraad, worden hersteld. Dit is zelfs niet het geval indien de ondernemingsraad achteraf met het ontslag instemt.¹²⁸ Op de nietigheid van het ontslag wegens het niet in acht nemen van §102 BetrVG, dient binnen de drie weken termijn van §4 S.1 KSchG een beroep te worden gedaan.¹²⁹

5.3 Opsporing door de werkgever

In deze paragraaf sta ik stil bij opsporing van wangedrag door werkgevers in Duitsland. Uit de Duitse jurisprudentie en rechtspraak blijkt dat ook Duitse werkgevers gebruik maken van de in dit onderzoek centraal staande opsporingsmethoden. Camera's worden, al dan niet heimelijk, ingezet ter opsporing van diefstal of verduistering door werknemers.¹³⁰ Privé-detectives krijgen de opdracht 'zieke' werknemers, of werknemers die mogelijk bij een concurrent werkzaamheden verrichten, te bespioneren.¹³¹ Ook worden telefoongesprekken van werknemers afgeluisterd en wordt e-mail- en internetgebruik¹³² onderzocht.¹³³

Bij de bespreking van de regels die de opsporingsbevoegdheid van de werkgever normeren (5.3.1), houd ik dezelfde volgorde aan als bij de bespreking van het Nederlands recht (zie 2.3 van hoofdstuk 2). Dit betekent dat ik begin met een bespreking van het, met het privacyrecht vergelijkbare, 'Persönlichkeitsrecht' (5.3.1.1). Een andere reden dat ik met het 'Persönlichkeitsrecht' begin, is dat de andere te bespreken regelingen de bescherming van het 'Persönlichkeitsrecht' allemaal als uitgangspunt hebben. Dit is vergelijkbaar met de plaats die het 'privacyrecht' in de Nederlandse regelingen inneemt (zie wederom 2.3 van

¹²⁷ Stahlhacke & Preis 1995, p. 134.

¹²⁸ Schaub, Koch & Linck 2005, p. 1288-1289, p. 1294; Stahlhacke & Preis 1995, p. 118.

¹²⁹ Schaub, Koch & Linck 2005, p. 1294.

¹³⁰ Zie bijvoorbeeld BAG 29 juni 2004, 1 ABR 21/03.

¹³¹ Een enkele keer wordt een detective ingezet om het aannemen van steekpenningen door werknemers te controleren, uit te zoeken of werknemers zich schuldig maken aan diefstal, of aan het schenden van voorschriften, zoals een alcoholverbod. Zie Lingemann & Göpfert 1997, p. 374 e.v. (met verwijzingen naar rechtspraak over de inzet van privé-detectives door werkgevers); Uhmman 2002, p. 81-82; Hoefs 2001, p. 242-244.

¹³² De in de jurisprudentie en literatuur ontwikkelde regels voor brief- en telecommunicatie op de werkplek, worden nu ook toegepast op controle en observatie van de nieuwe vormen van telecommunicatie, met name e-mailgebruik en internetverkeer. Dit geldt met name voor het bij de rechterlijke beoordeling te hanteren onderscheid tussen gebruik in het kader van de werkzaamheden en privaat gebruik. Zie Schaub, Koch & Linck 2005, p. 465-466; Mengel 2004, p. 1445 e.v.; Uhmman 2002, p. 80-81.

¹³³ Zie ook Hoefs 2001, p. 235 e.v. Hij noemt daarnaast als mogelijke controlemethoden tevens de ingangscntrole, tascontrole en onderzoek aan het lichaam van de werknemer (visitatie en onderzoek door een arts).

hoofdstuk 2). In 5.3.1.2 ga ik in op de Duitse ‘versie’ van de WBP: de ‘Bundesdatenschutzgesetz’. In 5.3.1.3 komt het ook in het Duitse recht toepasselijke instemmingsrecht van de ondernemingsraad aan de orde. Tot slot sta ik stil bij enkele bijzondere regels en bepalingen (5.3.1.4). In 5.3.2 ga ik in op de toelaatbaarheid van het met deze opsporingsmethoden verkregen bewijs in een arbeidsrechtelijke ontslagprocedure.

5.3.1 Normering

Alleen wordt bezien welke regels de opsporingsbevoegdheid van de werkgever in Duitsland normeren. Achtereenvolgens wordt stilgestaan bij het grondrechtelijke ‘Persönlichkeitsrecht’ (5.3.1.1), de ‘Bundesdatenschutzgesetz’ (5.3.1.2), het instemmingsrecht van de ondernemingsraad (5.3.1.3) en tot slot bij een aantal bijzondere regelingen en bepalingen (5.3.1.4).

5.3.1.1 Het ‘Persönlichkeitsrecht’

Zoals gezegd spelen de grondrechten in het Duitse arbeidsrecht een belangrijke rol: de doorwerking vindt plaats via arbeidsrechtelijke regels in specifieke wetsbepalingen, of via algemene bepalingen (‘Generalklauseln’) (indirecte horizontale doorwerking). Dientengevolge behoort de werkgever bij de opsporing van wangedrag de grondrechten van werknemers te respecteren. In het bijzonder het in art. 1 GG en art. 2 GG opgenomen ‘Persönlichkeitsrecht’ biedt de werknemer bescherming tegen te vergaande opsporingsactiviteiten van de werkgever.¹³⁴ Art 1 GG ziet op de onaantastbaarheid van de menselijke waardigheid en art. 2 GG beschermt het recht op vrije ontplooiing van de persoonlijkheid, het recht op leven en het recht op lichamelijke onschendbaarheid. Daarnaast vloeit uit art. 2 Abs. 1 GG een grondrecht op informatiele zelfbeschikking voort. Dit is de bevoegdheid van het individu, in beginsel zelf te beslissen wanneer en binnen welke grenzen persoonlijke feiten worden geopenbaard.¹³⁵

Het ‘Persönlichkeitsrecht’ wordt als volgt omschreven: het recht op respect, op onschendbaarheid van de persoon (in de sfeer van het individu), in haar directe uitingen (in beeltenis, schrift en gesproken woord), in haar sociale gelding (eerbied) en in haar directe leefomgeving (in de privésfeer).¹³⁶ Voorts is

¹³⁴ Voorts is bij onderzoek naar telefoongesprekken en e-mails van werknemers art. 10 GG van belang. Dit artikel omvat het recht op brief-, post- en telecommunicatiegeheim, maar omvat tevens moderne vormen van communicatie, zoals fax-, e-mail en internetverkeer (Mengel 2004, p. 1445). Zie BVerfG 9 oktober 2002, 1 BvR 1611/96.

¹³⁵ BVerfG 9 oktober 2002, 1 BvR 1611/96 en 1 BvR 805/98; BVerfG 15 december 1983, 1 BvR 209/83. Zie ook BAG 29 juni 2004, 1 ABR 21/03; BAG 14 december 2004, 1 ABR 34/03. Zie ook Schaub, Koch & Linck 2005, p. 1527-1528 en Uhlmann 2002, p. 81: ‘die Befugnis, selbst zu bestimmen, ob es allein dem Gesprächspartner oder auch Dritten oder sogar der Öffentlichkeit zugänglich sein soll.’

¹³⁶ Het recht ten aanzien van beeld en gesproken woord beperkt zich niet tot de privé-sfeer en is derhalve ook niet tot de eigen woning beperkt (BVerfG 9 oktober 2002, 1 BvR 1611/96; BAG 29 juni 2004, 1 ABR 21/03). Het ‘Persönlichkeitsrecht’ is te vergelijken met art. 10 Gw en art. 11 Gw: het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer en onaantastbaarheid van het menselijk lichaam. Het ‘Persönlichkeitsrecht’ lijkt daarentegen ruimer te zijn dan het recht op bescherming van de

de verwerking van persoonsgegevens onrechtmatig, indien op onevenredige wijze inbreuk op het persoonlijkheidsrecht van de werknemer wordt gemaakt.¹³⁷ Het spreekt voor zich dat zowel de (heimelijke) inzet van camera's,¹³⁸ het (heimelijk) onderzoeken van het telefoongebruik (met name het af luisteren),¹³⁹ het (heimelijk) onderzoeken van e-mail- of internetgebruik, als de inzet van een privé-detective¹⁴⁰ inbreuk kan maken op het 'Persönlichkeitsrecht' van de werknemer.¹⁴¹ Verder vloeien uit het 'Persönlichkeitsrecht' beperkingen voort ten aanzien van het recht van de werkgever naar strafrechtelijke gegevens van de werknemer of sollicitant te vragen (zie 5.3.1.4).¹⁴²

Betekent dit nu dat het 'Persönlichkeitsrecht' altijd in de weg staat aan de inzet van deze opsporingsmethoden in Duitsland? Het antwoord op voorgaande vraag luidt ontkennend. De uitoefening van het algemene 'Persönlichkeitsrecht' vindt zijn begrenzing in de beschermde rechten van anderen, in de formele wetgeving ('verfassungsmäßige Ordnung') of de zedenwetgeving ('Sittengesetz') (Art. 2 Abs. 1 GG). Een werkgever kan onderzoeksmethoden, waarmee inbreuk op het 'Persönlichkeitsrecht' (of op een ander grondrecht) van de werknemer wordt gemaakt, dan ook niet op zijn directierecht baseren. In beginsel behoort de bevoegdheid tot het inzetten van dergelijke opsporingsmethoden te worden gebaseerd op de individuele

persoonlijke levenssfeer. Het 'Persönlichkeitsrecht' waarborgt voor het individu namelijk een persoonlijke levenssfeer, waarin hij zich gevrijwaard mag achten van waarneming door derden. Het recht op zelfbeschikking over het eigen beeld en gesproken woord vloeit ook uit het 'Persönlichkeitsrecht' voort. Dientengevolge valt het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer onder het 'Persönlichkeitsrecht' (BverfG 9 oktober 2002, 1 BvR 805/98, r.o. 32).

¹³⁷ Het BAG beschouwt de inzet van camera's een bijzondere bedreiging voor de bescherming van persoonsgegevens: met deze techniek kan informatie over bepaalde personen onbegrensd worden opgeslagen en is de informatie te allen tijde opvraagbaar. Bovendien kunnen deze gegevens in combinatie met andere gegevens een totaalbeeld van een persoon geven, zonder dat de betrokkene de juistheid en het gebruik van de gegevens voldoende kan controleren. De toepassing van deze techniek kan bij de betrokkenen dan ook leiden tot de druk zich 'aan te passen'. Dit heeft tot gevolg dat de betrokkenen in hun vrijheid worden beperkt: "Wer unsicher ist, ob abweichende Verhaltensweisen jederzeit notiert oder als Information dauerhaft gespeichert, verwendet oder weitergegeben werden, wird versuchen, nicht durch solche Verhaltensweisen aufzufallen" (BAG 29 juni 2004, 1 ABR 21/03). Verder wordt iedere handeling die inbreuk maakt op het persoonlijkheidsrecht als een schending gezien. In het arbeidsrecht heeft zich een reeks aan rechtsbeschermende normen ontwikkeld, bijvoorbeeld ten aanzien van de ondervraging van sollicitanten, het afgeven van getuigschriften en informatie over de werknemer, het vormen van persoonsdossiers, het opstellen van beoordelingscriteria, visitatie aan het lichaam, enzovoort (Schaub, Koch & Linck 2005, p. 1524).

¹³⁸ Zie bijvoorbeeld BAG 27 maart 2003, 2 AZR 51/02 (uitgebreid 5.3.2.3).

¹³⁹ Zie bijvoorbeeld BAG 29 juni 2004, 1 ABR 21/03. Aldus ook Mengel 2004, p. 1447. Zij merkt op dat bij de evenredigheidstoetsing van de inbreuk op het 'Persönlichkeitsrecht' als gevolg van onderzoek naar telecommunicatie van de werknemer, het onderscheid tussen privé- en zakelijk gebruik van belang is (Mengel 2004, p. 1447). Zie over dit onderscheid en de gevolgen voor de normering van de opsporingsbevoegdheid van de werkgever 5.3.1.4.

¹⁴⁰ Indien een werkgever een privé-detective inzet ter opsporing van wangedrag, en de privé-detective maakt gebruik van camera's, luistert telefoons af of onderzoekt e-mail en internet van de werknemer, dan gelden voor de detective dezelfde regels als voor de werkgever (Hoefs 2001, p. 243).

¹⁴¹ Het BAG ziet de inzet van camera's op de werkvloer als een ernstige inbreuk op het 'Persönlichkeitsrecht' van de werknemer (BAG 29 juni 2004, 1 ABR 21/03).

¹⁴² Gelet op de overige bijzondere wettelijke bepalingen die hierbij een rol spelen, bespreek ik de mogelijkheid van deze opsporingsmethode in 5.3.1.4.

arbeidsovereenkomst of een collectiefrechtelijke regeling (CAO of ondernemingsovereenkomst). Indien de bevoegdheid niet in een van deze schriftelijke documenten is geregeld, is het gebruik van de opsporingsmethode alleen gerechtvaardigd indien de werknemer expliciet zijn toestemming heeft gegeven. De mogelijkheid tot het geven van toestemming is de invulling van het tevens door art. 2 Abs. 1 GG beschermde zelfbeschikkingsrecht.¹⁴³ Slechts in uitzonderlijke gevallen kan de werkgever een ingrijpende opsporingsmethode inzetten zonder een contractuele grondslag of instemming van de betrokken werknemer: de inbreuk op het 'Persönlichkeitsrecht' van de werknemer kan gerechtvaardigd zijn in het kader van de behartiging van beschermenswaardige rechten en belangen van de werkgever.¹⁴⁴ Zo kan aan de zijde van de werkgever het grondwettelijk beschermde eigendomsrecht (art. 14 GG) in het geding zijn.¹⁴⁵ Volgens algemene rechtsopvatting dient ter concretisering van het 'Persönlichkeitsrecht' dan ook altijd een belangenafweging plaats te vinden: tegenover het 'Persönlichkeitsrecht' staan doorgaans gelijkwaardige of beschermenswaardige rechten en plichten van anderen.¹⁴⁶ Zo kan de inzet van een privé-detective weliswaar een bijzonder zware inbreuk op het 'Persönlichkeitsrecht' van de werknemer vormen,¹⁴⁷ desondanks kan de inzet van een privé-detective op grond van zwaarwegende belangen van de werkgever gerechtvaardigd zijn. Daarbij dient onderscheid te worden gemaakt tussen enerzijds routinematige inzet zonder bijzondere aanleiding, en anderzijds de inzet van een privé-detective bij een concrete verdenking van strafbare feiten of plichtsverzuim. De eerste is wegens het ontbreken van gerechtvaardigde belangen onrechtmatig. De tweede, de inzet wegens een concrete verdenking, is mogelijk voor zover de inzet evenredig is (proportionaliteitsbeginsel). Wanneer sprake is van een voldoende concrete verdenking ter rechtvaardiging van de inzet van een privé-detective, dient per geval te worden vastgesteld. In het kader van de evenredigheidstoetsing dienen enerzijds de – financiële – belangen van de werkgever, en anderzijds de ernst van de inbreuk op het 'Persönlichkeitsrecht' van de werknemer, tegen elkaar te worden afgewogen. Voorts is van belang of ter opheldering van de verdenking ook minder ingrijpende (interne) methoden hadden kunnen worden benut (subsidiariteitsbeginsel).¹⁴⁸ Voorts kan de werkgever een privé-detective inzetten als 'ultima ratio' bij de controle van zieke

¹⁴³ BVerfG 9 oktober 2002, 1 BvR 1611/96 en 1 BvR 805/98; Hoefs 2001, p. 236.

¹⁴⁴ Dit deed zich voor in een zaak over heimelijk cameratoezicht (BAG 27 maart 2003, 2 AZR 51/02, zie de bespreking in 5.3.2.1).

¹⁴⁵ Mengel 2004, p. 1447; Beckschulze 2003, p.2782-2783.

¹⁴⁶ BAG 7 oktober 1987, 5 AZR 116/86.

¹⁴⁷ Dit is met name het geval indien de werknemer permanent, bijvoorbeeld met behulp van een camera, in zijn huiselijke omgeving wordt geobserveerd (Uhmann 2002, p. 84). Bovendien kan het grondrecht op onschendbaarheid van de woning ex art. 13 GG in het geding zijn (Hoefs 2001, p. 243).

¹⁴⁸ Hoefs 2001, p. 243-244; Uhmann 2002, p. 81-82. De inzet van een privé-detective is volgens Uhmann ontoelaatbaar indien sprake is van lichte of normale contractsschending. Ook bij zware schending van het contract zonder voorafgaand intern bedrijfsonderzoek, is de inzet van een privé-detective niet toegestaan. Zie ook Lingemann & Göpfert 1997, p. 377.

werknemers. Voorwaarde is dat een concrete verdenking bestaat dat misbruik wordt gemaakt van het ziekengeld en geen andere mogelijkheden bestaan om het vereiste bewijs te verkrijgen.¹⁴⁹

Zoals gezegd, kan de bevoegdheid tot het inzetten van opsporingsmethoden die inbreuk maken op een grondrecht op een ondernemingsovereenkomst worden gebaseerd.¹⁵⁰ De partijen bij een ondernemingsovereenkomst zijn op grond van §75 Abs. 2 BetrVG weliswaar verplicht het ‘Persönlichkeitsrecht’ van de werknemers in acht te nemen, maar dit maakt niet *iedere* ondernemingsovereenkomst, die tot een inperking van het algemene ‘Persönlichkeitsrecht’ leidt, onmogelijk.¹⁵¹ Voorwaarde voor een rechtsgeldige regeling is dat de inbreuk door een uitdrukkelijke wettelijke regeling, dan wel door de beschermenswaardige belangen van de werkgever wordt gerechtvaardigd.¹⁵² Bij een botsing van het algemene ‘Persönlichkeitsrecht’ van de werknemer met de belangen van de werkgever, dient een concrete belangenafweging plaats te vinden. Het evenredigheidsbeginsel speelt bij deze belangenafweging een belangrijke rol.¹⁵³ Ter vaststelling van de evenredigheid zijn alle omstandigheden van het geval van belang. De betreffende maatregel dient passend, noodzakelijk en, rekening houdend met de in het geding zijnde vrijheidsrechten, ter verwezenlijking van de doelstelling gerechtvaardigd te zijn. De maatregel is passend, indien met behulp van deze maatregel het doel kan worden bereikt. De maatregel is noodzakelijk, indien de werkgever geen andere, minder ingrijpende maatregel met hetzelfde resultaat, ter beschikking staat. De maatregel is gerechtvaardigd, indien deze ook in engere zin in verhouding tot de gemaakte inbreuk staat (evenredig is). De evenredigheid wordt vastgesteld aan de hand van een afweging van de ernst van de inbreuk enerzijds, en het gewicht van de rechtvaardigingsgronden anderzijds; de grenzen van het redelijke mogen niet worden overschreden. Bij deze belangenafweging zijn de concrete omstandigheden van het geval maatgevend; met name de ernst van de inbreuk van belang. Deze wordt bepaald aan de hand van de duur en de aard van de observatiemethode. Verder is voor de gerechtvaardigdheid van de geregelde opsporingsmethode van belang of de werknemer zijn instemming heeft gegeven.¹⁵⁴

Tot slot is schending van het ‘Persönlichkeitsrecht’ gerechtvaardigd, indien de schending door noodweer is geboden (§227 Abs. 1 BGB): er moet

¹⁴⁹ Uhmans 2002, p. 84.

¹⁵⁰ Zie voor cameraobservatie bijvoorbeeld BAG 29 juni 2004, 1 ABR 21/03. Zie ook Hoefs 2001, p. 242.

¹⁵¹ Zo oordeelde het BAG dat deze bepaling niet in de weg hoeft te staan aan de inzet van een privé-detective door de werkgever (BAG 26 maart 1991, te kennen uit Der Betrieb 1991, p. 1834. Zie Lingemann & Göpfert 1997, p. 375).

¹⁵² Dit was volgens het BAG in de betreffende zaak niet het geval: camerabewaking vormt een zware inbreuk op het ‘Persönlichkeitsrecht’ van de werknemers. Deze inbreuk werd noch door een wettelijke regeling, noch door de beschermenswaardige belangen van de werkgever gerechtvaardigd (BAG 29 juni 2004, 1 ABR 21/03). Zie ook BAG 7 oktober 1987, 5 AZR 116/86 en 5.3.2.1.

¹⁵³ Zie ook BAG 19 januari 1999, 1 AZR 499/98.

¹⁵⁴ BAG 29 juni 2004, 1 ABR 21/03.

sprake zijn van een ‘Nortwehrsituation’ of een ‘notwehrähnliche’ situatie. Toelaatbaar is volgens §227 Abs. 2 BGB de verdediging, die noodzakelijk is ter afwijking van een bestaande, onrechtmatige aanval op zichzelf, of een ander.¹⁵⁵

5.3.1.2 De toepasselijkheid van de Bundesdatenschutzgesetz

Zoals gezegd kent het Duitse recht een equivalent van de WBP: de Bundesdatenschutzgesetz (BDSG).¹⁵⁶ Evenals de WBP komt in de bepalingen van de BDSG steeds het noodzakelijkheidsvereiste terug: de verwerking dient altijd aan de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit te voldoen. De wet ziet op de bescherming van het individu tegen inbreuk op zijn ‘Persönlichkeitsrecht’ als gevolg van het gebruik van zijn persoonsgegevens (§1 Abs. 1 BDSG). De BDSG is tevens van toepassing op het verzamelen, verwerken en gebruiken van persoonsgegevens door niet-publieke instanties, voor zover de gegevens geautomatiseerd worden verwerkt, verzameld of gebruikt, of voor zover de gegevens met behulp van niet geautomatiseerde bestanden worden verwerkt, verzameld of gebruikt (§1 Abs. 2 nr.3 BDSG).¹⁵⁷ Evenals de WBP bevat de BDSG geen specifieke bepalingen voor de bescherming van gegevens van werknemers, maar is de wet onverminderd op arbeidsverhoudingen van toepassing.¹⁵⁸ Dit blijkt tevens uit de jurisprudentie van het BAG, waarin de BDSG regelmatig aan de orde komt.¹⁵⁹

Het verkrijgen van persoonsgegevens¹⁶⁰ over werknemers, in de zin van de BDSG, kan door het verhoren van de betrokken werknemer(s), door ondervraging van buitenstaanders, door middel van het verzamelen van gegevens over het gebruik van de telefoon, e-mail en internet (telecommunicatie),¹⁶¹ of door het observeren van locaties binnen het bedrijf met behulp van camera’s. In verband met onderzoek naar het gebruik van telecommunicatie door werknemers, is het onderscheid tussen zakelijk en privé-gebruik van

¹⁵⁵ BAG 29 juni 2004, 1 ABR 21/03.

¹⁵⁶ Evenals de WBP is de BGSZ een uitwerking van de Europese privacyrichtlijn 95/46/EG (zie 2.3.2 van hoofdstuk 2). Zie Schaub, Koch & Linck 2005, p. 1524. Reeds in 1970 werd met het oog op de bescherming van persoonsgegevens de ‘Hessischen Datenschutzgesetzes’ ingevoerd. In 1977 volgde de invoering van de ‘Bundesdatenschutzgesetz’, welke in 1990 werd herzien naar aanleiding van nationale ontwikkelingen. Op 22 mei 2001 trad naar aanleiding van voornoemde Europese Richtlijn de herziene versie van de BDSG in werking (Bizer e.a. 2003, p. 1-48).

¹⁵⁷ §3 BDSG omvat een aantal begripsomschrijvingen die overeenkomen met de begripsomschrijvingen in de WBP (art. 1 WBP). Zo vallen dossiers en verzamelingen van dossiers, indien ze volgens bepaalde criteria zijn gestructureerd, wel onder het begrip ‘niet-geautomatiseerd bestand’, maar een individueel dossier dat geen gestructureerde verzameling van persoonsgegevens bevat, niet. (Schaub, Koch & Linck 2005, p. 1524). Onder verwerking van gegevens wordt zowel het opslaan, veranderen, overdragen, afschermen en verwijderen van gegevens verstaan (§ Abs. 4 BDSG). Het gebruiken van persoonsgegevens is ieder gebruik van de gegevens dat niet onder verwerking valt (§3 Abs. 5 BDSG).

¹⁵⁸ Schaub, Koch & Linck 2005, p. 1524; Mengel 2004, p. 1447-1448.

¹⁵⁹ Zie bijvoorbeeld BAG 25 januari 2005, 9 AZR 620/03; BAG 14 december 2004, 1 ABR 34/03; BAG 16 november 2004, 1 ABR 48/03; BAG 3 juni 2003, 1 ABR 19/02.

¹⁶⁰ §3 Abs. 1 BDSG geeft als omschrijving van persoonsgegevens: ‘Einzelangaben über persönliche und sachliche Verhältnisse einer bestimmten oder bestimmbaren natürlichen Person’.

¹⁶¹ Mengel 2004, p. 1448.

belang. De BDSG is zonder meer van toepassing op zakelijk gebruik. Voor privé-gebruik bestaan inmiddels tal van bijzondere regels, die de regels van de BDSG als *lex specialis* verdringen. In 5.3.1.4 besteed ik hier apart aandacht aan.

Op grond van §4 Abs. 1 BDSG is de verwerking van persoonsgegevens alleen toegestaan indien de BDSG of een ander rechtsvoorschrift dit toestaat of vereist, of indien de betrokkene zijn toestemming heeft gegeven.¹⁶² Bij gebrek aan toestemming van de werknemer, kan de werkgever zich op §28 Abs. 1 nr. 1 of 2 BDSG beroepen. Op grond van deze bepaling is het verkrijgen, opslaan, wijzigen of overbrengen van persoonsgegevens, of hun gebruik met het oog op eigen bedrijfsdoelen, toelaatbaar, indien dit het doel van de overeenkomst (de arbeidsovereenkomst) dient, of indien dit de gerechtvaardigde belangen van de werkgever dient. Volgens Mengel kan in het midden blijven op welke grond de werkgever zich beroept, aangezien het bij de rechtmatigheidstoets van de opsporingshandelingen steeds op een evenredigheidstoetsing, en een belangenafweging tussen de werkgever en de werknemer aankomt. Aan de zijde van de werknemer dienen steeds het grondwettelijke ‘Persönlichkeitsrecht’ (met name het recht op het gesproken woord en het informatiele zelfbeschikkingsrecht ex art. 1 GG en art. 2 GG) en het telecommunicatiegeheim (art. 10 GG) in ogenschouw te worden genomen. Aan de zijde van de werkgever speelt met name het grondwettelijke eigendomsrecht ex art. 14 GG een rol.¹⁶³ Volgens §28 Abs. 1 S. 2 BDSG moet het doel waarvoor de persoonsgegevens worden verwerkt of gebruikt, concreet worden vastgelegd. Een algemene verwijzing naar de arbeidsovereenkomst is niet toereikend, aangezien dit slechts een algemeen, en geen concreet doel is.¹⁶⁴ Het verwerven van persoonsgegevens bij sollicitanten is op grond van §28 Abs. 1 S. 1 onder 1 BDSG toelaatbaar, aangezien dit de aan de arbeidsovereenkomst ten grondslag liggende vertrouwensrelatie dient.¹⁶⁵ Voorts kent ook de BDSG een regeling voor gevoelige persoonsgegevens (§3 Abs. 9 BDSG). Strafrechtelijke persoonsgegevens vallen volgens de tekst weliswaar niet onder gevoelige persoonsgegevens, maar op grond van de Europese richtlijn dient hun verwerking in beginsel achterwege te blijven.¹⁶⁶

In §6b BDSG staat een speciale regeling voor cameratoezicht in publiek toegankelijke ruimten. Deze bepaling is ook van belang voor het arbeidsrecht, althans voor zover daar sprake is van publiek toegankelijke ruimten. Dit is bijvoorbeeld het geval in een winkel.¹⁶⁷ Het cameratoezicht is op grond van §6b

¹⁶² Blijkbaar wordt de toestemming van de werknemer of sollicitant in Duitsland als rechtvaardigingsgrond ter verwerking van persoonsgegevens beschouwd. In de praktijk zou de toestemming van de werknemer zich niet vaak voordoen (Mengel 2004, p. 1448).

¹⁶³ Mengel 2004, p. 1448-1449.

¹⁶⁴ Schaub, Koch & Linck 2005, p. 1524.

¹⁶⁵ Schaub, Koch & Linck 2005, p. 1524-1525.

¹⁶⁶ Evenals in het Nederlandse recht zijn op dit verbod uitzonderingen mogelijk (Bizer e.a 2003, p. 1088-1089). Zie ook Schaub, Koch & Linck 2005, p. 1524-1525.

¹⁶⁷ In de toelichting bij de BDSG werden als voorbeelden van publiekelijk toegankelijke ruimten genoemd: perrons, tentoonstellingsruimten van musea, verkoopruimten en stationshallen (BAG 14 december 2004, 1 ABR 34/03, r.o. 27).

Abs. 1 BDSG toegestaan, voor zover dit is vereist ter behartiging van het 'huisrecht', of voor zover zij vereist is ter behartiging van gerechtvaardigde belangen en voor concreet vastgelegde doeleinden, en geen aanwijzingen bestaan, dat de te beschermen belangen van de betrokken werknemer prevaleren. De subjectieve belangen doen niet ter zake; het moet gaan om objectief gerechtvaardigde belangen van de werkgever. Volgens de toelichting bij de wet kan niet van de behartiging van gerechtvaardigde belangen worden gesproken, indien de waarneming met optisch-elektronische apparatuur het hoofddoel of een wezenlijk nevendoeel van de bedrijfsvoering is. Het maken van camera-beelden met commerciële doeleinden is niet toegestaan. Cameratoezicht ter voorkoming van diefstal in warenhuizen of tankstations, met uitzondering van pashokjes en toiletten, is wel toegestaan.¹⁶⁸ Op grond van §6b Abs. 2 BDSG dient het cameratoezicht door middel van deugdelijke maatregelen kenbaar te zijn gemaakt.¹⁶⁹

Cameratoezicht op niet publiekelijk toegankelijke plaatsen, uitsluitend ter controle van werknemers, valt *niet* onder de rechtvaardigingsgrond van §6b BDSG: deze bepaling ziet alleen op cameratoezicht op de werkvloer die tevens publiek toegankelijk is. Analoge toepassing van §6b BDSG op cameratoezicht op de werkplek, is volgens het BAG uitgesloten. Het BAG overwoog dat cameraobservatie op de werkplek veel ingrijpender is dan cameraobservatie in publiek toegankelijke ruimten: bij cameraobservatie op de werkplek is de kring van personen niet anoniem, maar overzichtelijk en bij de werkgever bekend. Dientengevolge is de observatie- en aanpassingsdruk bij de werknemer veel groter (zie ook 5.3.2.1). Bovendien is de observatie op de werkplek niet kortstondig en niet van voorbijgaande aard: ze herhaalt zich iedere werkdag en duurt meestal meerdere uren. Voorts kan de werknemer het bezoek aan de geobserveerde ruimte niet vermijden, noch zich aan de observatie onttrekken door het verlaten van zijn werkplek. Bijgevolg dienen, volgens het BAG, voor cameraobservatie op de werkplek strengere eisen te gelden dan voor cameraobservatie in openbare ruimten ex §6b BDSG. Tot slot is volgens het BAG veel aan te voeren tegen het gebruik van §28 BDSG als rechtvaardigingsgrond voor cameraobservatie op de werkplek.¹⁷⁰

De werknemer heeft op grond van de BDSG recht op mededeling/aankondiging van de verwerking van zijn persoonsgegevens (§33 BDSG), recht op informatie (§34 Abs. 1 BDSG), correctie (§35 Abs. 1 BDSG), verwijdering (§35 Abs. 2 BDSG) en afscherming ('Sperrung') van zijn persoonsgegevens (§35 Abs. 4 BDSG). Voorts heeft de werknemer recht op schadevergoeding bij onrechtmatige of onjuiste verwerking van zijn persoonsgegevens. De aanspraak op schadevergoeding vervalt, indien de werkgever de, naar de omstandigheden van het geval, vereiste zorgvuldigheid in acht heeft genomen (§7 BDSG). Van deze rechten kan noch bij individuele

¹⁶⁸ Zie BAG 29 juni 2004, 1 ABR 21/03.

¹⁶⁹ Schaub, Koch & Linck 2005, p. 1525.

¹⁷⁰ BAG 29 juni 2004, 1 ABR 21/03, r.o. 26-29 en r.o. 33bb.

arbeidsovereenkomst, noch bij ondernemingsovereenkomst worden afgeweken.¹⁷¹ De werknemer kan verwijdering van de gegevens eisen, indien het opslaan niet was toegestaan. Dit is het geval indien de gegevens op niet rechtmatige wijze zijn verkregen, bijvoorbeeld door middel van overschrijding van het vraagrecht, of indien de werkgever het instemmingsrecht van de ondernemingsraad heeft geschonden. Voorts kan het verwijderen van de gegevens worden geëist, indien het gaat om gegevens over strafbare feiten en de juistheid van deze gegevens door de betrokken instantie niet kan worden bewezen.¹⁷²

5.3.1.3 Instemmingsrecht van de ondernemingsraad

De ondernemingsraad heeft op grond van §87 Abs. 1 nr. 6 BetrVG instemmingsrecht ten aanzien van de invoering en toepassing van technische voorzieningen, die bestemd zijn om het gedrag of de prestaties van de werknemers te observeren. Met andere woorden, indien de werkgever camera's wil (laten) plaatsen,¹⁷³ het technisch mogelijk wil maken de telefoons van zijn werknemers af te luisteren,¹⁷⁴ of het e-mailverkeer van zijn werknemers wil observeren, heeft hij de instemming van de ondernemingsraad nodig.¹⁷⁵ Verder heeft de ondernemingsraad ex § 87 Abs. 1 nr.1 BetrVG instemmingsrecht ten aanzien van ordemaatregelen; de inzet van een privé-detective in de arbeidsorganisatie zou eventueel als een ordemaatregel kunnen worden aangemerkt (zie 5.3.2.2).¹⁷⁶ Het is de vraag of de invoering van een (tijdelijke) bedrijfsdetective als een ordemaatregel in de zin van §87 Abs. 1 nr. 1 kan worden gezien. Volgens het BAG is de inzet van een privé-detective, ter observatie van een werknemer, in ieder geval niet instemmingsplichtig, voor zover het om de controle van verplichtingen voortvloeiend uit de arbeidsovereenkomst gaat.¹⁷⁷ De van privé-detectives uitgaande 'Überwachungsdruck' is soms groter dan bij de inzet van technische observatiemethoden, maar het is algemeen erkend dat de observatie zonder technische hulpmiddelen niet instemmingsplichtig is: ter uitvoering van de plichten voortvloeiend uit de arbeidsovereenkomst is deze wijze van observeren onmisbaar. Indien de detective camera's inzet ter observatie van de werknemers, zou sprake kunnen zijn van instemmingsrecht op grond van §87 Abs. 1 nr. 6 BetrVG.¹⁷⁸ In de literatuur wordt daarentegen ook de opvatting verdedigd dat de inzet van een privé-detective noch op grond van §87 Abs. 1 nr 1 BetrVG, noch op grond van

¹⁷¹ Schaub, Koch & Linck 2005, p. 1526.

¹⁷² Schaub, Koch & Linck 2005, p. 1526.

¹⁷³ BAG 29 juni 2004, 1 ABR 21/03.

¹⁷⁴ BAG 27 mei 1986, 1 ABR 48/84.

¹⁷⁵ Schaub, Koch & Linck 2005, p. 466; Uhmman 2002, p. 81; Hoefs 2001, p. 251-252.

¹⁷⁶ Lingemann & Göpfert 1997, p. 374. Anders Uhmman 2002, p. 82.

¹⁷⁷ Lingemann & Göpfert 1997, p. 374; BAG 26 maart 1991, *Der Betrieb* 1991, p. 1834.

¹⁷⁸ Hoefs 2001, p. 252; Lingemann & Göpfert 1997, p. 374-375.

§87 Abs. 1 nr. 6 BetrVG instemmingsplichtig is.¹⁷⁹ Kortom, het instemmingsrecht van de ondernemingsraad bij de inzet van een privé-detective is omstreden.¹⁸⁰

De bepalingen van §87 Abs. 1 BetrVG omvatten het zogenaamde collectieve competentierecht: ondernemingsraad en werkgever zijn samen bevoegd te oordelen over de invoering van een systeem waarmee werknemers anoniem kunnen worden geobserveerd en waarmee inbreuk op het ‘Persönlichkeitsrecht’ kan worden gemaakt.¹⁸¹ Met dit collectieve competentierecht wordt collectiefrechtelijke versterking van de bescherming van het ‘Persönlichkeitsrecht’ beoogd: §87 Abs. 1 BetrVG moet worden gelezen in het licht van §75 Abs. 2 BetrVG.¹⁸² Overigens kan een onrechtmatige opsporingsmethode, bijvoorbeeld het afluisteren van de telefoon in strijd met het algemene ‘Persönlichkeitsrecht’, achteraf niet door middel van de instemming van de ondernemingsraad worden ‘gelegaliseerd’.¹⁸³

Tot slot dient de werkgever bij de invoering van eerder genoemde observatiemethoden rekening te houden met het voorschrift van §75 Abs. 2 BetrVG: werkgever en ondernemingsraad hebben de plicht de vrije ontplooiing van de persoonlijkheid van de werknemers te beschermen en te bevorderen. Deze bepaling verplicht de partijen het algemene ‘Persönlichkeitsrecht’ in acht te nemen (zie 5.3.1.1).¹⁸⁴

5.3.1.4 Enkele bijzondere regelingen en bepalingen

Zoals gezegd is de bescherming van het ‘Persönlichkeitsrecht’ het uitgangspunt bij de normering van de opsporingsbevoegdheid van de werkgever. Bovendien zijn de bepalingen van de BDSG op de besproken opsporingsmethoden van toepassing (zie 5.3.1.2). Gelet op een aantal bijzondere regels en bepalingen die van toepassing zijn op onderzoek naar justitiële gegevens (strafrechtelijke

¹⁷⁹ Uhmans 2002, p. 82. Voor de indienstneming van een privé-detective, op basis van een vaste aanstelling, is op grond van §99 BetrVG de instemming van de ondernemingsraad vereist (Hoefs 2001, p. 252; Lingemann & Göpfert 1997, p. 375: Zodra de werkgever directe zeggenschap over de tijd en plaats van de door de privé-detective te verrichten werkzaamheden heeft, en dus het directierecht uitoefent, moet bij de instelling van een detective worden uitgegaan van instemmingsrecht van de ondernemingsraad ex §99 BetrVG).

¹⁸⁰ Aldus ook Hoefs 2001, p. 252.

¹⁸¹ Zie BAG 29 juni 2004, 1 ABR 21/03 en BAG 27 maart 2003, 2 AZR 51/02. Welk gebruik van de gegevens wordt gemaakt, is voor het instemmingsrecht niet van belang (Schaub, Koch & Linck 2005, p. 1529, met verwijzing naar BAG 6 december 1983, AP 7).

¹⁸² Hoefs 2001, p. 255.

¹⁸³ Uhmans 2002, p. 81.

¹⁸⁴ BAG 29 juni 2004, 1 ABR 21/03. Zie ook BAG 19 januari 1999, 1 AZR 499/98. Voorts heeft de ondernemingsraad bij de invoering van een personeelsinformatiesysteem een informatie- en overlegrecht (§90 Abs. 1 nr. 2 en 3 BetrVG). Personeelsinformatiesystemen zijn systemen ter verbetering van de personeelsadministratie en personeelsplanning en ter voldoening van de informatieverplichtingen aan instanties. (Schaub, Koch & Linck 2005, p. 1523). Verder heeft de ondernemingsraad een instemmingsrecht ten aanzien van de opstelling van personeelsvragenlijsten die het personeelsinformatiesysteem in gaan (§94 Abs. 1 BetrVG). Hetzelfde geldt ten aanzien van het opstellen van vaardigheids- en /of geschiktheidsprofielen, aangezien deze overeenkomen met algemene beoordelingsmaatstaven (§94 Abs. 2 BetrVG) (zie ook 5.2.2.3).

veroordelingen) en onderzoek naar telecommunicatie, sta ik bij deze opsporingsmethoden nog even apart stil.

Het 'vraagrecht' van de werkgever wordt in de eerste plaats beperkt door het 'Persönlichkeitsrecht' van de werknemer (zie ook 5.3.1.1). Dit recht omvat namelijk ook het recht om met rust te worden gelaten (vgl. 2.3.1.2 van hoofdstuk 2). Bij de beoordeling van de toelaatbaarheid van vragen, dient een afweging te worden gemaakt tussen dit recht van de werknemer en het recht van de werkgever zich inzicht te verschaffen in de persoon van de werknemer. Hieruit volgt dat de werkgever alleen vragen mag stellen, die in verband staan met de functie of de te verrichten werkzaamheden. Dientengevolge mag een werkgever alleen naar strafrechtelijke veroordelingen ('Vorstrafen') vragen, voor zover deze relevant zijn voor de functie of de te verrichten werkzaamheden. De werkgever heeft het recht alle risico's op verstoring van het arbeidsproces uit te sluiten.¹⁸⁵ Zo mag een kassier naar vermogensrechtelijke veroordelingen worden gevraagd en een vrachtwagen- of buschauffeur naar veroordelingen voor verkeersdelicten.

Naast het 'Persönlichkeitsrecht' speelt bij vragen naar strafrechtelijke gegevens de 'Bundeszentralregister-Gesetz' (BZRG)¹⁸⁶ een belangrijke rol. Gegevens die conform de BZRG niet zijn opgenomen in de 'Führungszeugnis',¹⁸⁷ (verklaring omtrent het gedrag), of die op grond van §51 en §53 Abs. 1 BZRG uit het register zijn verwijderd, dan wel beperkt opvraagbaar zijn, hoeft de sollicitant niet mede te delen: hij mag zich als niet-veroordeelde voordoen. Dit recht dient in de wijze van vraagstelling tot uitdrukking te komen.¹⁸⁸

Het antwoord op de vraag of naar een lopende strafvervolging mag worden gevraagd, is omstreden.¹⁸⁹ Schaub stelt dat het vragen naar lopende strafrechtelijke onderzoeken niet is toegestaan.¹⁹⁰ Hoefs wijst in dit verband op de belangentegenstelling tussen werknemer en werkgever.¹⁹¹ Onder bepaalde

¹⁸⁵ BAG 20 mei 1999, 2 AZR 320/98. Zie ook Hoefs 2001, p. 65, die er op wijst dat tevens het belang van de werknemer bij het vinden van werk in de belangenafweging mee moet worden genomen. In verband met 'Vorstrafen' kan naar twee artikelen worden verwezen: Raab, 'Das Fragerecht des Arbeitgebers nach schwebenden Strafverfahren und die Unschuldvermutung des Bewerbers', *Recht der Arbeit* 1995, nr. 36 en Reinfeld, 'Vorstrafen im Arbeitsverhältnis', *Arbeitsrecht-Blattei* (losbladig) SD 1780. Zie over de vragen die een werkgever aan een sollicitant mag stellen ook Jacobs 1993, p. 40-41.

¹⁸⁶ 'Gesetz über das Zentralregister und das Erziehungsregister' (Schaub, Koch & Linck 2005, p. 202).

¹⁸⁷ De inhoud van een 'Führungszeugnis' staat in §30 BZRG.

¹⁸⁸ Schaub, Koch & Linck 2005, p. 1395, met verwijzing naar LAG Berlin 22 maart 1996, NZA-RR 97-7; Hoefs 2001, p. 66.

¹⁸⁹ Hoefs 2001, p. 66.

¹⁹⁰ Schaub, Koch & Linck 2005, p. 202, met voetnootverwijzing naar ArbG Münster NZA 93, 461 (noot 77).

¹⁹¹ Argument tegen het vragen naar lopende gerechtelijke vooronderzoeken is het uitgangspunt dat de burger tot aan een strafrechtelijke veroordeling als niet schuldig moet worden gezien en dientengevolge ook als niet schuldig mag worden behandeld. Bovendien kunnen die vragen tot vooroordelen leiden. Anderzijds dient in beschouwing te worden genomen dat de werkgever grote belangen kan hebben bij vragen naar lopende gerechtelijke vooronderzoeken. De uitkomst van het onderzoek is weliswaar onzeker, voor de werkgever bestaat een verhoogd risico dat hij een persoon

omstandigheden zou het gerechtvaardigd zijn de sollicitant naar een lopende strafzaak te vragen, of hem te verplichten toekomstige strafrechtelijke vervolgingen mede te delen. Dit is bijvoorbeeld het geval bij iemand die bij de politie solliciteert.¹⁹² Ook bij andere bijzondere aanstellingen, kan de mededelingsplicht verder gaan: zo dient een leraar mededelingen te doen over veroordelingen voor zedendelicten. Af en toe vragen werkgevers expliciet een ‘Führungszeugnis’ te overleggen. Voor zover de sollicitant al bereid is deze te overleggen, blijken uit dit document alleen de onherroepelijke veroordelingen (§30 BZRG).¹⁹³ Hoefs komt tot de conclusie, dat het vraagrecht van de werkgever beperkt is tot vragen over strafrechtelijk onderzoek naar voor de functie relevante feiten.¹⁹⁴ Het vraagrecht van de werkgever is onbeperkt, voor zover het om de aanstelling in een leidinggevende functie gaat. De functie van leidinggevend vergt absolute integriteit, hetgeen als gevolg van ieder strafrechtelijk onderzoek kan worden aangetast.¹⁹⁵

Voorts bestaat voor alle sollicitanten een mededelingsplicht indien ze strafrechtelijk tot een nog uit te zitten vrijheidsstraf zijn veroordeeld. De mededelingsplicht is onafhankelijk van de vraag of het onderliggende delict waarvoor de sollicitant is veroordeeld voor de arbeidsverhouding van belang is. De in het vooruitzicht liggende, langdurige niet vervulling van de verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst kan de werkgever financieel aanzienlijk benadeln.¹⁹⁶

Tot slot het onderzoek naar telecommunicatie. In verband met het afluisteren van telefoongesprekken is in de eerste plaats §201 van het Strafgesetzbuch (StGB) van belang. In dit artikel staat:

- ‘I. Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer unbefugt
- 1. das nichtöffentlich gesprochene Wort eines anderen auf einen Tonträger aufnimmt oder
- 2. (...)
- II. Ebenso wird bestraft, wer unbefugt

in dienst neemt, die onbekwaam of onbetrouwbaar is. Daarbij komt, dat bij een lopend gerechtelijk vooronderzoek aanzienlijk werkverzuim dreigt, bijvoorbeeld als gevolg van verhoren door het OM, of als gevolg van de uit § 230 StPO voortvloeiende plicht aanwezig te zijn bij de behandeling ter terechtzitting en in het bijzonder als gevolg van een vrijheidsstraf. Dientengevolge gaat het bij de vraag naar lopende gerechtelijke vooronderzoeken, naast bekwaamheid en betrouwbaarheid van de sollicitant, ook om zijn toekomstige beschikbaarheid. (Hoefs 2001, p. 67).

¹⁹² Indien achteraf blijkt dat de sollicitant in strijd met de waarheid heeft geantwoord, kan dit zelfs een aanvechting van de arbeidsovereenkomst of een ontslag rechtvaardigen op grond van §123, 124 BGB (bedrog) (BAG 20 mei 1999, 2 AZR 320/98). Zie ook 5.4.2.3.

¹⁹³ Schaub, Koch & Linck 2005, p. 202.

¹⁹⁴ Bijgevolg staat de twijfel van de werkgever over de bekwaamheid en betrouwbaarheid op de voorgrond. De verminderde beschikbaarheid van de werknemer speelt doorgaans slechts een marginale rol. Het werkverzuim moet de werkgever in beginsel, in het belang van de strafrechtspleging en in het algemeen belang, op de koop toenemen (Hoefs 2001, p. 68).

¹⁹⁵ Hoefs 2001, p. 68-69.

¹⁹⁶ Hoefs 2001, p. 69.

1. das nicht zu seiner Kenntnis bestimmte nichtöffentlich gesprochene Wort eines anderen mit einem Abhörgerät abhört oder
2. (...)

Op grond van deze bepaling is het de werkgever in beginsel verboden telefoongesprekken van werknemers af te luisteren. De werknemer mag op de strafrechtelijk beschermde vertrouwelijkheid van het (gesproken en geschreven) woord afgaan.¹⁹⁷

Voorts is in verband met de normering van opsporing naar wangedrag via het telecommunicatienetwerk het onderscheid tussen zakelijke en privé-telecommunicatie van belang. Onder telecommunicatie wordt zowel het telefoonverkeer als e-mail- en internetgebruik verstaan. De tot nu toe ontwikkelde regels voor onderzoek naar telefoongebruik worden thans ook op onderzoek naar de nieuwe vormen van telecommunicatie, met name e-mail en internet, toegepast. Dit geldt in het bijzonder voor de regel, dat bij de rechterlijke beoordeling steeds het onderscheid tussen zakelijk en privé-gebruik moet worden gemaakt.¹⁹⁸

De regels van de BDSG (zie de bespreking in 5.3.1.2) en de grondrechten van de werknemer (art. 2 GG en art. 1 GG) normeren de onderzoeksbevoegdheid van de werkgever naar *zakelijk* gebruik door werknemers.¹⁹⁹ Hierbij geldt dat onderzoek naar zakelijke telefoongegevens geen inbreuk vormt op het door het ‘Persönlichkeitsrecht’ beschermde recht op het eigen woord van de werknemer: de inhoud van het gesprek blijft immers buiten het onderzoek.²⁰⁰ Weliswaar wordt het recht op informationele zelfbeschikking geschonden, maar de inbreuk wordt, op grond van het belang van de werkgever bij het in de hand houden van de kosten en het voorkomen van misbruik, evenredig en gerechtvaardigd geacht.²⁰¹ Het afluisteren van zakelijke telefoongesprekken vormt daarentegen altijd een ontoelaatbare inbreuk op zowel het ‘Persönlichkeitsrecht’ van de werknemer, als op zijn grondwettelijke recht op het communicatiegeheim (art. 10 GG). De werknemer heeft ook bij zakelijk gesprekken het recht zelf te bepalen aan wie hij zijn woorden richt. Het belang van de werkgever bij het in de hand houden van de kosten en het voorkomen van misbruik kan deze inbreuk niet rechtvaardigen: dit belang kan de werkgever ook behartigen door alleen onderzoek naar de telefoongegevens te doen (subsidiariteitsbeginsel). Op het verbod tot het afluisteren van zakelijke telefoongesprekken zijn enkele uitzonderingen mogelijk. Allereerst kan de werkgever zakelijke gesprekken in het kader van een opleiding (‘Ausbildungszwecken’) of ter behartiging van zakelijke

¹⁹⁷ Uhmann 2002, p. 81. Zie ook Beckschulze 2003, p. 2783, die wijst op de bepalingen in §201-206 StGB in verband met onbevoegde controle van e-mailverkeer.

¹⁹⁸ Mengel 2004, p. 1445; Beckschulze 2003, p. 2779.

¹⁹⁹ Mengel 2004, p. 1447-1448.

²⁰⁰ Onder telefoongegevens worden onder meer verstaan het de datum, begin- en eindtijd en duur van het gesprek (Mengel 2004, p. 1448).

²⁰¹ Mengel 2004, p. 1448.

controledoeleinden af luisteren. Voorwaarde is dat de werknemer vooraf op de hoogte is gesteld. Verder kan het belang van de werkgever bij het af luisteren van zakelijke gesprekken prevaleren, indien het verkrijgen van de gespreksinhoud vereist is, om een benadeling van het functioneren van het bedrijf te voorkomen. Daarnaast kan het belang van de werkgever tot het verkrijgen van de gespreksinhoud prevaleren, indien sprake is van een noodsituatie, bijvoorbeeld bij de concrete verdenking van strafbare zakelijke gesprekken. Of aan deze voorwaarden is voldaan, dient per individueel geval te worden getoetst. Ze kunnen in ieder geval nooit een routinematige verzameling van gegevens rechtvaardigen.²⁰² Hetzelfde geldt ten aanzien van onderzoek naar gegevens over e-mailgebruik: een langdurige controle, met behulp van spionagesoftware, waarmee iedere toetsaanslag wordt vastgelegd en waarmee regelmatig het monitorbeeld wordt opgeslagen, is zonder toestemming van de werknemer en zonder concrete verdenking, niet toegestaan.²⁰³ Ten aanzien van de controle van e-mailverkeer geldt verder, dat inhoudelijke controle is toegestaan, indien privé-gebruik verboden is. In dat geval behoren de gegevens namelijk niet tot de privé-sfeer.²⁰⁴ Voort zou volgens heersende mening ten aanzien van e-mailgebruik minder behoefte aan bescherming bestaan, dan ten aanzien het ‘gesproken woord’: er vindt geen directe communicatie, maar geschreven communicatie plaats. De werkgever mag de e-mails in beginsel, evenals zakelijke post, inzien en afdrukken.²⁰⁵

De onderzoeksbevoegdheid van de werkgever naar het *privé*-gebruik van het telecommunicatienetwerk (telefoon, e-mail en internet) dient anders te worden beoordeeld. Bij *privé*-gebruik ontstaat tussen werkgever en werknemer een ‘aanbieder-gebruiker’-relatie (‘Providerverhältnis’) in de zin van het ‘Telekommunikationsrecht’. Op wettelijk niveau zijn inmiddels talrijke regeltjes ontstaan ter bescherming van de vertrouwelijkheid van telecommunicatie. Deze regels, waarmee de BDSG als ‘lex specialis’ steeds meer wordt verdrongen, zijn eveneens van toepassing op het *privé*-gebruik van de diensttelefoon. In het bijzonder de ‘Teledienstschutzgesetz’ (TDDSG), de ‘Telekommunikationsgesetz’ (TKG) en de ‘Telekommunikationsdatenschutzverordnung’ (TDSV) zijn op het *privé*-gebruik van de telefoon van toepassing.²⁰⁶ De werkgever die *privé*-

²⁰² Mengel 2004, p. 1449; Beckschulze 2003, p. 2781; Uhmann 2002, p. 80-81.

²⁰³ Beckschulze 2003, p. 2781.

²⁰⁴ Beckschulze 2003, p. 2783.

²⁰⁵ Indien de afzender de post (e-mail) niet als vertrouwelijk kwalificeert, dient hij er rekening mee te houden dat de werkgever de post kan openen en lezen (Beckschulze 2003, p. 2779-2780). Uhmann stelt daarentegen dat de werkgever het recht heeft *steekproefsgewijs* de omvang van het e-mailverkeer te onderzoeken, maar niet de inhoud van de mail mag lezen. Slechts bij een gegronde verdenking is het volgens Uhmann, in het concrete geval, en met inachtneming van de criteria voor onderzoek naar telefoongebruik van werknemers, toegestaan de inhoud van e-mails te onderzoeken (Uhmann 2002, p. 81).

²⁰⁶ Mengel voert in dit verband aan dat het voor de werkgever bijzonder zinvol is de aard en omvang van controle/onderzoeksmaatregelen, en ook de toestemming van de werknemer schriftelijk vast te leggen. Indien de werknemer zijn toestemming heeft gegeven, kan controle van private gesprekken plaatsvinden die verder gaat dan de wettelijk vastgelegde grenzen. Uit het ‘Persönlichkeitsrecht’ en de bescherming van de persoonsgegevens vloeit evenwel een harde kern aan rechtsbescherming

gebruik van de telefoon mogelijk maakt tegen een vergoeding van de kosten, is op grond van de bijzondere regelgeving bevoegd de gegevens over het telefoongebruik te verzamelen. De meeste werkgevers staan privé-gebruik van de telefoon daarentegen kosteloos toe: in dat geval is het verzamelen en opslaan van de gegevens op grond van §86 TKG in beginsel niet toegestaan. De kennisname van de inhoud van een telefoongesprek, en zeker het opslaan of gebruiken van de inhoud van een privé-telefoongesprek van de werknemer, is wegens schending van het ‘Persönlichkeitsrecht’ nooit toegestaan. Een uitzondering is alleen mogelijk op grond van de algemene regel dat de werkgever in een noodtoestand verkeert (zie 5.3.1.1).²⁰⁷

5.3.2 *Onrechtmatig verkregen bewijs*

In het Duitse recht geldt als algemene regel dat onrechtmatig verkregen bewijs in beginsel niet in een procedure kan worden gebruikt. Dit geldt ook in het civiele procesrecht en het arbeidsprocesrecht. Dientengevolge bestaat voor de werkgever tijdens een ontslagprocedure een bewijsverbod, indien hij door middel van onrechtmatige onderzoeksmethoden bewijs over wangedrag van een werknemer heeft verzameld.²⁰⁸ In een aantal zaken voor het BAG en het BverfG komt de (on)bruikbaarheid van onrechtmatig verkregen bewijs aan de orde. Uit deze jurisprudentie blijkt dat met name schending van het ‘Persönlichkeitsrecht’ leidt tot de vraag of het onrechtmatig verkregen bewijs in de civiele procedure kan worden gebruikt. Algemene regel is dat materiaal verkregen in strijd met het ‘Persönlichkeitsrecht’ van de werknemer, in beginsel niet in een procedure kan worden gebruikt.²⁰⁹

voort, op grond waarvan langdurige observatie van de privé-communicatie nooit is toegestaan (Mengel 2004, p. 1449-1452; Beckschulze 2003, p. 2780).

²⁰⁷ Mengel 2004, p. 1450-1451.

²⁰⁸ Mengel 2004, p. 1451; Beckschulze 2003, p. 2782-2783; Umann 2002, p. 81. Hoefs vindt een absolute afwijzing van onrechtmatig verkregen bewijs in een ontslagprocedure te ongedifferentieerd en wijst op een controverse. Enerzijds wordt de werkgever, als gevolg van het toestaan van het onrechtmatig verkregen bewijs, voor de inzet van ontoelaatbare opsporingsmiddelen beloond met de geldigheid van het ontslag. Anderzijds leidt een absoluut verbod tot het gebruik van onrechtmatig verkregen bewijs voor de werkgever tot de onmogelijkheid de arbeidsovereenkomst te beëindigen, zelfs indien de bewijsmiddelen op ondubbelzinnig onrechtmatig handelen, of tot de verdenking van een strafbaar feit leidt. Juist dit laatste kan de arbeidsovereenkomst voor de toekomst zwaar belasten. Deze controverse geeft volgens Hoefs aan dat de vraag naar het toelaten van onrechtmatig verkregen bewijs in een arbeidsrechtelijke procedure (met name bij een ontslag wegens een verdenking) alleen door middel van een belangenafweging kan worden beantwoord. Hij betoogt dat daarbij een parallel met strafprocesrecht moet worden getrokken: daar is een bewijsverbod omstrede, zeker bij bewijsvergaring door particulieren. Voorts dient bij de belangenafweging in ogenschouw te worden genomen of een schending van grondrechten, of slechts een schending van lager recht heeft plaatsgevonden.

²⁰⁹ Zie ook Hoefs 2001, p. 250. Hij wijst er op dat de belangen, tussen het tijdstip van verkrijging van het bewijs en het tijdstip van het gebruik in rechte, kunnen wijzigen. Zo kunnen strafbare gedragingen aan het licht komen, of blijken dat andere opsporingsmethoden ontoereikend zijn, met als gevolg dat de werkgever moet teruggrijpen naar de resultaten uit het onrechtmatige onderzoek. De processuele bruikbaarheid van het bewijs dient dan opnieuw te worden beoordeeld. Daarbij komt het aan op de beginselen van subsidiariteit (kon de werkgever het bewijs op andere, minder ingrijpende wijze verkrijgen) en proportionaliteit (was de methode evenredig aan de te dienen belangen van de

Het antwoord op de vraag of bewijs, verkregen in strijd met het instemmingsrecht van de ondernemingsraad, in een civiele procedure kan worden gebruikt, is volgens Hoefs omstreden. Op grond van het grondwettelijk recht op bewijsvoering is het verkrijgen en gebruiken van bewijs in beginsel toegestaan. Daarentegen is het volgens Hoefs tevens een algemeen rechtsprincipe dat de uitbuiting van een onrechtmatige toestand moet worden afgekeurd, zodat onrechtmatig handelen geen voordeel kan opleveren. Het zou een prikkel tot onrechtmatig handelen zijn, indien de vruchten van dat handelen zouden mogen worden gebruikt. Zou ondanks de afkeurenswaardige wijze van verkrijgen, het gebruik in een procedure mogelijk zijn, dan zou de rechtsorde tegenstrijdig en inconsequent kunnen lijken. Derhalve is de mogelijkheid tot het gebruiken van onrechtmatig verkregen bewijs beperkt. Als regel geldt dat het materiaal niet tot het bewijs kan meewerken, indien dit verkregen is in strijd met het belang dat de geschonden regel beoogde te beschermen. Of in het concrete geval een verbod tot gebruik van onrechtmatig verkregen bewijs bestaat, is

werkgever, zoals art. 12 GG en art. 14 GG). Vervolgens is het aan de werknemer aan te tonen in welke sfeer van het 'Persönlichkeitsrecht' hij is getroffen en hoe zwaar de schending was (Hoefs 2001, p. 249-250). Lingeman & Göpfert gaan in op het door een privé-detective, als gevolg van schending van het 'Persönlichkeitsrecht', onrechtmatig verkregen bewijs. Zij stellen dat de schending van het 'Persönlichkeitsrecht' kan leiden tot ontoelaatbaarheid van het verkregen bewijs. Of dit het geval is, dient te worden beoordeeld aan de hand van een concrete belangenafweging, waarbij met name van belang is of de werkgever met de inzet van de detective slechts heeft willen controleren of de verschuldigde arbeidsprestaties werden geleverd. Uitsluiting van het door een detective verkregen bewijs is in ieder geval aan de orde, indien de detective de werknemer bijzonder hardnekkig achtervolgt, de werknemer bijvoorbeeld bij privé-afspraken schaduwet en daarbij de grenzen van de persoonlijke levenssfeer expliciet overschrijft. De werkgever is verplicht de inzet van de privé-detective te staken, zodra hij van deze situatie kennis neemt. Tot slot speelt in de Duitse rechtspraak, met name bij door privé-detectives verkregen bewijs, de vrije bewijswaardering ex §286 ZPO een belangrijke rol. Het door een detective vergaarde bewijs van een ontslaggrond houdt voor de rechter niet altijd stand: rechters stellen hoge eisen aan de betrouwbaarheid van dit bewijs: 'Für den betroffenen Arbeitnehmer ist gerade der Detektivbericht oft eine "Fundgrube" (goudmijn, *MMK*), um den angeblich kündigungsrelevanten Sachverhalt zu erschüttern.' (Lingemann & Göpfert 1997, p. 375-376, met verwijzing naar BAG 3 april 1986, *Der Betrieb* 1986, p. 2187 en LAG Keulen 14 december 1995, NZA-RR 1996, p. 376, 378). Samengevat gezegd: bij de inzet van een privé-detective ter opsporing van wangedrag, vormt de rechtmatige vergaring en toelaatbaarheid van het bewijs niet per definitie een probleem, maar de bewijswaardering door de rechter, en dientengevolge de bruikbaarheid in een eventuele ontslagprocedure, vormt wel vaak een probleem. Als oorzaak van de onbruikbaarheid van het door privé-detectives verzamelde bewijs, voeren Lingemann & Göpfert 1997, p. 376-377 aan, dat de privé-detectives vaak niet op de hoogte zijn van de voor een ontslag relevante feiten. De oplossing is volgens hen, dat de detective in een zeer vroeg stadium over de omstandigheden die een ontslag rechtvaardigen wordt geïnformeerd. Gelet op de hoge kosten die de inzet van een detective met zich brengen, is het vinden van een oplossing voor dit probleem, voor werkgevers van belang. Bovendien heeft het BAG bepaald dat deze kosten voor vergoeding in aanmerking komen, indien de werkgever, naar aanleiding van een concrete verdenking tegen de werknemer, een detective de opdracht heeft gegeven de werknemer te observeren en wordt bewezen dat de werknemer zich schuldig heeft gemaakt aan opzettelijk handelen in strijd met het contract (BAG 3 december 1985, *BB* 87, 689. Zie ook Schaub, Koch & Linck 2005, p. 465; Uhmman 2002, p. 82). Lingemann & Göpfert wijzen er in dit verband op dat aan de verdenking dermate hoge eisen worden gesteld, dat een werkgever niet kan vertrouwen op de mogelijke vergoeding van de detectiekosten (ex §91 ZPO) (Lingemann & Göpfert 1997, p. 377).

derhalve afhankelijk van het belang dat de geschonden norm beoogde te beschermen.²¹⁰

Uit het voorgaande volgt dat materiaal dat is verkregen in strijd met het instemmingsrecht van de ondernemingsraad ex §87 Abs. 1 BetrVG, *in beginsel* niet tot het bewijs kan meewerken. Een uitzondering bestaat indien het gebruik door prevalerende rechten van de werkgever wordt gerechtvaardigd, of indien het belang dat de geschonden norm beoogde te beschermen niet is geschonden. In BAG 27 maart 2003 (5.3.2.3) komt het gevolg van schending van het instemmingsrecht van de ondernemingsraad ook aan de orde. De overwegingen van het BAG stemmen met het voorgaande overeen: uitsluiting van het bewijs is alleen vereist, indien het collectieve competentierecht is geschonden. Het collectieve competentierecht is immers het ‘belang’ dat het instemmingsrecht ex §87 Abs. 1 BetrVG beoogt te beschermen (zie ook 5.3.1.3).²¹¹

De gevolgen van schending van de bepalingen van de BDSG of andere bijzondere wetten of bepalingen, kwam in de (gevonden) rechtspraak niet expliciet aan de orde. Volgens Hoefs geldt ook bij een schending van deze bepalingen, dat het antwoord op de vraag of het onrechtmatig verkregen bewijs in een ontslagprocedure kan worden gebruikt, afhankelijk is van het belang dat de bepaling beoogde te beschermen. Daarbij dient, evenals bij een schending van het ‘Persönlichkeitsrecht’ een afweging tussen de ernst van de inbreuk en de belangen van de werkgever plaats te vinden.²¹²

5.3.2.1 BVerfG 31 juli 2001

Het BVerfG heeft in een arbeidsrechtelijke zaak uit 2001 bepaald, dat het voorleggen en gebruiken van onrechtmatig verkregen bewijs in een arbeidsrechtelijke procedure, een inbreuk op het ‘Persönlichkeitsrecht’ vormt. In deze zaak had de werkgever bewijs verzameld tegen de werknemer, onder meer door het, zonder toestemming van de werknemer, afluisteren en opnemen van een telefoongesprek tussen de betrokken werknemer en een collega. Uit het bewijs bleek dat de werknemer zich op oneervolle wijze over de directeur had uitgelaten; dit leidde tot ontslag. De opname vormde een zware inbreuk op het ‘Persönlichkeitsrecht’ (het gesproken woord) van de werknemer. Het gebruik van de opname als direct, dan wel indirect bewijs in de civiele procedure, zou dan ook een inbreuk op het ‘Persönlichkeitsrecht’ van de werknemer vormen. Niettemin kon de collega met wie de werknemer het telefoongesprek had gevoerd, wel als getuige worden gehoord.²¹³

²¹⁰ Hoefs 2001, p. 253-254.

²¹¹ Hoefs 2001, p. 254-256 en BAG 27 maart 2003, 2 AZR 51/02.

²¹² Hoefs 2001, p. 256-257.

²¹³ BVerfG 31 juli 2001, 1 BvR 304/01. Zie ook Schaub, Koch & Linck 2005, p. 466. Uit een uitspraak van het LAG Berlin blijkt dat ten aanzien van *geluidsopnamen* iets anders geldt. Het LAG oordeelde dat het verbod tot het gebruik van geheime geluidsopnamen beperkt is tot de persoonlijke levenssfeer. De geluidsopnamen van twee verdachte verkoopsters, gemaakt in de werksfeer, achtte het LAG Berlin op grond van §32 (noodweer) en §34 StGB (noodtoestand) toegestaan. Het LAG achtte van belang dat de werkgever geen andere mogelijkheden had om het bewijs tegen de

5.3.2.2 BVerfG 9 oktober 2002

In oktober 2002 deed het BVerfG een uitspraak inzake de bruikbaarheid van getuigenverklaringen over de inhoud van onrechtmatig afgeluisterde telefoongesprekken.²¹⁴ De lagere instanties hadden de getuigenverklaringen toegelaten tot het bewijs. Het BVerfG oordeelde dat de lagere instanties, als gevolg van het kennismaken en gebruiken van de getuigenverklaringen, het grondwettelijk beschermde recht op bescherming van het gesproken woord, als onderdeel van het ‘Persönlichkeitsrecht’, hadden geschonden. Het BVerfG overwoog hiertoe onder meer het volgende. Het grondwettelijk beschermde ‘Persönlichkeitsrecht’ omvat niet alleen het recht op het eigen ‘beeld’, maar ook het recht op het gesproken woord. De Grondwet ziet derhalve op bescherming tegen het gebruik van heimelijk opgenomen gesprekken, zonder instemming van de gespreksdeelnemers of tegen hun uitdrukkelijke wil in. Het BVerfG wees op de grote betekenis die de rechtsorde aan dit aspect van de bescherming van het ‘Persönlichkeitsrecht’ toekent: het onbevoegd opnemen van niet openbare gesprekken wordt op grond van §201 Abs. 1 nr. 1 StGB met straf bedreigd (zie ook 5.3.1.4). Voorts wees het BVerfG op de mogelijkheid van instemming tot het meeluisteren: het recht op bescherming van het gesproken woord zou niet geschonden zijn, indien de gespreksdeelnemers hadden ingestemd met het meeluisteren door derden. De lagere instanties mochten er in de onderliggende zaken niet vanuit gaan dat expliciete toestemming niet nodig was, of dat stilzwijgende toestemming uit de omstandigheden kon worden afgeleid. Het BVerfG kwam tot de conclusie dat de inbreuk op het ‘Persönlichkeitsrecht’ grondwettelijk niet gerechtvaardigd was. Het overwoog allereerst dat het ‘Persönlichkeitsrecht’ geen onbeperkte gelding heeft. Op grond van art. 2 Abs. 1 GG wordt het ‘Persönlichkeitsrecht’ onder meer beperkt door de formele wetgeving; hiertoe behoren zowel de procesrechtelijke bepalingen over het horen van getuigen (§§373 en verder Zivilprozessordnung (ZPO)), als de bepalingen over de bewijswaardering door de rechter (in het bijzonder §286 ZPO). Of een inbreuk op het grondwettelijke recht gerechtvaardigd was, moest worden vastgesteld naar aanleiding van een afweging van enerzijds het

werkneemsters te verkrijgen. Niettemin gaf het LAG expliciet aan hiermee niet te willen zeggen dat geheime geluidsopnamen in het kader van arbeidsrechtelijke verhoudingen onbeperkt toelaatbaar zijn, of onbeperkt in gerechtelijke procedures te gebruiken zijn. Van belang was dat de werkgever geen andere mogelijkheden had om het bewijs tegen de werkneemsters te verkrijgen (LAG Berlin 15 februari 1988 *Der Betrieb* 1988, p. 1024. Mengel 2004, p. 1448; Lingemann & Göpfert 1997, p. 376). In dat geval doet zich de algemene rechtvaardigingsgrond van §227 Abs. 1 BGB voor: de werkgever bevindt zich in een ‘Notwehrsituation’ of een ‘notwehrähnlichen’ situatie (Mengel 2004, p. 1451). Ook een door een derde, via een bureau-intercom, opgevangen vertrouwelijk gesprek tussen werkgever en werknemer, kan niet in rechte als getuigenbewijs tegen een werknemer worden aangevoerd, indien de werkgever de werknemer te kennen had gegeven dat het om een vertrouwelijk gesprek ging en het onder vier ogen en met gesloten deuren heeft plaatsgevonden (Lingemann & Göpfert 1997, p. 376 met verwijzing naar BAG 2 juni 1982, *Der Betrieb*, p. 1692-1693).

²¹⁴ De uitspraak werd gedaan naar aanleiding van twee bijna identieke zaken over getuigenverklaringen over de inhoud van onrechtmatig afgeluisterde telefoongesprekken (Persmededeling van het BVerfG 31 oktober 2002, nr. 95/2002).

algemene ‘Persönlichkeitsrecht’ en anderzijds de wettelijk beschermde belangen bij gebruik van het bewijs. Een doelmatige rechtspleging en het streven naar materieel juiste beslissingen zijn namelijk ook in het burgerlijk procesrecht belangrijke algemene belangen. Dientengevolge zijn rechters principieel gehouden de door de partijen aangeboden bewijsmiddelen in ogenschouw te nemen, indien en voor zover de feiten dit vereisen. Alleen het belang van een doelmatige straf- en civiele rechtspleging is echter niet voldoende om aan het gebruik van het bewijs steeds een grotere waarde te hechten, dan aan het ‘Persönlichkeitsrecht’.²¹⁵ Aan de hand van de omstandigheden van het geval moet worden vastgesteld welke van de twee belangen in het concrete geval dient te prevaleren: het belang bij bescherming van het ‘Persönlichkeitsrecht’, of het belang bij het gebruik van het bewijsmateriaal in rechte. Ook in een civiel proces kan de situatie zich voordoen, dat het belang bij het gebruik van een bepaald bewijsmiddel bijzondere betekenis heeft voor een van de procespartijen ter verwerkelijking van zijn rechten. In de rechtspraak wordt dit aangenomen voor de gevallen waarin de partij met de bewijslast in een noodsituatie (‘Notwehrsituation’) verkeert (zie ook 5.3.1.1). Alleen het belang bij het verkrijgen van een bewijsmiddel ter onderbouwing van zijn eisen, is echter niet voldoende. In de voorliggende zaak deed zich een dergelijke bijzondere situatie niet voor; de wederpartij kon zich alleen beroepen op zijn belang bij het leveren van bewijs, hetgeen onvoldoende rechtvaardiging oplevert voor een inbreuk op het ‘Persönlichkeitsrecht’.²¹⁶

5.3.2.3 BAG 27 maart 2003

Tot slot kan worden gewezen op een uitspraak van het BAG, welke grote overeenkomst vertoont met het (Nederlandse) arrest ‘L/Wennekes Lederwaren’ (zie 2.6.1 van hoofdstuk 2).²¹⁷ Evenals in het arrest van de Hoge Raad ging het in deze zaak om een werknemster die er van werd beschuldigd geld uit de kassa te hebben gestolen. De werkgever had, na de vaststelling dat zich ongewoon hoge kassaverschillen voordeden, zowel boven de kassa als in de winkel geheime camera’s geïnstalleerd. Op deze camerabeelden was volgens de werkgever te zien dat de betrokken werknemster geld uit de kassa ontvreemde. De werknemster werd met deze beelden geconfronteerd en vervolgens op staande voet ontslagen. Evenals de werknemster in ‘L/Wennekes Lederwaren’, ontkende deze werknemster dat zij geld had gestolen. Voorts voerde ook zij als verweer aan dat de camerabeelden niet als bewijs mochten worden toegelaten: met het maken van de beelden was een onevenredige en dientengevolge ontoelaatbare inbreuk op haar ‘Persönlichkeitsrecht’ gemaakt.

²¹⁵ Ook Hoefs wijst er op dat alleen het belang van een doelmatige rechtspleging het gebruik van onrechtmatig verkregen bewijs in een civiele procedure niet kan rechtvaardigen. De werkgever dient belangen aan te kunnen tonen die, bij een afweging van de wederzijdse belangen, blijken te prevaleren (Hoefs 2001, p. 251).

²¹⁶ BVerfG 9 oktober 2002, 1 805/98.

²¹⁷ BAG 27 maart 2003, 2 AZR 51/02 en HR 27 april 2001, JAR 2001, 95. Zie over cameratoezicht ook BAG 14 december 2004, 1 ABR 34/03 en BAG 29 juni 2004, 1 ABR 21/03.

Bovendien had de ondernemingsraad geen instemming voor het installeren van de camera's gegeven.

Ondanks deze overeenkomsten, kan ook op een aanmerkelijk verschil tussen de uitspraak van het BAG en die van de Hoge Raad worden gewezen: het BAG gaat namelijk, in tegenstelling tot de Hoge Raad in 'L/Wennekes Lederwaren', uitgebreid en gemotiveerd in op de toelaatbaarheid van het, met behulp van een geheime camera verkregen, bewijsmateriaal. Het stelt voorop dat de rechter op grond §286 Abs. 1 ZPO vrij is in de waardering van het bewijs. Het BAG overwoog verder dat de heimelijke verkrijging van de camerabeelden in deze zaak weliswaar een inbreuk op het in art. 2 Abs. 1 GG beschermde algemene 'Persönlichkeitsrecht' vormde, maar dat de onrechtmatig verkregen beelden toch mochten meewerken tot het bewijs. Het BAG baseerde zich op de hierboven weergegeven overwegingen van het BVerfG over de toelaatbaarheid van onrechtmatig verkregen bewijs.²¹⁸ Vervolgens kwam het tot de overweging dat geheime cameraobservatie van een werknemer is toegestaan, indien een concrete verdenking van strafbaar gedrag of ander zwaar wangedrag in het nadeel van de werkgever bestaat, en verder bijna geen ingrijpende middelen ter opheldering van de verdenking zijn gebruikt, de heimelijke cameraobservatie praktisch het enige overgebleven middel vormt en alles bij elkaar niet onevenredig is.²¹⁹ Dientengevolge mochten de lagere rechtelijke instanties de camerabeelden tot het bewijs toelaten. Het BAG achtte bij de belangenafweging relevant, dat, als gevolg van de aanzienlijke kasverschillen, de werknemers die in de buurt van de kassa werkten, waartoe tevens de betrokken werkneemster behoorde, van verduistering werden verdacht. Dat de verdenking bij het eerste heimelijk cameratoezicht niet alleen de betrokken werkneemster betrof, maakte de cameraobservatie niet onevenredig. Het cameratoezicht had tot doel de verdenking tot één persoon terug te brengen. Tegelijkertijd was dit de enige mogelijkheid de overige werknemers uit de kring van verdachten te sluiten. De werkgever had al eerdere, vruchteloze pogingen gedaan om achter de oorzaak van de kasverschillen te komen. Ook openlijk geïnstalleerde camera's leidden niet tot opheldering van de kasverschillen: het betrof heimelijk gedrag. Indien de camerabeelden niet tot het bewijs werden toegelaten, zou de werkgever volgens het BAG tot de consequentie worden gedwongen, dat het jegens hem begane strafbare gedrag onopgehelderd zal blijven. Van de, in zijn eigendomsrecht en bedrijfsuitoefening onrechtmatig getroffen, persoon kon volgens het BAG een niet zo vergaande consideratie met het 'Persönlichkeitsrecht' van de ander worden gevraagd. Dit volgde ook niet uit de rechtspraak van het BVerfG. Verder achtte het BAG van belang dat het eigendomsrecht (art. 14 Abs. 1 S.1 GG) en het recht op ondernemersvrijheid (Art. 12 Abs. 1 GG) eveneens

²¹⁸ BVerfG 9 oktober 2002, 1 805/98.

²¹⁹ Zie ook BAG 27 maart 2003, 2 AZR 51/02; Schaub, Koch & Linck 2005, p. 464-465, p. 1329; Uhmann 2002, p. 80.; Hoefs 2001, p. 241-242. Ook Beckschulze wijst er op dat camerabeelden, verkregen in strijd met het 'Persönlichkeitsrecht', in beginsel niet een civiele procedure als bewijs mogen dienen (Beckschulze 2003, p. 2782).

grondrechtelijke bescherming genieten. Het BAG kwam tot de conclusie dat de inbreuk op het algemene ‘Persönlichkeitsrecht’, als gevolg van de heimelijke cameraobservatie, niet onevenredig was. Het overwoog dat de observatie niet willekeurig gebeurde en het had tot doel een bepaalde verdenking op te helderen. Verder was de observatie beperkt in tijd en beperkt tot de ruimte waarop de verdenking betrekking had. Bovendien vond de observatie plaats in een omgeving waarin de werkneemster er niet op kon rekenen onbespied te blijven. De observatie had geen betrekking op de persoonlijke levenssfeer van de werkneemster, maar op de ruimte waarbinnen ze was onderworpen aan de uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende zeggenschap van de werkgever.

Tot slot stond ook het feit dat de ondernemingsraad mogelijk geen instemming voor de cameraobservatie had gegeven, niet aan toelating van de camerabeelden tot het bewijs in de weg. Het antwoord op de vraag of het overtreden van §87 Abs. 1 nr. 6 BetrVG tot de sanctie van bewijsuitsluiting leidt, kon volgens het BAG in het midden blijven. Het BAG stelde voorop dat het besluit tot installatie van camera’s ter observatie van werknemers op grond van §87 Abs. 1 nr. 6 BetrVG instemmingsplichtig is. Verder kan de schending van het instemmingsrecht van de ondernemingsraad, in de verhouding tussen werkgever en werknemer, tot nietigheid van maatregelen of rechtshandelingen leiden.²²⁰ De vraag of de vertaling van deze regel naar de situatie van bewijs verkregen in strijd met het instemmingsrecht, tot bewijsuitsluiting in de ontslagprocedure leidt, kon in het onderliggende geval in het midden blijven. Het BAG merkte enkel op dat een dergelijke regel niet expliciet uit de wet voortvloeit. Ook uit de beschermingsgedachte van §87 Abs. 1 nr. 6 BetrVG vloeit een dergelijk bewijsverbod in ieder geval niet voort, indien de verkrijging van het bewijs volgens de algemene regels rechtsgeldig was en de ondernemingsraad, met de wetenschap van de heimelijke cameraobservatie, met het ontslag heeft ingestemd. Weliswaar is sprake van schending van het instemmingsrecht van de ondernemingsraad, maar hiermee is volgens het BAG nog niets gezegd over de (gewenste) sanctie. De strekking van §87 Abs. 1 nr. 6 is dat het maken van inbreuk op het ‘Persönlichkeitsrecht’ van de werknemer, als gevolg van de inzet van heimelijke technische observatieapparatuur, alleen met instemming van de ondernemingsraad is toegestaan: het collectieve competentierecht (zie 5.3.1.3).²²¹ Schending van het instemmingsrecht kan derhalve alleen tot uitsluiting van het bewijs leiden, indien het collectieve

²²⁰ Het BAG heeft hier het oog op de ‘Theorie van de noodzakelijke instemming’: maatregelen die de werkgever zonder de vereiste instemming van §87 BetrVG doorvoert, zijn in ieder geval onrechtmatig en nietig, indien ze de werknemer benadelen. Sommigen verbinden reeds aan deze regel de conclusie dat materiaal verkregen in strijd met het instemmingsrecht van de ondernemingsraad, in een procedure uitgesloten is van het bewijs. Anderen achten de ‘Theorie van de noodzakelijke instemming’ niet passend ter onderbouwing van een bewijsverbod (Hoefs 2001, p. 254-255).

²²¹ Met dit collectieve competentierecht wordt extra (collectiefrechtelijke) bescherming van het ‘Persönlichkeitsrecht’ van de werknemer beoogd: §87 Abs. 1 BetrVG moet worden gelezen in het licht van §75 Abs. 2 BetrVG (Hoefs 2001, p. 255).

competentierecht een dergelijke sanctie vereist. Dit was onder voornoemde omstandigheden niet het geval: de ondernemingsraad was op de hoogte van de schending van §87 Abs. 1 nr 6 BetrVG en stemde in met het gebruik van het onrechtmatig verkregen bewijs alsook met het daarop gebaseerde ontslag. De ondernemingsraad heeft daarmee aangegeven zijn rechten niet als geschonden te beschouwen en, in dit concrete geval, met de bewijsgaring in te stemmen.²²²

5.4 Sancties door de werkgever

Indien de werknemer zijn verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst niet, of op gebrekkige wijze nakomt, of zich schuldig maakt aan wangedrag, staan de werkgever, evenals in Nederland, een aantal sancties open. Een aantal van deze sancties kunnen het karakter van een straf hebben.

In deze paragraaf bespreek ik allereerst de mogelijk door de werkgever op te leggen sancties (5.4.1). In 5.4.2 sta ik apart stil bij de belangrijkste sanctie: het ontslag. Gelet op het bijzondere karakter, komt met name de ‘Verdachtskündigung’ uitgebreid aan de orde (5.4.2.1).

5.4.1 De mogelijke sancties

Indien de werknemer de verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst niet nakomt, kan de werkgever bij het Arbeitsgericht de nakoming vorderen. Aan deze vordering kan een eis tot schadevergoeding worden verbonden (§61 Abs. 2 ArbGG).²²³ Verder is de werkgever van zijn verplichting tot betaling van het loon ontheven (§320 Abs. 1 BGB).²²⁴ Bij het niet verrichten van de verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst door de werknemer, is het de werkgever niet toegestaan, de werknemer bij wijze van straf tijdelijk niet tot de werkzaamheden toe te laten (‘Aussperrung’).²²⁵ Had de werknemer geen

²²² BAG 27 maart 2003, 2 AZR 51/02. Zie ook Schaub, Koch & Linck 2005, p. 464-465, p. 1329; Beckschulze 2003, p. 2785; Uhmann 2002, p.80. Zie voor een andere uitspraak van het BAG over cameraobservatie op de werkvloer: BAG 29 juni 2004, 1 ABR 21/03 (zie ook de bespreking van deze uitspraak in het licht van het ‘Persönlichkeitsrecht’: 5.3.1.1). Lingeman & Göpfert wijzen er op dat de werkgever die zonder de instemming van de ondernemingsraad, ex §87 Abs. 1 nr. 1 of §99 BetrVG, een (tijdelijke) bedrijfsdetective invoert, tijdens een eventuele gerechtelijke ontslagprocedure in ieder geval rekening dient te houden met het mogelijke verweer dat het door de detective verzamelde bewijs ontoelaatbaar is. Ook indien uit de schending van het instemmingsrecht geen bewijsverbod voortvloeit, zou het verweer volgens hen in het nadeel van de werkgever kunnen uitpakken (Lingemann & Göpfert 1997, p. 374).

²²³ Schaub, Koch & Linck 2005, p. 408-409 en p. 423; Jacobs 1993, p. 135.

²²⁴ Indien de werknemer zich schuldig maakt aan ‘Schlechtleistung’, is de werkgever in beginsel gehouden het loon door te betalen. Slechts indien de mogelijkheid tot mindering op het loon in een clausule in de arbeidsovereenkomst is opgenomen (een zogenaamde ‘Akkord- of Prämienentlohnung’), is de werkgever gerechtigd op het loon te minderen bij ‘Schlechtleistung’. Van ‘Schlechtleistung’ is sprake indien de werknemer schadelijktig wordt als gevolg van het verkeerd uitoefenen van zijn verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst, bijvoorbeeld door te snel of te langzaam te werken (Schaub, Koch & Linck 2005, p. 429).

²²⁵ Schaub, Koch & Linck 2005, p. 423. ‘Aussperrung’ is het middel dat de vertegenwoordigers van werkgevers bij CAO-onderhandelingen gebruiken om hun eisen af te dwingen. Het is de door een of

rechtvaardigingsgrond voor het werkverzuim, dan kan de werkgever op grond van §275 Abs. 4, §280 Abs. 1 en §283 BGB, in plaats van nakoming van de verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst, een schadevergoeding vorderen.²²⁶ De werknemer heeft de stel- en bewijsplicht van de rechtvaardigingsgrond. De werknemer heeft schuld aan het verzuim, indien hij de werkzaamheden opzettelijk, of als gevolg van nalatigheid, niet heeft verricht (§276 BGB). Op grond van §280 Abs. 1 S. 2 en §286 Abs. 4 BGB bestaat een vermoeden van schuld; de werknemer dient aannemelijk te maken dat de schuld ontbrak. De omvang van de schadevergoeding omvat de verplichting van de werknemer de werkgever in de situatie te brengen waarin hij zou hebben verkeer, indien de werknemer het plichtsverzuim niet had gepleegd (§249 Abs. 1 BGB). De verplichting tot schadevergoeding strandt meestal op het niet kunnen bewijzen van de causaliteit tussen het plichtsverzuim en de schade. De schadevergoedingsvordering van de werkgever kan onder meer gericht zijn op vergoeding van de gederfde winst, vergoeding van de kosten ter vervanging van de betrokken werknemer of de stilstand van machines, maar ook op de voldoening van een contractueel overeengekomen boete wegens het niet op tijd leveren van de arbeidsprestatie. Het is voor de werkgever vaak moeilijk zijn schade te bewijzen. Ter verlichting van de bewijslast in dit soort gevallen, worden zogenaamde ‘Pauschalierungsabreden’ gemaakt. Dit zijn afspraken waarin contractueel wordt vastgelegd dat de werknemer een bepaald bedrag aan schadevergoeding aan de werkgever moet betalen, indien de werknemer contractbreuk pleegt. Met inachtneming van §309 nr. 5 BGB²²⁷ is het toegestaan dergelijke bepalingen in de arbeidsovereenkomst op te nemen.²²⁸

Voorts staat de werkgever nog een aantal sancties ter beschikking, die juist bij wangedrag van de werknemer zouden kunnen worden toegepast.

meerdere werkgevers planmatige uitsluiting van de werkzaamheden van meerdere werknemers, waarmee, onder weigering tot doorbetaling van het loon, wordt getracht bepaalde doelen te bereiken (Schaub, Koch & Linck 2005, p. 1864). Onderscheid kan worden gemaakt tussen ‘Aussperrung’ met schorsende werking en met ontbindende werking. Een ‘Aussperrung’ met ontbindende werking is alleen in uitzonderingsgevallen toegestaan, bijvoorbeeld bij een wilde staking. Na afloop van een ‘Aussperrung’ met schorsende werking dient de werkgever de werknemers weer tot het werk toe te laten, terwijl de werkgever na afloop van een ‘Aussperrung’ met ontbindende werking verplicht tot wederindienstneming van alle werknemers, op grond van een nieuwe arbeidsovereenkomst met dezelfde inhoud als de ontbonden arbeidsovereenkomst (Schaub, Koch & Linck 2005, p. 1882-1883).

²²⁶ Zie ook Jacobs 1993, p. 135. Ook in het geval van ‘Slechtleistung’ kan de werkgever op grond van §280 Abs. 1 BGB schadevergoeding vorderen (Schaub, Koch & Linck 2005, p. 430-434).

²²⁷ Op grond van §309 nr. 5 is het contractueel overeengekomen van een schadevergoedingsom die onder normale omstandigheden de te verwachten schade overstijgt (a), of een contractuele afspraak over schadevergoeding, waarin de wederpartij niet uitdrukkelijk wordt toegestaan te bewijzen dat er geen schade is, of deze aanzienlijk minder is dan de overeengekomen vergoeding, nietig. Deze bepaling is na de hervorming van het wettelijke overeenkomstenrecht ook op de arbeidsovereenkomst van toepassing. (Schaub, Koch & Linck 2005, p. 425).

²²⁸ De werknemer is volgens de heersende opvatting in de literatuur wel gerechtigd in een gerechtelijke procedure te bestrijden dat de contractueel vastgelegde schadevergoeding als schadevergoedingsbedrag representatief is (Schaub, Koch & Linck 2005, p. 422-425).

Achtereenvolgens bespreek ik de ‘Abmahnung’ (5.4.1.1), de ‘Suspendierung’ (5.4.1.2) en de ‘Vertragsstrafen’ en ‘Betriebsbußen’ (5.4.1.3).²²⁹

5.4.1.1 De ‘Abmahnung’

De werkgever kan de werknemer een aanmaning geven: de ‘Abmahnung’ (zie ook 5.2.2.1).²³⁰ De aanmaning is de uitdrukking die wordt gegeven aan de afkeuring van bepaald gedrag, onder de dreiging van ontslag indien het gedrag niet verandert. De ‘Abmahnung’ dient dan ook te worden onderscheiden van de waarschuwing (de ‘Verwarnung’, zie hierover de bespreking van de ‘Betriebsbuße’ in 5.4.1.3). De ‘Abmahnung’ moet de werknemer aan zijn verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst herinneren (herinnerings- en aanmaningsfunctie) en waarschuwen voor de consequenties van verder wangedrag (aankondigings- en waarschuwingfunctie). Daarbuiten wordt aan de ‘Abmahnung’ geen straffunctie toegedicht: de werknemer wordt door de aanmaning niet gestraft, maar aangespoord zich in de toekomst conform de arbeidsovereenkomst te gedragen. Niettemin is een indirecte bestraffende werking van de aanmaning niet uitgesloten.²³¹ Tot slot heeft de aanmaning ook nog een documentatiefunctie: de werkgever dient het verweten gedrag concreet aan te wijzen. Dit is van belang in verband met een eventueel toekomstig ontslag.²³²

De grondslag van de aanmaning is het wettelijk geconcretiseerde evenredigheidsbeginsel: de schuldeiser dient bij wangedrag de schuldenaar door middel van een aanmaning in de gelegenheid te stellen zijn gedrag te veranderen.²³³ Ontslag is het uiterste middel van het arbeidsrecht: daarvan mag alleen gebruik worden gemaakt, indien alle andere mogelijkheden zijn uitgeput (zie ook 5.2.2.1).²³⁴ Ook de aanmaning zelf dient aan het evenredigheidsvereiste te voldoen. Een aanmaning is nietig, indien ze op een geheel te verwaarlozen gebeurtenis volgt.²³⁵ Een aanmaning valt als uitoefening van arbeidsrechtelijk tuchtrecht (‘Rügerechts’) overigens niet onder het instemmingsrecht van de ondernemingsraad.²³⁶

De werknemer kan vorderen dat een onterecht gegeven aanmaning uit zijn personeelsdossier wordt verwijderd.²³⁷ Hetzelfde geldt voor de aanmaning

²²⁹ Over de mogelijkheid tot het passeren voor een periodieke verhoging, het intrekken van emolumenten, functieverlaging met de daarbij horende loonsverlaging of vermindering van vakantiedagen, als arbeidsrechtelijke sancties, heb ik in de door mij geraadpleegde literatuur en rechtspraak niets gevonden.

²³⁰ Zie ook Jacobs 1993, p. 136.

²³¹ Blijkbaar wordt de sanctie van ‘Abmahnung’ in het Duitse arbeidsrecht als een ordemaatregel gezien (zie 3.4.1 van hoofdstuk 3).

²³² Schaub, Koch & Linck 2005, p. 517.

²³³ §281, §314 Abs. 2, §541, §543 Abs. 3, §643, §651e Abs. 2 BGB (Schaub, Koch & Linck 2005, p. 516).

²³⁴ Schaub, Koch & Linck 2005, p. 516.

²³⁵ Schaub, Koch & Linck 2005, p. 518-519.

²³⁶ Schaub, Koch & Linck 2005, p. 523.

²³⁷ De onterechte waarschuwing wordt als een inbreuk op het ‘Persönlichkeitsrecht’ van de werknemer gezien. Bij de beantwoording van de vraag of een werkgever een werknemer terecht een

die niet volgens de formele regels is gegeven, die een onjuiste weergave van de feiten bevat of in strijd met het evenredigheidsbeginsel is. Indien de aantekening van de aanmaning in het personeelsdossier geen beschermenswaardig belang van de werkgever meer dient, heeft de werknemer ook recht op verwijdering uit het personeelsdossier. Bovendien kan de werknemer verlangen dat gebeurtenissen die geen verband hebben met de arbeidsverhouding uit het personeelsdossier worden verwijderd. Dit geldt eveneens voor onjuiste vermeldingen over feiten en ongerechtvaardigde beoordelingen. Tot slot heeft de werknemer op grond van §83 Abs. 2 BetrVG recht op opname van zijn verweer in het personeelsdossier.²³⁸

5.4.1.2 De ‘Suspendierung’

Voorts bestaat ook in het Duitse arbeidsrecht de sanctie van schorsing (‘Suspendierung’). Schorsing is in Duitsland een bijzondere vorm van vrijstelling van de werkzaamheden (‘Arbeitsfreistellung’), met het verschil dat de werkgever de werknemer niet alleen geen werk geeft, maar hem iedere uitoefening van zijn functie, respectievelijk het betreden van het bedrijf, verbiedt.²³⁹ De mogelijkheid tot schorsing vindt zijn begrenzing in het recht van de werknemer op feitelijke tewerkstelling. Het BAG heeft dit recht afgeleid uit het algemene ‘Persönlichkeitsrecht’ ex art. 1 GG en art. 2 GG, §611 en 613 BGB en de bepaling over ‘Treu und Glauben’ in §242 BGB:

‘Die besondere Interessenlage im Arbeitsverhältnis gebietet, daß die Arbeitsleistung nicht nur als ein Wirtschaftsgut, sondern auch als Ausdruck der Persönlichkeit des Arbeitnehmers verstanden wird. Die Nichtberücksichtigung dieser ideellen Interessen des Arbeitnehmers im Dienstvertragsrecht des BGB stellt sich auf dem Boden des Grundgesetzes und seiner in den Art. 1 und 2 getroffenen Wertentscheidung heute als eine Regelungslücke dar, die durch die grundsätzliche Anerkennung eines arbeitsvertragrechtlichen Beschäftigungsanspruchs zu schließen ist.’ (...)
‘Rechtsgrundlage eines Beschäftigungsanspruchs ist daher der Arbeitsvertrag

waarschuwing geeft, gaat het niet om de vraag of het gedrag de werknemer subjectief kan worden verweten: voldoende is dat de werkgever de werknemer een waarschuwing geeft voor een objectieve schending van de plichten uit de arbeidsovereenkomst. Voorts is een waarschuwing onterecht indien deze berust op onjuiste beweringen over de feiten of op een onjuiste juridische beoordeling van het gedrag van de werknemer (Schaub, Koch & Linck 2005, p. 524).

²³⁸ Schaub, Koch & Linck 2005, p. 524-525.

²³⁹ Schaub, Koch & Linck 2005, p. 1109. Met vrijstelling van de werkzaamheden en schorsing hangt het recht de werknemer de toegang tot het bedrijf te weigeren, nauw samen. Zie over het ‘Hausverbot’: K. Hümmerich, ‘Hausverbot bei Kündigung – Kraftmeierei oder Rechtsinstitut?’, *Der Betrieb* 2001-33, p. 1778-1781. Hümmerich overweegt dat het huisrecht van de werkgever wordt begrensd door het recht van de werknemer op feitelijke tewerkstelling. Alleen indien sprake is van beschermenswaardige belangen van de werkgever die in het concrete geval behoren te prevaleren, dient het recht op feitelijke tewerkstelling te wijken voor het huisrecht van de werkgever. Dit is bijvoorbeeld het geval indien een werknemer in een warehouse zich aan diefstal schuldig heeft gemaakt en de werkgever de werknemer op die grond heeft ontslagen wegens een dringende reden. In dit geval heeft de werkgever er een gerechtvaardigd belang bij (de bescherming van zijn eigendom) de werknemer de toegang tot het werk te weigeren.

(§611 BGB), der den Arbeitnehmer gemäß §613 BGB zur persönlichen Dienstleistung für den Arbeitgeber verpflichtet. Der Anspruch beruht unmittelbar auf der sich für den Arbeitgeber aus §242 BGB unter Berücksichtigung der verfassungsrechtlichen Wertentscheidungen der Art. 1 un 2 GG über den Persönlichkeitsschutz ergebenden arbeitsvertraglichen Förderungspflicht der Beschäftigungsinteressen des Arbeitnehmers.²⁴⁰

Het in de rechtspraak algemeen erkende recht op feitelijke tewerkstelling is 'dispositiv'. Dit betekent dat de werknemer rechtsgeldig van het recht op feitelijke tewerkstelling afstand kan doen. Dientengevolge kunnen werknemer en werkgever in een beëindigingsovereenkomst overeenkomen dat de werknemer tot aan het einde van de arbeidsovereenkomst, onder doorbetaling van het loon, van de werkzaamheden wordt vrijgesteld.²⁴¹ De vraag of de werkgever en werknemer reeds bij het sluiten van de arbeidsovereenkomst de mogelijkheid tot schorsing van de werknemer kunnen overeenkomen (ook wel vrijstellingsclausule genoemd), is tot nu toe in rechtspraak en literatuur nog niet volledig uitgekristalliseerd.²⁴² Blijkens enkele uitspraken kan de mogelijkheid tot *vrijstelling* van de werkzaamheden in een CAO of individuele arbeidsovereenkomst worden overeengekomen.²⁴³ Volgens Koch is een vooraf contractueel overeengekomen vrijstelling onbezwaarlijk, mits deze aan behoorlijke voorwaarden is gekoppeld.²⁴⁴ Hoß en Lohr stellen dat eensgezindheid bestaat over de opvatting, dat werkgever en werknemer reeds bij de totstandkoming van de arbeidsovereenkomst overeen kunnen komen, dat de werknemer *in geval van ontslag door de werkgever*, van zijn recht op feitelijke tewerkstelling afstand doet.²⁴⁵ Het is de vraag of dit als een door Koch vereiste behoorlijke voorwaarde kan worden gezien. Overigens zijn zowel Koch, als Hoß en Lohr van mening dat ook bij een grondslag in een rechtsgeldig overeengekomen 'vrijstellingsclausule' in de arbeidsovereenkomst, de schorsing alleen rechtsgeldig is, indien het recht wordt uitgeoefend conform §315 Abs. 3

²⁴⁰ BAG 27 februari 1985, GS 1/84. Reeds in 1955 heeft het BAG voor de eerste keer een recht op feitelijke tewerkstelling aangenomen (BAG 10 november 1955, 2 AZR 591/54). In de hiervoor aangehaalde uitspraak van het BAG uit 1985 erkende het BAG dit recht expliciet: "Der Große Senat tritt der vor nunmehr 30 Jahren begonnenen und seither von allen mit dieser Frage befaßten Senaten fortgesetzten Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts bei, daß der Arbeitgeber grundsätzlich auch verpflichtet ist, seinen Arbeitnehmer vertragsgemäß zu beschäftigen, wenn dieser es verlangt. Rechtsgrundlage eines solchen Beschäftigungsanspruchs des Arbeitnehmers ist das Arbeitsvertragsrecht. Der Anspruch ist abzuleiten aus den §§ 611, 613 BGB in Verbindung mit §242 BGB. Die Generalklauseln des §242 BGB wird dabei ausgefüllt durch die Wertentscheidung der Art. 1 und 2 GG." (BAG 27 februari 1985, GS 1/84, r.o. C I 2). In §242 BGB staat de bepaling over 'Treu und Glauben'. Zie over het recht op feitelijke tewerkstelling ook: Schaub, Koch & Linck 2005, p. 1107-1109; Otto 1997, p. 206; Jacobs 1993, p. 91.

²⁴¹ Hoß & Lohr 1998, p. 2575.

²⁴² Schaub, Koch & Linck 2005, p. 1110; Sibben 1998, p. 1267.

²⁴³ Schaub, Koch & Linck 2005, p. 1110, met verwijzing naar BAG 27 februari 2002, AP 36 en LAG Keulen 20 augustus 1998.

²⁴⁴ Koch geeft echter niet aan om welke voorwaarden het zou moeten gaan (Schaub, Koch & Linck 2005, p. 1110).

²⁴⁵ Hoß & Lohr 1998, p. 2575.

BGB (de uitoefening dient billijk te zijn). Tot slot vloeit uit §307 Abs. 2 nr. 1 BGB voort, dat een vrijstellingsclausule in een door de werkgever opgestelde *standaardovereenkomst*, die de werkgever een onbegrensd en aan geen verdere voorwaarden gekoppeld recht geeft tot onbeperkte vrijstelling van de werkzaamheden, niet is toegestaan. Een dergelijke bepaling zou volgens Koch de werknemer, zonder verdere afweging van belangen, onttrekken aan de uit het algemene ‘Persönlichkeitsrecht’ voortvloeiende rechtsbescherming.²⁴⁶

Een volledige of gedeeltelijke schorsing, zonder een daaraan ten grondslag liggende vrijstellingsclausule in een (arbeids)overeenkomst, is alleen toegestaan indien de beschermenswaardige belangen van de werkgever bij het niet toelaten van de werknemer tot de werkzaamheden, of tot het bedrijf, zwaarder wegen dan het recht van de werknemer op feitelijke tewerkstelling.²⁴⁷ Ten gunste van de betrokken werknemer dient te worden meegewogen dat de schorsing een diffamerende werking heeft. Dientengevolge zijn voor een geldige schorsing dermate zwaarwegende gronden vereist, dat voortzetting van de werkzaamheden niet van de werkgever kan worden gevegd. De gronden hoeven daarentegen niet zo zwaar te zijn, dat zij ook een buitengewoon ontslag kunnen rechtvaardigen. Het gaat immers niet om de beëindiging van de arbeidsovereenkomst, maar om de tijdelijke schorsing.²⁴⁸

Het feit dat, als gevolg van verminderde bedrijvigheid, de werkgever geen werk voor de werknemer heeft, of de omstandigheid dat de werkgever verdere conflicten tussen werknemers wil voorkomen, kunnen de belangenafweging in het voordeel van de werkgever doen uitslaan.²⁴⁹ Verder wegen de belangen van de werkgever doorgaans zwaarder, indien de werknemer zich jegens de werkgever schuldig heeft gemaakt aan strafbare feiten (met name vermogensdelicten), of een andere zware schending van de arbeidsovereenkomst, en de werkgever op grond daarvan een ‘verhaltensbedingt’ ontslag heeft

²⁴⁶ § 307 Abs. 2 nr. 1 luidt: ‘Eine unangemessene Benachteiligung ist im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist.’ Hoß & Lohr zijn daarentegen van mening dat hiertegen geen rechtsbezwaren zijn aan te voeren (Hoß & Lohr 2005, p. 2575).

²⁴⁷ BAG 27 februari 1985, GS 1/84, r.o. C I 3. Zie ook Hoß & Lohr 1998, p. 2575; Jacobs 1993, p. 91. Het recht op feitelijke tewerkstelling is ook nog van kracht gedurende de opzegtermijn, na een ontslaanzaegging (BAG 27 februari 1985, GS 1/84, r.o. C II). Ook in die situatie is een gedwongen vrijstelling van de werkzaamheden alleen dan toegestaan, indien de beschermenswaardige belangen van de werkgever prevaleren. Voorts staat een schorsing niet in de weg aan de mogelijkheid van buitengewoon ontslag. De vrijstelling dient wel bij de belangenafweging in het kader van de beoordeling van het buitengewoon ontslag mee te worden gewogen (BAG 5 april 2001, 2 AZR 217/00, zie ook: Schaub, Koch & Linck 2005, p. 1110).

²⁴⁸ Schaub, Koch & Linck 2005, p. 1110; Hoß & Lohr 1998, p. 2575.

²⁴⁹ Schaub, Koch & Linck 2005, p. 1110.

aangezegd.²⁵⁰ De combinatie van wangedrag en een ontslagaanzegging werken in de belangenafweging ten gunste van de werkgever.²⁵¹

Ook indien de werknemer de arbeidsovereenkomst beëindigt, kan de werkgever een prevalerend belang hebben bij schorsing van de werknemer tot aan het einde van de arbeidsovereenkomst. Dit is bijvoorbeeld het geval indien een werknemer die op grond van zijn functie toegang heeft tot allerlei financiële gegevens van de werkgever, maar niet aan een concurrentiebeding is gebonden, ontslag neemt en aangeeft na zijn aanstelling bij een concurrent te gaan werken.²⁵²

Het recht op loon blijft gedurende een schorsing bestaan.²⁵³ Dit geldt, op grond van de regels voor het schuldeisersverzuim, niet, indien aanvaarding van het aanbod de werkzaamheden te verrichten niet van de werkgever kan worden gevegd, als gevolg van een begane verdragsschending die dermate ernstig was, dat de werknemer niet meer als bereidwillig te beschouwen is.²⁵⁴ Tot slot kan worden opgemerkt dat de ondernemingsraad bij een schorsing geen instemmingsrecht heeft.²⁵⁵

5.4.1.3 De ‘Vertragsstrafen’ en ‘Betriebsbußen’

De tot nu toe besproken mogelijk door de werkgever op te leggen sancties hadden voornamelijk het karakter van ordemaatregelen. Daarnaast bestaan in het Duitse recht twee instrumenten ter naleving van de verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst, die een meer bestraffend karakter hebben: de ‘Vertragsstrafen’ en de ‘Betriebsbußen’.²⁵⁶ Met name de ‘Betriebsbußen’ hebben een strafkarakter.

²⁵⁰ Bij een ‘betriebsbeding’ ontslag kan alleen in uitzonderingsgevallen op basis van economische gronden een rechtsgeldige schorsing worden opgelegd: de werkgever draagt het bedrijfsrisico. Alleen indien de arbeidsprestatie van de werknemer de werkgever geen financieel voordeel, maar alleen extra kosten met zich brengt, kan bij wijze van uitzondering een vrijstelling toegestaan zijn (Hoß & Lohr 1998, p. 2576).

²⁵¹ Schaub, Koch & Linck 2005, p. 1110; Hoß & Lohr 1998, p. 2575.

²⁵² Hoß & Lohr 1998, p. 2576.

²⁵³ BAG 4 juni 1964, 2 AZR 310/63. Partijen kunnen evenwel in een beëindigingsovereenkomst de bepaling opnemen dat de werknemer tot aan het einde van de arbeidsovereenkomst van de werkzaamheden wordt vrijgesteld, zonder behoud van loon. De bepaling in een arbeidsovereenkomst dat de werkgever het recht heeft tot onbetaalde schorsing van de werknemer over te gaan in geval van ontslag, is op grond van §138 en §242 BGB nietig. Een dergelijke bepaling zou namelijk in strijd zijn met de wettelijke ontslagbescherming van de KschG: een schorsing zonder behoud van loon komt neer op een onverwijld ontslag (Hoß & Lohr 1998, p. 2577).

²⁵⁴ Gaat de werkgever over tot een onterechte schorsing, dan raakt hij in schuldeiserverzuim (Schaub, Koch & Linck 2005, p. 1111 en uitgebreid over het schuldeisersverzuim van de werkgever (‘Annahmeverzug’): Schaub, Koch & Linck 2005, p. 932-948).

²⁵⁵ BAG 28 maart 2000, 1 ABR 17/99. Zie ook Schaub, Koch & Linck 2005, p. 1110; Sibben 1998, p. 1267-1268.

²⁵⁶ Koch & Linck 2005, p. 505 e.v. Zie ook Jacobs 1993, p. 136-137. Schaub, Koch & Linck 2005, p. 505, p. 511 noemen daarnaast nog zogenaamde ‘Pauschalierungsabrede’ en de ‘Verwicklungsklauseln’, die van de ‘Vertragsstrafen’ te onderscheiden zijn. In de ‘Pauschalierungsabrede’ worden afspraken gemaakt over de totale kosten van de schadevergoedingseis (zie ook 5.4.1). Een ‘Verwicklungsklausel’ is een afspraak dat onder bepaalde voorwaarden de werknemer zijn recht op loon verbeurt. De loonverbeuring wordt meestal als

'Vertragsstrafen' zijn straffen (geldboeten) die worden afgesproken voor het geval de werknemer zijn verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst niet, of niet behoorlijk, nakomt (§339 BGB-§341 BGB)²⁵⁷. De wetgever heeft de 'Vertragsstrafe' met een tweezijdig doel ontworpen: enerzijds als drukmiddel om de schuldenaar (werknemer) aan de uitvoering van zijn verplichtingen te houden, en anderzijds om de schuldeiser (werkgever) de mogelijkheid van een gemakkelijke schadeloosstelling te geven.²⁵⁸ Een 'Vertragsstrafe' kan in de individuele arbeidsovereenkomst of in een CAO worden overeengekomen. Voorts zijn ook de werkgever en de ondernemingsraad bevoegd een 'Vertragsstrafe' in een ondernemingsovereenkomst te regelen. De boete wordt verbeurd, op het moment dat de werknemer in gebreke is ten aanzien van de verschuldigde prestaties uit de arbeidsovereenkomst. Het in gebreke zijn impliceert de aanwezigheid van schuld. De werknemer heeft de bewijslast van het ontbreken van schuld (§286 Abs. 4 BGB).²⁵⁹

Van de 'Vertragsstrafen' zijn de 'Betriebsbußen' te onderscheiden. De 'Betriebsbußen' beogen niet de aanspraken van de werkgever jegens de werknemer, voortvloeiend uit de arbeidsovereenkomst, zeker te stellen, maar hebben een poenaal (punitief) karakter. De 'Betriebsbuße' beoogt namelijk niet alleen plichtsgetrouw gedrag van de werknemer te stimuleren, maar tevens het begane onrecht te sanctioneren. In tegenstelling tot de 'Vertragsstrafe', ziet de 'Betriebsbuße' niet op de zekerheid van schadevergoeding ten gunste van de werkgever: schadevergoeding is niet aan de orde. Dientengevolge kunnen de 'Betriebsbußen' als pure disciplinaire straffen worden aangemerkt.²⁶⁰

Disciplinaire straffen worden sinds ongeveer honderd jaar in Duitsland toegepast. Destijds vonden ze via de 'Arbeitsschutzgesetz' van 1881 ingang in §134 van de 'Gewerbeordnung' van 26 juli 1900, die inmiddels weer is opgeheven. Ook in §80 Abs. 2 van de 'Betriebsrätegesetz' van 1920 werden ze nog vermeld. Tot slot werden ze uit het regeringsontwerp van de 'Betriebsverfassungsgesetz' van 1952 geschrapt: hun erkenning werd niet als noodzakelijk gezien. Dientengevolge bestaat thans geen uitdrukkelijke

schadevergoeding voor de werkgever of als boete voor de werknemer overeengekomen. In beginsel zijn deze afspraken toegestaan. Met het intreden van de voorwaarde, gaat de vordering van de werknemer teniet. Het is geen vereiste dat de werkgever die een beroep doet op de clausule, daadwerkelijk schade heeft geleden of aanspraak op vergoeding van kosten heeft (Schaub, Koch & Linck 2005, p. 852-853).

²⁵⁷ 'Vertragsstrafen' bestaan meestal uit geldboeten, maar kunnen ook uit andere prestaties bestaan. Ze bestaan §339 luidt: 'Verspricht der Schuldner dem Gläubiger für den Fall, dass er seine Verbindlichkeit nicht oder nicht in gehöriger Weise erfüllt, die Zahlung einer Geldsumme als Strafe, so ist die Strafe verwirkt, wenn er in Verzug kommt. Besteht die geschuldete Leistung in einem Unterlassen, so tritt die Verwirkung mit der Zuwiderhandlung ein.'

²⁵⁸ Schaub, Koch & Linck 2005, p. 506.

²⁵⁹ Schaub, Koch & Linck 2005, p. 507-511.

²⁶⁰ Schaub, Koch & Linck 2005, p. 513.

wettelijke regeling van disciplinaire straffen in de onderneming meer.²⁶¹ Niettemin kan de strafbevoegdheid van de werkgever niet enkel uit de arbeidsovereenkomst worden afgeleid;²⁶² de opvatting, dat het recht tot het opleggen van een 'Betriebsbuße' op het directierecht van de werkgever kan worden gebaseerd, is inmiddels achterhaald. Ook de opstelling van een 'Betriebsbußordnung' op grond van de zeggenschap van de werkgever is niet toegestaan.²⁶³ 'Bußordnungen' (boetebedingen) kunnen alleen in CAO's of in ondernemingsovereenkomsten worden opgenomen. Een bepaling over een 'Betriebsbuße' in een ondernemingsovereenkomst kan op §87 Abs. 1 nr. 1 BetrVG worden gebaseerd: in een regeling over de orde binnen het bedrijf mogen ook bepalingen over mogelijke sancties worden opgenomen.²⁶⁴

Enerzijds onderscheidt de 'Betriebsbuße' zich van de door de overheid op te leggen straffen: de van overheidswege opgelegde straf heeft een preventieve en bestendigende functie ten aanzien van de *openbare* orde. 'Betriebsbußen' zijn daarentegen straffen in het kader van het zelfbestuur van een onderneming en hebben geen functie ten aanzien van de orde in de samenleving: de maatschappelijke orde. Anderzijds zijn ze niet in strijd met het strafrechtsmonopolie van de overheid: naast het strafgezag van de overheid is disciplinair recht toegestaan.²⁶⁵ Bovendien tonen de 'Betriebsbußen' een zekere overeenkomst met de straffen van overheidswege: ze beogen namelijk ook de orde en zekerheid te waarborgen, maar dan *in de onderneming*. 'Betriebsbußordnungen' kunnen naar hun inhoud dan ook alleen sancties op schendingen van de bedrijfsorde bevatten en geen sancties op schending van de arbeidsovereenkomst.²⁶⁶ Voorts is voor het rechtsgeldig opleggen van een 'Betriebsbuße' vereist, dat de 'Bußordnung' op geldige wijze tot stand is gekomen en bekend is gemaakt, de overtredingen voldoende duidelijk genormeerd zijn en de aard en hoogte van de boete duidelijk is geregeld. Een 'Betriebsbuße' die gebaseerd is op een niet rechtsgeldig totstandgekomen 'Bußordnung' is nietig. De omstandigheden die aanleiding kunnen zijn voor een 'Betriebsbuße' dienen abstract geformuleerd en duidelijk omschreven te zijn. Ze mogen niet voor tweeërlei uitleg vatbaar zijn en ze behoren in het bedrijf bekend te worden gemaakt.²⁶⁷ De voornoemde eisen met betrekking tot regeling, omschrijving en bekendmaking van de 'Betriebsbuße' kunnen (mijns inziens) als een verwoording van het legaliteitsbeginsel worden gezien. Verder kan

²⁶¹ Schaub, Koch & Linck 2005, p. 512-513.

²⁶² Schaub, Koch & Linck 2005, p. 505.

²⁶³ Een 'Betriebsbuße' gebaseerd op een ongeldige 'Betriebsbußordnung' is nietig (Schaub, Koch & Linck 2005, p. 515).

²⁶⁴ Schaub, Koch & Linck 2005, p. 513-515.

²⁶⁵ Linck wijst er op dat vanuit arbeidsrechtelijk oogpunt tegen de 'Betriebsbuße' wordt aangevoerd, dat het arbeidsrecht op het contractsbeginsel is gebaseerd, terwijl de 'Betriebsbuße' op het bestaan van een 'Statusverhältnis' berust (Schaub, Koch & Linck 2005, p. 513).

²⁶⁶ BAG 17 oktober 1989, NZA 90, 193.

²⁶⁷ Als voorbeelden kunnen worden genoemd: roken op brandgevaarlijke plekken en eigendomsdelicten. De straf wordt verbeurd op het moment dat de werknemer wederrechtelijk en met schuld de bepalingen van de 'Betriebsbußordnung' schendt (Schaub, Koch & Linck 2005, p. 515).

sprake zijn van de aanwezigheid van een rechtvaardigings- of schuld-uitsluitingsgrond aan de zijde van de werknemer. Bovendien mag een werknemer wegens dezelfde daad niet twee maal worden gestraft: 'ne bis in idem'. De straf dient bovendien op schrift te worden gesteld, zodat deze door de rechter kan worden getoetst. Opvallend is voorts dat (ook) voor het opleggen van een 'Betriebsbuße' een rechtsstatelijke procedure is vereist: de wens van de werknemer te worden gehoord, dient te worden gehonoreerd, evenals de wens te worden vertegenwoordigd door een naaste, iemand van de vakbond of een advocaat. Voor de 'vervolging' tot het opleggen een 'Betriebsbuße' geldt zelfs het opportuniteitsbeginsel: de werkgever en ondernemingsraad kunnen van het opleggen van de straf afzien. Daar komt bij dat het opleggen van een 'Betriebsbuße' onder de rechterlijke controle valt.²⁶⁸ In het kader van de gerechtelijke procedure dienen de rechtmatigheid van de 'Bußordnung' en de gevolgde procedure te worden getoetst.²⁶⁹ Volgens Linck zou het correct zijn dat de rechterlijke controle zich ook tot het feitenonderzoek en de geschiktheid van de straf uitstrekt, aangezien de door middel van een ondernemingsovereenkomst overeengekomen 'Bußordnung' niet de toetsing door een overheidsrechter uitsluit. De werkgever heeft de bewijslast van de rechtmatigheid van de straf en van de gevolgde procedure, de vereisten waaraan een 'strafbaar feit' moet voldoen en de geschiktheid van de straf. De straf wordt door de werkgever ten uitvoer gelegd.²⁷⁰

De 'Betriebsbuße' kan de vorm van een geldboete hebben, maar kan ook bestaan uit een waarschuwing als zelfstandige straf (de 'Verwarnung', te onderscheiden van de 'Abmahnung', zie 5.4.1.1),²⁷¹ of een schriftelijke berisping ('Verweis'). Een openbare berisping op het mededelingenbord is overigens niet toegestaan. De waarschuwing en de berisping zien op sanctionering van schending van de orde in het bedrijf en hebben een strafkarakter. Evenals bij de 'Abmahnung' (zie 5.4.1.1), kan tegen de opname van de waarschuwing of berisping in het personeelsdossier bezwaar worden gemaakt. Voorts dienen ze uit het dossier te worden verwijderd op het moment dat de werknemer zich gedurende lange tijd foutloos heeft gedragen. De hoogte van de boete hoeft niet in de 'Bußordnung' te worden vastgelegd. Een verhoudingsgewijs hoge boete

²⁶⁸ Schaub, Koch & Linck 2005, p. 515.

²⁶⁹ Omstreden is in hoeverre de straf gerechtelijk mag worden getoetst. Eén opvatting is dat de rechterlijke controle zich zou moeten beperken tot de vraag of de straf in de 'Bußordnung' was voorzien en of, gelet op de omstandigheden van het geval, geen sprake is van evidente onbillijkheid (Schaub, Koch & Linck 2005, p. 516).

²⁷⁰ Schaub, Koch & Linck 2005, p. 516.

²⁷¹ Altijd indien een voorbij de waarschuwingfunctie gaande sanctioneringsfunctie wordt nagestreefd, is sprake van een 'Betriebsbuße'. Voorts dient de 'Verwarnung' te worden onderscheiden van de eis ('Verlangen') de verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst in acht te nemen. Hiervan is sprake indien de werkgever, zonder dreiging met eventuele rechtsgevolgen, zich voor de toekomst beroept op de naleving van de individuele en collectieve contractverplichtingen. In dit verband wordt ook van aanmaning gesproken (Schaub, Koch & Linkc 2005, p. 513).

kan door de rechter worden gematigd.²⁷² Als maximumbedrag komt een halve dag loon, en in ernstige gevallen, een hele dag loon in aanmerking.²⁷³ Verder kan de ‘Betriebsbuße’ ook uit het uitsluiten van de werknemer van bedrijfsprivileges (extraatjes) bestaan, zoals vergoeding van bus- of treinkaartjes, en af en toe wordt in de mogelijkheid van een overplaatsing als ‘Betriebsbuße’ voorzien.²⁷⁴

5.4.2 Ontslag als sanctie

Onder bepaalde voorwaarden kan de verdenking van wangedrag, het zich schuldig maken aan wangedrag, en het in voorarrest verblijven of het uitzitten van een gevangenisstraf, een rechtvaardigingsgrond zijn voor ontslag van de betrokken werknemer. Ik bespreek de ‘Verdachtskündigung’ (5.4.2.1), het ontslag wegens een strafbaar feit of ander wangedrag (‘Tatkündigung’) (5.4.2.2) en het ontslag wegens werkverzuim als gevolg van voorarrest of gevangenisstraf (5.4.2.3).

5.4.2.1 De ‘Verdachtskündigung’

Een ‘Verdachtskündigung’ doet zich voor, indien de werkgever het ontslag baseert op de stelling dat de *verdenking* van bepaald strafbaar gedrag, of van een andere ernstige schending van de arbeidsovereenkomst, de voortzetting van de arbeidsovereenkomst voor de werkgever onmogelijk maakt: het voor de voortzetting van de arbeidsovereenkomst noodzakelijke vertrouwen is verstoord.²⁷⁵ De werkgever ontslaat niet op grond van vaststaande en bewezen feiten, maar alleen op grond van het *vermoeden* dat dergelijke omstandigheden zich voordoen.²⁷⁶ Kenmerkend voor een ‘Verdachtskündigung’ is dan ook het ontbreken van bewijs op het moment van ontslag. Desondanks vormt de verdenking van strafbaar gedrag of ander wangedrag een zelfstandige ontslaggrond, welke kan worden onderscheiden van de ‘Tatkündigung’: het ontslag wegens een door de werknemer begaan feit.²⁷⁷ Het antwoord op de vraag

²⁷² In de literatuur bestaat onenigheid over het antwoord op de vraag of de matigingsbevoegdheid op §343 BGB dan wel op §315 BGB moet worden gebaseerd (Schaub, Koch & Linck 2005, p.514).

²⁷³ Omstreden is of de ‘Betriebsbuße’ uit ontslag kan bestaan; deze kwestie wordt door het BAG en het BverfG verschillend beoordeeld (Schaub, Koch & Linck 2005, p. 514 met verwijzing naar BAG 28 april 1982 (ontkennend) en BverfG 11 november 1960 (bevestigend)). Volgens de heersende mening is boete in de vorm van ontslag niet toegestaan, aangezien dit in strijd zou zijn met de wettelijke bepalingen die de werknemer ontslagbescherming bieden (zie 5.2.2.1). De ondernemingsraad heeft op grond van §104 BetrVG wel het recht het ontslag van een ‘betriebsstörender’ werknemer te eisen (Schaub, Koch & Linck 2005, p. 514).

²⁷⁴ Schaub, Koch & Linck 2005, p. 514.

²⁷⁵ BAG 26 maart 1992, 2 AZR 519/61; BAG 3 april 1986, 2 AZR 324/85; BAG 11 april 1985, 2 AZR 239/84. Zie ook Hoefs 2001, p. 55, p. 140.

²⁷⁶ Hoefs 2001, p. 141-142.

²⁷⁷ Voor een ‘Tatkündigung’ is voor de geldigheid van het ontslagbesluit doorslaggevend, of de werknemer, naar de overtuiging van de werkgever, het strafbare feit of de contractsschending daadwerkelijk heeft begaan, en dit tot gevolg heeft dat van de werkgever voortzetting van de arbeidsovereenkomst niet kan worden gevegd (BAG 13 september 1995, 2 AZR 587/94; BAG 14 september 1994, 2 AZR 164/94; BAG 26 maart 1992, 2 AZR 519/6. Zie ook Schaub, Koch & Linck 2005, p. 1397; Hoefs 2001, p. 57-58; Egli 2000, p. 1, 9-10). Overigens staat de werkgever die een

of in het concrete geval sprake is van een ‘Verdachtskündigung’, is afhankelijk van de grond waarop de werkgever het ontslag baseert.²⁷⁸

De meest voorkomende vorm van de ‘Verdachtskündigung’ is het ontslag wegens een verdenking van een strafbaar feit, als gevolg waarvan de werkgever wordt benadeeld.²⁷⁹ Voorbeelden zijn diefstal, verduistering en zaaksbeschadiging. Ook (de verdenking van) een geringe diefstal kan een ontslag rechtvaardigen.²⁸⁰ Daarnaast komen als oorzaken van ‘Verdachtskündigung’ strafbare feiten voor waar de werkgever niet direct schade van ondervindt. Tot deze groep behoren de gevallen waarbij strafbare feiten jegens derden, bijvoorbeeld klanten van de werkgever, worden gepleegd. Voorts kunnen strafbare feiten die buiten het bedrijf plaatsvinden aanleiding voor een ‘Verdachtskündigung’ zijn. Het hoeft dan niet altijd om vermogensdelicten te gaan.²⁸¹

Algemeen aanvaard is dat de ernstige verdenking van een strafbaar feit, of van een zware schending van de verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst, een dringende reden voor een *buitengewoon* ontslag vormt. Voorwaarde is dat de verdenking het voor de voortzetting van de arbeidsovereenkomst noodzakelijke vertrouwen verstoort, of in ander opzicht een ondraaglijke belasting voor de arbeidsverhouding vormt.²⁸² Dit is door het BAG reeds in 1955 erkend.²⁸³ Schuld aan het ontstaan van de verdenking vormt geen geldigheidsvereiste.²⁸⁴

‘Verdachtskündigung’ heeft uitgesproken, materieelrechtelijk niets in de weg om zich gedurende de ontslagprocedure te beroepen op het feit dat het wangedrag een ‘Tatkündigung’ rechtvaardigt (BAG 6 december 2001, 20 AZR 496/00). Andersom kan een ‘Tatkündigung’ niet worden omgezet in een ‘Verdachtskündigung’ (Hoefs 2001, p. 144, zie ook Stahlhacke & Preis 1995, p. 542).

²⁷⁸ Hoefs 2001, p. 54-55. In dit verband wijst Egli op de rechtsonzekerheid voor de werknemer, als gevolg van de vrijheid van de werkgever te kiezen voor een ‘Verdachts-’ dan wel ‘Tatkündigung’ (Egli 2000, p. 93).

²⁷⁹ In dat geval mag de werkgever ook de uitkomst van de strafrechtelijke procedure afwachten; hij verliest dan niet het recht om tot buitengewoon ontslag over te gaan (Schaub, Koch & Linck 2005, p. 1346; Kuip 1993, p. 338).

²⁸⁰ BAG 3 april 1986, 2 AZR 324/85.

²⁸¹ Ook de verdenking van een zuivere contractsschending kan een ontslag rechtvaardigen, maar alleen indien het om ernstig verzuim gaat. Meestal gaat het bij een ‘Verdachtskündigung’ om de verdenking van vermogensdelicten (Schaub, Koch & Linck 2005, p. 1398; Egli 2000, p. 3-6). Voorts kunnen volgens Egli praktisch alle ongewenste handelingen en eigenschappen van een werknemer, zo lang ze niet bewezen zijn, aanleiding zijn tot een ‘Verdachtskündigung’. Als voorbeelden behandelt hij onder meer ziekte of het lidmaatschap van een politieke organisatie. Een andere vraag is volgens hem of deze omstandigheden een ‘Verdachtskündigung’ kunnen rechtvaardigen (Egli 2000, p. 6-9).

²⁸² Werkgevers spreken een ‘Verdachtskündigung’ meestal als buitengewoon ontslag uit (Hoefs 2001, p. 141). Zie bijvoorbeeld BAG 27 maart 2003, 2 AZR 51/02; BAG 13 september 1995, 2 AZR 587/94; BAG 14 september 1994, 2 AZR 164/94; BAG 4 juni 1964, 2 AZR 310/63. Zie ook Schaub, Koch & Linck 2005, p. 1347 en Stahlhacke & Preis 1995, p. 250-254. Dit geldt ook indien de werknemer reeds van de plicht tot het verrichten van de werkzaamheden was vrijgesteld. De vrijstelling dient dan wel bij de belangenafweging in acht te worden genomen (BAG 5 april 2001, 2 AZR 217/00, zie ook *Der Betrieb* 2001-36, p. 1941-1943). Zie over de belangenafweging onder *f*. Overigens kan een verdachtmaking door de werkgever in beledigende vorm, of op lichtvaardige wijze, een reden voor de werknemer zijn tot buitengewoon ontslag over te gaan (Schaub, Koch & Linck 2005, p. 1351).

²⁸³ Hoefs 2001, p. 34, met verwijzing naar BAG 12 mei 1955. Bij alle vroegere uitspraken ontbreekt een nadere beargumentering waarom de verdenking een dringende reden voor ontslag kan vormen. Pas

Niettemin is de mogelijkheid van een ‘Verdachtskündigung’ in de literatuur niet onomstreden: een ‘Verdachtskündigung’ vormt een buitengewoon zware inbreuk op de belangen van de werknemer. Ze kan de eer en goede naam van de werknemer schenden, hem zijn werkplek en de basis voor zijn bestaan wegnemen. Tegelijkertijd staat (nog) niet vast dat de werknemer zich daadwerkelijk schuldig heeft gemaakt aan een strafbaar feit of ander wangedrag. Meerdere schrijvers hebben zich dan ook tegen de mogelijkheid van de ‘Verdachtskündigung’ uitgesproken. Zelfs de voorstanders erkennen de onzekere basis van de ‘Verdachtskündigung’ en zien het gevaar van verkeerde beoordelingen bij onschuldige werknemers: levenservaring leert dat iedereen door een ongelukkige samenloop van omstandigheden verdachte kan worden. Uit deze beoordelingen en de verschillende meningen over de toelaatbaarheid en de voorwaarden, blijkt dat de juridische en dogmatische grondslag van de ‘Verdachtskündigung’ door onzekerheden wordt gekenmerkt.²⁸⁵ Ook het BAG heeft het problematische karakter van een ‘Verdachtskündigung’ erkend.²⁸⁶ In de wetenschap dat bij een ‘Verdachtskündigung’ steeds het gevaar bestaat dat een onschuldige werknemer wordt ontslagen, heeft het BAG aan de toelaatbaarheid hoge eisen gesteld. Het ontslag wegens een verdenking zou anders niet als ‘ultima ratio’ worden ingezet en bijgevolg in strijd met het evenredigheidsbeginsel kunnen zijn.²⁸⁷ Naar algemeen inzicht worden aan een geldige ‘Verdachtskündigung’ de volgende eisen gesteld:

- a. Er moet sprake zijn van een verdenking van een strafbare gedraging of ander ernstig wangedrag. De gedraging dient bovendien, in het geval deze wordt bewezen, een ‘Tatkündigung’ te kunnen rechtvaardigen. Bijgevolg impliceert toetsing van de rechtmatigheid van een ‘Verdachtskündigung’ allereerst de toetsing aan de rechtmatigheid van een ‘Tatkündigung’: alleen gedragingen die een ‘Tatkündigung’

later werd in de rechtspraak geprobeerd de ‘Verdachtskündigung’ een vast kader te geven in de vorm van te stellen voorwaarden. Zie voor een uitgebreide beschrijving van de ontwikkeling in de rechtspraak van het BAG: Hoefs 2001, p. 34-39.

²⁸⁴ Hoefs 2001, p. 36. Anders: LAG Bremen, *Betriebs-Berater* 1976, p. 1560 e.v. Het LAG Bremen is van mening dat een ernstige verdenking van een strafbaar feit geen dringende reden voor een buitengewoon ontslag vormt. Volgens het LAG behoren in de gerechtelijke procedure de rechtsstatelijke beginselen in acht te worden genomen. Op grond hiervan wordt eenieder voor onschuldig gehouden, totdat zijn schuld in rechte is komen vast te staan (te kennen uit Egli 2000, p. 72, noot 262).

²⁸⁵ Dit vormde voor Hoefs aanleiding een dissertatie over de ‘Verdachtskündigung’ te schrijven (Hoefs 2001, p. 27-29).

²⁸⁶ BAG 26 maart 1992, 2 AZR 519/91.

²⁸⁷ BAG 13 september 1995, 2 AZR 587/94. Als gevolg van de strenge eisen die aan een ‘Verdachtskündigung’ worden gesteld, is in die gevallen waarin een ‘Verdachtskündigung’ als geldig wordt beoordeeld, doorgaans altijd sprake van schuld (Hoefs 2001, p. 178). Zie ook Schaub, Koch & Linck 2005, p. 134; Egli 2000, p. 67-68.

rechtvaardigen, kunnen een ‘Verdachtskündigung’ rechtvaardigen (zie 5.4.2.3).²⁸⁸

- b. De verdenking moet kunnen worden onderbouwd door objectieve, aantoonbare feiten, die ook een verstandig en redelijk denkend werkgever tot een ontslag zouden brengen; geruchten of vermoedens zijn onvoldoende.²⁸⁹ De verdenking dient zo ernstig te zijn, dat het voor de voortzetting van de arbeidsverhouding noodzakelijke vertrouwen is verstoord.²⁹⁰ In de meeste gevallen rechtvaardigt de opening van een strafrechtelijk onderzoek tegen de werknemer een ‘Verdachtskündigung’.²⁹¹
- c. De verdenking moet dringend zijn; aan de graad van verdenking worden hoge eisen gesteld. Van een dringende verdenking is alleen sprake, indien na alle door de werkgever getroffen maatregelen ter opheldering van de situatie, een hoge mate van waarschijnlijkheid bestaat dat de werknemer het wangedrag heeft begaan.²⁹²
- d. Uit het evenredigheidsbeginsel en het ‘ultima ratio’ vereiste vloeit voort dat de werkgever in redelijkheid alles behoort te doen wat in zijn vermogen ligt, ter opheldering van de feiten waarop de verdenking is gebaseerd. Komt de werkgever deze verplichting niet na, dan is een ‘Verdachtskündigung’ nietig.²⁹³
- e. Tot de inspanningen ter opheldering van de situatie behoort ook de verplichting tot het horen van de werknemer.²⁹⁴ De werknemer dient de mogelijkheid te krijgen de gronden voor de verdenking weg te nemen, respectievelijk te ontkrachten, en eventueel ontlastende feiten naar voren te brengen. De omvang van de hoorplicht is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Voorts dient het horen van de werknemer op een bepaalde gebeurtenis betrekking te hebben. Deze gebeurtenis dient in ieder geval in zoverre geconcretiseerd te zijn, dat

²⁸⁸ Hoefs 2001, p. 145-146. Geheel in overeenstemming met dit vereiste, stelde het LAG Keulen als eis voor een geldige ‘Verdachtskündigung’ een verband tussen de gedraging waarvan de werknemer wordt verdacht en de werkzaamheden van de werknemer (LAG Köln, *Der Betrieb* 1990, p. 1337, te kennen uit Egli 2000, p. 72 noot 263).

²⁸⁹ BAG 14 september 1994, 2 AZR 164/94; BAG 11 april 1985, 2 AZR 239/84. Uitgebreid Hoefs 2001, p. 168-171.

²⁹⁰ BAG 3 april 1986, 2 AZR 324/85, r.o. II 1a, met verwijzing naar oudere rechtspraak van het BAG. Zie bijvoorbeeld BAG 4 juni 1964, 2 AZR 310/63.

²⁹¹ Schaub, Koch & Linck 2005, p. 1348, met verwijzing naar LAG Köln 31 oktober 1997. Ook indien naar aanleiding van een strafrechtelijk onderzoek kinderporno op de computer van een kleuterleidster worden gevonden, is een ‘Verdachtskündigung’ gerechtvaardigd (Schaub, Koch & Linck 2005, p. 1348, met verwijzing naar LAG Köln 2 juli 1998).

²⁹² Uitgebreid Hoefs 2001, p. 171-178.

²⁹³ BAG 13 september 1995, 2 AZR 587/94; BAG 3 april 1986, 2 AZR 324/85; BAG 11 april 1985, 2 AZR 239/84. Uitgebreid Hoefs 2001, p. 184-209. Gedurende het onderzoek mag de werknemer eventueel worden geschorst, indien dit noodzakelijk is ter verhindering van strafbaar gedrag van de werknemer (Hoefs 2001, p. 208).

²⁹⁴ Aan deze hoorplicht worden formele en materiële eisen gesteld. BAG 13 september 1995, 2 AZR 587/94; BAG 11 april 1985, 2 AZR 239/84. Zie ook Hoefs 2001, p. 37 en p. 185-204; Stahlhacke & Preis 1995, p. 98, p. 195.

de werknemer er wezenlijk op in kan gaan. Verzuimt de werkgever de werknemer voor een ‘Verdachtskündigung’ te horen, dan is het ontslag nietig.²⁹⁵

- f. Blijft een ernstige verdenking bestaan, dan dient te worden vastgesteld of van de werkgever, onder in achtneming van alle omstandigheden van het concrete geval, een voortzetting van het dienstverband kan worden gevegd; de ‘Verdachtskündigung’ dient aan het evenredigheidsbeginsel te voldoen.²⁹⁶ In het kader van de *belangenafweging* dient in het bijzonder rekening te worden gehouden met de ernst van de verdenking, de duur van het dienstverband, de leeftijd van de werknemer, zijn staat van dienst, de plaats van de werknemer in het bedrijf, als ook de bijzondere gevaren die een voortzetting van het dienstverband voor de werkgever met zich kunnen brengen. Het BAG heeft er uitdrukkelijk op gewezen dat voor ogen dient te worden houden, dat een louter op een verdenking gegrond ontslag even discriminerend is als een straf en de betrokkene niet alleen ogenblikkelijk de basis voor zijn bestaan ontnemt, maar tevens het verkrijgen van een nieuwe baan kan bemoeilijken. De werkgever behoort dan ook – voor het uitspreken van het ontslag – alle ontlastende feiten die de werknemer naar voren brengt, te onderzoeken. Zelfs met ontlastende feiten die op het tijdstip van het ontslag al bestonden, maar die de werkgever op dat moment nog niet bekend waren, dient volgens het BAG rekening te worden gehouden.²⁹⁷
- g. De werkgever dient binnen twee weken nadat hij kennis heeft genomen van de feiten voor het buitengewoon ontslag, tot het ontslag over te gaan (§626 Abs. 2 BGB). Deze termijn begint te lopen op het moment dat de werkgever de feiten in zoverre kent, dat hij zich een oordeel over de verdenking, de draagwijdte en gevolgen van de verdenking kan vormen. Indien de verdenking niet voldoende is opgehelderd, mag de werkgever ook de uitkomst van de strafrechtelijke procedure afwachten. Spreekt de werkgever het buitengewone ontslag binnen twee weken na kennisname van de veroordeling uit, dan wordt de opzegtermijn van §626 Abs. 2 BGB niet geschonden.²⁹⁸

²⁹⁵ BAG 11 april 1985, 2 AZR 239/84. Als gevolg van het niet volledig ophelderen van de feiten, is sprake van strijdigheid met het evenredigheidsbeginsel: het ontslag is niet gebruikt als ‘ultima ratio’ (BAG 13 september 1995, 2 AZR 587/94). Dit is slechts anders, indien de werknemer van begin af aan niet bereid is geweest zich over de tegen hem gerezen bezwaren uit te laten, of naar zijn kunnen mee te werken aan de opheldering van de feiten. In dat geval treft de werkgever geen schuld aan het niet-horen van de werknemer (Schaub, Koch & Linck 2005, p. 1348 en p. 1397, met verwijzing naar BAG 26 september 2002).

²⁹⁶ Hoefs 2001, p. 219-223.

²⁹⁷ BAG 14 september 1994, 2 AZR 164/94. Zie ook Schaub, Koch & Linck 2005, p. 1348, p. 1397.

²⁹⁸ BAG 29 juli 1993, 2 AZR 90/93; BAG 3 april 1986, 2 AZR 324/85. Zie ook Schaub, Koch & Linck 2005, p. 1324-1325, met verwijzing naar BAG 27 januari 1972 en BAG 11 maart 1976; Hoefs 2001, p. 223-234; Stahlhacke & Preis 1995, p. 211. Voorts kan de werkgever, indien de gedraging inmiddels is bewezen, na een nietig ontslag wegens een verdenking en na het opnieuw horen van de

Naast deze vereisten dient het ontslag aan de algemene vereisten voor een buitengewoon ontslag te voldoen.²⁹⁹ De werkgever heeft de bewijslast van de aanwezigheid van een verdenking die het ontslag kan rechtvaardigen. Indien de werknemer achteraf onschuldig blijkt te zijn, kan hij met succes een beroep doen op wederindienstneming (zie ook 5.4.2.2 en 5.4.2.3).³⁰⁰ Bovendien is de rechtbank verplicht voor de werknemer ontlastend bewijs gedurende de ontslagprocedure te onderzoeken. Dit geldt ook bij een reeds uitgesproken strafrechtelijke veroordeling. De resultaten uit de strafrechtelijke procedure kunnen volgens de algemene bewijsregels worden gebruikt. Niettemin zijn de civiele rechter, en derhalve ook de arbeidsrechter, niet aan de uitspraak van de strafrechter gebonden.³⁰¹

Veel critici zien in de ‘Verdachtskündigung’ een inbreuk op het onschuldvermoeden. Het verlies van de werkplek als gevolg van een ‘Verdachtskündigung’ is volgens deze critici een ingrijpende strafsanctie, welke onder de beschermingsfeer van het onschuldvermoeden valt: het onschuldvermoeden beschermt de burger tegen bestraffing voordat dat de schuld vaststaat.³⁰² Het onschuldvermoeden is opgenomen in art. 6 lid 2 EVRM (zie ook 2.4.2.3 van hoofdstuk 2); Hoefs wijst er op, dat sommigen menen dat deze bepaling via het leerstuk van de indirecte doorwerking van grondrechten ook in het privaatrecht gelding zou moeten hebben. De strekking en het doel van de onschuldpresumptie gebieden volgens deze schrijvers een bredere toepassing dan alleen in het strafprocesrecht. Volgens Hoefs blijkt echter uit de letterlijke tekst en de context van deze bepaling dat de onschuldpresumptie alleen in het strafrecht geldt: de civiele rechter is niet aan art. 6 lid 2 EVRM gebonden. Niettemin vloeit het onschuldvermoeden volgens Hoefs ook uit het rechtsstaatbeginsel (art. 20 GG) en de menselijke waardigheid voort en kan het algemene ‘Persönlichkeitsrecht’ van een verdachte zijn geschonden (art. 1 GG en art. 2 GG). Bijgevolg kan het onschuldvermoeden, als uitvloeisel van het rechtsstaatbeginsel en de grondrechten, als objectieve waarde betekenis tussen private personen hebben. Critici van de ‘Verdachtskündigung’ wijzen op de inhoudelijke samenhang tussen het onschuldvermoeden en de

ondernemingsraad, tot een ontslag op grond van die gedraging overgaan (Schaub, Koch & Linck 2005, p. 1325 en p. 1398, met verwijzing naar BAG 12 december 1984. Zie ook BAG 3 april 1986, 2 AZR 324/85). Zie ook Kuip: De fatale opzegtermijn van twee weken begint bij een ‘Verdachtskündigung’ te lopen zodra de werkgever met zekerheid kennis heeft gekregen van een zodanig gedeelte van de feiten, dat hij zich een oordeel kan vormen over de verdenking en haar draagwijdte en in staat is te beslissen of de voortzetting van de dienstbetrekking van hem kan worden geveerd (Kuip 1993, p. 338).

²⁹⁹ Zo dient ook voor iedere ‘Verdachtskündigung’ op grond van §102 BetrVG de ondernemingsraad te worden gehoord (zie 5.2.2.3). Schaub, Koch & Linck 2005, p. 1397-1398; Hoefs 2001, p. 53-54, p. 209-219; Egli 2000, p. 67-72.

³⁰⁰ Dit geldt daarentegen niet bij een stopzetting van de strafrechtelijke vervolging. (zie ook 5.4. BAG 20 augustus 1997, 2 AZR 620/96; BAG 4 juni 1964, 2 AZR 310/63.

³⁰¹ BAG 26 maart 1992, 2 AZR 519/61. Zie ook Schaub, Koch & Linck 2005, p. 1348, met verwijzing naar BAG 4 juni 1964 en BAG 26 maart 1992.

³⁰² Hoefs 2001, p. 89, met verwijzingen in de voetnoten naar verschillende schrijvers.

‘Verdachtskündigung’: de ‘Verdachtskündigung’ is een strafsanctie, welke discriminerend en stigmatiserend werkt en kan nog ingrijpender zijn dan een strafrechtelijke (gevangenis)straf. Bovendien zou de rechtsorde zich geen dubbele moraal kunnen veroorloven: op staatsrechtelijk gebied geldt het onschuldvermoeden, maar een extreme maatregel als ontslag zou bij een verdenking reeds mogelijk zijn. Hoefs komt daarentegen tot de conclusie dat het onschuldvermoeden niet aan de ‘Verdachtskündigung’ in de weg staat. Volgens Hoefs pleit het grote onderscheid tussen een overheidsstraf en een ‘Verdachtskündigung’, in structuur en doel, tegen het toekennen van een strafkarakter aan de ‘Verdachtskündigung’. De ‘Verdachtskündigung’ omvat, in tegenstelling tot de straf van overheidswege, geen waardeoordeel. Dientengevolge bestaat volgens hem geen inhoudelijk aanknopingspunt tussen onschuldvermoeden en ‘Verdachtskündigung’.³⁰³ Ook het BAG heeft geoordeeld dat het onschuldvermoeden ex art. 6 lid 2 EVRM niet aan de geldigheid van een ‘Verdachtskündigung’ in de weg staat en voerde ter verklaring het volgende aan:

‘Würde man mit der Anwendung des Art. 6 Abs. 2 MRK³⁰⁴ im Privatrecht ernst machen, so bliebe zudem bis zu einer strafrechtlichen Verurteilung überhaupt keine Kündigungsmöglichkeit, und der Arbeitgeber könnte auf den begründeten Verdacht einer strafbaren Handlung nur mit einer sicherlich zulässigen Suspendierung des Arbeitnehmers reagieren, was dem Arbeitnehmer im Ergebnis eine bezahlte Freistellung bis zum Abschluß des Strafverfahrens verschaffen würde.’³⁰⁵

Tot slot is door de rechtspraak en de meerderheid van de schrijvers ook de mogelijkheid van een *gewone* ‘Verdachtskündigung’ onderschreven.³⁰⁶ Het

³⁰³ Hoefs 2001, p. 90-93. Egli meent dat art. 6 lid 2 EVRM wel degelijk invloed heeft op de rechtmatigheid van een ‘Verdachtskündigung’. In Duitsland is immers de indirecte doorwerking van grondrechten in privaatrechtelijke rechtsverhoudingen erkend. Voorts kan het beginsel van het onschuldvermoeden uit het aan de grondwet ten grondslag liggende rechtsstaatprincipe worden afgeleid. Het beginsel van de onschuldpresumptie dient volgens Egli hoe dan ook als constitutioneel waardeoordeel bij de toepassing en uitleg van vage rechtsbegrippen in het privaatrecht, waaronder de invulling van het begrip ‘dringende reden’, in acht te worden genomen. De rechter dient hier rekening te houden met het onschuldvermoeden, door een onverwijld ontslag alleen dan toelaatbaar te verklaren, indien de voor het ontslag relevante omstandigheden volledig zijn bewezen (Egli 2000, p. 92-93). Verder wijst Egli op de rechtsonzekerheid voor de werknemer, als gevolg van de vrijheid van de werkgever te kiezen voor een ‘Verdachts-’ dan wel ‘Tatkündigung’. Bovendien meent Egli dat in de praktijk helemaal geen behoefte bestaat aan de mogelijkheid van een ‘Verdachtskündigung’. Dit blijkt volgens hem uit het geringe aantal uitspraken van het BAG over de ‘Verdachtskündigung’. Bovendien worden ‘Verdachtskündigungen’ maar zelden geldig geoordeeld. Dientengevolge besluit Egli met de conclusie dat in Duitsland noch een voldoende rechtsgrond, noch een dwingende praktische behoefte aan het rechtsinstituut van de onverwijld ‘Verdachtskündigung’ bestaat, dat wil zeggen aan de verdenking als zelfstandige, dringende reden voor ontslag (Egli 2000, p. 93-94).

³⁰⁴ EVRM (MMK).

³⁰⁵ BAG 14 september 1994, 2 AZR 164/94.

³⁰⁶ Met een ‘gewone’ Verdachtskündigung wordt een gewoon ontslag op grond van een verdenking bedoeld: de werkgever dient de opzegtermijn en de bepalingen van de Kündigungsschutzgesetz in acht te nemen: het ontslag mag niet sociaal ongerechtvaardigd zijn (zie 5.2.2.1).

BAG gaat ervan uit dat als een onverwijld ontslag mag, op grond van het uitgangspunt ‘wie het meerdere mag, mag ook het mindere’, ook een ontslag met inachtneming van de opzegtermijn mogelijk is. Indien het wederzijds vertrouwen door de persoon of het gedrag van de werknemer is verstoord, hetgeen zich met name voordoet indien de werknemer van een bedrijfsdiefstal wordt verdacht, kan een gewoon ontslag gerechtvaardigd zijn.³⁰⁷ In de literatuur is de mogelijkheid van een gewone ‘Verdachtskündigung’ daarentegen omstreden. De tegenstanders menen dat een gewoon ontslag wegens een verdenking niet in de systematiek van §1 Abs. 2 KSchG past.³⁰⁸ degenen die zonder schuld verdachte worden, hebben geen in hun persoon of gedrag gelegen aanleiding voor de verdenking gegeven. Bovendien is in geval van een zware verdenking een buitengewone ‘Verdachtskündigung’ mogelijk. Hoefs meent daarentegen dat wel grond bestaat voor de mogelijkheid van een gewone ‘Verdachtskündigung’:³⁰⁹ in het bijzonder bij een korte opzegtermijn kan uit een afweging van enerzijds de omstandigheden die in het voordeel van de werknemer spreken, en anderzijds de ernst van de verdenking, blijken dat voortzetting van de arbeidsovereenkomst tot aan het einde van de opzegtermijn van de werkgever kan worden gevegd. Dientengevolge bestaat volgens Hoefs een rangorde tussen de gewone en de buitengewone ‘Verdachtskündigung’, waarbij de gewone ‘Verdachtskündigung’ als de mildere maatregel kan worden beschouwd.³¹⁰

5.4.2.2 De ‘Tatkündigung’

Een ‘Tatkündigung’ kan worden gebaseerd op strafbaar gedrag, dan wel ander wangedrag. Ter beantwoording van de vraag of een strafbare gedraging een gewoon dan wel een buitengewoon ontslag kan rechtvaardigen, is van doorslaggevend belang of met de gedraging de verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst zijn geschonden: een ‘verhaltensbedingt’ ontslag is alleen gerechtvaardigd bij schending van de contractsverplichtingen (zie 5.2.2.1). In dit verband wordt in de literatuur onderscheid tussen strafbare gedragingen tijdens

³⁰⁷ Egli 2000, p. 96-97.

³⁰⁸ Het zou gaan om een ontoelaatbare vierde ontslaggrond.

³⁰⁹ Hij behoort daarmee tot de meerderheid van de schrijvers (Egli 2000, p. 97). In de literatuur bestaat verschil van mening over het antwoord op de vraag tot welke categorie de ‘Verdachtskündigung’ hoort. Hoefs meent dat ter vaststelling van de categorie aangesloten moet worden bij de aard van de gedraging waarop de verdenking betrekking heeft (Hoefs 2001, p. 259-262). Volgens Egli behoort de verdenking tot de oorzaken gelegen in de persoon van de werknemer (zie voor het onderscheid tussen een ‘personenbedingt’ en een ‘verhaltensbedingt’ ontslag 5.2.2.1). Ook het BAG heeft zich over het antwoord op de vraag of in het geval van een gewone ‘Verdachtskündigung’ van een ‘verhaltensbedingt’ of een ‘personenbedingt’ sprake is, niet uitgelaten (Egli 2000, p. 97-100).

³¹⁰ Een tegenstrijdige opvatting is bovendien nadelig voor de werknemer. Verder wijst Hoefs op het argument van Preis dat er geen grond voor een buitengewoon ontslag is, indien een gewoon ontslag niet mogelijk is (Hoefs 2001, p. 258-259) (zie ook 5.2.2.2: Een ‘außerordentliche Kündigung’ mag alleen plaatsvinden indien het ontslag niet door een minder bezwarende maatregel, namelijk gewoon ontslag, is te vervangen).

werktijd, en daarbuiten gemaakt.³¹¹ Dit onderscheid vloeit tevens uit de jurisprudentie voort.³¹²

Een algemene plicht dat tijdens werktijd geen strafbare feiten mogen worden gepleegd, bestaat volgens Hoefs niet: een dergelijke plicht zou te ver gaan. Het valt immers niet in te zien welk belang de werkgever erbij heeft, om louter ‘private’ strafbare feiten, die de werknemer toevallig gedurende werktijd begaat en de arbeidsovereenkomst niet beïnvloeden, te voorkomen. Bijgevolg maakt Hoefs verder onderscheid in strafbare gedragingen tegen de werkgever, tegen medewerkers of klanten, tegen onafhankelijke derden of het algemeen belang. Dit onderscheid sluit grotendeels aan bij de jurisprudentie van het BAG. Direct tegen de werkgever gerichte strafbare gedragingen tijdens werktijd vormen doorgaans een schending van de plichten uit de arbeidsovereenkomst: in dat geval rechtvaardigen ze een ‘verhaltensbedingt’, maar meestal ook een buitengewoon ontslag. Niettemin dient ook bij deze strafbare gedragingen een concrete belangenafweging plaats te vinden.³¹³ Bij opzettelijke strafbare handelingen jegens de werkgever kan de voortzetting van de arbeidsovereenkomst echter slechts uiterst zelden en alleen onder zeer bijzondere omstandigheden worden gevegd.³¹⁴ Diefstal, verduistering of heling in het bedrijf van de werkgever rechtvaardigen doorgaans, zonder voorafgaande waarschuwing een ‘verhaltensbedingt’ ontslag, en vaak ook een buitengewoon ontslag.³¹⁵ De waarde van de ontvreemde zaken is niet van belang: ook diefstal van zaken van geringe waarde kunnen de vertrouwensrelatie dusdanig verstoren dat zelfs een buitengewoon ontslag is gerechtvaardigd.³¹⁶ Zo heeft het BAG de diefstal van een stuk taart en van drie kiwi’s als grond voor een buitengewoon ontslag aangemerkt.³¹⁷ Voorts is de werkgever volgens Hoefs op grond van zijn ‘Fürsorgepflicht’ gehouden zijn werknemers te beschermen tegen strafbare gedragingen van medewerkers. Bovendien kunnen deze gedragingen de bedrijfsvrede en de bedrijfsvoering verstoren. Dientengevolge is het werknemers op grond van hun arbeidsovereenkomst verboden tijdens werktijd strafbare gedragingen jegens medewerkers te plegen. Ook strafbare gedragingen jegens klanten kunnen aanleiding tot ontslag zijn. Indien blijkt dat de strafbare gedraging niet jegens de werknemer, medewerkers of klanten is gericht, moet worden getoetst of de gedraging op andere wijze met de werkgever in verband kan worden gebracht. Zo hoeft een werkgever niet te dulden dat een

³¹¹ Hoefs 2001, p. 146-147. Schaub, Koch & Linck 2005, p. 1345 en p. 1395, met verwijzingen naar lagere jurisprudentie.

³¹² Zie bijvoorbeeld BAG 11 december 2003, 2 AZR 36/03 en LAG Berlin 15 december 1989, 2 Sa 29/89.

³¹³ BAG 2 maart 1989, 2 AZR 280/88.

³¹⁴ Een strafbare gedraging (‘Straftat’) jegens de werkgever wordt ruim uitgelegd: in het bijzonder vallen alle direct tegen de persoon, de eer of het lichaam van de werkgever of jegens zijn vermogen gerichte strafbare gedragingen onder het begrip ‘Straftat’ (Hoefs 2001, p. 148-149).

³¹⁵ BAG 11 december 2003, 2 AZR 36/03; BAG 10 februari 1999, 2 ABR 31/98. Zie ook Schaub, Koch & Linck 2005, p. 1345, p. 1395.

³¹⁶ BAG 17 mei 1984, 2 AZR 3/84. Schaub, Koch & Linck 2005, p. 1345.

³¹⁷ BAG 20 september 1984, 2 AZR 633/82. Schaub, Koch & Linck 2005, p. 1395.

werknemer zijn gereedschap, of op het werk verworven kennis, misbruikt voor het plegen van strafbare handelingen tegen een onafhankelijke derde of het algemeen belang. Per concreet geval dient te worden vastgesteld of de werknemer met een dergelijke strafbare gedraging, tevens een verplichting voortvloeiend uit de arbeidsovereenkomst heeft geschonden. Bij de beoordeling is met name van belang of de werknemer met de gedraging de goede naam van het bedrijf heeft geschaad. Van een schending van de arbeidsrechtelijke verplichtingen is in ieder geval geen sprake, indien de strafbare gedraging, behalve het plegen gedurende werktijd, verder geen enkel verband met de arbeidsovereenkomst heeft en de belangen van de werkgever niet schendt. In dat geval kan een strafbare handeling nog wel leiden tot een 'personenbedingt' ontslag, wegens ongeschiktheid voor de functie.³¹⁸

Strafbare handelingen buiten werktijd hebben in beginsel geen betrekking op de arbeidsrelatie en vormen doorgaans dan ook geen rechtvaardiging voor een (buitengewoon) ontslag. Dit kan in twee gevallen anders zijn: enerzijds kunnen strafbare gedragingen buiten werktijd 'außerdienstliche Verhaltenspflichten' schenden en een 'verhaltensbedingt' ontslag rechtvaardigen, anderzijds kunnen ze twijfel oproepen over de geschiktheid van de werknemer voor de functie en een 'personenbedingt' ontslag rechtvaardigen. In het eerste geval is sprake van een 'verhaltensbedingte' reden, indien met het gedrag nevenverplichtingen uit de arbeidsverhouding worden geschonden. In beginsel kan de werkgever echter geen eisen stellen aan het privé-leven van de werknemer. Voorts zien nevenverplichtingen *meestal* niet op gedrag buiten werktijd. Dientengevolge zijn strafbare handelingen buiten werktijd in beginsel niet in strijd met de verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst. Dit is alleen mogelijk indien het handelen in strijd is met (collectief of individueel overeengekomen afspraken over) de nevenverplichtingen van de werknemer. Eisen ten aanzien van het handelen van de werknemer in zijn privé-leven mogen daarentegen alleen worden afgesproken, indien de aard van de arbeidsovereenkomst deze eisen rechtvaardigt. Voorts moet de vraag of strafbaar handelen van de werknemer in strijd is met algemene of bijzonder overeengekomen nevenverplichtingen van de werknemer, worden beantwoord aan de hand van de concrete omstandigheden van het geval. Ter beantwoording van de vraag of strafbaar gedrag buiten werktijd een 'personenbedingte' reden voor ontslag vormt, is de relatie tussen de functie en het werkterrein van de werknemer en de aard van het strafbare feit van doorslaggevend belang. Zo kunnen verkeersdelicten twijfels oproepen over de geschiktheid van

³¹⁸ Hoefs 2001, p. 149-151. Indien de functie van de werknemer het risico in zich draagt bij een verkeersongeval betrokken te raken, valt dit onder het bedrijfsrisico van de werkgever en niet onder de persoonlijke levenssfeer van de werknemer. Veroorzaakt een beroepschauffeur in de uitoefening van zijn werkzaamheden een zwaar verkeersongeval en wordt hij daar strafrechtelijk vervolgd, dan is de werkgever verplicht de rechtsbijstandskosten te vergoeden (BAG 16 maart 1995, 8 AZR 260/94).

een chauffeur voor zijn functie en vermogensdelicten twijfels over de geschiktheid van een kassier voor zijn functie.³¹⁹

Naast strafbaar gedrag kan ook ander wangedrag van een zekere noemenswaardige betekenis een ontslag rechtvaardigen. Het gedrag moet toerekenbaar zijn en de werknemer moet schuld hebben. Als voorbeelden kunnen worden genoemd schending van een alcoholverbod, het onterecht doen van aangifte tegen de werkgever bij de justitiële autoriteiten, voortdurende werkweigering en ander disfunctioneren.³²⁰ De werkgever is bovendien gerechtigd binnen de termijn van twee weken tot buitengewoon ontslag over te gaan, indien als gevolg van het werkverzuim voortzetting van de arbeidsovereenkomst niet kan worden gevegd. In dat geval kan de werkgever tevens schadevergoeding vorderen (§626 Abs. 1 en 2 BGB, zie ook 5.2.2.2).³²¹

Wangedrag dat is gepleegd voor aanvang van de arbeidsovereenkomst kan een ontslag rechtvaardigen. Voorwaarde is dat de werkgever bij het sluiten van de overeenkomst niet op de hoogte was van het gedrag en het gedrag de arbeidsverhouding ernstig belast. Dit gedrag kan geen schending van de verplichtingen voortvloeiend uit arbeidsovereenkomst opleveren, aangezien deze destijds nog niet bestond. Het wangedrag kan wel van belang zijn in verband met de geschiktheid van de werknemer voor de functie.³²² Indien een sollicitant gerechtvaardigde vragen naar eerdere strafrechtelijke veroordelingen in strijd met de waarheid beantwoordt, kan dit later aanleiding zijn voor een ‘verhaltensbedingt’ ontslag (zie 5.3.1.4).³²³

5.4.2.3 Het ontslag wegens werkverzuim als gevolg van hechtenis

Het uitzitten van een (langere) vrijheidsstraf, of een (langdurige) voorlopige hechtenis, kan, afhankelijk van de omstandigheden van het concrete geval, een buitengewoon of gewoon (‘personenbedingt’) ontslag rechtvaardigen.³²⁴ Het voortbestaan van de arbeidsovereenkomst tijdens de hechtenis voert in beginsel niet tot een economische belasting van de werkgever, aangezien hij gedurende

³¹⁹ LAG Berlin 15 december 1989, 2 Sa 29/89. Schaub, Koch & Linck 2005, p. 1345; Hoefs 2001, p. 151-55. Overigens leidt de niet verdere strafrechtelijke vervolging van een wegens verdenking of wegens het strafbare feit ontslagen werknemer niet tot nietigheid van het ontslag, noch tot een recht tot wederindienstneming. Indien de werknemer achteraf onschuldig blijkt te zijn, kan hij wel met succes een beroep doen op wederindienstneming (BAG 20 augustus 1997, 2 AZR 620/96).

³²⁰ Hoefs 2001, p. 156.

³²¹ Zie over de schadevergoeding Schaub, Koch & Linck 2005, p. 424-425. ‘Slechtleistung’ kan een grond zijn voor gewoon ontslag en, bij wijze van uitzondering, ook voor buitengewoon ontslag (Schaub, Koch & Linck 2005, p. 430).

³²² Hoefs 2001, p. 159. Hoefs gaat daarnaast ook nog in op pogingen tot strafbare handelingen en de voorbereiding van strafbaar gedrag en plichtsverzuim als grond voor ontslag (Hoefs 2001, p. 159-165).

³²³ Schaub, Koch & Linck 2005, p. 1349.

³²⁴ BAG 15 november 1984, 2 AZR 613/83. Hoefs 2001, p. 58. Hij knoopt aan bij § 72 Abs. 1 Nr. 3 HGB (Handelsgesetzbuch) a. F. Ondanks het feit dat de gevangenisstraf het privé-leven van de werknemer betreft, komt deze tevens als ontslaggrond in aanmerking, omdat ze de verschuldigde arbeidsprestatie onmogelijk maakt (BAG 9 maart 1995, 2 AZR 497/94). Zie ook Schaub, Koch & Linck 2005, p. 1346.

deze periode is ontheven van de verplichting het loon door te betalen.³²⁵ Een ontslag kan daarentegen gerechtvaardigd zijn, omdat de werknemer als gevolg van de hechtenis voor een niet onaanzienlijke tijd verhinderd is de bedongen werkzaamheden te verrichten.³²⁶ Ter rechtvaardiging van een ontslag moet het werkverzuim, wegens verstorend van de bedrijfsvoering, concreet nadelige gevolgen voor de arbeidsverhouding hebben. Bovendien mogen voor de werkgever geen redelijke overbruggingsmogelijkheden bestaan, zoals het inzetten van een uitzendkracht, tijdelijke reorganisatie van de uitvoering van de werkzaamheden of tijdelijke invoering van overuren. Niettemin worden van de werkgever, vanwege de eigen verantwoordelijkheid van de werknemer, minder inspanningen ter overbrugging van het verzuim verlangd, dan bij verzuim wegens ziekte. Houdt het aan de gevangenisstraf ten grondslag liggende strafbare feit geen verband met de arbeidsovereenkomst, zodat het feit zelf niet als ontslaggrond in aanmerking zou komen, dan is de werkgever gehouden tot aan de grenzen van het redelijke mee te werken aan de invrijheidsstelling van de werknemer en het voorkomen van een ontslag. Bijgevolg wordt het de werknemer mogelijk gemaakt aan de verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst te voldoen. Deze verplichting van de werkgever vloeit tevens uit zijn 'Fürsorgepflicht' voort, welke plicht als uitvloeisel van de in §242 BGB neergelegde gedachte van 'Treu und Glaubens' de inhoud van de arbeidsovereenkomst mede bepaalt. Daar tegenover staat dat de werknemer op grond van zijn 'Treuepflicht' gehouden is tijdig open kaart te spelen, opdat de werkgever op grond van de daadwerkelijke omstandigheden een belangen- en risicoafweging kan maken. Indien de werknemer verzuimt de werkgever op de hoogte te stellen van het strafbare feit, het strafrechtelijk onderzoek, of de hechtenis, of de werknemer misleidt de werkgever daaromtrent, is de werkgever niet verplicht mee te werken aan de invrijheidsstelling van de werknemer. Hetzelfde geldt indien de invrijheidsstelling van de werknemer tot nadelige gevolgen voor klanten of andere werknemers kan leiden.³²⁷

Bij een ontslag wegens voorlopige hechtenis is in het bijzonder van belang waar de werkgever het ontslag op baseert: op het verzuim wegens hechtenis, of op de verdenking van een strafbaar feit ('Verdachtskündigung'). In het laatste geval dient een verband te bestaan tussen het strafbare feit en de arbeidsovereenkomst (zie 5.4.2.3).³²⁸ Voorts is bij een ontslag wegens verzuim als gevolg van voorlopige hechtenis van belang of, op het moment van het ontslag, zekerheid bestaat over het antwoord op de vraag of, en wanneer de

³²⁵ BAG 15 november 1984, 2 AZR 613/83. Zie ook Schaub, Koch & Linck 2005, p. 1371; Hoefs 2001, p. 59.

³²⁶ Het te verwachten werkverzuim wegens een gevangenisstraf van twee en een half jaar, wordt als niet onaanzienlijk beschouwd (BAG 9 maart 1995, 2 AZR 497/94).

³²⁷ BAG 9 maart 1995, 2 AZR 497/94. Zie ook Schaub, Koch & Linck 2005, p. 1346 en Hoefs 2001, p. 59.

³²⁸ Bij een dergelijke 'Verdachtskündigung' is het problematisch of de voorlopige hechtenis alleen voldoende is voor de voor een 'Verdachtskündigung' vereiste graad van verdenking (Hoefs 2001, p. 60).

werknemer op het werk kan terugkeren. Onzekerheid over de inzetbaarheid van de werknemer is voor de werkgever extra belastend in verband met de inzet van uitzendkrachten. Voorts spelen volgens rechtspraak en literatuur de aard en omvang van de gevolgen voor het bedrijf een belangrijke rol. Indien een werkgever de uitkomst van een strafrechtelijk onderzoek afwacht, verspeelt hij daarmee niet zijn recht op het geven van ontslag.³²⁹

Hoefs wijst er op dat de gelijkstelling van ontslag wegens verzuim als gevolg van voorlopige hechtenis en ontslag wegens verzuim als gevolg van een gevangenisstraf, problematisch is: terwijl aan een gevangenisstraf – afgezien van de uitzonderlijke situatie van een onterechte strafrechtelijke veroordeling – schuld aan een strafbare gedraging ten grondslag ligt, kan ook een onschuldige in voorlopige hechtenis verblijven. Uit lagere jurisprudentie blijkt niettemin dat voor de geldigheid van een ontslag niet van belang is of de werknemer schuld heeft aan de voorlopige hechtenis. Zelfs voor een buitengewoon ontslag is de schuld van de werknemer geen dwingend vereiste. Voorts zou §112 Strafprozeßordnung het gevaar minimaliseren dat een onschuldig iemand in voorlopige hechtenis wordt genomen. Indien overigens na een rechtmatig ontslag wegens langdurende voorlopige hechtenis blijkt dat de werknemer onschuldig is, en dat hij onterecht in voorlopige hechtenis heeft gezeten, dan behoort een verzoek tot wederindienstneming te worden gehonoreerd.³³⁰

5.5 Het klachtrecht van de werknemer

In §84 BetrVG tot en met §86 BetrVG staat het individuele klachtrecht van de werknemer geregeld. Op grond van §84 Abs. 1 BetrVG heeft iedere werknemer,

³²⁹ BAG 22 september 1994, 2 AZR 719/93; BAG 15 november 1984, 2 AZR 613/83. Zie ook Schaub, Koch & Linck 2005, p. 1346 en Hoefs 2001, p. 59.

³³⁰ Dit geldt niet bij alleen de stopzetting van de strafrechtelijke vervolging. BAG 20 augustus 1997, 2 AZR 620/96. Zie ook Hoefs 2001, p. 61, met verwijzing naar lagere jurisprudentie. Hoefs wijst tevens op het recht op schadevergoeding ten laste van de Staat wegens onschuldig ondergane voorlopige hechtenis (§ 2 Abs. 1 Gesetz über die Entschädigung für Strafverfolgungsmaßnahmen). Volgens § 7 Abs. 1 StrEG vergoedt de Staat alleen vermogensschade, die direct als gevolg van de voorlopige hechtenis is ontstaan. Schade die ook zonder de strafprocesrechtelijke maatregel was ingetreden, komt volgens § 7 Abs. 4 StrEG niet voor vergoeding in aanmerking. De vermogensschade als gevolg van een ontslag, komt op grond van § 7 Abs. 1 StrEG dan ook alleen voor vergoeding in aanmerking, indien de werkgever op grond van de voorlopige hechtenis tot ontslag overgaat. De vereiste samenhang is alleen aanwezig, indien de werkgever het ontslag baseert op de verminderde inzetbaarheid van de werknemer als gevolg van de voorlopige hechtenis. Dientengevolge is schadevergoeding voor het verlies van een arbeidsovereenkomst als gevolg van een onschuldig ondergane voorlopige hechtenis, op grond van § 2 Abs. 1 StrEG alleen aan de orde indien de werkgever het ontslag heeft gegrond op het werkverzuim en de nadelige gevolgen van de voorlopige hechtenis voor de bedrijfsvoering. Gaat het daarentegen om een ‘Verdachtskündigung’ (omdat de werkgever als gevolg van de aanhouding en voorlopige hechtenis een ernstige verdenking van een strafbaar feit jegens de werknemer heeft gekregen), dan heeft de, onschuldig in voorlopige hechtenis gezeten, werknemer geen recht op schadevergoeding op grond van §§ 2 Abs. 1, 7 Abs. 1 StrEG. In dat geval is de verdenking de doorslaggevende ontslaggrond, en de onterecht ondergane voorlopige hechtenis hoogstens de prikkel (Hoefs 2001, p. 61-62).

die zich door de werkgever of een andere werknemer benadeeld of onrechtmatig behandeld voelt, of zich op andere wijze benadeeld voelt, het recht bij de bevoegde instantie binnen het bedrijf, een klacht in te dienen. De betreffende werknemer kan ter ondersteuning en bemiddeling een lid van de ondernemingsraad erbij betrekken. Dit lid heeft geen zwijgplicht, bovendien bestaat ook geen recht op anonieme behandeling van de klacht. Niettemin vloeit uit het algemene 'Persönlichkeitsrecht' van de werknemer een plicht tot het vertrouwelijk behandelen van de klacht voort.³³¹ De werknemer kan de klacht direct bij de werkgever neerleggen (de direct leidinggevende), maar mag de klacht ook bij de ondernemingsraad indienen (§85 BetrVG).³³² De klacht is vormvrij en niet aan een bepaalde termijn gebonden. Aangezien het om een individueel recht gaat dat uit de arbeidsovereenkomst voortvloeit, is het ook van toepassing binnen bedrijven zonder ondernemingsraad. Het indienen van bezwaar bij externe instanties is doorgaans pas mogelijk op het moment dat alle interne bezwaarmogelijkheden zijn uitgeput. Onderwerp van de klacht is de bewering van een werknemer dat hij zich in zijn individuele positie benadeeld voelt.³³³ Voorbeelden van onderwerpen voor bezwaar zijn: arbeidsomstandigheden, seksuele intimidatie, een onterecht gegeven aanmaning ('Abmahnung', zie 5.4.1.1), belediging, treiteren en vernederen door andere werknemers, pesten op het werk en ongelijke behandeling. Op grond van §84 Abs. 2 BetrVG is de werkgever verplicht de werknemer over de behandeling van het bezwaar te informeren, en, bij gegrondbevinding van de klacht, met een oplossing te komen. De werknemer heeft daarentegen alleen een recht op onderzoek naar de klacht, maar geen recht op een oplossing. Bij afwijzing van de klacht dienen de wezenlijke gronden voor afwijzing in ieder geval te worden medegedeeld. Acht de werkgever de klacht gegrond, dan is hij op grond van zelfbinding verplicht een oplossing aan te dragen, althans voor zover dat in zijn invloedssfeer ligt. Voorts gaat de werkgever door middel van het gegrond bevinden van de klacht een contractuele verplichting aan, waaruit een recht van de werknemer ontstaat. Indien de behandeling van de klacht langere tijd in beslag neemt, dient de werknemer mondeling of schriftelijk een voorlopige beslissing te worden gegeven. Ook de beslissing op de klacht is vormvrij en niet aan een termijn

³³¹ Henssler, Willemsen & Kalb 2004, §84 Abs. 1 BetrVG, aant. 16.

³³² Daarnaast hebben werknemers die ongewenste intimiteiten op de werkplek ondervinden, door de werkgever, door een meerdere, een andere werknemer of een derde, op grond van de 'Gesetz zum Schutz der Beschäftigten vor sexueller Belästigung am Arbeitsplatz' (BeschSchG) een individueel klachtrecht bij de bevoegde instantie binnen de onderneming. De werkgever of de bedrijfsleider moet het bezwaar onderzoeken en gepaste maatregelen treffen om de voortzetting van het vastgestelde ongewenste gedrag te beëindigen (§3 BeschSchG). Aangezien de in §84 BetrVG vastgelegde bepaling een lid van de ondernemingsraad erbij te betrekken niet in de BeschSchG is opgenomen, is het uit tactisch oogpunt aan te raden alle denkbare bezwaren in te dienen, zodat alle mogelijkheden kunnen worden benut (Henssler, Willemsen & Kalb 2004, §84 Abs. 1 BetrVG, aant. 3).

³³³ Het gaat om het subjectieve standpunt van de werknemer: of het verlangen van de werknemer dat de situatie wordt beëindigd objectief kan worden onderbouwd, doet voor de gegrondheid van de klacht niet ter zake. Van belang is dat de betrokken werknemer het gevoel heeft dat hij wordt benadeeld (Henssler, Willemsen & Kalb 2004, §84 Abs. 1 BetrVG, aant. 8).

gebonden. Indien geen termijn is overeengekomen, heeft de werknemer er recht op dat binnen een passende termijn op de klacht wordt gereageerd. In abs. 3 van §84 BetrVG is een benadelingsverbod opgenomen: de werknemer die een klacht heeft ingediend, mag naar aanleiding daarvan niet worden benadeeld. Onder benadeling wordt bijvoorbeeld de vermindering van geldelijke aanspraken en een ontslag verstaan. Alle benadelingshandelingen, dus ook een ontslag, zijn nietig.³³⁴ Zelfs indien achteraf blijkt dat de klacht onterecht was ingediend, zijn benadelingshandelingen verboden. Niettemin kan een ontslag gerechtvaardigd zijn, indien een volkomen ongegronde en ernstige beschuldiging tegen de werkgever of een leidinggevende werd ingediend.³³⁵

Op grond van §85 BetrVG heeft de werknemer ook het recht een klacht in te dienen bij de ondernemingsraad. De regelingen van §84 BetrVG en §85 BetrVG kennen geen rangorde. Dientengevolge kan de werknemer zelf kiezen welke weg hij neemt: direct naar de ondernemingsraad stappen, of eerst het individuele klachtrecht bij de werkgever op grond van §84 BetrVG (vruchteloos) benutten, om vervolgens alsnog naar de ondernemingsraad te gaan. De werknemer kan de klacht bovendien gelijktijdig zowel bij de werkgever als bij de ondernemingsraad indienen. Op grond van het eerste lid van §85 behoort de ondernemingsraad de klacht van de werknemer in ontvangst te nemen en, indien zij de klacht gegrond acht, bij de werkgever op een oplossing aansturen. Ook voor het indienen van een klacht bij de ondernemingsraad bestaat geen vormvoorschrift of een termijn. De ondernemingsraad dient de klacht op haar feitelijke gegrondheid te onderzoeken en plichtsgetrouw door middel van een besluit te oordelen. De behandeling van de klacht door de ondernemingsraad kan tot twee gevolgen leiden. De ondernemingsraad kan de klacht ongegrond bevinden. In dat geval licht de ondernemingsraad de betrokken werknemer onder opgave van redenen in. De werknemer heeft dan het recht de klacht opnieuw in te dienen, bij de ondernemingsraad, of bij de werkgever. Acht de ondernemingsraad de klacht wel gegrond, dan dient zij bij de werkgever op een oplossing aan te sturen.³³⁶ Overigens mag ook het indienen van een klacht bij de ondernemingsraad niet tot benadeling van de betrokken werknemer leiden.³³⁷

Voorts dienen werkgever en ondernemingsraad over de gegrondheid van een klacht overleg te voeren. Uit §84 BetrVG en §85 BetrVG vloeit voort dat de werkgever bij gegrondbevinding van de klacht verplicht is de klacht te verhelpen en de werknemer in te lichten over de gerechtvaardigdheid van de klacht (§84 Abs. 2 BetrVG). De ondernemingsraad dient op grond van §85 Abs. 3 BetrVG eveneens over de behandeling en gegrondbevinding van de klacht te worden geïnformeerd. Zoals gezegd heeft de werknemer bij gegrondbevinding van de klacht aanspraak op een oplossing. De werknemer heeft daarentegen

³³⁴ BAG 11 maart 1982, 2 AZR 798/79.

³³⁵ Henssler, Willemsen & Kalb 2004, §84 Abs. 1 BetrVG, aant. 9 tot en met 23.

³³⁶ Henssler, Willemsen & Kalb 2004, §85 Abs. 1 BetrVG, aant. 1 tot en met 12.

³³⁷ Henssler, Willemsen & Kalb 2004, §85 Abs. 1 BetrVG, aant. 31.

geen recht op een bepaalde maatregel: de werkgever bepaalt de aard en wijze van de oplossing. Met het gegrond verklaren van de klacht door de werkgever, wordt de klachtprocedure afgesloten.³³⁸

De beraadslagingen tussen werkgever en werknemer leiden niet automatisch tot een oplossing door de werkgever. Zo kunnen ondernemingsraad en werkgever tot de conclusie komen dat de klacht ongegrond is. In dat geval dient de werknemer onder opgave van redenen te worden ingelicht en is de klachtprocedure afgesloten. Komen ondernemingsraad en werkgever niet tot overeenstemming over de gegrondheid van de klacht, dan kan (alleen) de ondernemingsraad de 'Einigungsstelle'³³⁹ erbij betrekken (§85 Abs. 2, S. 1 BetrVG). De bevoegdheid van de 'Einigungsstelle' beperkt zich tot beslissingen over procedurele meningsverschillen. De 'Einigungsstelle' is niet bevoegd te oordelen over rechtsvorderingen (§85 Abs. 2, S. 3 BetrVG). Voor het geldend maken van rechtsvorderingen staat voor de werknemer de weg naar de arbeidsrechter open.³⁴⁰ Het besluit van de 'Einigungsstelle' vervangt de ontbrekende overeenstemming tussen de werkgever en de ondernemingsraad (§85 Abs. 2 S. 2 BetrVG). De 'Einigungsstelle' neemt geen beslissingen over de te nemen maatregelen. Acht de 'Einigungsstelle' de klacht gegrond, dan ontstaat voor de werknemer jegens de werkgever het recht op een oplossing. De werkgever

³³⁸ Henssler, Willemsen & Kalb 2004, §85 Abs. 1 BetrVG, aant. 13 tot en met 15.

³³⁹ Ter oplossing van meningsverschillen tussen de werkgever en de ondernemingsraad, centrale ondernemingsraad of concernondernemingsraad, kan desgewenst op grond van §76 BetrVG een 'Einigungsstelle' in het leven worden geroepen. Bij ondernemingsovereenkomst kan een vaste 'Einigungsstelle' worden opgericht (§76 Abs. 1 BetrVG). De 'Einigungsstelle' bestaat uit een gelijk aantal bijzitters, die voor de helft door de werkgever en voor de andere helft door de ondernemingsraad worden benoemd, en een onpartijdige voorzitter, over wiens persoon beide partijen het eens moeten zijn. Worden werkgever en ondernemingsraad het niet eens over de persoon van de voorzitter, dan wordt deze door het Arbeitsgericht benoemd. Het Arbeitsgericht beslist ook over het aantal bijzitters, indien werkgever en ondernemingsraad het hier niet over eens kunnen worden (§76 Abs. 2 BetrVG). De uitspraak van een 'Einigungsstelle' vervangt de ontbrekende overeenkomst tussen werkgever en ondernemingsraad: dientengevolge heeft deze uitspraak het rechtskarakter van een ondernemingsovereenkomst. De voorzitter van de 'Einigungsstelle' moet een bekwaam, vakkundig en onpartijdig persoon zijn, die over goede communicerende vaardigheden beschikt. De voorzitter is dan ook vaak een arbeidsrechter, een advocaat of een hoogleraar. Ook de bijzitters hoeven geen medewerkers van het bedrijf te zijn; vaak zijn het vertegenwoordigers van vakbonden of advocaten. De bijzitters moeten, in tegenstelling tot de voorzitter, niet onpartijdig zijn: zij vertegenwoordigen de belangen van de werkgever of van de ondernemingsraad. Dientengevolge kunnen ook leden van de ondernemingsraad of de werkgever zelf leden van de 'Einigungsstelle' zijn (Henssler, Willemsen & Kalb 2004, §76 BetrVG, aant. 1, 21 en 22).

³⁴⁰ De term rechtsvordering dient ruim te worden uitgelegd; het omvat naast alle vermogensrechtelijke vorderingen ook alle andere rechtsaanspraken, die uit de rechtsverhouding tussen werkgever en werknemer voortvloeien. Een voorbeeld van een rechtsvordering is de klacht van de werknemer dat de werkgever inbreuk heeft gemaakt op zijn rechten uit de arbeidsovereenkomst, een klacht van een werknemer die er op gericht is dat een andere werknemer uit het bedrijf wordt verwijderd, of de eis dat een aanmaning uit het personeelsdossier wordt verwijderd. Indien de werknemer zich beklagt over zijn totale werkbelasting, is bijvoorbeeld geen sprake van een rechtsvordering. Voorts is de 'Einigungsstelle' bevoegd bij een klacht over ondeskundige kritiek of controle, of de vaste inzet als invalskracht terwijl andere werknemers steeds worden ontzien (Henssler, Willemsen & Kalb 2004, §85 Abs. 1 BetrVG, aant. 21 tot en met 24).

bepaalt welke maatregel wordt getroffen. Voorts dient de ‘Einigungsstelle’ de betrokken werknemer te horen.³⁴¹

De werknemer kan te allen tijde zijn rechtsvordering in een arbeidsrechtelijke procedure geldend maken (§2 Abs. 1 nr. 3a jo Abs. 5 jo §46 e.v. ArbGG). Voorts kunnen de bijzonderheden van de klachtprocedure in een CAO of in een ondernemingsovereenkomst worden geregeld (§86 S.1 BetrVG). Zo kunnen in een of CAO of in een ondernemingsovereenkomst aanvullende bepalingen over termijnen, vormvoorschriften of bevoegde personen worden opgenomen. Voor zover de details reeds in een CAO worden geregeld, is een ondernemingsovereenkomst niet meer mogelijk. In de CAO of ondernemingsovereenkomst kan worden vastgelegd, dat bij meningsverschillen tussen de werkgever en ondernemingsraad, in plaats van een ‘Einigungsstelle’, van een speciale klachteninstantie binnen het bedrijf gebruik wordt gemaakt (§86 S. 2 BetrVG). Aangezien deze bedrijfsklachtencommissie in plaats van de ‘Einigungsstelle’ treedt, gelden voor de samenstelling en werkwijze van deze instantie dezelfde regels als voor de ‘Einigungsstelle’: er moet een onpartijdige voorzitter zijn en een aantal bijzitters die door werkgever en ondernemingsraad paritair worden gekozen (zie §76 BetrVG).³⁴²

5.6 Samenvatting en conclusie

Het arbeidsrecht heeft in het Duitse rechtstelsel een bijzondere en zelfstandige positie: er zijn niet alleen bijzondere arbeidsrechtelijke wetten en regelingen, maar ook speciale rechtbanken voor arbeidszaken (de ‘Arbeitsgerichten’). Voorts wordt de arbeidsovereenkomst ook in Duitsland gekenmerkt door ondergeschiktheid van de werknemer. Het arbeidsrecht wordt sterk door de grondrechten beïnvloed. De feitelijke overmacht van de werkgever over de werknemer, die werd gezien als parallel aan de overheersing van de overheid over de individuele burger, leidde oorspronkelijk tot directe doorwerking van grondrechten in het arbeidsrecht. Onder invloed van het BverfG is de directe horizontale werking door het BAG teruggebracht tot ‘Mittelbare Drittwirkung’ (indirecte horizontale werking).

Het Duitse ontslagrecht vertoont gelijkenis met het Nederlandse ontslagrecht. Zo kan de werkgever het bestaan van de arbeidsovereenkomst aanvechten wegens dwaling of bedrog tijdens de sollicitatiefase. Voorts kent ook het Duitse arbeidsrecht het onderscheid tussen een gewoon ontslag, met een verplichte opzegtermijn, en een buitengewoon ontslag wegens een gewichtige reden, dat onverwijld dient plaats te vinden. Aan een gewoon ontslag dient een

³⁴¹ Henssler, Willemsen & Kalb 2004, §85 BetrVG, aant. 28 en 29.

³⁴² De mogelijkheid van een bedrijfsklachteninstantie sluit de mogelijkheid van een bij CAO op te richten geschillencommissie die de ‘Einigungsstelle’ vervangt, niet uit (§76 Abs. 8 BetrVG). In §86 S.2 BetrVG wordt slechts een aanvullende, derde mogelijkheid voor de beoordeling van bezwaren in het leven geroepen (Henssler, Willemsen & Kalb 2004, §86 BetrVG, aant. 11).

sociale rechtvaardigingsgrond ten grondslag te liggen. Een ontslag is niet sociaal gerechtvaardigd indien het niet door een 'personenbedingte', een 'verhaltensbedingte' of een 'betriebsbedingte' reden wordt vereist. Voorts is een ontslag niet sociaal gerechtvaardigd indien de ondernemingsraad officieel bezwaar tegen het ontslag maakt (§1 Abs. 2 KSchG), of het in strijd met het ultima ratio-beginsel en het, hiermee samenhangende, evenredigheidsbeginsel, is: de werkgever dient vooraf te toetsen of het ontslag kan worden voorkomen door het treffen van een andere, minder ingrijpende maatregel, zoals een waarschuwing of overplaatsing.

Van een 'betriebsbedingte' reden is sprake indien dringende bedrijfsmatige omstandigheden een verdere tewerkstelling van de werknemer in de weg staan. 'Het verschil tussen een 'personenbedingte' en een 'verhaltensbedingte' ontslag kan als volgt worden omschreven: een 'verhaltensbedingte' ontslaggrond doet zich voor indien de werknemer niet *wil* (de reden ligt in het gedrag van de werknemer), een 'personenbedingte' ontslaggrond doet zich voor indien de werknemer niet *kan* (de reden is gelegen in persoonlijke eigenschappen en vaardigheden van de werknemer, zoals detentie). Uit het evenredigheidsbeginsel vloeit voort dat een 'verhaltensbedingte' ontslag, voor zover sprake is van stuurbaar gedrag, altijd door een waarschuwing ('Abmahnung') vooraf dient te worden gegaan. De waarschuwing kan achterwege worden gelaten, indien, na afweging van alle omstandigheden, gelet op de aard, de ernst en de gevolgen van het wangedrag, het redelijk en billijk lijkt, dat de onrechtmatigheid van het wangedrag voor de werknemer zonder meer duidelijk was en bovendien evident was dat de werkgever het gedrag zou afkeuren. Zo is geen waarschuwing vereist bij ongewenste intimiteiten van een meerdere jegens werknemers, of bij strafbare feiten, zoals diefstal, verduistering of bedrog. Voorts is, ter rechtvaardiging van een 'verhaltensbedingte' ontslag, schuld, in de zin van opzettelijk of nalatig handelen, vereist. Handelingen waaraan de werknemer geen schuld heeft, kunnen slechts onder bijzondere omstandigheden een 'verhaltensbedingte' ontslag rechtvaardigen.

Ook een buitengewoon ontslag mag niet in strijd met het ultima ratio-beginsel zijn. Een waarschuwing is bij een buitengewoon ontslag in beginsel niet vereist. Aan een buitengewoon ontslag behoort een 'wichtige Grund' ten grondslag te liggen. Van een 'wichtige Grund' is sprake indien objectief gezien, bijzonder zwaarwegende feiten die, met inachtneming van alle omstandigheden van het geval en onder afweging van de belangen van beide contractspartijen, met zich brengen dat in redelijkheid van de opzeggende partij niet kan worden gevergd, dat hij de arbeidsovereenkomst, tot aan de afloop van de opzegtermijn, of tot aan het eind van contractueel overeengekomen termijn, voortzet (§626 BGB). Strafbare handelingen, maar ook detentie kunnen zwaarwegende gronden voor een buitengewoon ontslag zijn. Schuld of opzet zijn geen constitutieve vereisten voor een 'wichtige Grund'. Indien het ontslag een gevolg is van gedrag van de werknemer in strijd met het contract, is de op staande voet ontslagen werknemer gehouden de uit het voortijdig eindigen van de arbeidsovereenkomst ontstane schade te vergoeden (§628 Abs. 2 BGB).

De werkgever is, op straffe van nietigheid van het ontslag, verplicht, inzake ieder voorgenomen gewoon of buitengewoon ontslag, de ondernemingsraad ('Betriebsrat') te horen (§102 BetrVG). De 'Betriebsrat' is te vergelijken met onze ondernemingsraad en vindt zijn regeling in de Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG). De werkgever is verplicht alle gronden voor het ontslag te vermelden, maar hij is niet verplicht het voornemen tot het ontslag, of de gronden voor het ontslag, met de ondernemingsraad te overleggen. De ondernemingsraad kan bij de werkgever bezwaar indienen tegen het voorgenomen ontslag. Gaat de werkgever desondanks tot ontslag over, dan dient hij de werknemer een afschrift van de bezwaren van de ondernemingsraad te overleggen.

Duitse werkgevers maken gebruik van dezelfde opsporingsmethoden als de Nederlandse werkgevers: cameratoezicht, onderzoek naar telefoongebruik, e-mail en internetgebruik en ook privé-detectives worden ingezet. De normering vertoont eveneens grote gelijkenis met de Nederlandse situatie. Het grondwettelijke 'Persönlichkeitsrecht' (art. 1 GG en art. 2 GG), vergelijkbaar met het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer, vormt het uitgangspunt bij de normering van de opsporingsbevoegdheid. Het vindt zijn begrenzing in de beschermde rechten van anderen, in de formele wetgeving ('verfassungsmäßige Ordnung') of de zedenwetgeving ('Sittengesetz') (Art. 2 Abs. 1 GG). Een werkgever kan een opsporingsmethode, waarmee inbreuk op dit recht wordt gemaakt, dan ook alleen inzetten indien de bevoegdheid hiertoe is geregeld in de individuele arbeidsovereenkomst of een collectiefrechtelijke regeling. Bij gebrek aan een dergelijke regeling, is het gebruik van de opsporingsmethode alleen gerechtvaardigd indien de werknemer expliciet zijn toestemming heeft gegeven. De mogelijkheid tot het geven van toestemming is de invulling van het tevens door art. 2 Abs. 1 GG beschermde informatiele zelfbeschikkingsrecht. In uitzonderingsgevallen kan de inbreuk op het 'Persönlichkeitsrecht' worden gebaseerd op de beschermenswaardige rechten en belangen van de werkgever. Ter concretisering van het 'Persönlichkeitsrecht' behoort dan ook altijd een belangenafweging plaats te vinden. Bij deze belangenafweging spelen het proportionaliteits- en het subsidiariteitsbeginsel een belangrijke rol. Tot slot is schending van het 'Persönlichkeitsrecht' gerechtvaardigd, indien de schending door noodweer is geboden (§227 Abs. 1 BGB).

Het 'Persönlichkeitsrecht' beperkt niet alleen de inzet van voornoemde opsporingsmethoden, maar ook het recht van de werkgever naar strafrechtelijke gegevens van de werknemer of sollicitant te vragen. De werkgever mag hier alleen naar vragen, voor zover dit relevant is voor de functie en de te verrichten werkzaamheden. De werknemer hoeft bovendien geen mededelingen te doen over gegevens die op grond van de Bundeszentralregistergesetz (vergelijkbaar met onze Wet op de Justitiële gegevens) uit het register zijn verwijderd, of beperkt opvraagbaar zijn. Een sollicitant is daarentegen verplicht mededelingen te doen over een nog uit te zitten vrijheidsstraf.

Verder vindt de normering van de opsporingsbevoegdheid plaats via het Duitse equivalent van de WBP: de Bundesdatenschutzgesetz (BDSG). Ook in de

bepalingen van deze wet spelen de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit een grote rol. De BDSG ziet op de bescherming van het individu tegen inbreuk op zijn 'Persönlichkeitsrecht' als gevolg van het gebruik van zijn persoonsgegevens (§1 Abs. 1 BDSG). De BDSG heeft niet alleen soortgelijke bepalingen als de WBP, maar heeft ook hetzelfde bereik als de WBP. Bijgevolg is de BDSG ook op de arbeidsrelatie van toepassing. In tegenstelling tot de Nederlandse situatie, komt de BDSG wel regelmatig in de jurisprudentie van het BAG aan de orde. De verwerking van gegevens is alleen gerechtvaardigd, indien de BDSG of een ander rechtsvoorschrift dit toestaat of vereist, of indien de betrokkene zijn toestemming heeft gegeven (§4 BDSG). Bij gebrek aan toestemming kan de werkgever zich beroepen op § 28 Abs. 1 nr 1 en nr. 2 BDSG: het verwerken van persoonsgegevens is toegestaan indien dit het doel van de arbeidsovereenkomst dient (een algemene verwijzing naar de arbeidsovereenkomst is niet toereikend), of indien dit de gerechtvaardigde belangen van de werkgever dient. In het midden zou kunnen blijven op welke grond de werkgever zich beroept, aangezien het bij de rechtmatigheidstoets van de opsporingshandelingen steeds op een evenredigheidstoetsing, en een belangenafweging tussen de werkgever en de werknemer aankomt. Aan de zijde van de werknemer dienen steeds het grondwettelijke 'Persönlichkeitsrecht' (met name het recht op het gesproken woord en het informatiele zelfbeschikkingsrecht ex art. 1 GG en art. 2 GG) en het telecommunicatiegeheim (art. 10 GG) in ogenschouw te worden genomen. Aan de zijde van de werkgever speelt met name het grondwettelijke eigendomsrecht ex art. 14 GG een rol.

Cameratoezicht in publiek toegankelijke ruimten, en derhalve ook in winkels, is op grond van §6b Abs. 1 BDSG toegestaan, indien dit is vereist ter behartiging van het 'huisrecht', of voor zover zij vereist is ter behartiging van de gerechtvaardigde belangen en voor concreet vastgelegde doeleinden, en geen aanwijzingen bestaan, dat de te beschermen belangen van de betrokken werknemer prevaleren. Op grond van §6b Abs. 2 BDSG dient het cameratoezicht kenbaar te zijn gemaakt. Cameratoezicht op de niet publiek toegankelijke werkplek valt niet onder de rechtvaardigingsgrond van §6b Abs. 1 BDSG. Bovendien acht het BAG cameratoezicht op de werkplek veel ingrijpender dan in publiek toegankelijke ruimten. Bijgevolg dienen voor cameraobservatie op de werkplek volgens het BAG strengere eisen te gelden.

Ten aanzien van onderzoek naar telecommunicatie (telefoongebruik, e-mail en internet) dient bij de rechterlijke beoordeling steeds onderscheid tussen zakelijk en privé-gebruik te worden gemaakt. De BDSG is, naast het 'Persönlichkeitsrecht' van de werknemer, zonder meer van toepassing op onderzoek naar zakelijk gebruik van de diensttelefoon. Bij privé-gebruik ontstaat tussen werkgever en werknemer een 'aanbieder-gebruiker'-relatie in de zin van het 'Telekommunikationsrecht'. Dientengevolge zijn op het onderzoek naar privé-gebruik van de diensttelefoon een aantal bijzondere regels van toepassing die de BDSG als *lex specialis* verdringen: dit zijn de bepalingen van de TDDSG, de TKG en de TDSV. Onderzoek naar zakelijke telefoongegevens

valt niet onder de bescherming van het 'Persönlichkeitsrecht' van de werknemer. Dit wordt in beginsel, met een beroep op het belang van de werkgever bij het in de hand houden van de kosten en het voorkomen van misbruik, evenredig en gerechtvaardigd geacht. Onderzoek naar telefoongegevens van privé-gebruik is in beginsel niet toegestaan. Het *afluisteren* van zowel zakelijke als privé-gesprekken vormt altijd een ontoelaatbare inbreuk op het 'Persönlichkeitsrecht' van de werknemer. Ten aanzien van zakelijke gesprekken bestaan op dit verbod enkele uitzonderingen, maar een routinematige controle is nooit toegestaan. Ook voor onderzoek naar e-mail en internetgebruik geldt dat een langdurige, zonder toestemming van de werknemer en zonder concrete verdenking, niet is toegestaan. Het afluisteren van privé-gesprekken kan alleen worden gerechtvaardigd met een beroep op de algemene rechtvaardigingsgrond van een noodtoestand aan de zijde van de werkgever (§227 Abs. 1 BGB). Voorts is het afluisteren van telefoongesprekken in §201 StGB strafbaar gesteld: de werknemer mag op de strafrechtelijk beschermde vertrouwelijkheid van het (gesproken en geschreven) woord afgaan.

Tot slot heeft de werkgever bij opsporing met behulp van camera's, het onderzoeken van het telefoongebruik, of e-mail en internetverkeer, op grond van §87 Abs. 1 nr. 6 BetrVG de instemming van de ondernemingsraad nodig. Het antwoord op de vraag of de ondernemingsraad op grond van §86 Abs. 1 nr. 1 BetrVG instemmingsrecht heeft bij de inzet van een privé-detective, is omstreden. De bepalingen van §87 Abs. 1 BetrVG omvatten het collectieve competentierecht: ondernemingsraad en werkgever zijn samen bevoegd te oordelen over de invoering van een systeem waarmee werknemers anoniem kunnen worden geobserveerd en waarmee inbreuk op het 'Persönlichkeitsrecht' kan worden gemaakt. Overigens dienen werkgever en ondernemingsraad op grond van §75 Abs. 2 BetrVG het 'Persönlichkeitsrecht' van de werknemer te beschermen en te bevorderen.

Handelt de werkgever bij de opsporing van wangedrag in strijd met bovenstaande bepalingen, dan geldt als algemene procesregel dat het hieruit voortgekomen onrechtmatig verkregen bewijs in beginsel niet in een procedure mag worden gebruikt. Uit jurisprudentie van het BVerfG en het BAG blijkt dat met name schending van het 'Persönlichkeitsrecht' tot uitsluiting van onrechtmatig verkregen bewijs heeft geleid. Voorts blijkt uit de rechtspraak van het BVerfG en het BAG, dat onder de formele wetgeving op grond waarvan een inbreuk op het 'Persönlichkeitsrecht' gerechtvaardigd kan zijn, tevens de wettelijke bepalingen over de bewijswaardering door de rechter vallen (in het bijzonder §286 ZPO). Bij de vraag of een inbreuk op het grondwettelijke recht gerechtvaardigd is, dienen tevens de wettelijk beschermde belangen bij gebruik van het bewijs te worden meegewogen (bijvoorbeeld het grondwettelijke eigendomsrecht ex art. 14 GG). Een doelmatige rechtspleging en het streven naar materieel juiste beslissingen zijn ook in het burgerlijk procesrecht belangrijke algemene belangen. Bijgevolg zijn rechters principieel gehouden de door de partijen aangeboden bewijsmiddelen in ogenschouw te nemen. Alleen het belang van een doelmatige rechtspleging is echter niet voldoende om aan het

gebruik van het bewijs steeds een grotere waarde te hechten, dan aan bescherming van het 'Persönlichkeitsrecht'. Aan de hand van de omstandigheden van het geval moet worden vastgesteld welke van de twee belangen in het concrete geval dient te prevaleren. Het belang van de werkgever kan prevaleren indien hij bij de vergaring van het bewijs in een noodsituatie verkeerde (§227 Abs. 1 BGB). Voorts spelen bij de belangenafweging in het kader van de toelaatbaarheid van bewijsmateriaal de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit een belangrijke rol. Uitsluiting van materiaal verkregen in strijd met §87 Abs. 1 BetrVG (het instemmingsrecht van de ondernemingsraad) is alleen vereist, indien het collectieve competentierecht, zijnde het belang dat deze bepaling beoogt te beschermen, is geschonden. De gevolgen van schending van andere bepalingen, zoals die van de BDSG, kwamen in de gevonden rechtspraak niet aan de orde. Het antwoord op de vraag of een schending van deze bepalingen leidt tot uitsluiting van het onrechtmatig verkregen bewijs, zou eveneens afhankelijk zijn van het belang dat de bepaling beoogde te beschermen. Evenals bij schending van het 'Persönlichkeitsrecht', dient steeds een afweging te worden gemaakt tussen de ernst van de inbreuk en de belangen van de werkgever.

Heeft de Duitse werkgever eenmaal wangedrag van een werknemer vastgesteld, dan heeft hij, evenals de Nederlandse werkgever, de keuze uit een aantal sancties. Naast algemene sancties bij het niet nakomen van de verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst (zoals een vordering tot nakoming, gepaard met schadevergoeding), staat de werkgever een aantal sancties ter beschikking die meer specifiek bij wangedrag in aanmerking kunnen komen. Allereerst bestaat de mogelijkheid van 'Abmahnung': de afkeuring van bepaald gedrag, onder de dreiging van ontslag indien het gedrag niet verandert. De 'Abmahnung' heeft geen punitieve functie: de werknemer wordt slechts aangespoord zich in de toekomst conform de arbeidsovereenkomst te gedragen. Verder kan de werkgever overgaan tot schorsing ('Suspendierung'), hetgeen in Duitsland een bijzondere vorm van vrijstelling van de werkzaamheden is. Het recht tot schorsen wordt begrensd door het uit het 'Persönlichkeitsrecht' voortvloeiende recht van de werknemer op feitelijke tewerkstelling. De werknemer kan in een beëindigingsovereenkomst afstand van dit recht doen. Het is nog onduidelijk of werkgever en werknemer een dergelijke vrijstellingsclausule ook al bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst kunnen overeenkomen. Een schorsing zonder een daaraan ten grondslag liggende vrijstellingsclausule is alleen mogelijk, indien de beschermenswaardige belangen van de werkgever bij het niet toelaten van de werknemer tot de werkzaamheden, zwaarder wegen dan het recht van de werknemer op feitelijke tewerkstelling. Dit is onder meer het geval indien de werknemer zich jegens de werkgever schuldig heeft gemaakt aan strafbare feiten (met name vermogensdelicten), of een andere zware schending van de arbeidsovereenkomst, en de werkgever op grond daarvan een 'verhaltensbedingt' ontslag heeft aangezegd. De combinatie van wangedrag en een ontslagaanzegging werken in de belangenafweging ten gunste van de werkgever. Naast voorgaande sancties,

die meer het karakter van een ordemaatregel hebben, staan de werkgever twee instrumenten ter beschikking met een meer punitief karakter: de 'Vertragsstrafen' en de 'Betriebsbußen'. 'Vertragsstrafen' zijn straffen (geldboeten) die in de (collectieve) arbeidsovereenkomst of ondernemingsovereenkomst worden afgesproken voor het geval de werknemer zijn verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst niet, of niet behoorlijk, nakomt. De 'Betriebsbußen' beogen, in tegenstelling tot de 'Vertragsstrafen' niet tevens de aanspraken van de werkgever jegens de werknemer, voortvloeiend uit de arbeidsovereenkomst, zeker te stellen, maar hebben een disciplinair karakter; ze zien op preventie en bestraffing, schadevergoeding is niet aan de orde. De 'Betriebsbuße' kan de vorm van een geldboete hebben, maar kan ook bestaan uit een waarschuwing als zelfstandige straf (de 'Verwarnung'), of een schriftelijke berisping ('Verweis'). Evenals in Nederland kent het arbeidstuchtrecht in Duitsland geen wettelijke regeling. Een 'Bußordnung' (boetebeding) kan alleen in een CAO of in een ondernemingsovereenkomst worden opgenomen: de werkgever kan zijn bevoegdheid tot straffen niet op zijn directierecht baseren. De 'Betriebsbußen' tonen een zekere overeenkomst met de straffen van overheidswege: ze beogen ook de orde en zekerheid te waarborgen, maar dan *in de onderneming*. Bovendien gelden voor het opleggen van een 'Betriebsbuße' soortgelijke waarborgen: er dient aan het legaliteitsbeginsel te worden voldaan, aan de zijde van de werknemer kan sprake zijn van een rechtvaardigings- of schuld-uitsluitingsgrond, en een werknemer mag wegens dezelfde daad niet twee maal worden gestraft ('ne bis in idem'). Voorts is voor het opleggen van een 'Betriebsbuße' een rechtsstatelijke procedure vereist: de werknemer dient op zijn verzoek te worden gehoord en heeft het recht zich te laten bijstaan. Bovendien geldt voor het opleggen van de straf het opportuniteitsbeginsel: de werkgever en ondernemingsraad kunnen van het opleggen van de straf afzien. Evenals bij de 'Abmahnung', kan tegen de opname van de waarschuwing of berisping in het personeelsdossier bezwaar worden gemaakt.

De meest zware sanctie die een werkgever kan opleggen naar aanleiding van wangedrag is ontslag. Baseert de werkgever het ontslag op de stelling dat de verdenking van strafbaar gedrag, of van een andere ernstige schending van de arbeidsovereenkomst, de voortzetting van de arbeidsovereenkomst voor de werkgever onmogelijk maakt, dan is sprake van een 'Verdachtskündigung'. Het vormt een zelfstandige ontslaggrond, welke kan worden onderscheiden van de 'Tatkündigung': het ontslag wegens een door de werknemer begaan feit. Algemeen aanvaard is dat de ernstige verdenking van een strafbaar feit, of van een zware schending van de verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst, een dringende reden voor een *buitengewoon* ontslag vormt. Niettemin is de toelaatbaarheid van een 'Verdachtskündigung' niet onomstreden: een ontslag wegens verdenking is ingrijpend van aard, diffamerend en impliceert het gevaar van een verkeerde beoordeling. Ook het BAG heeft het problematische karakter van de 'Verdachtskündigung' erkend en stelt hoge eisen aan de toelaatbaarheid van een 'Verdachtskündigung'. Een van die vereisten is dat de werkgever alles behoort te doen wat in zijn vermogen ligt

om de verdenking op te helderen; hiertoe behoort ook de verplichting de werknemer te horen. Komt de werkgever deze 'ophelderingsplicht' niet na, dan is het ontslag nietig. Voorts speelt het evenredigheidsbeginsel een belangrijke rol en dienen alle omstandigheden van het geval in de belangenafweging te worden meegewogen: het BAG heeft uitdrukkelijk op de diffamerende werking en de ingrijpende gevolgen van een 'Verdachtskündigung' gewezen. Veel critici zien de 'Verdachtskündigung' als een inbreuk op het onschuldvermoeden. Volgens het BAG is de 'Verdachtskündigung' niet in strijd met de onschuldpresumptie. Tot slot is door de rechtspraak en de meerderheid van de schrijvers ook de mogelijkheid van een *gewone* 'Verdachtskündigung' erkend.

Baseert de werkgever het ontslag op begaan (strafbaar) wangedrag, dan is sprake van een 'Tatkündigung'. Onderscheid kan worden gemaakt tussen strafbare feiten tijdens en buiten werktijd. Direct tegen de werkgever gerichte strafbare gedragingen rechtvaardigen een 'verhaltensbedingt', maar meestal ook een buitengewoon ontslag. Ook strafbare gedragingen jegens medewerkers of klanten kunnen aanleiding voor een ontslag zijn. Indien blijkt dat de strafbare gedraging niet jegens de werknemer, medewerkers of klanten is gericht, moet worden getoetst of de gedraging op andere wijze met de werkgever in verband kan worden gebracht en of een verplichting voortvloeiend uit de arbeidsovereenkomst is geschonden. Strafbare handelingen buiten werktijd vormen in beginsel geen rechtvaardiging voor een (buitengewoon) ontslag. Dit is slechts anders indien met het gedrag 'außerdienstliche Verhaltenspflichten' worden geschonden, of het gedrag twijfel oproept over de geschiktheid van de werknemer voor de functie. Naast strafbaar gedrag kan ook ander wangedrag van een zekere noemenswaardige betekenis, en waaraan de werknemer schuld heeft, een ontslag rechtvaardigen. Wangedrag gepleegd voor het aangaan van de arbeidsovereenkomst kan eventueel een 'personenbedingt' ontslag rechtvaardigen. Tot slot kunnen een (langere) vrijheidsstraf, of een (langdurige) voorlopige hechtenis, afhankelijk van de omstandigheden van het concrete geval, een buitengewoon of gewoon ('personenbedingt') ontslag rechtvaardigen. Voorwaarde is dat het werkverzuim als gevolg van de hechtenis concreet nadelige gevolgen voor de arbeidsverhouding heeft. Bovendien mogen voor de werkgever geen redelijke overbruggingsmogelijkheden bestaan. Houdt het strafbare feit geen verband met de werkzaamheden, dan is de werkgever verplicht mee te werken aan de invrijheidsstelling van de werknemer en het voorkomen van ontslag. De werknemer is gehouden de werkgever zo volledig mogelijk te informeren.

In tegenstelling tot het Nederlands arbeidsrecht bestaat in het Duitse arbeidsrecht een wettelijke klachtregeling: §84 BetrVG tot en met §86 BetrVG. Iedere werknemer, die zich (door de werkgever of een andere werknemer) benadeeld of onrechtmatig behandeld voelt, heeft het recht een klacht in te dienen. De werknemer heeft de keuze de klacht bij de werkgever (§84 BetrVG), dan wel bij de ondernemingsraad in te dienen (§85 BetrVG), bij allebei of eerst bij de werkgever en dan alsnog bij de ondernemingsraad. Op grond van §84 Abs. 2 BetrVG is de werkgever verplicht de werknemer over de behandeling

van het bezwaar te informeren, en, bij gegrondbevinding van de klacht, met een oplossing te komen. De werkgever bepaalt zelf de aard en wijze van de oplossing. Voorts mag de werknemer niet worden benadeeld naar aanleiding van het indienen van een klacht (§84 Abs. 3 BetrVG). Werkgever en ondernemingsraad behoren over de gegrondheid van een klacht overleg te voeren. Er bestaat geen wettelijke bepaling over een vormvoorschrift of een termijn waarbinnen de klacht moet worden ingediend; de details kunnen eventueel in een CAO of ondernemingsovereenkomst aanvullend worden geregeld.

6. Conclusies en aanbevelingen

6.1 Inleiding

In dit onderzoek staat het wangedrag van werknemers centraal. Probleemstelling is of in Nederland regelgeving bestaat die de opsporing en sanctionering door werkgevers, van wangedrag door werknemers, legitimeert. Verder zoek ik een antwoord op de uit deze probleemstelling voortvloeiende deelvragen. De vraag naar de legitimatie komt voort uit de spanning tussen de beoordelingsvrijheid van de werkgever enerzijds, en de rechtszekerheid en rechtsgelijkheid van de betrokken werknemers anderzijds. Het antwoord op de vraag wanneer sprake is van wangedrag, is namelijk grotendeels afhankelijk van het oordeel van de betrokken werkgever. Dit leidt voor de betrokken werknemers tot onduidelijkheid wanneer de werkgever tot opsporing en sanctionering overgaat. Bovendien kan dit tot willekeur bij de werkgever leiden. Aan voornoemde spanningsverhouding kan worden tegemoetgekomen door de bevoegdheid van de werkgever tot opsporing en sanctionering uit te werken in een regeling met optimale waarborgen voor de rechtszekerheid en rechtsgelijkheid van de betrokken werknemers. Onder die omstandigheden is de uitoefening van de bevoegdheid van de werkgever tot opsporing en sanctionering gelegitimeerd. Dit leidt tot de vraag of de huidige regels (naar Nederlands recht) die de bevoegdheid van de werkgever tot opsporing en sanctionering normeren, de uitoefening van deze bevoegdheid ook daadwerkelijk *legitimeren*. Zijn ter waarborging van de rechtszekerheid en de rechtsgelijkheid wellicht aanvullende normen noodzakelijk? Bij het zoeken van antwoorden op voornoemde vragen, werd in ieder hoofdstuk de voorvraag gesteld, wat de gevolgen zijn van de eventuele gelijkens tussen opsporing en sanctionering door de werkgever, en opsporing en sanctionering door de overheid.

Zowel bij opsporing als bij sanctionering is van belang, dat tussen de werkgever en de overheid gelijkens bestaat wat betreft de relatie met de werknemer, respectievelijk de burger. In beginsel bestaat tussen de werkgever en de werknemer een privaatrechtelijke, horizontale verhouding en tussen de overheid en de burger een publiekrechtelijke, verticale verhouding. Niettemin is in beide relaties sprake van formele en feitelijke ondergeschiktheid van de werknemer, respectievelijk burger, en van eenzijdige besluitvorming van de werkgever en van de overheid waaraan de werknemer, respectievelijk burger, is gebonden. De werknemer is juridisch en economisch ondergeschiktheid aan de werkgever. In dit opzicht heeft de relatie tussen werkgever en werknemer een gedeeltelijk verticaal karakter. Bij de beantwoording van de vraag of de bestaande regelgeving de bevoegdheid van de werkgever tot opsporing en sanctionering legitimeert, speelt deze gelijkens steeds een rol.

6.2 Opsporing

Ten aanzien van opsporing zocht ik antwoord op de volgende deelvragen. Waarop kan de opsporingsbevoegdheid van de werkgever worden gebaseerd en welke regels normeren de opsporingsbevoegdheid van de werkgever? Bieden deze regels voldoende legitimatie voor de uitoefening van die bevoegdheid?

Een werkgever kan er belang bij hebben om vermoedelijk wangedrag *zelf* op te sporen: inschakeling van de politie is niet altijd mogelijk, maar ook niet altijd wenselijk. Bovendien kan snel tot actie worden overgegaan en kan het probleem intern worden opgelost, hetgeen ook voor de betrokken werknemer voordelen met zich brengt. Voorts speelt de ontwikkeling tot responsabilisering een rol: werkgevers moeten steeds meer zelf in het werk stellen om de veiligheid in en om hun bedrijf te waarborgen. Bijgevolg kan het in eigen hand houden van de opsporing effectiever en efficiënter zijn. Een wettelijke grondslag voor een opsporingsbevoegdheid van de werkgever bestaat niet. De rechtsgrond van de opsporingsbevoegdheid kon naar mijn mening worden gevonden in art. 7:611 BW en art. 7:660 BW, in combinatie met de bijzondere contractuele vertrouwensrelatie tussen werkgever en werknemer.

Opsporing door, of namens, de werkgever wordt genormeerd door het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer (het recht op privacy), de Wet Bescherming Persoonsgegevens (WBP), het instemmingsrecht van de ondernemingsraad en een aantal bijzondere regelingen en bepalingen. Met de gebruikte opsporingsmethoden kan inbreuk worden gemaakt op het privacyrecht. Erkend is dat het recht op privacy horizontale werking heeft en zich mede tot de arbeidsverhouding uitstrekt. De WBP is van toepassing, aangezien met de gebruikte opsporingsmethoden bijna altijd persoonsgegevens worden verwerkt. Indien in het kader van opsporing van wangedrag persoonsgegevens worden verwerkt, is tevens de instemming van de ondernemingsraad vereist. Ook voor het gebruik van een voorziening ter waarneming of controle van een werknemer is de instemming van de ondernemingsraad vereist; gedacht kan worden aan de inzet van camera's, af luisterapparatuur of technische voorzieningen voor onderzoek naar e-mail en internet. De bijzondere bepalingen en regelingen van belang bij opsporing door, of namens, de werkgever zijn art. 139f Sr en art. 441b Sr (opsporing met behulp van camera's), de Aanbeveling Werving en selectie en de NVP-Sollicitatiecode (opsporing van door een sollicitant begaan wangedrag), de Wet Justitiële gegevens en strafvorderlijke gegevens (opsporing van wangedrag uit het verleden), de Wet particuliere beveiligingsorganisaties en recherchebureaus (WPBR) en de Privacy-gedragscode sector particuliere onderzoeksbureaus (opsporing door externen).

Bij beantwoording van de vraag of voornoemde regels de uitoefening van de opsporingsbevoegdheid legitimeren, was van belang dat opsporing door werkgevers vergelijkbaar is met opsporing door de strafvorderlijke overheid. Een aantal van de gehanteerde opsporingsmethoden (cameraobservatie, af luisteren van de telefoon en onderzoek naar e-mailverkeer) bleek bijna identiek aan de in het strafprocesrecht gebruikte methoden (observatie van een

persoon met behulp van een camera, het opnemen van vertrouwelijke communicatie (e-mail) en het opnemen van telecommunicatie (telefoon)). Daarnaast bleek ook de werkwijze van door werkgevers ingeschakelde detective- of recherchebureaus gelijkenissen met opsporing in het strafrecht te vertonen: werknemers worden geobserveerd en verhoord. Gelet op deze gelijkenis, en gelet op de eerder omschreven, meer algemene gelijkenis tussen de werkgever en de overheid, werden de strafprocesrechtelijke regels voor opsporing als inspiratiebron gebruikt bij de toetsing van de legitimerende waarde van de voorschreven regels voor opsporing door de werkgever. Overigens vloeit een groot deel van de strafrechtelijke regels tevens uit het arbeidsrechtelijke beginsel van goed werkgeverschap voort.

In het strafprocesrecht wordt de toepassing van ingrijpende opsporingsactiviteiten gelegitimeerd door een gekanaliseerde vorm van machtsuitoefening. Het strafrecht heeft niet alleen een instrumentele functie, maar ook een machtskritische functie. Indien met een opsporingsbevoegdheid inbreuk op een grondrecht kan worden gemaakt, met name het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer (art. 10 Gw en art. 8 EVRM), behoeft de uitoefening een legitimatie in een wet in formele zin (het legaliteitsbeginsel), doorgaans het Wetboek van Strafvordering. In de formele wet wordt de bevoegdheid vervolgens geclausuleerd toegekend: de bevoegdheid mag alleen onder bepaalde voorwaarden worden uitgeoefend. Dit geldt ook voor de hierboven genoemde strafrechtelijke opsporingsmethoden. Verder mag alleen worden opgespoord indien sprake is van een redelijk vermoeden dat een strafbaar feit is gepleegd en dienen bij de opsporing de klassieke beginselen van strafprocesrecht en de beginselen van behoorlijk strafprocesrecht in acht te worden genomen. Als sluitstuk van de rechtsbescherming bestaat in het strafrecht de mogelijkheid tot uitsluiting van het onrechtmatig verkregen bewijs. Bij de beslissing tot uitsluiting wordt rekening gehouden met het belang dat de geschonden regel dient, de ernst van het verzuim en het nadeel dat door het verzuim wordt veroorzaakt (art. 359a lid 2 Sv).

Mijn conclusie luidde, dat de huidige regels (naar Nederlands recht) die de opsporingsbevoegdheid door werkgevers normeren, de opsporingsbevoegdheid en de gehanteerde opsporingsmethoden *in beginsel* legitimeren. Ter legitimatie van de opsporing is een wettelijke regeling van de opsporingsbevoegdheid in ieder geval niet nodig: de bevoegdheid is reeds algemeen aanvaard en kan worden gebaseerd op art. 7:611 BW, art. 7:660 BW, en de bijzondere contractuele vertrouwensrelatie tussen werkgever en werknemer. Voorts komen de belangrijkste normen in de bepalingen van de WBP terug, die direct, dan wel indirect, bijna altijd van toepassing is. Zo vloeit uit de bepalingen van de WBP (en uit de grondslag van de opsporingsbevoegdheid) het vereiste voort, dat de werkgever (dan wel het detective- of recherchebureau) een redelijk vermoeden van wangedrag dient te hebben, alvorens tot opsporing mag worden overgegaan. Voor de detective- of het recherchebureau volgt dit tevens uit de Privacygedragscode. Aan het feit dat tijdens de opsporingsfase nog slechts sprake is van een vermoeden van wangedrag, wordt door de bepalingen van de

WBP eveneens voldoende recht gedaan: de toepassing van de opsporingsmethoden is aan zware voorwaarden gebonden. Op grond van de Privacygedragscode, die een uitwerking van de WBP-normen vormt, geldt voor het detective- en recherchebureau een pressieverbod en een cautieplicht. Ook de beginselen van goed werkgeverschap komen bij toepassing van de WBP tot hun recht. Bovendien wordt aan deze beginselen tegemoet gekomen met de vereiste instemming van de ondernemingsraad (zorgvuldigheidsbeginsel), de Privacygedragscode, art. 139^f Sr en art. 441^b Sr (vertrouwensbeginsel), de NVP-Sollicitatiecode en de Wet Justitiële gegevens en strafvorderlijke gegevens.

Aan de conclusie dat voornoemde regels de uitoefening van de opsporingsbevoegdheid door de werkgever in beginsel legitimeren, verbond ik twee voorwaarden. Deze voorwaarden leiden tot de volgende aanbevelingen tot aanvullende normering.

Allereerst is naar mijn mening een wettelijke bepaling vereist (in Titel 10 van Boek 7 BW), waarin het grondrecht op privacy (in ruime zin) in de arbeidsverhouding expliciet wordt erkend. Gelet op de huidige, als ‘grillig’ en ‘casuïstisch’ te typeren, arbeidsrechtelijke rechtspraak over het recht op privacy in de arbeidsverhouding, is vanuit een oogpunt van rechtszekerheid en rechtsgelijkheid behoefte aan een wettelijke bepaling die de gelijke toepassing van het recht op privacy, door werkgevers en rechters, garandeert. Voor een dergelijke regeling is steun en inspiratie te vinden in het Duitse arbeidsrecht, waarin het ‘Persönlichkeitsrecht’ (Art. 1 GG en art. 2 GG, vergelijkbaar met het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer) een belangrijke rol speelt. Het Duitse en Nederlandse arbeidsrecht vertonen grote overeenkomsten. De Duitse werkgevers hanteren bovendien dezelfde opsporingsmethoden en de normering is vergelijkbaar met de Nederlandse regelingen. In het Duitse arbeidsrecht is de wijze waarop het ‘Persönlichkeitsrecht’ wordt toegepast daarentegen niet casuïstisch of grillig: het grondwettelijke ‘Persönlichkeitsrecht’ vormt het uitgangspunt bij de normering van de opsporingsbevoegdheid. De rechtmatigheid van opsporingsmethoden wordt in de jurisprudentie van het Bundesarbeitsgericht (BAG) dan ook altijd eerst aan het ‘Persönlichkeitsrecht’ getoetst. Een werkgever kan een opsporingsmethode, waarmee inbreuk op dit recht wordt gemaakt, alleen inzetten indien de bevoegdheid hiertoe is geregeld in de individuele arbeidsovereenkomst of een collectiefrechtelijke regeling. Bij gebrek aan een dergelijke regeling, is het gebruik van de opsporingsmethode alleen gerechtvaardigd indien de werknemer expliciet zijn toestemming heeft gegeven. Slechts in uitzonderingsgevallen kan de inbreuk op het ‘Persönlichkeitsrecht’ worden gebaseerd op de beschermenswaardige rechten en belangen van de werkgever. Bij botsing van het ‘Persönlichkeitsrecht’ met de belangen van de werkgever, dient een belangenafweging plaats te vinden waarin het evenredigheidsbeginsel een belangrijke plaats inneemt: de opsporingshandeling dient passend, noodzakelijk en ter verwezenlijking van de doelstelling gerechtvaardigd te zijn. Tot slot is schending van het ‘Persönlichkeitsrecht’ toegestaan indien sprake is van noodweer aan de zijde van de werkgever: de maatregel was noodzakelijk ter afwending van een aanval op zichzelf of een ander (§227 Abs.

1 BGB). Alleen het belang bij het verzamelen van bewijs is in ieder geval onvoldoende voor een beroep op een noodsituatie.

De tweede aanbeveling betreft de vruchten van schending van de regels voor opsporing: het onrechtmatig verkregen bewijs. De huidige arbeidsrechtelijke rechtspraak over onrechtmatig verkregen bewijs is zeer verschillend: de ene rechter schuift onrechtmatig verkregen bewijs terzijde, terwijl de andere rechter geen reden ziet dit materiaal buiten beschouwing te laten. Deze verscheidenheid leidt tot rechtsonzekerheid en rechtsongelijkheid ten aanzien van de grenzen van de opsporingsbevoegdheid. Ter legitimatie van opsporing door de werkgever is dan ook behoefte aan duidelijke regels over de wijze waarop arbeidsrechters met onrechtmatig verkregen bewijs moeten omgaan. Naar mijn mening dient een rechter, die door de werkgever verzameld bewijs omtrent wangedrag van een werknemer krijgt voorgelegd, allereerst de rechtmatigheid van die verkrijging te toetsen. In zijn motivering omtrent de rechtmatigheid kan de arbeidsrechter de grenzen bevestigen die aan de opsporingsbevoegdheid worden gesteld. Vervolgens is het van belang dat de rechter aan de conclusie dat het bewijs op onrechtmatige wijze is verkregen, in beginsel altijd een sanctie verbindt. De dreiging met een sanctie stimuleert de werkgever conform de regels te handelen (preventieargument). Bijgevolg draagt de mogelijkheid van een sanctie bij aan de legitimatie van opsporing door werkgevers. De sanctie hoeft niet altijd in de uitsluiting van het onrechtmatig verkregen bewijs te bestaan; er zijn ook andere sancties mogelijk, zoals schadevergoeding (ex art. 7:681 BW), of een hogere ontbindingsvergoeding. Differentiatie in sancties is bovendien niet alleen mogelijk, maar ook wenselijk: naast de rechtens te beschermen belangen van de werknemer, dient tevens rekening te worden gehouden met het belang dat de regel beoogde te beschermen en de rechten en belangen van de werkgever. De vaststelling van de sanctie is het resultaat van een afweging tussen het belang dat de geschonden bepaling beoogde te beschermen en de mate waarin dit belang daadwerkelijk is geschonden enerzijds, en de rechtens te beschermen belangen van de werkgever bij schending anderzijds: uitsluiting van het onrechtmatig verkregen bewijs kan als de zwaarste sanctie worden aangemerkt.

Voorgaande regels ter normering van onrechtmatig verkregen bewijs in een arbeidsrechtelijke procedure sluiten aan bij het Duitse arbeidsrecht. In het Duitse privaatrecht, dus ook in het arbeidsrecht, geldt de algemene regel dat onrechtmatig verkregen bewijs in beginsel niet in een procedure kan worden gebruikt. Indien de werkgever op onrechtmatige wijze bewijs over wangedrag van een werknemer heeft verzameld, bestaat voor dit materiaal een bewijsverbod in de ontslagprocedure. Voorts wordt ook in de Duitse arbeidsrechtelijke literatuur en rechtspraak de regel verdedigd dat het antwoord op de vraag of in het concrete geval een verbod tot gebruik van onrechtmatig verkregen bewijs bestaat, afhankelijk is van het belang dat de geschonden norm beoogde te beschermen; in de jurisprudentie bleek met name schending van het 'Persönlichkeitsrecht' tot uitsluiting van het deswege verkregen bewijs te leiden.

6.3 Sanctienering

Ten aanzien van het opleggen van sancties stelde ik de volgende vragen. Indien uit het onderzoek blijkt dat een werknemer zich aan wangedrag heeft schuldig gemaakt, of een werknemer is op heterdaad betrapt, welke sancties kan de werkgever dan opleggen? Mag de werkgever twee maal voor hetzelfde wangedrag een sanctie opleggen en dient de schuld vast te staan, alvorens een sanctie mag worden opgelegd? Hoe luidt het antwoord op deze vragen indien de werknemer ter zake van het wangedrag strafrechtelijk wordt vervolgd? Vervolgens ging ik op zoek naar de grondslag en de regeling van de bevoegdheid tot sanctieneren; biedt deze regeling voldoende legitimatie voor de uitoefening van de sanctiebevoegdheid?

6.3.1 De sancties en de voorwaarden voor het opleggen van een sanctie

Onder een sanctie verstond ik een reactie op de schending van een (rechts)norm of -regel, althans verplichting, dan wel onrechtmatig of onwetmatig gedrag, met als gevolg dat de persoon die de rechtsnorm heeft geschonden in zijn belangen wordt getroffen. Uit toetsing van de mogelijke arbeidsrechtelijke acties aan genoemde omschrijving bleek, dat een werkgever de volgende sancties kan opleggen: de officiële, schriftelijke waarschuwing of berisping; overplaatsing; het passeren voor een periodieke verhoging; het intrekken van emolumenten; functieverlaging met de daarbij behorende loonsverlaging; vermindering van vakantiedagen; de schorsing of non-actiestelling met of zonder behoud van loon; het inhouden van het loon; de boete; opzegging van de arbeidsovereenkomst, opzegging wegens een dringende reden en ontbinding door de kantonrechter, zowel wegens verandering in de omstandigheden, als wegens een dringende reden, als wegens wanprestatie.

Bij de beantwoording van de vragen of een werkgever twee maal voor hetzelfde feit een sanctie mag opleggen, en of de schuld moet vaststaan alvorens een sanctie kan worden opgelegd, drong zich de vergelijking met het strafrecht, zijnde hét sanctierecht bij uitstek, op. Vergelijking van arbeidsrechtelijke sancties met strafrechtelijke sancties leerde dat ook in het arbeidsrecht onderscheid kan worden gemaakt tussen het opleggen van een straf en het opleggen van een ordemaatregel. Straffen zijn sancties met een bewust leedtoevoegend karakter. Grondslag van de straf is de vergelding van de schuld, in de zin van verwijtbaarheid, aan het begane onrecht. Doelstelling is de preventie van dat onrecht in de toekomst. Ordemaatregelen zijn sancties die niet leedtoevoegend zijn, maar gericht op beëindiging van een ongewenste situatie. Indien van een bepaalde arbeidsrechtelijke actie onduidelijk is of het in het concrete geval een straf, dan wel een ordemaatregel is, dient ter vaststelling van het karakter aan het *noodzakelijkheidsvereiste* te worden getoetst: is de betreffende sanctie noodzakelijk ter beëindiging van een ongewenste situatie, dan is sprake van een ordemaatregel.

Nadat was gebleken dat arbeidsrechtelijke sancties in bovenstaand opzicht met strafrechtelijke sancties te vergelijken zijn, rees de vraag hoe de gestelde vragen in het strafrecht worden beantwoord. In het strafrecht gelden het 'ne bis in idem'-beginsel (iemand mag niet twee maal voor hetzelfde feit worden vervolgd en bestraft) en het beginsel 'geen straf zonder schuld' (geen straf mag worden opgelegd indien de schuld in de zin van verwijtbaarheid ontbreekt). Een drietal argumenten bleken ervoor te pleiten deze beginselen ook in het arbeidsrecht toe te passen. Allereerst kan het arbeidstuchtrecht als een vorm van strafrecht worden beschouwd, met een gelijksoortige behoefte aan rechtsbescherming van de ondergeschikte werknemer jegens de macht van de werkgever. In de tweede plaats zien deze beginselen op bescherming tegen 'straffen': ook in het arbeidsrecht worden straffen opgelegd. Het derde argument kan aan de rechtspraak van het EHRM worden ontleend. De gedachte dat het opleggen van een straf aan een ondergeschikte, door een instantie met een machtspositie, met rechtswaarborgen omkleed moet zijn, kan naar mijn mening als een algemeen rechtsbeginsel worden beschouwd. Voor toepassing van het 'ne bis in idem'-beginsel is bovendien ook steun te vinden in het Duitse recht: bij het opleggen van 'Betriebsbußen' (disciplinaire arbeidsrechtelijke straffen) gelden rechtsstatelijke waarborgen, waaronder het 'ne bis in idem'-beginsel. Tot slot kan er op worden gewezen dat de uitwerking van het 'ne bis in idem'-beginsel en het beginsel 'geen straf zonder schuld' grotendeels ook op de, uit het beginsel van goed werkgeverschap voortvloeiende, zorgvuldigheidsbeginsel en evenredigheidsbeginsel kan worden gebaseerd.

Toepassing van voornoemde beginselen leidde tot de volgende conclusies. De werkgever mag ter zake van hetzelfde wangedrag niet twee maal een *straf* opleggen. Een straf en een ordemaatregel mogen in beginsel wel, maar dit kan in strijd zijn met het evenredigheidsbeginsel. Daarnaast kan de werkgever in beginsel een straf opleggen indien ter zake van hetzelfde wangedrag tevens een straf door de strafrechter wordt opgelegd: de werkgever heeft een zelfstandig belang bij het bestraffen van wangedrag van zijn werknemers. Niettemin dient de werkgever op grond van (onder meer) het rechtszekerheids- en evenredigheidsbeginsel wel rekening te houden met de door strafrechter opgelegde straf. Dit kan worden omschreven als het 'aanrekeningsbeginsel': rekening wordt gehouden met voor hetzelfde feit reeds opgelegde, of voorgenomen sancties. Het antwoord op de tweede vraag – dient de schuld, in de zin van verwijtbaarheid, vast te staan alvorens een sanctie kan worden opgelegd – bleek bij het opleggen van een *straf* bevestigend te zijn. Wordt een werknemer voor het wangedrag tevens strafrechtelijk vervolgd, dan vloeit uit de aard van de verweten gedraging voort, dat ook voor het opleggen van een ordemaatregel eerste de schuld dient vast te staan. Komt de 'tenlastelegging' van de werkgever bovendien overeen met hetgeen waarvoor de werknemer strafrechtelijk wordt vervolgd, dan dient de uitkomst van de strafrechtelijke procedure de schuld van de werknemer uit te wijzen. De strafrechtelijke procedure is *de* geëigende weg ter vaststelling van de schuld van de verdachte werknemer; eerder staat de schuld, ook in het arbeidsrecht, niet vast. Het zou in strijd zijn met het, uit de

norm van het goed werkgeverschap voortvloeiende, zorgvuldigheidsbeginsel, indien een werkgever overgaat tot het opleggen van een sanctie, terwijl de strafrechter zich nog niet (onherroepelijk) over de schuld van de verdachte werknemer heeft uitgelaten. Dit is slechts anders indien de werknemer *jegens de werkgever* uitdrukkelijk te kennen heeft gegeven schuld te hebben aan het strafbare feit. In dat geval mag de werkgever in de private relatie tussen hem en de werknemer uitgaan van de schuld van de werknemer. Verder kan de werkgever een strafrechtelijke verdenking of (verzuim als gevolg van) voorarrest niet als grondslag voor een *straf* aanvoeren: uit het beginsel van de onschuldpresumptie vloeit voort dat de schuld nog niet vaststaat (tenzij de werknemer het wangedrag jegens de werkgever uitdrukkelijk heeft bekend). Een verdenking of voorarrest kunnen daarentegen onder bepaalde omstandigheden wel een ordemaatregel rechtvaardigen: dit is het geval indien de *gevolgen* de ordemaatregel noodzakelijk maken. Of een sanctie noodzakelijk is, dient te worden vastgesteld aan de hand van alle concrete omstandigheden van het geval. Een van de omstandigheden waar rekening mee moet worden gehouden is de mogelijke onschuld van de werknemer (onschuldpresumptie). Alleen het aanvoeren van een verdenking, voorarrest of een strafrechtelijke veroordeling is onvoldoende ter rechtvaardiging van een ordemaatregel. De ‘kale’ verdenking, het voorarrest, of de veroordeling, kunnen namelijk nooit de conclusie wettigen dat sprake is van een ongewenste situatie die een bepaalde sanctie noodzakelijk maakt. Bij beantwoording van de vraag of voorarrest of detentie een ordemaatregel rechtvaardigen, is onder meer van belang of de werkgever schade lijdt als gevolg van het verzuim, en of de werknemer de werkgever tijdig in kennis heeft gesteld van de werkelijke reden van zijn afwezigheid.

Voor het voorgaande kan steun en inspiratie in het Duitse recht worden gevonden. In de wetenschap dat bij een ‘Verdachtskündigung’ steeds het gevaar bestaat dat een onschuldige werknemer wordt ontslagen, heeft het BAG aan de toelaatbaarheid hoge eisen gesteld. Zo is een ‘Verdachtskündigung’ alleen gerechtvaardigd, indien de onderliggende gedraging een ‘Tatkündigung’ kan rechtvaardigen. Verder worden hoge eisen aan de verdenking zelf gesteld: alleen geruchten en vermoedens zijn onvoldoende. Bovendien vloeit uit het evenredigheidsbeginsel en het ‘ultima ratio’ vereiste de verplichting voor de werkgever voort, dat hij in redelijkheid alles doet wat in zijn vermogen ligt, ter opheldering van de feiten waarop de verdenking is gebaseerd. Tot de inspanningen ter opheldering van de situatie behoort ook de verplichting tot het horen van de werknemer. Indien de verdenking niet voldoende is opgehelderd, mag de werkgever ook de uitkomst van de strafrechtelijke procedure afwachten. Spreekt de werkgever het buitengewone ontslag binnen twee weken na kennisname van de veroordeling uit, dan wordt de opzegtermijn van §626 Abs. 2 BGB (opzegging wegens een ‘wichtige Grund’) niet geschonden. Tot slot geldt (ook) in het Duitse arbeidsrecht dat aan de hand van alle omstandigheden van het geval moet worden getoetst of voortzetting van het dienstverband niet van de werkgever kan worden gevergd. In het bijzonder behoort rekening te worden gehouden met de ernst van de verdenking, de duur van het dienstverband, de

leeftijd van de werknemer, zijn staat van dienst, de plaats van de werknemer in het bedrijf, als ook de bijzondere gevaren die een voortzetting van het dienstverband voor de werkgever met zich kunnen brengen. Het BAG heeft er uitdrukkelijk op gewezen dat voor ogen dient te worden gehouden, dat een louter op een verdenking gegrond ontslag even discriminerend is als een straf. Het onschuldvermoeden ex art. 6 lid 2 EVRM staat volgens het BAG daarentegen niet aan de geldigheid van een ‘Verdachtskündigung’ in de weg.

Tot slot brengt het bijzondere karakter van de ordemaatregelen ontbinding en ontslag wegens een dringende reden met zich, dat, waar van toepassing, extra zware eisen aan het schuldvereiste worden gesteld: deze sancties hebben weliswaar in beginsel het karakter van een ordemaatregel, maar zullen vanwege hun ingrijpende karakter door de werknemer vaak als een straf worden ervaren. Indien de werkgever meent dat de werknemer op zodanige *verwijtbare* wijze heeft gehandeld dat het hem (de werkgever) noodzaakt over te gaan tot een dergelijke ingrijpende en diffamerende sanctie, mag er over het verwijt aan het adres van de werknemer geen twijfel bestaan: de werkgever dient de schuld overtuigend te stellen en te bewijzen. Betreft het wangedrag waarvoor de werknemer tevens strafrechtelijk wordt vervolgd, dan dient de werkgever derhalve de uitkomst van de strafrechtelijke procedure af te wachten. Dit is niet in strijd met de voor een geldig ontslag wegens een dringende reden vereiste onverwijldheid. De werkgever dient dan wel onverwijld aan de werknemer mede te delen dat zijn beslissing omtrent het al dan niet verlenen van het ontslag van het resultaat van het strafrechtelijk onderzoek afhankelijk is.

Voor toepassing van de beginselen ‘ne bis in idem’ en ‘geen straf zonder schuld’ bleek steun te vinden in het aangrenzende rechtsgebied van het socialeverzekeringsrecht. Ook in dit rechtsgebied wordt een onderscheid tussen straffen (boeten) en maatregelen gemaakt. De boeten worden genormeerd door de waarborgen van art. 6 EVRM, waaronder de onschuldpresumptie en het ‘ne bis in idem’-beginsel. Voorts wordt de samenloop van meerdere sancties op één gedraging ook in de literatuur als onwenselijk beschouwd. Het beginsel ‘geen straf zonder schuld’ komt weliswaar niet bij alle schrijvers expliciet aan bod, uit het alom gehuldigde evenredigheidsbeginsel volgt dat bij het opleggen van een sanctie rekening moet worden gehouden met de verwijtbaarheid en dat bij het ontbreken van schuld geen straf behoort te worden opgelegd. In wettelijke regelgeving is eveneens – meer dan – tegemoetgekomen aan het beginsel ‘geen straf zonder schuld’: straffen, maar ook *maatregelen*, mogen niet worden toegepast indien de verwijtbaarheid ontbreekt (zie art. 27 lid 4 WW en 27a lid 2 WW).

6.3.2 Grondslag en regeling van de sanctiebevoegdheid

Ter rechtvaardiging van een ordemaatregel dient de werkgever aan te kunnen tonen, dat de betreffende maatregel *noodzakelijk* is ter beëindiging van die ongewenste situatie. Kan de werkgever de noodzaak aantonen, dan is daarmee tevens de grondslag van de ordemaatregel gegeven. Voor het opleggen van een straf bleek dit anders te liggen: ‘straffen’ is een vorm van bewuste

leedtoevoeging ter vergelding van wangedrag. Ik ging dan ook op zoek naar de legitimatie van de bevoegdheid tot straffen. De strafbevoegdheid berust direct, dan wel indirect, op de (collectieve) arbeidsovereenkomst. Indien een expliciete wettelijke grondslag ontbreekt, kan de bevoegdheid op de gezagsverhouding ex art. 7:610 BW en de instructiebevoegdheid ex art. 7:660 BW worden teruggevoerd. Voor disciplinaire straffen waarmee inbreuk wordt gemaakt op de arbeidsvoorwaarden, is altijd een contractuele grondslag vereist.

De strafbevoegdheid bij wangedrag op het gebied van e-mail en internetgebruik is relatief goed geregeld: de werkgever is op grond van een rapport van het CBP verplicht beleid te voeren ten aanzien van wat wel en niet is toegestaan en wat de mogelijke straffen zijn. Dit leidt tot rechtszekerheid en rechtsgelijkheid voor de werknemers. De regeling van de strafbevoegdheid ten aanzien van ander wangedrag is daarentegen versnipperd en onoverzichtelijk. Een uniforme en wettelijke regeling van het arbeidstuchtrecht ontbreekt. In plaats daarvan is sprake van verschillende tuchtrechtelijke procedurele en materiële bepalingen, verdeeld over een groot aantal (niet-wettelijke) decentrale regelingen, met name CAO's en personeelshandboeken. Blijkens de jurisprudentie vloeien bovendien procedurevoorschriften voort uit de norm van het goed werkgeverschap. Wat betreft de materiële aspecten kan op twee *wettelijke* bepalingen worden gewezen: de instructiebevoegdheid ex art. 7:660 BW en het boetebeding ex art. 7:650 BW en art. 7:651 BW. Het wettelijke instructierecht heeft slechts beperkte betekenis voor de regeling van het tuchtrecht: de werkgever mag op grond van dit recht alleen een tuchtrechtelijke regeling opstellen voor zover daarmee geen inbreuk op de arbeidsvoorwaarden wordt gemaakt. De boete is de enige wettelijk geregelde straf. In minstens de helft van de CAO's en handboeken komt geen enkele disciplinaire bepaling voor. Mijn conclusie luidde dan ook dat de huidige regelgeving de strafbevoegdheid van de werkgever niet legitimeert: de wijze waarop de bevoegdheid tot straffen is uitgewerkt, biedt geen optimale waarborgen voor de rechtszekerheid en rechtsgelijkheid van de betrokken werknemers. Ter legitimatie van de strafbevoegdheid bestaat behoefte aan uitbreiding van de huidige arbeidstuchtrechtelijke regelgeving.

Een extra argument voor uitbreiding van de regelgeving bleek aan het strafrecht te kunnen worden ontleend. Door de mogelijkheid van de werkgever een werknemer een straf op te leggen, wordt de gelijkenis tussen de werkgever en de strafvorderlijke overheid nog groter: evenals in de relatie 'overheid-burger', is in de relatie 'werkgever-werknemer' sprake van een meerdere die, ter naleving van de geldende gedragsregels, de ondergeschikte kan 'straffen'. Bovendien kunnen ook de door de werkgever op te leggen straffen voor de betrokken werknemer zeer ingrijpend en diffamerend zijn. De 'overheidsstrafrechtspleging' bleek daarentegen plaats te vinden binnen het kader van zorgvuldig totstandgekomen uniforme wettelijke regelgeving, waarin de criteria voor en de grenzen aan de uitoefening van de bevoegdheden zijn aangegeven. Dit beschermt de burger tegen de macht van de overheid, het geeft hem rechtszekerheid en het waarborgt de rechtsgelijkheid. Ook in het arbeidsrecht

zou sprake moeten zijn van uitgebreide en uniforme arbeidstuchtrechtelijke regelgeving. Behalve de bevoegdheden van de werkgever, kunnen hierin de criteria en de grenzen voor de uitoefening van die bevoegdheid worden aangegeven. Dit waarborgt de rechtszekerheid en rechtsgelijkheid van de werknemers. Legaliteit leidt dan tot legitimiteit.

De rechtsstatelijke waarborgen, die bij (de totstandkoming van) de strafrechtelijke regelgeving een belangrijke plaats innemen, dienden als inspiratiebron bij mijn voorstellen tot uitbreiding van de tuchtrechtelijke regelgeving. Dit leidt tot de volgende aanbevelingen.

Op wettelijk niveau dient er een (basis)regeling van het arbeidstuchtrecht te komen: een wettelijke regeling draagt de ultieme waarborg voor rechtszekerheid en rechtsgelijkheid in zich. In de wettelijke regeling nemen de procedurevoorschriften de belangrijkste plaats in: deze geven de criteria voor, en de grenzen van de bevoegdheid tot straffen aan. De voorschriften zouden betrekking moeten hebben op vertrouwelijkheid, motivering, termijnen, schriftelijkheid, deskundige bijstand, hoor en wederhoor, evenredigheid en proportionaliteit. Procedurevoorschriften lenen zich uitstekend voor regeling op wettelijk niveau: werknemers hebben te allen tijde en op gelijke wijze recht op een 'eerlijk proces'.

Voorts dient de wettelijke regeling te worden aangevuld met een klachtrecht van de werknemer. Voor de invoering van een wettelijk klachtrecht is steun en inspiratie te vinden in het Duitse arbeidsrecht. Daar heeft iedere individuele werknemer, op grond van §84 tot en met §86 van de Betriebsverfassungsgesetz (vergelijkbaar met de WOR), die zich door de werkgever of een andere werknemer benadeeld of onrechtmatig behandeld voelt, of zich op andere wijze benadeeld voelt, een individueel klachtrecht bij de werkgever of de ondernemingsraad. Naar mijn mening zou ook in het Nederlandse arbeidsrecht, teneinde tot een stelsel van 'checks and balances' te komen, de wet moeten voorzien in een recht van de werknemer om beslissingen van de werkgever, betrekking hebbende op zijn persoonlijke arbeidssituatie (bijvoorbeeld het opleggen van een straf), voor te kunnen leggen aan een, van de werkgever onafhankelijke, externe klachtcommissie (en een eventuele commissie voor hoger beroep). De instelling van deze commissie en de procedurele bepalingen met betrekking tot de indiening en afhandeling van een klacht, dienen in de wettelijke regeling te worden opgenomen. Daarbij geldt dat de mogelijkheid een klacht bij een externe klachtcommissie in te dienen, de mogelijkheid eerst een schriftelijke klacht bij de werkgever in te dienen, onverlet zou moeten laten. Voor de invulling van de wettelijke procedurele bepalingen zou inspiratie kunnen worden geput uit de Duitse regeling. De Duitse wettelijke regeling voorziet in de mogelijkheid zich bij te laten staan door een ondernemingsraadlid, een informatie- en motiveringsplicht van de werkgever en een verplichting van de werkgever bij gegrondbevinding van de klacht met een oplossing te komen. Evenals in de Duitse regeling dient naar mijn mening in de Nederlandse wettelijke klachtregeling een benadelingsverbod te worden opgenomen: de werknemer die een klacht heeft ingediend mag naar aanleiding

daarvan niet worden benadeeld. Onder benadeling wordt tevens ontslag verstaan.

Tot slot behoren, vanuit een oogpunt van rechtszekerheid en rechtsgelijkheid, in de wettelijke regeling ook een aantal materiële bepalingen te worden opgenomen. De wet behoort een limitatieve opsomming te geven van de mogelijk door werkgevers toe te passen disciplinaire straffen, de hiërarchische volgorde van de straffen en de voorwaarden voor oplegging. Voorts zouden de beginselen 'ne bis in idem' (cumulatieverbod) en 'geen straf zonder schuld' als algemene materiële bepalingen in de wet moeten worden opgenomen. De rechtszekerheid kan bovendien worden gewaarborgd door het opnemen van een *algemeen* legaliteitsbeginsel. De bepalingen over het strafbare gedrag zelf – de strafbepalingen – behoeven naar mijn mening de mogelijkheid van regeling op lager niveau: CAO of ondernemingsovereenkomst. De strafbevoegdheid van de werkgever hoeft naar mijn mening niet in een specifieke wettelijke bepaling te worden vastgelegd. Voldoende is dat alleen de tuchtrechtelijke bepalingen die vanuit een oogpunt van rechtszekerheid en rechtsgelijkheid een wettelijke regeling behoeven, ook daadwerkelijk een wettelijke regeling krijgen. De strafbevoegdheid vloeit reeds voort uit de (collectieve) arbeidsovereenkomst, de gezagsverhouding (art. 7:610 BW) en het instructierecht (art. 7:660 BW) en uit de andere, nog in te voeren, wettelijke tuchtrechtelijke bepalingen.

6.4 Eindconclusie

De regelgeving voor opsporing door de werkgever bleek zeer uitgebreid te zijn. Indien aan twee aanvullende voorwaarden wordt voldaan, kan de conclusie zijn dat deze regelgeving de bevoegdheid tot opsporing, en de daarbij gehanteerde methoden, legitimeert. De eerste voorwaarde is een wettelijke bepaling (in Titel 10 van Boek 7 BW), waarin de gelding van het grondrecht op privacy (in ruime zin) in de arbeidsverhouding expliciet wordt erkend. De tweede voorwaarde is dat rechters eenduidige regels gaan hanteren bij de waardering van, door de werkgever, onrechtmatig verkregen bewijs over wangedrag. De regeling van het recht tot sanctioneren bleek onvoldoende: ter legitimatie van het opleggen van straffen door de werkgever is aanvullende regelgeving, bij voorkeur op wettelijk niveau, vereist.

Summary

Subjectmatter and issue (Chapter 1)

The subject of this thesis is misbehaviour of employees. Employers tend to investigate and sanction misbehaviour of employees. This study investigates the question whether there are (sufficient) rules to legitimise investigation and sanctioning by employers (in the Netherlands), and the subquestions that arise from this issue.

In this study I first define misbehaviour as actual behaviour that comes under the description of an offence. Furthermore, I define misbehaviour as all behaviour, not flowing from the employee's obligation to do his work, which is unacceptable to the employer. The phrase 'unacceptable to the employer' contains a subjective aspect, which leads to indistinctness and uncertainty about when misbehaviour has occurred: the decision lies on the judgement of the employer, which can lead to arbitrariness. This results in a tension between the freedom of judgement of the employer on the one hand, and the legal certainty and legal equality of the employees on the other. This tension can be neutralized by placing the competence of the employer to investigate and to sanction in a scheme with optimal guarantees for the legal certainty and legal equality of the employees. Under these circumstances the practise of the competence of the employer to investigate and to impose sanctions is legitimised. This gives cause to examine whether the current rules, which regulate this competence of the employer, are sufficient, or additional rules are required.

Investigation by the employer (Chapter 2)

Employers use methods of investigation that resemble the methods of investigation used in criminal investigations. Employers investigate into e-mails, telephone conversations and the use of Internet. Besides, they make use of hidden video cameras and private detective agencies. Conducting investigations themselves is more effective and more efficient for the employers. Legal basis for the competence to investigate is Section 611 and Section 660 of Book 7 of the Dutch Civil Code, combined with the special relationship of trust between the employer and the employee.

The competence of the employer to investigate is regulated by many rules. First the employer has to respect the fundamental right of privacy of the employee. If the employer makes it known to the employee in advance that he was going to investigate his behaviour, the employee cannot refer to the fundamental right to privacy. In that case the employee did not have a 'reasonable expectation of privacy'. This 'kenbaarheidsvereiste' is also mentioned in a couple of other rules that regulate the competence of the employer to investigate: the Personal Data Protection Act (WBP) and Article 139f of the Dutch Criminal Code.

The WBP is nearly always applicable to the methods of investigation used by the employers. Two very important principles that constitute the basis of the WBP are the principles of proportionality and subsidiarity. To justify the

processing of personal data within the framework of investigating misbehaviour of employees, the employer has to comply with the condition of necessity ('het noodzakelijkheidsvereiste'). The processing of the data has to be necessary to attend to his justified interests. Furthermore, the interests or the fundamental rights and freedoms of the employee, in particular the fundamental right to privacy, may not prevail. Moreover, the employer can never refer to the approval of the employee to justify the processing of personal data. For the processing of criminal data the employer has to formulate rules that are approved by the works council. If the employer does not act according to the rules of the WBP, the employees have the possibilities of legal actions on the basis of the WBP.

Article 139f of the Dutch Criminal Code forbids the employer to make use of hidden video cameras, which the employees were not informed about in advance. The employer can fairly easily comply with the 'kenbaarheidsvereiste'. Consequently this article does not make the use of hidden video cameras impossible. A circular letter to the employees, in which the employer informs the employees about the possible use of hidden video cameras, is sufficient.

Furthermore the right of approval of the works council, the 'NVP-sollicitatiecode' and the Judicial Data and Criminal Records Act regulate the right of the employer to investigate. If the employer brings in a private detective agency, the Private Security Organizations and Detective Agencies Act is applicable.

The fact, that the methods of investigation used by employers reminds one of the methods of investigation used in criminal investigations, gave cause to examine the regulation of these criminal investigations. In the law of criminal procedure the competences to investigate can only be carried out in accordance with the conditions prescribed by law. Apart from that, the regulation in the law of criminal procedure consists of the principle of legality, the requirement of reasonable grounds for suspicion that an offence was committed, the classical principles of criminal proceedings and the principles of due process. The possibility to sanction illegally obtained evidence, can be seen as the final piece of regulation. As a result of these regulations in the law of criminal procedure there is an equilibrium between establishing the truth and legal protection. This legitimises the practice of the competences of the criminal authorities and the practise of radical methods of investigation.

Do the rules, which regulate the competence of employers to investigate, offer sufficient guarantees for legal certainty and legal equality of employees? Because of the resemblance between the methods of investigation used in criminal proceedings and the resemblance between the employer-employee and government-citizen relationships, I used the rules and principles that constitute the regulation of competences in criminal proceedings as inspiration. I concluded that the current rules, which regulate the competence of employers to investigate, legitimise that competence of the employer, on two conditions. First, a legal rule should be introduced that explicitly regulates the fundamental right of privacy of the employee. Secondly, unambiguous rules

about illegally obtained evidence should also be introduced in labour law. The current jurisprudence on this subject is very dissimilar. This results in legal uncertainty and legal inequality towards the limits of the competence of employers to investigate. The labour court should always judge the legality of the evidence. If the employer obtained the evidence illegally, a sanction should always be imposed. To keep equilibrium between establishing the truth and according legal protection it is important that the employer is forced to comply with the rules. In this way the sanctions control the acts of investigation of the employer (argument of prevention) and legitimise these acts (argument of legitimisation). The labour court can choose between various sanctions. One of them is excluding the illegally obtained evidence. Furthermore a fine can be imposed. The sanction imposed is determined by the interests that the violated rule intended to protect, the extent to which the rule was violated and the interests of the employer for violating that rule. The principles of proportionality and subsidiarity play an important role in determining the legality of the obtained evidence and the sanction imposed.

Sanctions by the employer (Chapter 3)

What sanctions can the employer impose and what rules regulate the competence to sanction? I define a sanction as a reaction to the violation of a legal norm or legal rule, at least obligation, or the reaction to illegitimate behaviour, which reaction creates a violation of the interests of the person who violated the legal norm or rule. In criminal law sanctions are divided into punishments and measures (non-punitive orders). This distinction can also be made in labour law. In labour law punishments are sanctions that are imposed to consciously cause distress. Basis for a punishment is retaliation of guilt. Measures in labour law ('ordemaatregelen') are sanctions that are not imposed to cause distress, but are focused on the termination of an undesirable situation. I define an undesirable situation as a situation, caused by the misbehaviour of an employee, which, because of the interests of the employer, his company and the other employees, needs to be ended. To make a clear distinction between punishments and measures I use the requirement of necessity ('noodzakelijkheidsvereiste'): if the sanction is necessary to end an undesirable situation it is a measure. Some sanctions in labour law always have the character of a punishment, or the character of a measure. The ending of the contract of employment for urgent reasons has the character of a measure. Nevertheless, it is a very radical and defamatory sanction, which the employee will experience as a punishment. Other sanctions sometimes have, depending on the requirement of necessity, the character of a punishment and sometimes the character of a measure.

In criminal law the *ne bis in idem* principle and the principle of guilt regulate the imposing of punishments. There are three arguments that plead for adopting these principles in labour law. First the disciplinary labour law can be seen as a form of criminal law. Secondly, the employer can impose *punishments* to his employees; the principles mentioned above protect against the imposing

of punishments. Finally an argument for adopting these principles in labour law can be found in the jurisprudence of the European Court of Human Rights concerning the concept of the 'criminal charge'. The tenor of this jurisprudence is that these principles have to be observed if punishments are imposed.

Adopting these principles in labour law leads to the following conclusions. The employer cannot impose more than one punishment for the same misbehaviour. Imposing a punishment and a measure at the same time can be in conflict with the principle of proportionality. Even though the employer can impose a punishment for misbehaviour if the criminal judge did so too, the principles of legal certainty and proportionality force the employer to take the punishment imposed by the criminal court judge into account. This leads to a moderate external functioning of the *ne bis in idem* principle in labour law ('het aanrekeningsbeginsel'). The principle of guilt implies that the employer cannot impose a punishment if the culpability is not yet determined. If the employee is also prosecuted, to determine the culpability, the employer has to wait for the results of the criminal proceedings. During the criminal proceedings the presumption of innocence is in the way of imposing a punishment by the employer, except when the employee explicitly admits to the employer that he has committed the offence.

If a punishment is not possible because of the presumption of innocence and the principle of guilt, it does not necessarily mean that the imposition of a measure is not possible. The employer has to prove that a measure is necessary: the requirement of necessity. This has to be determined on the basis of the special circumstances of the case. Purely the suspicion, the custody, the detention or conviction by the criminal judge is never sufficient to justify a measure. The consequences have to prove that a measure is necessary. Furthermore, if the employer suffers damages as a result of the suspicion, the custody, the detention or the conviction by the criminal judge, is of importance.

In case the nature of the misbehaviour implies guilt, for example theft, culpability is also a requirement for the imposing of a measure. The ending of the employment contract for urgent reasons is a measure: guilt is not a necessity. Nevertheless, if the misbehaviour implies guilt, the radical and defamatory character of this sanction means that extra demands have to be made upon the determination of the culpability. Some legal grounds for ending the employment contract for urgent reasons imply guilt. The requirement of immediacy is not in conflict with waiting for the results of criminal proceedings: the urgent reason only arises at the moment the criminal court passes judgement.

If the labour court terminates the employment contract and damages are awarded, these can compensate the unintentional distress caused by this measure. In my opinion the awarding of damages on the condition that the employee will be acquitted or the case will be dismissed, is in conflict with the central idea of Section 685 of Book 7 of the Dutch Civil Code, the presumption of innocence, the social interests and the personal interests of the employee involved.

Finally an additional argument for adopting the *ne bis in idem* principle and the principle of guilt in labour law can be deduced from an adjacent branch of law: social security law. Also in this labour law related legal area it is considered undesirable to impose more than one sanction for the same misbehaviour. The principle of proportionality is in the way of imposing punishment if the guilt is not determined.

The legitimisation of punishment by the employer (Chapter 4)

How is the competence of the employer to impose punishment legitimised? The legal ground for the competence to punish can be derived, directly or indirectly, from the (collective) employment contract. If an explicit contractual ground is missing, the competence can be based upon the relationship of authority, in accordance with Section 610 of Book 7 of the Dutch Civil Code, and the right of the employer to give instructions, in accordance with Section 660 of Book 7 of the Dutch Civil Code. The competence to impose punishments for misbehaviour in the field of e-mail and internet is reasonably well-regulated. On grounds of the report of the Dutch Data Protection Authority (Dutch DPA) the employer is compelled to pursue a policy in this field and to inform the employees about the possible sanctions. The regulation of the competence to impose punishment for other misbehaviour is fragmented and chaotic. Procedural disciplinary rules are sometimes implemented in collective agreements and personnel manuals. Furthermore they derive from the obligation of good employment practice. As far as the substantive aspects are concerned, there are two relevant legal provisions: the right of the employer to give instructions in accordance with Section 660 of Book 7 of the Dutch Civil Code, and the financial penalty in accordance with Sections 650 and 651 of Book 7 of the Dutch Civil Code. The right of the employer to give instructions is only of limited relevance. The rest of the substantive disciplinary rules according to the competence to punish are scattered over various arrangements, especially in collective agreements and personnel manuals. They are limited to rules about suspension and they are very different from each other. At least half of all the consulted collective agreements and personnel manuals contain no rules about punishment.

This leads to the conclusion that the competence of the employer to punish his employees is not embodied in regulation that legitimises this competence. This gave cause to examine how legal certainty and legal equality is guaranteed in criminal law. Employers impose punishment on their employees; this makes the resemblance between the employer and the punishing government even bigger. Criminal law by the government is characterised by rules that are accomplished in a democratic way. It has sufficient guarantees for legal certainty and legal equality: the constitutional guarantees. The most important guarantee is the principle of legality: actions by the government are only legitimised if it has a legal basis. Especially in criminal law this is an important principle, because in criminal law radical competences are being practiced. Therefore the principle of legality has an important place and meaning in the Penal Code and in the Code of Criminal Procedure. The resemblance

between the employer and the government, added to the imperfect regulation for the competence of the employer to punish, leads to the conclusion that the regulation in labour law, concerning the competence of the employer to punish, needs to be expanded. In this way legality can lead to legitimacy.

The constitutional guarantees can be an inspiration to expand the disciplinary rules in labour law. For example, the law should provide the regulation. Only when absolutely necessary, considering the need for customized arrangements, the regulation can take place on a lower level, for example in collective agreements. If a customized arrangement on the level of the company is needed, the works council must have the right of approval. Especially the procedural disciplinary rules are suitable for regulation in statutory provisions. Law can provide an independent complaints procedure in order to prevent a dominant position of the employer. This results in a system of checks and balances. The principle of legality is of major importance for the regulation of the substantive disciplinary rules. Therefore it should get an embodiment in law: employees have the right to legal certainty and legal equality concerning behaviour that is punishable. Furthermore, law should provide the regulation of the possible sanctions and the conditions for imposing those sanctions. The rules in which certain behaviour is made punishable require regulation on the level of the business sector or company.

The legislative proposal to regulate the disciplinary rules in labour law, submitted in 1994, does not comply with the requirements I mentioned. The proposal only provided rules for suspension and financial penalties. According to the Explanatory Memorandum there was no need for more extensive regulation of the disciplinary rules in labour law. The hearing in the House of Representatives resulted in the withdrawal of the legislative proposal: the current rules should be sufficient. Considering my preceding conclusions, I do not agree.

Comparative law study: German labour law (Chapter 5)

German employers use the same methods of investigation as Dutch employers do. The regulation has also resemblance with the Dutch regulation. The constitutional 'Persönlichkeitsrecht' (Section 1 and 2 Grundgesetz) is comparable to the fundamental right of privacy. The 'Persönlichkeitsrecht' has great importance in German law; it is the point of departure for the regulation of the competence of employers to investigate. Furthermore, the German legal system has a Judicial Data and Criminal Records Act and a Personal Data Protection Act ('Bundesdatenschutzgesetz'). Contrary to the Dutch jurisprudence the 'Bundesdatenschutzgesetz' is mentioned regularly in German jurisprudence concerning labour law issues.

Employers can only use hidden cameras if the employees were informed in advance. The 'Bundesarbeitsgericht' (BAG) considers the use of cameras on the work area far more radical than in public places and the use has to comply with strict conditions. Concerning the investigation of telecommunication judges have to make a distinction between business and private

use. In case of private use is, besides the 'Bundesdatenschutzgesetz', also the 'Telekommunikationsrecht' applicable. Finally, in accordance with Section 87, subsection 1 number 6 'Betriebsverfassungsgesetz' (BetrVG) the employer requires the approval of the works council for the use of cameras and the investigation of telecommunication. The answer to the question if the works council also has the right of approval concerning the use of private detective agencies, is controversial.

In German labour law the rule applies that illegally obtained evidence, in case the employer violates the rules mentioned above, cannot be used in a legal procedure. From the jurisprudence of the BAG and the 'Bundesverfassungsgericht' (BverfG) can be concluded that especially violation of the 'Persönlichkeitsrecht' results in excluding of the evidence. In judging the legality of the obtained evidence the labour court has also to take into account the interests of the employer. The circumstances of the case have to point out which interests have to prevail. The principles of proportionality and subsidiarity are of great importance in this balancing of interests.

Just as in Holland, German law does not provide the disciplinary rules of labour law. The German employer can choose between several sanctions in case the employee misbehaved. He can disapprove of the behaviour and threaten the employee to dismiss him if he does not improve his behaviour ('Abmahnung'). Furthermore the employer can suspend the employee ('Suspendierung'), which right is limited by the right of the employee to actual employment. The employer can impose two sanctions with a more punitive character: the 'Vertragsstrafen' and 'Betriebsbußen'. The 'Vertragsstrafen' are (financial) penalties that are arranged in the employment contract, collective agreement or works agreement, in case the employee does not fulfil his obligations flowing from the employment agreement. The 'Betriebsbußen' have, in contrast to the 'Vertragsstrafen', a disciplinary character; they intend to prevent and punish certain misbehaviour. The most severe sanction the employer can impose is dismissal of the employee involved. If the employer bases the dismissal on the suspicion the employee committed an offence, or another severe violation of the employment contract, which makes continuing the employment contract impossible, it is called a 'Verdachtskündigung'. It can be distinguished from the 'Tatkündigung' and is accepted as a ground for a dismissal for urgent reasons. Nevertheless, it is not undisputed; a dismissal based on a suspicion has a radical character, is defaming and implies the danger of a wrong judgment. For this reason the BAG sets high requirements on the admissibility of a 'Verdachtskündigung'. The BAG has explicitly pointed out the defaming and radical character of the 'Verdachtskündigung', but does not consider it to be in conflict with the presumption of innocence.

In case the employer bases the dismissal on misbehaviour that has already occurred, it is called 'Tatkündigung'. A distinction can be made between offences committed at work and in private life. In principle, offences committed in private life do not justify a dismissal, unless other circumstances necessitate the dismissal. Finally, German labour law provides, in contradiction to Dutch

labour law, in a complaints procedure for employees: Section 84 through 86 BetrVG.

Conclusions and recommendations (Chapter 6)

Both for investigation by the employer and for sanctioning by the employer the resemblance between the relationship employer-employee and government-citizen is of importance. The employee is legally and financially subordinate to the employer; the horizontal relationship between employee and employer has a vertical aspect. This is important for answering the question whether the current rules, which regulate the competence of the employer to investigate and sanction, are sufficient or additional rules are required to legitimize that competence. As far as investigation by the employer is concerned, I concluded that the current rules legitimize the competence of the employer, on two conditions. First a legal rule should be introduced that explicitly regulates the fundamental right of privacy of the employee. For the introduction of such a legal rule support can be found in German labour law. In this legal system the 'Persönlichkeitsrecht' is the starting-point of the regulation of the competence of the employer to investigate. Secondly, unambiguous rules about illegally obtained evidence should be introduced in labour law. This condition also finds support in German labour law. In this legal system the rule that illegally obtained evidence cannot be used in a legal procedure, is also applicable in private law.

Concerning imposing sanctions by the employer I concluded that the *ne bis in idem* principle and the principle of guilt should also be adopted in labour law. In this way the employer cannot award two punishments for the same misbehaviour and the culpability of the employee has to be determined before a punishment can be meted out. If the charges of the employer correspond with the charges of the Public Prosecution Service, the employer has to wait for the results of the criminal proceedings. During the criminal proceedings the presumption of innocence is in the way of imposing a punishment by the employer. Once more support and inspiration can be found in the German legal system: the BAG sets high requirements on the admissibility of a 'Verdachtskündigung'. Furthermore support can be found in the adjacent legal branch of law: social security law.

To legitimise the imposing of punishments by employers, the current regulation should be expanded. In this way legal certainty and legal equality of the employees can be guaranteed. The constitutional guarantees can be used as inspiration. This leads to the conclusion that the expansion should take place preferably on legal level. Only when absolutely necessary, considering the need for customized arrangements, the regulation can take place on a lower level. Finally Dutch labour law should provide an independent complaints procedure. Again inspiration can be borrowed from the German labour law system.

Geraadpleegde CAO's

Geraadpleegde bedrijfstak-CAO's

1. CAO Apotheken 2005;
2. CAO Bakkersbedrijf 2004/2009;
3. CAO Betonproductenindustrie 2003/2005;
4. CAO Crematoria 2004;
5. CAO Dagverblijven en Tehuizen voor Gehandicapten 1999;
6. CAO Doe Het Zelfbranche 2003/2004;
7. CAO Drankindustrie en de Groothandel in Dranken 2004;
8. CAO Drogisterijbranche 2003/2004;
9. CAO Gehandicaptenzorg 2003;
10. CAO Gezondheidscentra 2001/2002;
11. CAO Goederenvervoer over het spoor 2005
12. CAO Graanbe- en verwerkende Bedrijven 2005;
13. CAO Groenten- en fruitverwerkende industrie 2004;
14. CAO Groothandel in Textielgoederen en Aanverwante Artikelen 2003/2004;
15. CAO Groothandel in Vlakglas, het Glasbewerkings- en het Glazeniersbedrijf 2003;
16. CAO Handel In Bouwmaterialen 2004/2005;
17. CAO Horeca- en aanverwante bedrijf 2003/2004;
18. CAO Houthandel 2004/2005;
19. CAO Houtverwerkende industrie 2005;
20. CAO Huisartsenzorg 2005;
21. CAO Jeugdhulpverlening 2003;
22. CAO Kantoorvakhandel 2003;
23. CAO Kappersbedrijf 2003/2004;
24. CAO Kartonnage- en Flexibele verpakkingenbedrijf 2004;
25. CAO Kinderopvang 2004;
26. CAO Kunstzinnige Vorming 2004;
27. CAO Levensmiddelenbedrijf 2003/2004;
28. CAO Metalektro 2005/2008;
29. CAO Meubelindustrie en Meubileringsbedrijven 2003/2004;
30. CAO Mortel- en Morteltransportondernemingen 2004/2005;
31. CAO Openbaar Vervoer 2004;
32. CAO Parketvloerondernemingen 2002;
33. CAO Pluimveeverwerkende industrie 2004;
34. CAO Recreatie 2005;
35. CAO Reisbranche 2003/2004;
36. CAO Roll-on Roll-off bedrijven 2003;
37. CAO Schoenendetailhandel 2003;
38. CAO Schoonmaak- en Glazenwassersbedrijf 2004/2006;

39. CAO Slijterijen 2002/2003;
40. CAO Tandartsassistenten 2004;
41. CAO Taxivervoer 2005;
42. CAO Tentoonstellingsbedrijven 2003/2004;
43. CAO Thuiszorg 2004;
44. CAO Uitzendondernemingen Vaste Medewerkers 2004;
45. CAO Varkensverbetering in Nederland 2003/2004;
46. CAO Verzekeringsbedrijf Binnendienst 2004;
47. CAO Verzekeringsbedrijf Buitendienst 2004;
48. CAO Vrijgevestigde Fysiotherapiepraktijk 2003;
49. CAO Welzijn en Maatschappelijke Dienstverlening 2004;
50. CAO Zeilmakerijen, dekkledenvervaardiging, dekkledenverhuur, scheepstuigerijen en de scheepsbenodigdhedenhandel 2004/2005.

Geraadpleegde ondernemings-CAO's

1. CAO Ikea 2005/2007;
2. CAO Carglass BV 1 april 2004-31 december 2004;
3. CAO Rabobank 2004/2005;
4. CAO Océ-Technologies BV 1 juli 2004-31 december 2004;
5. CAO Delta Lloyd Groep 2004/2005;
6. CAO ING 2004/2005;
7. CAO Johnson Matthey BV 1 april 2004-31 december 2004;
8. CAO Hema 2003-2004;
9. CAO Dierenpark Emmen 2004;
10. CAO Ingenieursbureau Oranjewoud BV 1 juni 2004-1 juni 2005.

Geraadpleegde literatuur

Admiraal 1998

M.F. Admiraal, 'Roken op de werkplek', *Arbeidsrecht* (5) 1998-3, p. 8-12.

Alkema 1995

E.A. Alkema, 'De reikwijdte van fundamentele rechten – de nationale en internationale dimensies.', *Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging* (125), 1995-I, p. 1-129.

Ambagtsheer 1997

F.W.G. Ambagtsheer, 'Einde van de dienstbetrekking wegens (verdenking van) misdrijf', *ArbeidsRecht* (4) 1997-10, p. 5-9.

André de la Porte 1984

E. André de la Porte, 'Sanctiedifferentiatie in het strafrecht' (Preadvies, Handelingen van de Vereniging voor Wijsbegeerte van het Recht), *Rechtsfilosofie en Rechtstheorie* (13) 1984-1, p. 5-31.

Asscher-Vonk 2001

I.P. Asscher-Vonk, 'Private Justice in het arbeidsrecht', in: I.P. Asscher-Vonk e.a. (red.), *Onderneming en werknemer*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001, p. 35-50.

Asser/Scholten 1974

P. Scholten, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Algemeen deel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1974.

Bakels 1983

H.L. Bakels, 'Het arbeidsovereenkomstenrecht en het algemene overeenkomstenrecht', *SMA* (38) 1983-3, p. 136-144.

Bakels/Asscher-Vonk & Fase 2005

I.P. Asscher-Vonk & W.J.P.M. Fase met medewerking van F.M. Noordam, *H.L. Bakels. Schets van het Nederlands arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2005.

Baltussen 2000

M.F. Baltussen, 'De arbeidsovereenkomst: institutie of contract', *ArbeidsRecht* (7) 2000-4, p. 21-24.

Bax 1991

C.J. Bax, 'Legitimatie', in: Thom Holterman e.a. (red.), *Algemene begrippen staatsrecht*, Zwolle: Tjeenk Willink 1991, p. 259-276.

Beckschulze 2003

M. Beckschulze, 'Internet-, Intranet- und E-Mail-Einsatz am Arbeitsplatz. Rechte der Beteiligten und Rechtsfolgen bei Pflichtverletzungen', *Der Betrieb* 2003-51/52, p. 2777-2786.

Van Bemmelen/Balkema & Van Veen 1990

J.M. Van Bemmelen/J.P. Balkema & Th. W. Van Veen, *Ons strafrecht 2. Sanctierecht*, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1990.

Beukers 1994

Y.E.M. Beukers, *Eenmaal andermaal? Beschouwingen over het gezag van gewijsde en ne bis in idem in het burgerlijk procesrecht* (diss. Rotterdam), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994.

Van Bemmelen/Van Veen 1986

J.M. van Bemmelen/Th.W. van Veen, *Ons strafrecht I. Het materiële strafrecht algemeen deel*, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1986.

Bizer e.a. 2003

Bizer e.a., '*Spiros Simitis. Kommentar zum Bundesdatenschutzgesetz*', Baden-Baden 2003: Nomos Verlagsgesellschaft.

Blad & Mevis 1997

J.R. Blad & P.A.M. Mevis (red.), *Het gelijkheidsbeginsel. Pretentie en werkelijkheid*, Deventer: Gouda Quint 1997.

Bles I t/m IV (1907, 1908, 1909)

A.E. Bles, *De wet op de arbeidsovereenkomst. Geschiedenis der Wet van den 13^{den} juli 1907*(Staatsblad no. 193). *Verzameling van ontwerpen, gewisselde stukken, gevoerde beraadslagingen enz.* (deel 1 t/m 4), 's-Gravenhage: Belinfante 1907, 1908, 1909.

Blok 2002

P.H. Blok, *Het recht op privacy: een onderzoek naar de betekenis van het begrip 'privacy' in het Nederlandse en Amerikaanse recht* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002.

Bogert & Kooijmans 2000

P.C. Bogert & T. Kooijmans (red.), *Over de grens van het legaliteitsbeginsel*, Deventer: Gouda Quint 2000.

De Boer 1992

Th. M. de Boer, 'Vergelijkenderwijs: de inspiratie van buitenlands recht', *WPNR* (123) 1992-6033, p. 39-48.

Bokhorst, de Kogel & van der Meij

R.J. Bokhorst, C.H. de Kogel & C.F.M. van der Meij, *Evaluatie van de Wet Bob-fase I. De eerste praktijkervaringen met de Wet Bijzondere opsporingsbevoegdheden*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002.

Boldt e.a. 1962

G. Boldt e.a., *De bronnen van het arbeidsrecht I*, Leiden: Stenfert Kroese 1962.

Bolt & Lensing 1993

A.T. Bolt & J.A.W. Lensing, *Privaatrechtelijke boete. Preadvies uitgebracht voor de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking*, Deventer: Kluwer 1993.

Bom 2003

J. Bom, 'Internetmisbruik' *People Planet Profit* (2), 2003-3, p. 16-21.

Boon, Brouwer & Schilder 1999

P.J. Boon, J.G. Brouwer & A.E. Schilder, *Regelgeving in Nederland*, Deventer: Tjeenk Willink 1999.

Boot 2005

G.C. Boot, 'Ontslag op staande voet: een weg met vele valkuilen', *Sociaal Recht* (20) 2005-5, p. 167-173.

Borgers 2003

M.J. Borgers, 'Rechtsstatelijkheid, doelmatigheid en transparantie van de strafrechtspleging', *NJB* (78) 2003-11, p. 553-556.

Borsboom 1983

J.P.M. Borsboom, *Schadevergoeding voor voorlopige hechtenis*, Arnhem: Gouda Quint/Noorduijn 1983.

Bos 2001

A.M. Bos, *Geregeld recht. Een rechtspositivistische analyse van de rechtsstaat* (diss. Amsterdam UvA), Nijmegen: Ars Aequi libri 2001.

Bos 1987

A.M. Bos, *Demokratie en rechtsstaat*, Nijmegen: Ars Aequi libri 1987.

De Bosch Kemper 1838

J. De Bosch Kemper, *Wetboek van strafvordering. Eerste deel*, Amsterdam: Johannes Müller 1838.

Brouwer 1999

D.V.A. Brouwer, *Dwangmiddelen in bijzondere wetten* (diss.Groningen), Deventer: Gouda Quint 1999.

Brouwer 1990

P.W. Brouwer, *Samenhang in recht. Een analytische studie*, Groningen: Wolters-Noordhoff 1990.

Burkens e.a. 2001

M.C. Burkens e.a., *Beginselen van de democratische rechtsstaat. Inleiding tot de grondslagen van het Nederlands staats- en bestuursrecht*, Deventer: W.E.J Tjeenk Willink 2001.

Buruma 2001

Y. Buruma, *Buitengewone opsporingsmethoden*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001.

Cleiren & Nijboer 2001

C.P.M. Cleiren & J. F. Nijboer (red.), *Tekst & Commentaar Strafvordering*, Deventer: Kluwer 2001.

Cleiren 1992

C.P.M. Cleiren, *De openheid van de wet, de geslotenheid van het recht* (oratie Rotterdam), Arnhem: Gouda Quint 1992.

Cleiren 1989

C.P.M. Cleiren, *Beginselen van een goede procesorde. Een analyse van rechtspraak in strafzaken* (diss. Leiden), Arnhem: Gouda Quint 1989.

Coolen 1989

G.L. Coolen, 'Samenloop van strafbaar feit en tuchtvergrijp', *TAR* (6) 1989-7/8, p. 381-384.

Corstens 2002

G.J.M. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2002.

Damen 1987

L.J.A. Damen, *Ongeregeld en ondoorzichtig bestuur* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1987.

Van Dijk & Van Hoof 1990

P. van Dijk & G.J.H. van Hoof, *De Europese Conventie in theorie en praktijk*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1990.

De Doelder & Van der Hulst 1993

H. de Doelder & J.W. van der Hulst, 'EEG-sancties en ne bis in idem', *Tijdschrift voor Europees en economisch recht* (41) 1993-11, p. 722-733.

De Doelder 1981

H. de Doelder, *Terrein en beginselen van tuchtrecht* (diss. Tilburg), Alphen aan den Rijn/Brussel: H.D. Tjeenk Willink 1981.

Van Dooren 1997

M.I. van Dooren, *Recht op arbeid vrij van rassendiscriminatie* (diss. Tilburg), Leiden: NJCM-Boekerij 1997.

Dop & Knipschild 2004

J. Dop & E. Knipschild, *De regelen der arbeidsverhouding*, Amsterdam: Russell Advocaten 2004.

Duk 1988a

W. Duk, 'Beoordelingsvrijheid en beleidsvrijheid', *RM Themis* 1988-4, p. 156-169.

Duk 1988b

W. Duk, 'Handhaving van bestuursrecht. Capitula selecta', *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht* 1988-4, p. 105-110.

Duk 1981

W. Duk, 'Maatstaven voor beoordeling van sancties', *Ars Aequi* (30) 1981-5, p. 231-238.

Duk 1977

W. Duk, 'De bestuurder als toepasser van sancties', in: F.H. van der Burg e.a., *Bestuursrecht en bestuurswerkelijkheid*, Deventer: Kluwer 1977, p. 57-68.

Duk 1973

W. Duk, *Tanden van het recht. Oriënterende beschouwingen over sancties* (Oratie UvA), Zwolle: Tjeenk Willink 1973.

Durve 2001

S.A. Durve, 'Privacyregeling in een nieuwe jas: Little Brother op de werkvloer', *ArbeidsRecht* (8) 2001-2, p. 15-22.

Van Eck 2002

M. van Eck, 'Schorsing en op non-actiefstelling' *Arbeidsrecht* (9) 2002-8/9, p. 3-10.

Eissens & Staal/Hoekendijk 1985

J.G.M. Eissens & B. Staal / M.G.M. Hoekendijk, *Dwangmiddelen in het strafproces*, Arnhem: Gouda Quint 1985.

Embregts 2003

M.C.D. Embregts, *Uitsluitel over bewijsuitsluiting. Een onderzoek naar de toelaatbaarheid van onrechtmatig verkregen bewijs in het strafrecht, het civiele recht en het bestuursrecht* (diss.Tilburg), Deventer: Kluwer 2003.

Engels e.a. 1989

J.W.M. Engels e.a. (red.), *De rechtsstaat herdacht*, Zwolle: Tjeenk Willink 1989.

Enschedé/Bosch & Sutorius 2002

M. Bosch & E.Ph.R Sutorius, *Mr Ch. J. Enschedé. Beginselen van strafrecht*, Deventer: Kluwer 2002.

Enschedé 1971

CH.J. Enschedé (m.m.v. G. Hekkelman), *Arbeidstuchtrecht strafrechtelijk beschouwd*, Amsterdam: Amsterdam University Press 1971.

Foqué & 't Hart 1990

R. Foqué & A.C. 't Hart, *Instrumentaliteit en rechtsbescherming*, Arnhem: Gouda Quint 1990.

Franken 2001

H. Franken e.a., *Encyclopedie van de rechtswetenschap*, Deventer: Gouda Quint 2001.

Gamillscheg 1989

F. Gamillscheg, *Die Grundrechte im Arbeitsrecht*, Berlijn: Duncker & Humblot 1989.

Garland 2001

D. Garland, *The culture of control. Crime and social control in contemporary society*, Oxford: University Press 2001.

Gerbranda & Kroes 1993

Tj. Gerbranda & M. Kroes, *Grondrechten evaluatie-onderzoek eindrapport*, Leiden: NJCM-Boekerij 1993.

Glastra van Loon 1980

J.F. Glastra van Loon, *De eenheid van het handelen. Opstellen over recht en filosofie*, Meppel: Boom 1980.

Van der Grinten/Van der Grinten & Bouwens 2005

W.C.L. van der Grinten/J.W.M. van der Grinten & W.H.A.C.M. Bouwens, *Arbeidsovereenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2005.

Groen 1989

J.J. Groen, *Rechterlijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst* (diss. Nijmegen), Arnhem: Gouda Quint 1989.

Groenhuijsen & Knigge 2002

M.S. Groenhuijsen & G. Knigge (red.), *Dwangmiddelen en rechtsmiddelen. Derde interimrapport onderzoeksproject strafvordering 2001*, Deventer: Kluwer 2002.

Groenhuijsen & Knigge 2001

M.S. Groenhuijsen & G. Knigge (red.), *Het vooronderzoek in strafzaken. Tweede interimrapport onderzoeksproject strafvordering 2001*, Deventer: Gouda Quint 2001.

Groenhuijsen 1987

M.S. Groenhuijsen, *Straf en wet. Beschouwingen over de betekenis van het legaliteitsbeginsel in het hedendaags strafrecht, tegen de achtergrond van actuele legitimatieproblemen*, Arnhem: Gouda Quint 1987.

Hansma 2000

R. Hansma, 'Employability is noodzaak voor werkgever en werknemer', in: C.J. Loonstra (red.), *De onderneming en het arbeidsrecht in de 21^e eeuw* (Liber Americum prof. mr. F. Koning), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000.

Harenberg 1995

W.L. Harenberg, 'Verzuim wegens hechtenis', *ArbeidsRecht* (2) 1995-5, 31.

Harteveld, Keulen & Krabbe 1996

A.E. Harteveld, B.F. Keulen & H.G.M. Krabbe, *Het EVRM en het Nederlandse strafprocesrecht*, Groningen: Wolters-Noordhoff 1996.

Hartkamp 2000

A.S. Hartkamp, 'Europese mensenrechten en nationaal dwingend recht – De Nederlandse rechter en het EVRM', in: R.A. Lawson & E. Myjer, *50 jaar Europees verdrag voor de rechten van de mens 1950-2000* (bijzondere aflevering NJCM-Bulletin Nederlands Tijdschrift voor de Mensenrechten (25) 2000-1), Leiden: Stichting NJCM-Boekerij 2000.

Hazewinkel-Suringa/Rommelink 1996

J. Rommelink, *Mr. D. Hazewinkel-Suringa's Inleiding tot de studie van het Nederlands strafrecht*, Deventer: Gouda Quint 1996.

Heerma van Voss 1999

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

Heerma van Voss (Arbeidsovereenkomst)

G.J.J. Heerma van Voss, 'Afdeling 5. Enkele bijzondere bedingen in de arbeidsovereenkomst', in: *Arbeidsovereenkomst* (losbl.).

Van der Heijden (Arbeidsovereenkomst)

P.F. van der Heijden, 'I. Arbeidsovereenkomst', in: G.J.J. Heerma van Voss (red.), *Arbeidsovereenkomst afd. 7* (losbl.), Deventer: Kluwer.

Van der Heijden 1992

P.F. van der Heijden (red.), *Privacy op de werkplek*, 's-Gravenhage: SDU Juridische en fiscale Uitgeverij 1992.

Henket 1997

M. Henket, 'Sancties', *Ars Aequi* (46) 1997-1, p. 6-15.

Hildebrandt 2002

M. Hildebrandt, *Straf(begrip) en procesbeginsel* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2002.

Hirsch Ballin 1989

E.M.H. Hirsch Ballin, *Het grondrecht op vrijheid en de wet*, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1989.

Hirsch Ballin 1987

E.M.H. Hirsch Ballin, 'Regelen op afstand als vereiste van een sociale rechtsstaat', in: M.A.P. Bovens, W. Derksen & W.J. Witteveen (red.), *Rechtsstaat en sturing*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1987, p. 91-104.

Hirsch Ballin 1982

E.M.H. Hirsch Ballin, 'De mens in de sociale rechtsstaat', in: G.M. Van Veldhoven e.a. (red.), *Overheidsbemoedienis*, Deventer: Kluwer 1982.

Hoekema 1991

A.J. Hoekema, *Legitimiteit door legaliteit, over het recht van de overheid*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1991.

Hoffmans 1992

J.G.F.M. Hoffmans, *Van personeelsgids tot cao. Over de praktijk van arbeidsvoorwaardenvorming in de onderneming*, 's-Gravenhage: SDU Juridische en fiscale uitgeverij 1992.

Holterman e.a. 1991

Thom Holterman e.a. (red.), *Algemene begrippen staatsrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991.

Holtzer & Zondag 2003

M. Holtzer & W.A. Zondag, 'Wijziging van arbeidsvoorwaarden', in: L.G. Verburg & W.A. Zondag (red.), *Arbeidsrechtelijke aspecten van reorganisatie*, Deventer: Kluwer 2003, p. 175 e.v.

Hoogenboom 1988

A.B. Hoogenboom, *Particuliere recherche: een verkenning van enige ontwikkelingen*, 's-Gravenhage: SDU 1988.

Hoß & Lohr 1998

A. Hoß & M. Lohr, 'Die Freistellung des Arbeitnehmers. Zulässigkeit und Auswirkungen auf das Arbeitsverhältnis', *Betriebs-Berater* 1998-50, p. 2575-2581.

Van den Hout 1989

P.J. van den Hout, *Het afluisteren van telefoongesprekken als dwangmiddel. Een inquisitoir trekje in het Nederlands strafvorderingsstelsel*, Arnhem: Gouda Quint 1989.

Huisman 2004

W. Huisman, 'Veiligheid en regelnaleving door organisaties', in: E.R. Muller (red.), *Veiligheid. Studies over inhoud, organisatie en maatregelen*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2004, p. 455-467.

Hümmerich 2001

K. Hümmerich, 'Hausverbot bei Kündigung – Kraftmeierei oder Rechtsinstitut?', *Der Betrieb* 2001-33, p. 1778-1781.

Iest 1991

K. Iest, *Klachtrecht van de individuele werknemer* (diss. UvA), Deventer: Kluwer 1991.

Jacobs 2003

A.T.J.M. Jacobs, *Collectief arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2003.

Jacobs 1997

A.T.J.M. Jacobs, 'Kleine mythologie van de ongelijkheidscompensatie', in: L. Betten e.a. (red.), *Ongelijkheidscompensatie als roode draad in het recht* (liber amicorum Rood), Deventer: Kluwer 1997.

Jacobs 1993

A.T.J.M. Jacobs, *Inleiding tot het Duitse arbeidsrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1993.

Jager 2003

M.J. Jager, 'De Wet bescherming persoonsgegevens in de arbeidspraktijk toegepast', *ArbeidsRecht* (10) 2003-10, p. 10-16.

Jansen 1998

P.J. Jansen, 'Ontslag en ontbinding wegens verzuim door detentie', *ArbeidsRecht* (5) 1998-6/7, p. 19-24.

Jansen & Loonstra 1998

C.J.H. Jansen & C.J. Loonstra, 'Erosie in de gezagsverhouding: de koers van de Hoge Raad', *NJB* (73) 1998-18, p. 817-821.

Jansen & Loonstra 1997

C.J.H. Jansen & C.J. Loonstra, *Functies onder spanning. Een nieuwe oriëntatie op de gezagsverhouding in de arbeidsovereenkomst*, Deventer: Kluwer 1997.

Jaspers e.a. 2000

A.Ph.C.M. Jaspers e.a., *Meer respect voor grondrechten van werknemers*, Utrecht: Stichting FNV Pers 2000.

Jellinghaus 2003

S.F.H. Jellinghaus, *Harmonisatie van arbeidsvoorwaarden, in het bijzonder na een fusie of overname* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2003.

Jonkers 1984

W.H.A. Jonkers, *Inleiding tot de strafrechtsdogmatiek: het schuldbeginnsel, het legaliteitsbeginnsel, de strafbaarheidsvoorwaarden, de poging en de deelneming*, Zwolle: Tjeenk Willink 1984.

Jörg & Kelk 1998

N. Jörg & C. Kelk, *Strafrecht met mate*, Deventer: Gouda Quint 1998.

Kamphuisen 1956

P.W. Kamphuisen, *De collectieve en de individuele arbeidsovereenkomst*, Leiden: Universitaire Pers 1956.

Keijzer 1987

N. Keijzer, 'Enkele opmerkingen over de praesumptio innocentiae in strafzaken', in: Balkema e.a., *Naar eer en geweten* (Liber amoricum J. Remmelink), Arnhem: Gouda Quint 1987, p. 235-253.

Klijn 1992

L.P.M. Klijn, *Klachtrecht van werknemers. Een onderzoek naar de juridische grondslag en noodzaak van een individueel klachtrecht van werknemers* (diss. VU Amsterdam), Deventer: Kluwer 1992.

De Kluiver 1992

H.J. de Kluiver, *Onderhandelen en privaatrecht*, Deventer: Kluwer 1992.

Knape 2003

C.A. Knape, 'Wet justitiële gegevens', *Ars Aequi* (52) 2003-3, p. 215-219.

Knape 1997

C.A. Knape, 'Het wetsvoorstel Justitiële documentatie', *Proces* 1997-5, p. 83-86.

Kobussen 1989

Mariëtte Kobussen, 'Een privaatrechtelijke legaliteitseis?', *NTB* 1989-4, p. 97-109.

Koekkoek e.a. 2000

A.K. Koekkoek e.a. (red.), *De Grondwet. Een systematisch en artikelsgewijs commentaar*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000.

Kolk & Verbruggen 2002

D.J. Kolk & M. Verbruggen, 'Het verborgen bestaan van de Wet bescherming persoonsgegevens', *ArbeidsRecht* (9) 2002-6/7, p. 3-10.

Koning 1987

F. Koning, *Het systeem van het collectieve arbeidsvoorwaardenrecht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1987.

Kooijmans 2002

T. Kooijmans, *Op maat geregeld? Een onderzoek naar de grondslag en de normering van de strafrechtelijke maatregel* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2002.

Koopmans 1965

T. Koopmans, *Contractueel stippelwerk* (oratie Leiden), Alphen aan den Rijn: Samsom 1965.

Koopmans 1962

T. Koopmans, *De begrippen werkmán, arbeider en werknemer* (diss. Amsterdam UvA), Alphen aan den Rijn: Samsom 1962.

Koops & Stevens 2003

E.J. Koops & L. Stevens, 'J.B. versus Saunders. De groeiende duisternis rond nemo tenetur.', *Delikt en Delinkwent* 2003-3, p. 281-294.

Koops 2000

Bert-Jaap Koops, *Verdachte en ontsleutplicht: hoe ver reikt nemo tenetur?*, Deventer: Kluwer 2000.

Kortmann 2001

C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, Deventer: Kluwer 2001.

Kremer 1999

M. Kremer, *Onrechtmatig verkregen bewijs in civiele zaken* (diss. Groningen), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999.

Kristen 1998

F.G.H. Kristen, 'Schuldefecten in strafrechtelijk effectenrecht. De verwijtbaarheid bij misbruik van voorwetenschap.' In: M.J. Borgers, I.M. Koopmans & F.G.H. Kristen (red.), *Verwijtbare uitholling van schuld*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1998, p. 47-63.

Kuip 1993

S.W. Kuip, *Ontslagrecht met bijzondere aandacht voor de dringende reden* (diss. VU Amsterdam), Deventer: Kluwer 2003.

Kuitenbrouwer 1991

F. Kuitenbrouwer, *het recht om met rust gelaten te worden. Over privacy*, Amsterdam: Balans 1991.

De Laat & Rutgers 2005

I.J. de Laat & D.J. Rutgers, 'Privacyaspecten', in: C.J. Loonstra & W.A. Zondag, *Arbeidsrecht*, Den Haag: SDU Uitgevers 2005, p. 1291-1336.

De Laat 1995

J.J.M. de Laat, 'Gedeeltelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst', *Sociaal Recht* (10) 1995-10, p. 299-302.

De Laat 1991

J.J.M. de Laat, 'De ondernemingsraad: handenbinder van de individuele werknemer?' (6) 1991-11, p. 314-321.

Lacevic en Zondag 2004

D. Lacevic & W.A. Zondag, 'Ontslag wegens e-mail- en internetmisbruik op de werkvloer, mede in rechtsvergelijkend perspectief', *Arbeid Integraal* (8) 2004-4, p. 91-98.

Van der Landen 1992

D. van der Landen, *Straf en maatregel. Een onderzoek naar het onderscheid tussen straf en maatregel* (diss. Tilburg), Arnhem: Gouda Quint 1992.

Leijten 1992

M.J.C. Leijten, 'Samenloop van sancties gezien vanuit het wettelijk geregelde tuchtrecht', *NJB* 1992-41, p. 1387-1394.

Leijten 1991

M.J.C. Leijten, *Tuchtrecht getoetst. Een onderzoek naar de betekenis van grondrechten voor de wettelijke regeling van tuchtrecht en van de tuchtprocedure* (diss. Tilburg), Arnhem: Gouda Quint 1991.

Lenos 1999a

E.E.V. Lenos, 'Mensenrechtelijke en bestuursrechtelijke waarborgen bij handhaving van de sociale zekerheid', *NJCM-bulletin* (24) 1999-6, p. 736-749.

Lenos 1999b

E.E.V. Lenos, 'Boeten en maatregelen met mate? Toetsing door de rechter aan het evenredigheidsbeginsel', *Sociaal Recht* (14) 1999-7/8, p. 184-189.

Lenos 1998

E.E.V. Lenos, *Bestuurlijke sanctietoepassing en strafrechtelijke waarborgen in de sociale zekerheid* (diss. Leiden), Lelystad: Koninklijke Vermande 1998.

Lensing 1988

J.A.W. Lensing, 'De HR en beginselen van behoorlijk strafprocesrecht', *Delikt en Delinkwent* 1988-10, p. 960-978.

Lensing en Mulder 1994

J.A.W. Lensing & G.E. Mulder, *Hoofdbeginselen van strafprocesrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994.

Van Lent

C.M.E.P. van Lent, *Internationale intra-concernmobiliteit* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2000.

Levenbach 1965

M.G. Levenbach, 'De arbeidsovereenkomst in het Nederlandse recht', in: G. Boldt e.a., *De arbeidsovereenkomst volgens het recht der deelnemende staten van de EGKS*, Luxemburg: EGKS. Publikaties over het arbeidsrecht 1965, p. 671-812.

Lingemann & Göpfert 1997

S. Lingemann & B. Göpfert, 'Der Einsatz von Detektiven im Arbeitsrecht', *Der Betrieb* 1997-7, p. 374-377.

Loonstra 2005a

C.J. Loonstra, 'Snijden in het ontslagrecht', *NJB* (80) 2005-6, p. 290-297.

Loonstra 2005b

C.J. Loonstra, 'De gezagsverhouding ex art. 7:610 BW', *Sociaal Recht* 2005-3, p. 96-102.

Loonstra 2003

C.J. Loonstra, 'Werknemer in de bak', *Dossier Arbeid & Recht* (14) Special 2003.

Loonstra 2002

C.J. Loonstra, *Hoofdstukken sociaal recht*, Groningen: Wolters-Noordhoff 2002.

Loonstra 2001

C.J. Loonstra, 'Altyernatieve geschillenbeslechting in het individuele arbeidsrecht', in: E. Hey e.a. (red.), *Grensverkenningen in het recht*, Deventer: Gouda Quint 2001, p. 1-15.

Loonstra 1990

C.J. Loonstra, *Gezag, medezeggenschap en collectieve actie*, Groningen: Wolters Noordhoff 1990.

Loonstra & Zondag 2006

C.J. Loonstra & W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke themata*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006.

Loonstra & Zondag 2001

C.J. Loonstra & W.A. Zondag, 'Het begrip 'werknemer' in nationaal, rechtsvergelijkend en communautair perspectief', *ArA* 2001-1, p. 4-29.

Loonstra & Zondag 2000

C.J. Loonstra & W.A. Zondag, 'Ontslagvergoedingsrecht: stand van zaken en perspectief', *NJB* (75) 2000-26, p. 1267-1277.

Lunshof 1989

H.R. Lunshof, *Welzijn, wet, wetgever. Op zoek naar de taak van de wetgever* (diss. Utrecht), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1989.

Mante-Meijer & Klijn 2003

E. Mante-Meijer & L. Klijn, *OR en individueel klachtrecht*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2003.

Melai & Groenhuijsen e.a.

A.L. Melai & M.S. Groenhuijsen e.a., *Het wetboek van strafvordering*, Deventer: Kluwer (losbladig).

Melai 1982

A.L. Melai, 'Buitenwettelijk recht en het strafgeding', *Delikt en delinkwent* 1982-12, p. 451-457.

Mengel 2004

A. Mengel, 'Kontrolle der Telefonkommunikation am Arbeitsplatz', *Betriebs-Berater* (59) 2004-26, p. 1445-1453.

Mevis 2004

P.A.M. Mevis, *Capita strafrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2004.

Mevis 2000

P.A.M. Mevis 'Introductie: de betekenis van het legaliteitsbeginsel in de rechtsontwikkeling naar een eigentijds strafrecht', in: Bogert & Kooijmans 2000.

Mevis 1990

P.A.M. Mevis, 'Van opsporing, strafvordering en legaliteit', *Delikt en Delinkwent* 1990-10, p. 936-948.

Mevis 1989

P.A.M. Mevis, *Binnen zonder kloppen?* (diss. Nijmegen), Arnhem: Goude Quint 1989.

Minkenhof/Reijntjes 2002

J.M. Reijntjes, *Mr A. Minkenhof. De Nederlandse strafvordering*, Deventer: Kuwer 2002.

Mols 1997

G.P.M.F. Mols, *Hoofdstukken strafprocesrecht*, Deventer: Gouda Quint 1997.

Mulder 1974

G.E. Mulder, 'De sanktie', *Delikt en delinkwent* (4), 1974-1, p. 9-21.

Nieboer 1991

W. Nieboer, *Schets materieel strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1991.

Van Nispen 2003

C.J.J.C. van Nispen, *Sancties in het vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2003.

Noordam 2001

F.M. Noordam, *Ambtenarenwetgeving*, Deventer: Kluwer 2001.

Olbers 1991

M.M. Olbers, 'Arbeidstuchtrecht', in: P.F. van der Heijden e.a. (red.), *De arbeidsovereenkomst in het NBW*, Deventer: Kluwer 1991, p. 69-86.

Oldenziel 1998

H.A. Oldenziel, *Wetgeving en rechtszekerheid. Een onderzoek naar de bijdrage van het legaliteitsvereiste aan de rechtszekerheid van de burger* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1998.

Van Ommeren 1996

F.J. van Ommeren, *De verplichting verankerd. De reikwijdte van het legaliteitsbeginsel en het materiële wetsbegrip* (diss. VU Amsterdam), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996.

Oostenbrink 1967

J.J. Oostenbrink, *Administratieve sancties* (diss. Utrecht), 's-Gravenhage: Vuga 1967.

Ostendorf 2003

K. Ostendorf, 'Uitbreiding strafbaarstelling heimelijk cameratoezicht en de consequenties daarvan op de werkplek', *Sociaal Recht* (18) 2003-10, p. 305-310.

Otto 1997

Hansjörg Otto, *Einführung in das Arbeitsrecht*, Berlijn/New York: de Gruyter 1997.

Pheijffer 2000

M. Pheijffer, 'Rechtshandhaving zonder grenzen?' in: A.B. Hoogenboom e.a. (red.), *Privatisering van toezicht en opsporing*, Den Haag: Servicecentrum Uitgevers 2000, p. 83-99.

Pruis & Biemans 1989 I

N. Pruis & J. Biemans, *De elektronische schaduw. Deel I. Een literatuurstudie naar personeelsvolgsystemen en privacy*, Den Haag: Ministerie van Sociale zaken en werkgelegenheid 1989.

Pruis & Biemans 1989 II

N. Pruis & J. Biemans, *De elektronische schaduw. Deel II. Een studie naar personeelsvolgsystemen en privacy in de praktijk*, Den Haag: Ministerie van Sociale zaken en werkgelegenheid 1989.

Roest 1996

J. Roest, *Medezeggenschap van werknemers bij financieel-economische besluiten*, Deventer: Kluwer 1996.

Rogier 1992

L.J.J. Rogier, *Strafsancties, administratieve sancties en het una via-beginsel* (diss. Rotterdam), Arnhem: Gouda Quint 1992.

Röling 1936

V.A. Röling, 'Is het wenschelijk, dat verband wordt gelegd tusschen de verschillende maatregelen naar aanleiding van een zelfde feit, te nemen door den strafrechter en andere bij of krachtens de wet ingestelde organen? Zoo ja, op welke wijze ware dit verband te regelen?', *Handelingen Nederlandsche Juristen-Vereeniging* (66) 1936-I.

Rood/van der Heijden 2004

P.F. van der Heijden, *Rood's Wet op de ondernemingsraden*, Deventer: Kluwer 2004.

Rood 1996

M.G. Rood, *Introductie in het sociaal recht*, Arnhem: Gouda Quint 1996.

Rood 1994

M.G. Rood, 'Wanneer bestaat een gezagsverhouding?', *TVVS* (37) 1994-10, p. 279-280.

Rood 1989

M.G. Rood, 'Art. 27 eerste lid onder a WOR. Instemming COR vereist voor wijziging autokostenregeling? Betekenis begrip arbeidsreglement in art. 27 eerste lid onder a', *TVVS* (32) 1989-2, p. 54-56.

Roording 1994

J.F.L. Roording, *Sanctierecht in de belastingen en de sociale zekerheid* (diss. Nijmegen), Nijmegen: Ars Aequi Libri 1994.

Rozemond 2000

K. Rozemond, 'Waar ligt de grens van het legaliteistbeginsel?', in: Bogert & Kooijmans 2000.

Ruller 2001

S. van Ruller, 'Sancties', in: E. Lissenberg, S. van Ruller & R. van Swaaningen, *Tegen de regels IV. Een inleiding in de criminologie*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2001, p. 387-412.

Van de Pol 1998

U. van de Pol, 'Een bloemlezing over personeelsvolgsystemen', in: Terstegge & de Vries 1998, p. 55-70.

Reijntjes 1997

J.M. Reijntjes, 'Het begrip opsporing', *Delikt en delinkwent* 1997-3, p. 213-229.

Reijntjes 1996

J.M. Reijntjes (red.), *Nemo tenetur*, Arnhem: Gouda Quint 1996.

Reijntjes 1991

J.M. Reijntjes, 'Rondom DNA. Over opsporing en bewijsvoering', *Themis* 1991-6, p. 267-284.

Reijntjes 1989

J.M. Reijntjes, *Boef of burger? Over de relatie tussen toezicht en opsporing* (oratie Open universiteit), Arnhem: Gouda Quint 1989.

Roelofs 2003

L.C. Roelofs, 'Verborgene cameratoezicht op de werkplek: straks nog toelaatbaar?', *ArbeidsRecht* (10) 2003-10, p. 21-27.

Van Roermond 2000

G.C.G.J. van Roermond, 'Contract der contracten', in: J.M. Barendrecht, M.A.B. Chao-Duivis & H.A.W. Vermeulen (red.), *Beginselen van contractenrecht* (Nieskens-Isphording-bundel), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 131-144.

Rommelse 1994

A.F. Rommelse, 'Ziekteverzuim, controle en privacy', *Sociaal Recht* (9) 1994-10, p. 287-293.

De Roos 1990

Theo de Roos, 'Opnieuw: het OM en beginselen van behoorlijk strafprocesrecht', *Rechtshulp* 1990-2, p. 15-19.0

De Roos 1989

Theo de Roos, 'Het O.M., de verdediging en beginselen van behoorlijk procesrecht. Een belangrijk Amsterdams arrest', *Rechtshulp* 1989-1, p. 2-5.

Rozemond 1997

K. Rozemond, 'Charles Z. en de rechterlijke normering van buitenwettelijke opsporingsmethoden', *Recht en kritiek* (23) 1997-1, p. 39-70.

Rutgers & de Vries 2001

D.J. Rutgers & H.H. de Vries, 'De Hoge Raad en cameratoezicht op de werkvloer', *ArbeidsRecht* (8), 2001-10, p. 18-23.

Sagel 2002

S.F. Sagel, 'Bijzondere ontbindingen: voor zover vereist, onder voorwaarde(n) of met vergoeding onder voorwaarde(n)', *ArbeidsRecht* (9) 2002-8/9, p. 18-30.

Sauveplanne 1981

J.G. Sauveplanne, *Rechtsstelsels in vogelvlucht. Een inleiding tot de privaatrechtsvergelijking*, Deventer: Kluwer 1981.

Schaub, Koch & Linck 2005

G. Schaub, U. Koch & R. Linck, *Arbeitsrechtshandbuch. Systematische Darstellung und Nachschlagewerk für die Praxis*, München: Beck 2005.

Schuyt 1987

C.J.M. Schuyt, 'Gebonden aan maat en regel', in: M.A.P. Bovens, W. Derksen & W.J. Witteveen (red.), *Rechtsstaat en sturing*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1987, p. 23-35.

Sibben 1998

R. Sibben, 'Beteiligung des Betriebsrats bei Suspendierungen?', *NZA* 1998-23, p. 1266-1268.

Simmelink 1987

J.B.H.M. Simmelink, *De rechtsstaatgedachte achter art. 1 Sv. Gedachten over de betekenis van art. 1 Sv voor het handelen van de overheid in de opsporingsfase*, Arnhem: Gouda Quint 1987.

Van Slooten 1999

J.M. van Slooten, *Arbeid en loon* (diss. UvA Amsterdam), Deventer: Kluwer 1999.

Smidt 1891

H.J. Smidt, *Geschiedenis van het Wetboek van strafrecht. Volledige verzameling van regeeringsontwerpen, gewisselde stukken, gevoerde beraadslagingen, enz. Eerste deel*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1891.

Smits 1996

P. Smits, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure. Over de betekenis van art. 6 EVRM voor het Nederlands burgerlijk procesrecht* (diss. Rotterdam), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996.

Smorenburg 2001

M.E. Smorenburg, 'De verwijtbaarheid van de Hoge Raad', *ArbeidsRecht* (8) 2001-1, p. 3-6.

Snijders 1992

H.J. Snijders, *Op de grens van burgerlijk recht en burgerlijk procesrecht* (oratie Rotterdam), Arnhem: Gouda Quint, Deventer: Kluwer, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992.

Van Soeren 1986

W.H. van Soeren, 'Onrechtmatig verkregen bewijs in de civiele procedure', *AA* (35) 1986-7/8, p. 483-489.

Sprengers 1998

L.C.J. Sprengers, *De Wet op de ondernemingsraden bij de overheid. Op weg naar één arbeidsrecht voor ambtenaren en werknemers?* (diss. UvA), Amsterdam 1998.

Stahlhacke & Preis 1995

E. Stahlhacke & U. Preis, *Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis*, München: C.H. Beck 1995.

Van Stokkum 2004

B. Van Stokkum, 'Inleiding. Sanctionering in het teken van schadevergoeding en herstel', in: B. van Stokkum (red.), *Straf en herstel. Ethische reflecties over sanctiedoeleinden*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2004, p. 1-21.

Stolker 1995

C.J.J.M. Stolker, 'Straffen met privaatrecht – of juist verzoenen?', in: A.M. Hol & C.J.J.M. Stolker (red.), *Over de grenzen van strafrecht en burgerlijk recht*, Deventer: Kluwer 1995, p. 29-41.

Van der Stroom 2003

M.P. van der Stroom, 'Camera's op de werkvloer', *Juridisch up to date* 2003-23/24, p. 16-20.

Swart 1991

A.H.J. Swart, 'Afluisteren van telefoons', *AA* (40) 1991-2, p. 160-168.

Taat 1948

J.F. Taat, *Beschouwingen over tuchtrecht* (diss. Leiden), Boskoop: Taat & van der Neut 1948.

Terstegge/Lieon 2002

J.H.J. Terstegge (herzien door S. Lieon), *Goed werken in netwerken. Regels voor controle op e-mail en internetgebruik van werknemers*, Den Haag: College bescherming persoonsgegevens 2002.

Terstegge 2002

J.H.J. Terstegge, 'Privacybescherming van werknemers; actie door 'Europa'?', *Privacy & Informatie* (5) 2002-1, p. 31-34.

Terstegge 2001

J.H.J. Terstegge, 'De nieuwe Wet bescherming persoonsgegevens', in: J.H.J. Terstegge e.a., *Wet bescherming persoonsgegevens*, Deventer: Kluwer 2001.

Terstegge e.a. 2001

J.H.J. Terstegge e.a., *Wet bescherming persoonsgegevens*, Deventer: Kluwer 2001.

Terstegge & de Vries 1998

J.H.J. Terstegge & H.H. de Vries, *De werknemer achtervolgd? Over personeelsvolgsystemen, verzuimcontrole en de nieuwe bevoegdheden van de OR*, Den Haag: SDU 1998.

Terstegge & de Vries 1994

J.H.J. Terstegge & H.H. de Vries, *Privacy in arbeidsverhoudingen*, Den Haag: VUGA Uitgeverij 1994.

Thierry 2001

D.M. Thierry, 'Het gebruik van camera's ter opsporing van strafbare feiten op de werkvloer', *Bedrijfsjuridische berichten* 2001-12, p. 132-134.

Thierry 2000

D.M. Thierry, 'Ontslag op staande voet na overmatig alcoholgebruik', *Bedrijfsjuridische berichten* 2000-22, p. 211-214.

Tjittes 1993

R.P.J.L. Tjittes, 'Uitleg van CAO-bepalingen en arbeidstuchtrecht', *Nieuwsbrief BW* 1993-10, p. 109-110.

Uhmann 2002

M. Uhmann, 'Mitarbeiterkontrolle – Was darf der Arbeitgeber?', *Betrieb und Wirtschaft* (56) 2002-2, p. 79-85.

Van Veen & Balkema 1982

Th. W. van Veen & J.P. Balkema, *Voorarrest. Strafprocessuele en sociaalrechtelijke aspecten*, Alphen aan den Rijn: H.D. Tjeenk Willink 1982.

Vegter 1996

M.S.A. Vegter, 'Maatregelen, boeten en terugvordering in de sociale zekerheid', *Bedrijfsjuridische berichten* 1996-14, p. 117-119.

Vegter 1989

P.C. Vegter, *Vormen van detentie* (diss. Nijmegen), Arnhem: Gouda Quint 1989.

Verhey 1992

L.F.M. Verhey, *Horizontale werking van grondrechten, in het bijzonder van het recht op privacy* (diss. Utrecht), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992.

Verheul 1994

J.M. Verheul, *Sanctiebegrip en sanctiesamenloop in de sociale zekerheid*, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1994.

Verhulp e.a. 2005

E. Verhulp (red.), *Inleiding Nederlands ambtenarenrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005.

Verhulp 2004

E. Verhulp in: P.F. van der Heijden, J.M. Van Slooten & E. Verhulp (red.), *T&C Arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2004.

Verhulp 2003

E. Verhulp, 'De dringende reden en het ontslag op staande voet', in: Verhulp & Zondag 2003, p. 59-90.

Verhulp 1999

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

Verhulp 1996

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

Verhulp & Zondag 2003

E. Verhulp & W.A. Zondag (red.), *Disfunctioneren en wangedrag van werknemers*, Deventer: Kluwer 2003.

Viering 1994

M.L.W.M. Viering, *Het toepassingsgebied van art. 6 EVRM* (diss. Nijmegen), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink i.s.m. NISER 1994.

De Vries 2003

H.H. de Vries, 'Opsporingstechnieken in de onderneming en het recht op privacy', in: E. Verhulp & W.A. Zondag, *Disfunctioneren en wangedrag van werknemers*, Deventer: Kluwer 2003, p. 215-247.

De Vries 2001

H.H. de Vries, 'Privacybescherming op het werk', in: J.H.J. Terstegge e.a., *Wet bescherming persoonsgegevens*, Deventer: Kluwer 2001.

De Vries 2000

H.H. de Vries, 'Hoe werkt informatiele privacy?', in: Jaspers e.a., *Meer respect voor grondrechten van werknemers*, Utrecht: Stichting FNV pers 2000.

De Vries 1999

H.H. de Vries, '(Verborgen) cameratoezicht op de werkplek', *Privacy en informatie* (2) 1999-6, p. 256-263.

De Vries 1997

H.H. de Vries, 'Afluisteren van telefoongesprek – on – rechtmatig verkregen bewijsmateriaal', *ArbeidsRecht* (4) 1997-3, p. 13-17.

De Vries 1993

H.H. de Vries, 'Van een zieke werknemer en een privé-detective', *Privacy en Registratie* (18) 1993-1, p. 27-30.

De Vries & Rutgers 2001a

H.H. de Vries & D.J. Rutgers, *Wet bescherming persoonsgegevens. Toepassing in arbeidsverhoudingen*, Deventer: Kluwer 2001.

De Vries & Rutgers 2001b

H.H. de Vries & D.J. Rutgers, 'Werknemers op het web', *Bedrijfsjuridische berichten* 2001-6, p. 64-70.

Van der Weerd 2003

Rogier van der Weerd, *Cameratoezicht. Juridisch houdbaar of een politieke misser?*, (doctoraalscriptie Groningen), Groningen: Wolters-Noordhoff 2003.

Wiarda 1988

G.J. Wiarda, 'De waarborgen van artikel 6 van het Europees verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden tegenover het onderwerp van deze feestbundel', in: H.J. Snijders e.a. (red.), *Overheidsrechter gepasseerd. Conflictbeslechting buiten de overheidsrechter om*, Arnhem: Gouda Quint 1988, p. 413-429.

Van Wijk/Konijnenbelt & van Male 2005

W. Konijnenbelt & R.M. van Male, *H.D. van Wijk. Hoofdstukken van bestuursrecht*, Den Haag: Elsevier juridisch 2005.

Witteveen & van Klink 2002

W. Witteveen & B. van Klink, *De sociale rechtsstaat voorbij. Twee ontwerpen voor het huis van de rechtsstaat*, Den Haag: SDU Uitgevers 2002.

Witteveen, Bovens & Derksen 1987

W.J. Witteveen, M.A.P. Bovens & W. Derksen, 'Rechtsstaat en sturing', in: M.A.P. Bovens, W. Derksen & W.J. Witteveen (red.), *Rechtsstaat en sturing*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1987, p. 1-21.

Zoethout 1995

C.M. Zoethout, *Constitutionalisme* (diss. Rotterdam), Arnhem: Gouda Quint 1995.

Zondag 2003a

W.A. Zondag, 'Disciplinaire maatregelen', in: E. Verhulp & W.A. Zondag (red.), *Disfunctioneren en wangedrag*, Deventer: Kluwer 2003.

Zondag 2003b

W.A. Zondag, 'De bevoegdheid tot schorsing en het recht op doorbetaling van loon', *ArA* 2003-2, p. 26-61.

Zondag 2002a

W.A. Zondag, 'Institutioneel arbeidsrecht?', *Themis* (163) 2002-1, p. 3-16.

Zondag 2002b

W.A. Zondag, 'Naar meer maatwerk in de onderneming met de ondernemingsraad? Over de verhouding werkgever, CAO en ondernemingsovereenkomst', *Arbeid Integraal* 2002-4, p. 152-157.

Zondag 2001

W.A. Zondag, 'Opsporing van interne criminaliteit door de werkgever: de verborgen videocamera', *ArA* 2001-3, p. 91-105.

Rapporten

CAO-Onderzoek Arbeidstuchtrecht 1995

Dienst I-SZW van het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, 'CAO-Onderzoek Arbeidstuchtrecht', maart 1995.

Hulsman 1996

B.J.P. Hulsman, *Als de telefoon wordt opgenomen. Regels voor het registreren, meeluisteren en opnemen van telefoongesprekken van werknemers*, 's-Gravenhage: Registratiekamer 1996.

Stichting van de Arbeid 2000

Stichting van de Arbeid, *Aanbeveling werving en selectie. Bijlage I: NVP-Sollicitatiecode*, Den Haag, 9 maart 2000.

Van Munster-Frederiks 2002

M. Th. Van Munster-Frederiks, *Privacy: checklist voor de ondernemingsraad*, CBP, april 2002.

Terstege 2002

J.H.J. Terstege, *Goed werken in netwerken. Regels voor controle op e-mail en internetgebruik van werknemers*, Den Haag: College bescherming persoonsgegevens 2002.

Ministerie SZW, Onderzoek Individueel Klachtrecht 2004

W. Smits & A. van den Ameele, *Individueel klachtrecht. Een onderzoek naar de aard en het vóórkomen van klachtregelingen in CAO's in 2003*, Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, mei 2004.

Adviezen

SER 1981/14

SER, *Advies inzake het klachtrecht van individuele werknemers*, Den Haag, 1981, nr. 14.

SER 91/20

SER, *Titel 7.10 NBW: de arbeidsovereenkomst*, Den Haag, 20 september 1991, nr. 20.

SER 93/11

SER, *Arbeidstuchtrecht*, Den Haag, 20 augustus 1993, nr. 11.

SER 94/06

SER, *Het arbeidsreglement; het instemmingsrecht van de OR*, Den Haag, 20 mei 1994, nr. 6.

Beleidsregels

Centrum voor werk en inkomen, Beleidsregels Ontslagtaak CWI. Beleidsregels voor de uitvoering van artikel 6 BBA en het Ontslagbesluit, Zoetermeer: CWI oktober 2005.

Jurisprudentie

Europees Hof voor de Rechten van de Mens

EHRM 8 juni 1976, NJ 1978, 224
EHRM 21 februari 1984, NJ 1988, 937
EHRM 28 juni 1984, A80
EHRM 25 augustus 1987, NJ 1988, 938
EHRM 30 maart 1989, NJ 1991, 522
EHRM 16 december 1992, NJ 1993, 400
EHRM 25 februari 1993, NJ 1993, 485
EHRM 24 februari 1994, NJ 1994, 496
EHRM 23 maart 1994, A283-B
EHRM 8 februari 1996, NJ 1996, 725
EHRM 17 december 1996, NJ 1997, 699
EHRM 25 juni 1997, NJ 1998, 506
EHRM 8 december 1999, AB 2000, 195,
EHRM 12 mei 2000, NJ 2002, 180
EHRM 3 mei 2001, NJ 2003, 354
EHRM 25 september 2001, NJ 2003, 670
EHRM 16 april 2002, NJ 2003, 452

Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen

HvJ van de EG 11 februari 2003, NJ 2004, 194

Hoge Raad

HR 12 april 1897, W 1897, 6954
HR 14 februari 1916, NJ 1916, 681
HR 23 januari 1928, NJ 1928, 363
HR 20 maart 1941, NJ 1941, 542
HR 21 juni 1943, NJ 1943, 655
HR 5 januari 1951, NJ 1951, 532
HR 2 december 1952, NJ 1953, 132
HR 4 mei 1956, NJ 1956, 299
HR 26 juni 1962, NJ 1962, 470
HR 24 juni 1966, NJ 1966, 457
HR 25 juni 1971, NJ 1971, 398
HR 15 februari 1977, NJ 1977, 557
HR 18 april 1978, NJ 1978, 365
HR 12 december 1978, NJ 1979, 142
HR 25 januari 1980, NJ 1980, 264
HR 15 februari 1980, NJ 1980, 328
HR 12 december 1980, NJ 1981, 202
HR 22 december 1981, NJ 1982, 233

HR 15 oktober 1982, NJ 1983, 79
HR 14 januari 1983, NJ 1983, 457
HR 13 mei 1983, NJ 1983, 794
HR 28 september 1983, NJ 1984, 92
HR 22 november 1983, NJ 1984, 805
HR 30 maart 1984, NJ 1985, 350
HR 13 april 1984, NJ 1985, 2
HR 17 april 1984, NJ 1985, 18
HR 9 oktober 1984, NJ 1985, 251
HR 15 januari 1985, NJ 1985, 450
HR 18 oktober 1985, NJ 1986, 338
HR 14 november 1986, NJ 1987, 935
HR 5 december 1986, NJ 1987, 404
HR 9 januari 1987, NJ 1987, 928
HR 18 april 1987, NJ 1978, 365
HR 19 juni 1987, NJ 1988, 78
HR 7 oktober 1988, NJ 1989, 335
HR 28 februari 1989, NJ 1989, 658
HR 3 maart 1989, NJ 1989, 549
HR 12 mei 1989, NJ 1989, 801
HR 5 december 1989, NJ 1990, 719
HR 26 januari 1990, NJ 1990, 794
HR 20 april 1990, NJ 1990, 702
HR 9 juli 1990, NJ 1991, 127
HR 23 november 1990, NJ 1991, 92
HR 21 mei 1991, NJ 1991, 728
HR 29 november 1991, NJ 1992, 587
HR 22 mei 1992, NJ 1992, 607
HR 12 februari 1993, NJ 1993, 524
HR 17 september 1993, NJ 1994, 173
HR 8 april 1994, NJ 1994, 704
HR 29 april 1994, NJ 1995, 727
HR 16 september 1994, JAR 1994, 214
HR 29 november 1994, NJ 1995, 292
HR 11 april 1995, NJ 1995, 537
HR 24 november 1995, RvdW 1995, 244
HR 19 december 1995, NJ 1996, 249
HR 17 januari 1997, JAR 1997, 54
HR 18 februari 1997, NJ 1997, 500
HR 30 september 1997, NJ 1998, 104
HR 3 oktober 1997, NJ 1998, 83
HR 24 maart 1998, NJ 1998, 533
HR 8 mei 1998, JAR 1998, 168
HR 26 juni 1998, JAR 1998, 199,
HR 12 februari 1999, NJ 1999, 643

HR 16 april 1999, NJ 1999, 548
HR 28 mei 1999, JAR 1999, 131
HR 29 oktober 1999, JAR 1999, 255
HR 21 januari 2000, NJ 2000, 190
HR 29 september 2000, NJ 2001, 560
HR 16 januari 2001, NJ 2001, 207
HR 26 januari 2001, JAR 2001, 40
HR 6 februari 2001, NJ 2001, 498
HR 10 april 2001, NJ 2001, 424
HR 27 april 2001, JAR 2001, 95
HR 11 mei 2001, NJ 2001, 409
HR 19 juni 2001, NJ 2001, 574
HR 18 maart 2003, NJ 2003, 527
HR 21 maart 2003, JAR 2003, 91
HR 4 april 2003, JAR 2003, 107
HR 30 januari 2004, JAR 2004, 68
HR 30 maart 2004, NJ 2004, 344
HR 8 oktober 2004, JIN 2004, 52
HR 24 december 2004, JIN 2005, 130
HR 3 juni 2005, LJN AT1093

Gerechtshof

Hof Amsterdam 10 februari 1983, NJ 1984, 116
Hof 's-Hertogenbosch 2 juli 1986, NJ 1987, 451
Hof 's-Hertogenbosch (kort geding) 16 januari 1991, NJ 1991, 637
Hof 's-Hertogenbosch 22 juni 1992, TAR 1992, 193
Hof 's-Hertogenbosch 2 december 1992, NJ 1993, 327
Hof Amsterdam 30 maart 2000, JAR 2000, 119
Hof 's-Gravenhage 15 maart 2001, JAR 2001, 140
Hof Arnhem 23 december 2002, NJ 2003, 134
Hof 's-Hertogenbosch 6 januari 2003, NJ 2003, 279
Hof 's-Hertogenbosch 31 mei 2005, JIN 2005, 329
Hof 's-Gravenhage 9 september 2005, JIN 2005, 411
Hof 's-Hertogenbosch 28 februari 2006, JAR 2006, 117

Rechtbank

Rb. Amsterdam 8 november 1927, W 11 734
Rb. Utrecht 23 december 1970, Prg. 1971, 641
Rb. Breda 12 november 1976, NJ 1977, 349
Rb. Arnhem 9 juli 1978, Prg. 1980, 1424
Rb. Middelburg 1 februari 1987, Prg. 1988, 2844
Rb. Amsterdam 13 maart 1989, NJ 1989, 521
Rb. Rotterdam 15 maart 1990, TAR 1990, 141
Rb. 's-Gravenhage 19 juni 1990, TAR 1990, 198
Rb. Roermond 17 oktober 1990, NJ 1991, 639

Rb. Haarlem 9 augustus 1994, JAR 1994, 193
Rb. Utrecht 25 september 1996, JAR 1997, 6
Rb. Roermond 25 februari 1998, JAR 1998, 79
Rb. Amsterdam 20 mei 1998, JAR 1998, 135
Rb. Zwolle 15 juli 1998, Prg. 1998, 5064
Rb. Den Bosch 12 mei 2000, JAR 2000, 133
Rb. Zutphen 7 september 2000, NJkort 2000, 88
Rb. 's-Gravenhage 23 mei 2001, JAR 2001, 124
Rb. Alkmaar 18 februari 2003, NJ 2003, 263
Rb. Utrecht 17 december 2004, JIN 2005, 96
Rb. Haarlem 22 december 2004, JIN 2005, 56
Rb. Arnhem 24 maart 2005, JIN 2005, 222
Rb. Almelo 14 juli 2005, JIN 2005, 332

President in kort geding

Pres. Rb. Roermond 12 september 1985, KG 1985, 299
Pres. Rb. Almelo 12 februari 1986, Prg. 1986, 2482
Pres. Rb. Amsterdam 14 december 1989, KG 1990, 33
Pres. Rb. Maastricht 30 september 1991, KG 1991, 364
Pres. Rb. 's-Gravenhage 11 september 1998, TAR 1998, 179
Pres. Rb. Rotterdam 27 mei 2005, LJN AT7586
Pres. Rb. Haarlem 30 mei 2005, JIN 2005, 261
Pres. Rb. Maastricht 6 maart 2006, LJN AV4702

Kantonrechter

Ktr. Rotterdam 9 februari 1977, Prg. 1979, 1385
Ktr. Tiel 20 juli 1977, Prg. 1980, 1424
Ktr. Eindhoven 7 maart 1983, Prg. 1983, 1984
Ktr. Haarlem 23 december 1983, Prg. 1984, 2097
Ktr. Harderwijk 13 november 1984, Prg. 1985, 2247
Ktr. Heerenveen 8 oktober 1985, NJ 1986, 506
Ktr. Rotterdam 2 februari 1987, Prg. 1987, 2707
Ktr. Harderwijk 30 juli 1987, Prg. 1987, 2767
Ktr. Rotterdam 18 november 1987, Prg. 1988, 2868
Ktr. Haarlem 29 maart 1988, Prg. 1988, 2896
Ktr. Rotterdam 3 mei 1988, Prg. 1990, 3194
Ktr. Alkmaar 16 juni 1989, Prg. 1989, 3172
Ktr. Tiel 19 juli 1989, Prg. 1989, 3132
Ktr. Bergen op Zoom 23 augustus 1989, Prg. 1990, 3207
Ktr. Groningen 1 oktober 1990, Prg. 1991, 3419
Ktr. Utrecht 17 januari 1991, Prg. 1991, 3410
Ktr. Middelburg 23 april 1991, Prg. 1991, 3537
Ktr. Amsterdam 20 juni 1991, Prg. 1991, 3538
Ktr. Harderwijk 18 september 1991, Prg. 1992, 3651
Ktr. Rotterdam 23 september 1991, Prg. 1991, 3554

Ktr. Rotterdam 20 december 1991, Prg. 1992, 3686
Ktr. Amsterdam 19 maart 1992, Prg. 1992, 3672
Ktr. Utrecht 20 mei 1992, Prg. 1992, 3750
Ktr. Utrecht 15 februari 1993, JAR 1993, 160
Ktr. Zaandam 23 september 1993, JAR 1995, 154
Ktr. Enschede 11 oktober 1993, Prg. 1993, 3991
Ktr. Rotterdam 7 maart 1994, Prg. 1994, 4077
Ktr. 's-Gravenhage 3 oktober 1994, Prg. 1995, 4266
Ktr. Utrecht 28 december 1994, Prg. 1995, 4260
Ktr. Utrecht 31 mei 1995, JAR 1995, 166
Ktr. Zaandam 10 augustus 1995, Prg. 1996, 4564
Ktr. Arnhem 18 december 1995, Prg. 1996, 4458
Ktr. Utrecht 4 maart 1996, JAR 1996, 87
Ktr. Harderwijk 17 juli 1996, Prg. 1996, 4622
Ktr. Zwolle 24 juli 1996, JAR 1996, 178
Ktr. Amsterdam 17 december 1996, Prg. 1997, 4705
Ktr. Amsterdam 10 februari 1997, Prg. 1997, 4765
Ktr. Haarlem 11 april 1997, JAR 1997, 98
Ktr. Groenlo 5 juni 1997, JAR 1997, 219
Ktr. Breda 6 juli 1997, Prg. 1997, 4814
Ktr. Schiedam 8 juli 1997, JAR 1997, 189
Ktr. Breda 10 juli 1997, Prg. 1997, 4814
Ktr. Utrecht 20 augustus 1997, JAR 1997, 204
Ktr. Utrecht 25 november 1997, JAR 1998, 24
Ktr. Rotterdam 19 december 1997, Prg. 1998, 4946
Ktr. Amsterdam 28 mei 1998, JAR 1998, 145
Ktr. Utrecht 29 juli 1998, JAR 1998, 189
Ktr. Assen 24 november 1998, Prg. 1999, 5151
Ktr. Nijmegen 18 december 1998, Prg. 1999, 5133
Ktr. Zwolle 30 december 1998, JAR 1999, 25
Ktr. 's-Hertogenbosch 16 februari 1999, Prg. 1999, 5145
Ktr. Gouda 27 mei 1999, KG 1999, 161
Ktr. Almelo 30 september 1999, Prg. 1999, 5365
Ktr. Haarlem 26 november 1999, Prg. 2000, 5391
Ktr. Harderwijk 22 februari 2000, Prg. 2000, 5475
Ktr. Utrecht 3 mei 2000, JAR 2000, 131
Ktr. Haarlem 16 juni 2000, JAR 2000, 170
Ktr. Utrecht 13 juli 2000, JAR 2000, 199
Ktr. Utrecht 19 juli 2000, JAR 2000, 200
Ktr. Apeldoorn 6 september 2000, Prg. 2000, 5561
Ktr. Utrecht 20 november 2000, JAR 2001, 7
Ktr. Emmen 29 november 2000, JAR 2001, 4
Ktr. Amsterdam 26 april 2001, JAR 2001, 101
Ktr. Zaandam 3 juli 2001, Prg. 2001, 5720
Ktr. Zutphen 24 juli 2001, JAR 2001, 228

Ktr. Lelystad 3 oktober 2001, JAR 2001, 226
Ktr. 's-Gravenhage 8 november 2001, JAR 2002, 50
Ktr. Sittard 3 december 2001, JAR 2002, 105
Ktr. Sittard 21 december 2001, JAR 2002, 28
Ktr. Amsterdam 19 april 2002, JAR 2002, 107
Ktr. Amsterdam 24 april 2002, JAR 2002, 174
Ktr. Alkmaar 27 juni 2002, Prg. 2002, 5893
Ktr. Assen 2 juli 2002, Prg. 2002, 5917
Ktr. Lelystad 17 juli 2002, JAR 2002, 194
Ktr. Utrecht 14 augustus 2002, JAR 2002, 219
Ktr. Eindhoven 17 september 2002, Prg. 2003, 6019
Ktr. Amsterdam 18 september 2002, JAR 2002, 232
Ktr. 's-Gravenhage 3 oktober 2002, JAR 2002, 269
Ktr. Utrecht 31 oktober 2002, JAR 2002, 289
Ktr. Bergen op Zoom 27 februari 2003, JAR 2003, 76
Ktr. Gouda 27 februari 2003, JAR 2003, 79
Ktr. Gouda 3 april 2003, Prg. 2003
Ktr. Haarlem 3 april 2003, JAR 2003, 117
Ktr. Venlo 27 juni 2003, JAR 2003, 217
Ktr. Zwolle 2 september 2003, Prg. 2003, 6131
Ktr. Amsterdam 8 september 2003, JAR 2003, 230
Ktr. Bergen op Zoom 10 november 2003, Prg. 2004, 6163
Ktr. Eindhoven 24 november 2003, JAR 2004, 6
Ktr. Apeldoorn 9 december 2003, NJ 2004, 158
Ktr. Amsterdam 1 juni 2004, JAR 2004, 208
Ktr. Lelystad 2 februari 2005, JAR 2005, 58
Ktr. Rotterdam 12 april 2005, JAR 2005, 128
Ktr. Haarlem 19 april 2005, JIN 2005, 223
Ktr. Zwolle 24 mei 2005, JIN 2005, 299
Ktr. Haarlem 7 juli 2005, LJV AU0195
Ktr. Haarlem 4 september 2005, JIN 2005, 377
Ktr. Amsterdam 19 oktober 2005, JAR 2006, 1
Ktr. Haarlem 25 oktober 2005, LJV AU5582
Ktr. Zwolle 11 november 2005, JIN 2005, 458
Ktr. Assen 6 maart 2006, JAR 2006, 71
Ktr. Zaandam 16 maart 2006, JAR 2006, 92

CRvB

CRvB 25 maart 1964, AB 1964, 773
CRvB 28 juni 1977, AB 1977, 434
CRvB 2 maart 1984, TAR 1984, 86
CRvB 23 mei 1985, TAR 1985, 174
CRvB 30 januari 1986, TAR 1986, 81
CRvB 3 juli 1987, TAR 1987, 213
CRvB 24 september 1987, TAR 1987, 256

CRvB 22 september 1988, TAR 1988, 210
CRvB 22 december 1988, TAR 1989, 51
CRvB 14 maart 1989, TAR 1989, 102
CRvB 16 maart 1989, TAR 1989, 103
CRvB 18 oktober 1990, TAR 1990, 239
CRvB 8 januari 1991, TAR 1991, 66
CRvB 28 maart 1991, TAR 1991, 114
CRvB 28 mei 1991, TAR 1991, 145
CRvB 26 maart 1992, TAR 1992, 99
CRvB 9 juli 1992, TAR 1992, 201
CRvB 10 december 1992, TAR 1993, 37
CRvB 21 december 1993, RSV 1994/132
CRvB 3 februari 1994, TAR 1994, 77
CRvB 3 maart 1994, TAR 1994, 100
CRvB 31 december 1996, TAR 1997, 32
CRvB 22 januari 1998, TAR 1998, 73
CRvB 25 februari 1999, TAR 1999, 236
CRvB 1 november 2001, TAR 2002, 25
CRvB 2 oktober 2003, TAR 2004, 73
CRvB 29 april 2004, LJN AO9343

Voorzitter Afdeling Rechtspraak Raad van State

Voorzitter Afd. Rechtspraak Raad van State 19 oktober 1984, AB 1985, 425

Afdeling Rechtspraak Raad van State

Afd. Rechtspraak Raad van State 11 augustus 1986, AB 1987, 402

Bundesverfassungsgericht

BVerfG 15 januari 1958, 1 BvR 400/51
BVerfG 15 december 1983, 1 BvR 209/83
BVerfG 31 juli 2001, 1 BvR 304/01
BVerfG 9 oktober 2002, 1 BvR 1611/96

Bundesarbeitsgericht

BAG 10 november 1955, 2 AZR 591/54
BAG 4 juni 1964, 2 AZR 310/63
BAG 6 februari 1969, AP nr. 58
BAG 11 maart 1982, 2 AZR 798/79
BAG 2 juni 1982, DB p. 1692-1693
BAG 22 juli 1982, 2 AZ 30/81
BAG 6 december 1983, AP 7
BAG 17 mei 1984, 2 AZR 3/83
BAG 20 september 1984, 2 AZR 633/82
BAG 15 november 1984, 2 AZR 613/83
BAG 27 februari 1985, GS 1/84

BAG 11 april 1985, 2 AZR 239/84
BAG 3 december 1985, BB 87, 689
BAG 3 april 1986, 2 AZR 324/85
BAG 27 mei 1986, 1 ABR 48/84
BAG 7 oktober 1987, 5 AZR 116/86
LAG Berlin 15 februari 1988, DB 1988, p. 1024
BAG 17 maart 1988, 2 AZR 576/87
BAG 2 maart 1989, 2 AZR 280/88
BAG 17 oktober 1989, NZA 90, 193
BAG 17 januari 1991, 2 AZR 375/90
BAG 26 maart 1991, DB 1991, p. 1834
BAG 26 maart 1992, 2 AZR 519/61
BAG 5 november 1992, 2 AZR 174/92
BAG 29 juli 1993, 2 AZR 90/93
BAG 26 augustus 1993, 2 AZR 154/93
BAG 14 september 1994, 2 AZR 164/94
BAG 22 september 1994, 2 AZR 719/93
BAG 26 januari 1995, 2 AZR 649/94
BAG 9 maart 1995, 2 AZR 497/94
BAG 12 juli 1995, 2 AZR 762/94
BAG 13 september 1995, 2 AZR 587/94
BAG 21 november 1996, 2 AZR 357/95
BAG 4 juni 1997, 2 AZR 526/96
BAG 20 augustus 1997, 2 AZR 620/96
BAG 19 januari 1999, 1 AZR 499/98
BAG 10 februari 1999, 2 ABR 31/98
BAG 20 mei 1999, 2 AZR 320/98
BAG 28 maart 2000, 1 ABR 17/99
BAG 5 april 2001, 2 AZR 217/00
BAG 15 november 2001, AP 175
BAG 6 december 2001, 20 AZR 496/00
BAG 27 februari 2002, AP 36
BAG 27 maart 2003, 2 AZR 51/02
BAG 3 juni 2003, 1 ABR 19/02
BAG 11 december 2003, 2 AZR 36/03
BAG 27 mei 2004, 6 AZR 129/03
BAG 29 juni 2004, 1 ABR 21/03
BAG 16 november 2004, 1 ABR 48/03
BAG 14 december 2004, 1 ABR 34/03
BAG 16 december 2004, 2 AZR 148/04
BAG 25 januari 2005, 9 AZR 620/03

Landesarbeitsgericht

LAG Hamm 17 november 1989, 12 Sa 787/89
LAG Berlin 15 december 1989, 2 Sa 29/89

LAG Hamm 23 augustus 1990, 16 Sa 293/80
LAG Keulen 14 december 1995, NZA-RR 1996
LAG Berlin 22 maart 1996, NZA-RR 97-7

Trefwoordenregister

A

Abmahnung	301; 308; 322; 326; 330; 331; 353
afluisteren	6; 21; 31; 34; 42; 44; 56; 58; 60; 61; 74; 85; 280; 287; 289; 290; 294; 329; 336; 365
Anrechnungsprinzip	145; 183
arbeidsreglement	14; 204; 205; 209; 217; 218; 219; 246; 247; 252; 254; 373; 382
arbeidstuchtrecht	6; 7; 106; 115; 129; 130; 131; 132; 134; 139; 173; 186; 190; 191; 196; 200; 201; 226; 235; 236; 237; 238; 241; 242; 244; 245; 246; 248; 251; 253; 254; 255; 256; 331; 341; 344; 345; 377

B

bedrijfsrecherchebureau	85; 89
beëindiging	4; 81; 82; 105; 112; 114; 115; 116; 117; 119; 120; 121; 123; 124; 131; 132; 152; 153; 158; 160; 162; 164; 165; 166; 170; 171; 172; 185; 187; 189; 213; 216; 217; 221; 237; 264; 273; 277; 304; 340; 343
beginselen	7; 12; 22; 29; 30; 49; 53; 57; 60; 62; 65; 66; 68; 69; 70; 71; 74; 75; 77; 78; 79; 80; 81; 91; 93; 94; 97; 98; 101; 104; 106; 122; 124; 126; 129; 132; 133; 134; 137; 138; 139; 152; 153; 164; 172; 174; 175; 176; 180; 182; 183; 184; 186; 188; 198; 228; 229; 240; 241; 242; 244; 248; 283; 292; 311; 328; 330; 337; 338; 341; 343; 346; 361; 369; 374; 375
belangenafweging	11; 18; 23; 30; 36; 38; 69; 70; 76; 77; 79; 83; 94; 137; 183; 198; 223; 268; 269; 271; 281; 282; 284; 288; 292; 293; 297; 304; 310; 313; 317; 327; 328; 330; 332; 338
berisping	105; 107; 113; 116; 140; 185; 200; 207; 212; 213; 216; 221; 244; 308; 331; 340
Betriebsbußen	301; 305; 306; 307; 331; 341; 353
Betriebsrat	275; 276; 327
bewijs	1; 7; 9; 28; 62; 66; 67; 68; 71; 72; 73; 74; 77; 80; 81; 82; 83; 84; 86; 87; 88; 89; 90; 91; 92; 94; 95; 98; 101; 148; 151; 167; 238; 259; 260; 274; 279; 282; 292; 293; 294; 295; 296; 297;

	298; 299; 309; 314; 329; 337; 339; 346; 362; 368; 376
bewijsuitsluiting	72; 73; 80; 82; 92; 93; 94; 95; 96; 298; 362
boete	34; 87; 92; 105; 116; 138; 139; 142; 175; 176; 177; 179; 182; 185; 200; 208; 209; 210; 211; 212; 213; 216; 244; 245; 246; 247; 249; 252; 253; 254; 255; 257; 300; 306; 307; 308; 309; 340; 344; 359
Bundesdatenschutzgesetz	XIII; 279; 283; 327; 352; 353; 358

C

camera	1; 6; 9; 11; 13; 14; 21; 25; 34; 35; 36; 39; 42; 43; 44; 45; 46; 47; 48; 53; 58; 59; 74; 80; 83; 88; 89; 90; 96; 280; 281; 283; 286; 296; 297; 298; 329; 336; 337; 377
cameratoezicht	1; 13; 14; 21; 31; 34; 35; 36; 37; 39; 43; 44; 45; 46; 47; 48; 58; 81; 82; 83; 88; 89; 90; 91; 97; 260; 281; 284; 285; 296; 297; 327; 328; 374; 375; 379
cautie	67; 175; 176
CBP	XIII; 29; 34; 35; 36; 37; 39; 40; 41; 42; 43; 44; 52; 193; 194; 195; 196; 255; 344; 381
cumulatieverbod	35; 176; 211; 245; 247; 248; 252; 346

D

delictsomschrijving	4; 10; 44; 106; 127; 128; 233; 234
detectiebureau	23; 24; 32; 84; 85; 97
detentie	122; 146; 150; 156; 159; 160; 162; 269; 326; 342; 366; 378
diffamerend	10; 116; 119; 236; 248; 254; 255; 331; 344
differentiatie	83; 92; 93; 98
directiereglement	207; 219; 222
disciplinaire	83; 96; 115; 116; 122; 123; 130; 133; 137; 140; 144; 150; 173; 174; 189; 190; 192; 194; 196; 197; 198; 200; 201; 202; 207; 208; 209; 210; 212; 213; 215; 216; 217; 219; 221; 222; 223; 224; 225; 226; 235; 237; 238; 239; 240; 244; 245; 246; 248; 249; 250; 251; 252; 255; 256; 306; 307; 341; 344; 346
disciplinaire sancties	174; 190; 238; 248; 249
disfunctioneren	2; 3
doorwerking	15; 16; 17; 18; 23; 28; 77; 144; 152; 178; 186; 210; 222; 224; 262; 279; 314; 315; 325

Duitsland	7; 145; 218; 227; 259; 260; 261; 262; 263; 264; 266; 278; 279; 280; 284; 302; 306; 315; 325; 330; 331
dwangmiddelen	51; 56; 58; 65; 70; 109
E	
eerbiediging	12; 13; 15; 17; 19; 28; 62; 67; 76; 89; 96; 279; 327; 336; 338
e-mail	9; 14; 31; 34; 40; 41; 42; 44; 53; 60; 61; 189; 193; 194; 196; 206; 255; 278; 279; 280; 283; 290; 291; 327; 328; 329; 336; 337; 344; 351; 369; 377; 381
evenredigheidsbeginsel	79; 115; 138; 140; 141; 142; 144; 145; 152; 173; 176; 180; 182; 183; 184; 186; 188; 198; 240; 241; 268; 282; 301; 302; 311; 312; 313; 326; 332; 338; 341; 342; 343; 369
EVRM	XIII; 15; 18; 19; 20; 23; 24; 26; 27; 28; 30; 49; 56; 57; 63; 65; 67; 68; 71; 74; 90; 91; 101; 109; 124; 125; 134; 135; 136; 137; 138; 175; 176; 178; 179; 180; 182; 184; 233; 236; 314; 315; 337; 343; 363; 376; 379
extramuraal	22; 50
F	
fair play	30
Führungszeugnis	288; 289
functieverlagings	105; 116; 185; 200; 301; 340
fundamenteel recht	13; 76; 93
G	
gegevensverwerking	29; 30; 32; 35; 36; 37; 38; 40; 52; 97
geheimhouding	30; 51; 206
gekanaliseerde vorm van machtsuitoefening	9; 54; 98; 337
gelijkheidsbeginsel	33; 69; 70; 71; 79; 80; 174; 182; 198; 241; 262; 358
gevangenisstraf	27; 35; 107; 109; 128; 133; 139; 143; 144; 158; 172; 215; 274; 275; 309; 319; 320; 321
gezag	III; 5; 32; 74; 79; 102; 106; 126; 129; 132; 190; 226; 263; 358
gezagsverhouding	23; 190; 191; 192; 193; 201; 204; 206; 207; 237; 245; 255; 344; 346; 366; 370; 373
goed werkgeverschap	13; 23; 24; 28; 30; 45; 77; 79; 80; 81; 98; 115; 138; 140; 144; 147; 174; 186; 188; 198; 200; 201; 204; 241; 242; 248; 251; 252; 255; 256; 337; 338; 341; 342; 344

grondrechten 9; 15; 16; 17; 18; 22; 23; 38; 56; 58;
63; 72; 73; 75; 76; 77; 131; 137; 228;
229; 230; 261; 262; 267; 279; 290;
292; 314; 315; 325; 366; 369; 378; 379

H

heimelijk 1; 25; 30; 31; 35; 44; 45; 46; 47; 48;
58; 59; 81; 83; 88; 89; 90; 91; 97; 278;
280; 281; 295; 297; 374

hoor en wederhoor 173; 198; 241; 243; 248; 252; 253;
254; 345

horizontale werking 14; 15; 16; 17; 18; 20; 22; 23; 29; 38;
76; 77; 96; 262; 325; 336

I

inbreuk 13; 14; 18; 20; 21; 23; 25; 26; 29; 37;
38; 48; 49; 52; 55; 56; 57; 58; 59; 60;
61; 63; 64; 68; 70; 76; 84; 85; 87; 89;
90; 92; 94; 192; 200; 207; 224; 225;
230; 232; 255; 266; 269; 280; 282;
283; 287; 290; 294; 295; 296; 297;
298; 301; 311; 314; 324; 327; 328;
329; 332; 336; 337; 338; 344

instemmingsrecht 12; 14; 36; 41; 42; 43; 44; 46; 53; 97;
101; 197; 205; 218; 220; 223; 225;
226; 239; 251; 256; 275; 279; 286;
287; 293; 294; 298; 299; 301; 305;
329; 330; 336; 382

institutionele theorie 191; 192

instructierecht 201; 202; 204; 205; 206; 207; 255;
344; 346

internet 13; 34; 37; 60; 62; 77; 193; 194; 195;
196; 206; 212; 280; 283; 290; 291;
328; 336; 351

internetgebruik 6; 9; 14; 22; 31; 34; 36; 40; 41; 42; 44;
53; 96; 189; 193; 194; 195; 196; 255;
278; 280; 290; 327; 329; 344; 377; 381

internetmisbruik 25; 40; 369

intramuraal 22; 50

intrekken van emolumenten 105; 116; 185; 200; 207; 301; 340

K

kenbaarheidsvereiste 21; 46; 47; 48; 80; 89; 90; 96; 97; 347;
348

klachtencommissie 197; 243

klachtenprocedure 173; 197; 248; 254

klachtenregeling 197

L

legaliteitsbeginsel 62; 98; 189; 210; 211; 227; 228; 229;
230; 231; 232; 233; 234; 236; 245;

248; 256; 307; 331; 337; 346; 358;
363; 366; 371; 372

legitimatie 2; 7; 9; 56; 63; 76; 82; 92; 95; 98; 112;
127; 153; 189; 190; 192; 226; 235;
246; 255; 335; 336; 337; 339; 340;
344; 346

loonsverlaging 105; 116; 185; 200; 301; 340

M

machtsverhouding 37; 131

misdraging 3; 4; 260; 270

misdrijf 46; 59; 61; 64; 67; 70; 149; 150; 154;
155; 156; 157; 159; 160; 163; 166;
167; 178; 357

motiveringsbeginsel 69; 79; 174; 198; 241

N

ne bis in idem 7; 101; 109; 124; 125; 126; 129; 132;
133; 134; 137; 138; 139; 140; 141;
142; 143; 144; 145; 152; 153; 164;
172; 174; 176; 179; 180; 181; 182;
183; 184; 186; 188; 240; 244; 308;
331; 341; 343; 346; 349; 350; 351;
354; 358; 361

nemo tenetur 53; 66; 67; 72; 138; 179; 180; 183; 368

noodzaak 13; 45; 50; 95; 112; 114; 117; 120;
121; 155; 158; 167; 172; 226; 237;
242; 245; 252; 343; 363; 367

noodzakelijkheids criterium 30; 117

noodzakelijkheidsvereiste 37; 89; 97; 115; 152; 153; 172; 185;
187; 283; 340; 348; 349

NVP XIV; 48; 49; 80; 97; 336; 338; 348;
381

O

observatie 6; 14; 35; 45; 53; 58; 59; 74; 83; 278;
285; 286; 292; 298; 336

onafhankelijke rechterlijke macht 228; 229; 236

ondergeschikt 29; 38; 39; 75; 93; 236

ondernemingsovereenkomst 201; 222; 224; 226; 239; 281; 282;
286; 306; 307; 308; 324; 325; 331;
333; 346; 380

ondernemingsraad XIV; 12; 13; 14; 30; 33; 36; 37; 38;
41; 42; 43; 44; 46; 48; 53; 80; 90; 97;
101; 194; 197; 205; 218; 220; 221;
222; 223; 224; 225; 226; 239; 243;
248; 251; 256; 266; 267; 268; 274;
275; 276; 277; 279; 286; 287; 293;
294; 297; 298; 299; 301; 305; 306;
308; 309; 314; 322; 323; 324; 325;

	326; 327; 329; 330; 331; 332; 336; 338; 345; 368; 380; 381
onderzoek	1; 2; 4; 5; 6; 7; 9; 10; 11; 12; 16; 19; 22; 24; 25; 26; 29; 31; 32; 34; 35; 36; 37; 41; 44; 48; 49; 50; 52; 53; 54; 55; 58; 61; 64; 66; 68; 70; 71; 72; 73; 75; 79; 80; 83; 84; 85; 86; 90; 93; 96; 101; 106; 112; 113; 114; 130; 131; 138; 139; 140; 141; 146; 147; 167; 170; 172; 177; 178; 179; 181; 183; 197; 198; 201; 207; 212; 213; 214; 216; 221; 240; 242; 259; 260; 278; 279; 280; 283; 287; 288; 289; 290; 291; 292; 312; 320; 321; 322; 327; 328; 335; 336; 340; 343; 358; 362; 367; 369; 372; 381
ongewenste situatie	112; 114; 115; 116; 117; 119; 120; 121; 122; 123; 124; 153; 154; 158; 169; 185; 186; 187; 189; 202; 225; 340; 342; 343
onrechtmatig	7; 10; 25; 28; 39; 44; 62; 71; 72; 73; 74; 77; 80; 81; 82; 83; 84; 85; 86; 87; 88; 89; 90; 91; 92; 94; 95; 98; 101; 104; 105; 108; 151; 152; 177; 185; 259; 260; 280; 281; 292; 293; 294; 295; 296; 297; 298; 299; 322; 329; 332; 337; 339; 340; 345; 346; 362
onrechtmatig verkregen bewijs	71; 72; 73; 81; 82; 91; 94; 95; 98; 259; 292; 293; 297; 329; 339
onrechtmatige daad onschuldpresumptie	17; 32; 52 53; 65; 66; 109; 126; 134; 137; 150; 151; 152; 157; 161; 162; 163; 167; 169; 172; 173; 175; 184; 186; 187; 188; 241; 256; 314; 315; 332; 342; 343
ontbindingsvergoeding opsporing	81; 84; 93; 168; 171; 172; 339 III; 1; 2; 5; 6; 7; 9; 10; 11; 12; 15; 21; 23; 25; 32; 34; 35; 36; 37; 38; 39; 40; 41; 42; 43; 44; 47; 49; 50; 51; 54; 55; 57; 58; 64; 70; 72; 74; 75; 76; 78; 79; 81; 82; 83; 90; 92; 95; 96; 97; 98; 101; 230; 231; 259; 278; 279; 280; 290; 293; 329; 335; 336; 337; 339; 346; 371; 372; 374; 377
opsporingsambtenaren opsporingsbegrip opsporingsbevoegdheid	10; 55; 57; 59; 64 6; 55; 64 2; 7; 9; 10; 11; 12; 22; 55; 58; 64; 75; 76; 78; 81; 91; 92; 96; 98; 101; 259; 278; 279; 280; 287; 327; 336; 337; 338; 339
opsporingsmethode	1; 31; 34; 35; 36; 40; 43; 60; 77; 78; 79; 80; 85; 97; 280; 281; 282; 287; 327; 338
opsporingsonderzoek	10; 11; 12; 47; 55; 56; 64

ordemaatregel 6; 7; 105; 114; 115; 116; 117; 118; 119; 120; 121; 122; 123; 124; 140; 141; 146; 152; 153; 155; 158; 159; 160; 162; 163; 164; 166; 168; 169; 173; 185; 186; 187; 188; 189; 200; 202; 221; 286; 301; 331; 340; 341; 343

overplaatsing 105; 122; 123; 186; 192; 200; 207; 215; 216; 221; 254; 267; 268; 276; 309; 326; 340

P

particuliere recherche- en detectivebureaus 50

passeren voor een periodieke verhoging 105; 116; 185; 200; 207; 301; 340

personeelshandboek 211; 217; 219; 220; 222; 239; 240

Persönlichkeitsrecht 278; 279; 280; 282; 283; 284; 287; 288; 290; 291; 292; 293; 294; 295; 296; 297; 298; 299; 301; 302; 304; 314; 322; 327; 328; 329; 330; 338; 339; 352; 353; 354

persoonlijke levenssfeer 12; 13; 15; 17; 19; 21; 22; 24; 25; 26; 28; 29; 30; 33; 38; 42; 44; 48; 49; 51; 56; 59; 62; 76; 77; 84; 85; 86; 89; 96; 97; 279; 293; 294; 298; 318; 327; 336; 337; 338

persoonsgegevens XIII; XV; 12; 19; 22; 28; 29; 30; 31; 32; 33; 34; 35; 36; 37; 38; 39; 40; 41; 42; 43; 52; 53; 79; 82; 89; 94; 97; 194; 280; 283; 284; 285; 291; 328; 336; 366; 367; 377; 379; 381

politie 9; 10; 11; 36; 47; 51; 57; 58; 66; 68; 71; 73; 74; 81; 95; 147; 150; 151; 170; 171; 178; 221; 231; 289; 336

presumptio innocentiae 65; 66

pressieverbod 53; 67; 68; 78; 79; 338

preventieve werking 45; 114; 174

privacy 11; 12; 13; 14; 15; 16; 17; 18; 19; 20; 21; 22; 23; 25; 26; 28; 29; 30; 39; 44; 48; 50; 52; 53; 58; 59; 60; 62; 71; 76; 77; 80; 81; 84; 87; 89; 96; 101; 336; 338; 346; 347; 348; 352; 354; 358; 368; 372; 373; 374; 378; 379

Privacygedragscode 32; 51; 52; 78; 80; 97; 336; 337

privacyrecht 13; 14; 15; 18; 20; 21; 22; 25; 26; 76; 77; 96; 98; 278; 336

privé 14; 15; 22; 23; 24; 26; 28; 34; 55; 84; 87; 90; 154; 157; 193; 194; 195; 206; 228; 263; 278; 279; 280; 281; 282; 283; 286; 287; 290; 291; 292; 293; 318; 319; 327; 328; 329; 379

privé-detective 15; 22; 24; 55; 84; 280; 281; 282; 286; 287; 293; 329; 379

proportionaliteit 22; 30; 36; 37; 49; 53; 57; 60; 61; 70;
77; 78; 79; 91; 93; 95; 97; 99; 176;
183; 253; 283; 292; 328; 330; 345

R

recherche- en detectivebureaus 9; 50
rechtsgelijkheid 5; 9; 75; 76; 91; 98; 104; 153; 189;
193; 196; 211; 226; 228; 229; 230;
232; 235; 236; 237; 238; 239; 240;
242; 243; 244; 245; 246; 254; 255;
256; 335; 338; 344; 345; 346
rechtsgrond 5; 7; 9; 10; 11; 12; 71; 76; 133; 142;
189; 190; 193; 245; 248; 255; 315; 336
rechtshandhaving 62; 110; 129; 178
rechtsstaat 130; 226; 227; 228; 229; 230; 241;
359; 360; 362; 364; 380
rechtsvergelijking 7; 259; 260
rechtszekerheid 5; 9; 75; 76; 91; 98; 104; 125; 133;
143; 153; 183; 189; 193; 196; 210;
211; 219; 226; 227; 228; 229; 230;
231; 233; 234; 235; 236; 237; 238;
239; 240; 242; 243; 244; 245; 246;
254; 255; 256; 274; 335; 338; 344;
345; 346; 372
redelijk vermoeden 59; 61; 64; 78
reflexwerking 18; 23; 79
regelgeving 1; 7; 9; 12; 28; 76; 177; 184; 189; 193;
196; 201; 202; 207; 211; 221; 226;
227; 228; 232; 233; 235; 236; 237;
238; 239; 241; 246; 247; 255; 256;
259; 292; 335; 343; 344; 345; 346
relatie 'werkgever-werknemer' 10; 235; 344
responsabilisering 10; 93; 336

S

Samenloop 180; 360; 369
sanctie 1; 2; 6; 7; 9; 54; 55; 71; 72; 83; 89; 91;
92; 93; 94; 96; 98; 101; 102; 103; 104;
105; 107; 108; 109; 112; 113; 114;
115; 116; 117; 118; 119; 120; 121;
122; 123; 124; 134; 135; 136; 138;
139; 140; 141; 142; 144; 145; 147;
150; 153; 156; 157; 158; 164; 172;
173; 174; 176; 177; 178; 179; 180;
183; 184; 185; 187; 188; 189; 192;
195; 197; 212; 215; 236; 249; 250;
253; 254; 260; 271; 298; 299; 301;
302; 309; 331; 339; 340; 341; 343
sanctiebegrip 6; 7; 101; 103; 108; 109; 174; 178
sanctionering III; 1; 2; 5; 7; 92; 93; 98; 106; 130;
131; 137; 138; 145; 181; 259; 308; 335

schorsing	27; 83; 105; 116; 122; 123; 126; 132; 168; 174; 185; 192; 198; 200; 207; 212; 213; 214; 215; 216; 217; 221; 222; 244; 247; 249; 250; 252; 254; 255; 257; 302; 303; 304; 305; 330; 340; 380
schuld	2; 7; 33; 64; 65; 66; 101; 109; 110; 111; 112; 113; 116; 124; 126; 127; 128; 129; 132; 133; 134; 137; 138; 139; 143; 145; 146; 147; 148; 150; 151; 152; 153; 159; 160; 162; 163; 164; 165; 166; 167; 169; 170; 171; 172; 174; 177; 183; 184; 185; 186; 187; 188; 214; 240; 245; 266; 271; 300; 306; 307; 311; 313; 314; 316; 319; 321; 326; 332; 340; 341; 343; 346; 368
screeningsprofielen	50
socialezekerheidsrecht	7; 102; 174; 177; 178; 182; 184; 188
sollicitanten	33; 34; 48; 49; 50; 280; 284; 289
straf	6; 7; 28; 33; 56; 65; 83; 101; 102; 103; 105; 107; 108; 109; 110; 111; 112; 113; 114; 115; 116; 117; 118; 119; 120; 121; 122; 123; 124; 126; 127; 128; 129; 130; 131; 132; 133; 134; 135; 136; 137; 138; 139; 140; 141; 142; 143; 144; 145; 146; 147; 148; 150; 151; 152; 153; 155; 161; 162; 164; 165; 172; 173; 174; 175; 177; 179; 183; 184; 185; 186; 187; 188; 189; 190; 192; 197; 198; 199; 200; 201; 202; 208; 209; 210; 211; 212; 216; 217; 225; 231; 232; 233; 235; 236; 237; 240; 241; 242; 243; 244; 245; 247; 248; 249; 254; 255; 259; 295; 299; 307; 308; 313; 315; 331; 340; 341; 343; 344; 345; 346; 369
strafbevoegdheid	7; 118; 189; 190; 191; 193; 196; 202; 226; 237; 240; 245; 254; 255; 256; 307; 344; 346
strafblad	9
strafprocesrecht	54; 56; 62; 63; 64; 65; 68; 69; 70; 71; 94; 95; 96; 98; 231; 232; 292; 314; 336; 337; 360; 363; 369; 371; 374
strafrechtelijk	V; 1; 2; 6; 10; 26; 27; 33; 37; 55; 56; 95; 101; 104; 108; 113; 126; 131; 135; 146; 147; 150; 153; 154; 156; 158; 163; 167; 168; 171; 172; 176; 187; 230; 289; 290; 312; 318; 320; 321; 329; 340; 341; 343; 362; 368
strafrechtelijke verdenking	146; 149; 150; 152; 153; 156; 163; 187; 188; 342

strafrechter	10; 33; 66; 71; 73; 108; 109; 111; 114; 125; 126; 129; 139; 141; 142; 143; 144; 146; 147; 148; 156; 157; 159; 160; 163; 167; 168; 169; 173; 186; 188; 314; 341; 373
subsidiariteit	22; 30; 36; 37; 49; 53; 57; 60; 61; 70; 77; 78; 79; 91; 93; 95; 97; 99; 183; 283; 292; 328; 330
Suspendierung	301; 302; 315; 330; 353

T

telefoongesprekken	9; 19; 20; 21; 22; 34; 36; 42; 44; 53; 61; 74; 85; 278; 279; 289; 290; 295; 329; 365; 381
transparantie	30; 69; 79; 359
Treuepflicht	263; 320
tuchtrecht	106; 114; 129; 130; 131; 132; 133; 140; 145; 146; 192; 237; 242; 243; 253; 255; 256; 301; 344; 361; 369; 377

V

veiligheid	10; 11; 13; 44; 93; 202; 206; 263; 336
verbod van willekeur	69; 70; 182
verborgen	1; 25; 31; 34; 35; 41; 46; 47; 48; 88; 89; 90; 91; 367; 380
Verdachtskündigung	260; 272; 299; 309; 310; 311; 312; 313; 314; 315; 316; 320; 321; 331; 342; 353; 354
verleden	6; 26; 27; 32; 33; 37; 48; 49; 156; 336
vermoeden	1; 6; 9; 11; 12; 17; 25; 33; 37; 51; 55; 59; 60; 61; 62; 64; 65; 71; 78; 85; 87; 90; 95; 97; 98; 151; 152; 153; 163; 167; 172; 213; 216; 217; 221; 300; 309; 337
veroordeling	10; 33; 65; 66; 87; 126; 132; 140; 141; 144; 148; 153; 154; 155; 156; 157; 158; 162; 170; 172; 178; 187; 234; 288; 313; 314; 321; 342
verticale werking	15
Vertragsstrafen	301; 305; 306; 331; 353
vertrouwensbeginsel	69; 70; 71; 79; 80; 174; 198; 241; 338
vertrouwensrelatie	11; 76; 78; 96; 284; 317; 336; 337
vervolgd	1; 2; 69; 101; 125; 126; 146; 147; 157; 163; 167; 186; 187; 188; 231; 318; 340; 341; 343. <i>Zie vervolging</i>
verwerking	29; 30; 31; 32; 33; 34; 35; 36; 37; 38; 39; 40; 41; 42; 43; 44; 49; 53; 79; 89; 97; 280; 283; 284; 285; 328
verwijtbaarheid	3; 109; 111; 113; 115; 124; 127; 128; 146; 152; 153; 162; 163; 164; 165; 166; 167; 177; 183; 184; 185; 186; 187; 188; 273; 340; 341; 343; 368; 376

voorarrest 65; 149; 150; 151; 152; 153; 154; 155;
 156; 159; 160; 161; 162; 163; 166;
 169; 187; 188; 309; 342
 voorlopige hechtenis 61; 70; 105; 145; 150; 151; 152; 159;
 161; 162; 168; 319; 320; 321; 332; 359
 vrijheden XIII; 9; 17; 22; 33; 35; 38; 54; 56; 58;
 72; 75; 97; 134; 137; 183; 232; 236;
 380

W

waarheidsvinding 25; 54; 72; 73; 86; 91; 94; 98
 waarschuwing 47; 105; 107; 113; 116; 123; 178; 185;
 200; 207; 208; 213; 215; 221; 268;
 269; 270; 273; 301; 308; 317; 326;
 331; 340
 wangedrag 1; 2; 3; 4; 5; 6; 7; 9; 10; 22; 32; 34; 37;
 38; 39; 40; 41; 42; 43; 44; 46; 47; 48;
 49; 50; 76; 78; 79; 80; 81; 87; 95; 96;
 97; 98; 101; 102; 106; 108; 113; 114;
 115; 116; 117; 118; 119; 120; 121;
 123; 127; 130; 140; 142; 143; 144;
 146; 147; 149; 153; 157; 158; 162;
 163; 164; 165; 169; 171; 172; 173;
 174; 185; 186; 187; 188; 189; 190;
 192; 193; 195; 196; 202; 208; 212;
 215; 221; 230; 245; 255; 256; 259;
 260; 270; 273; 278; 279; 280; 290;
 292; 293; 297; 299; 300; 301; 305;
 309; 310; 311; 312; 316; 319; 326;
 329; 330; 331; 332; 335; 336; 337;
 339; 340; 341; 343; 344; 346; 379; 380
 WBP XV; 12; 14; 15; 22; 29; 30; 31; 32; 33;
 34; 35; 36; 37; 38; 39; 40; 41; 42; 43;
 44; 46; 49; 52; 53; 58; 77; 78; 79; 80;
 81; 82; 88; 89; 91; 94; 97; 101; 193;
 195; 279; 283; 327; 336; 337; 347
 Wet Bijzondere opsporingsbevoegdheden XV; 58; 359
 Wetboek van Strafvordering 35; 54; 55; 56; 61; 63; 64; 69; 71; 127;
 151; 230; 231; 337
 wetsvoorstel 7; 29; 31; 33; 89; 90; 173; 175; 176;
 180; 182; 190; 209; 220; 223; 242;
 243; 246; 247; 250; 252; 253; 254;
 256; 367
 willekeur 5; 69; 70; 219; 227; 230; 231; 233;
 240; 242; 243; 256; 335
 WJG XV; 49; 50
 WPBR XV; 51; 52; 336
 WPR XV; 28; 41; 43; 82

Z

zorgvuldigheidsbeginsel 69; 79; 80; 138; 147; 173; 198; 241;
 338; 341; 342

zuiverheid van oogmerk

69; 70; 79; 80; 174; 198; 241

Curriculum Vitae

Miranda Koevoets werd op 21 augustus 1975 geboren in Terneuzen. In 1992 behaalde zij het Havo-diploma en in 1994 het VWO-diploma, aan de Rijksscholengemeenschap Petrus Hondius in Terneuzen. Na een actieve studententijd studeerde zij in 2001 af in de privaatrechtelijke en strafrechtelijke afstudeerrichting, aan de Erasmus Universiteit te Rotterdam. Aansluitend trad zij als promovenda in dienst van deze universiteit voor het schrijven een proefschrift. Gedurende deze periode publiceerde zij op het onderwerp van haar proefschrift en sinds oktober 2005 is het dienstverband omgezet in dat van wetenschappelijk onderzoeker. In deze functie doceerde zij in 2006 tevens het vak Sociaal Verzekeringsrecht.