

Contractuele beperking van grondrechten

ArbeidsRecht 2021/4

De beschikking van de Hoge Raad van 22 november 2019 (Hyatt-II²) ging over de vraag of de Staatsregeling van Aruba (hierna: Streg) in de weg staat aan de contractuele verplichting van een werknemer tot het ondergaan van alcohol- en drugscontroles. Volgens de Hoge Raad hebben de in de Streg opgenomen grondrechten geen directe werking. Beperkingen van de uitoefening van deze grondrechten kunnen daarom in beginsel door partijen worden overeengekomen en hoeven geen grondslag te vinden in een specifieke wettelijke bepaling, aldus de Hoge Raad. Dit artikel bespreekt de vraag of grondrechten naar Nederlands recht contractueel kunnen worden beperkt. Daartoe wordt eerst het leerstuk van de horizontale werking van grondrechten besproken. Vervolgens wordt nader ingegaan op de uitspraken van de Hoge Raad in Hyatt-I en Hyatt-II. Vervolgens wordt de contractuele beperking van grondrechten binnen de context van de Nederlandse wetgeving en jurisprudentie geplaatst. Er wordt afgesloten met een conclusie.

1. Horizontale werking van grondrechten

1.1 Verticale werking

Grondrechten hebben primair tot doel overheidsingrijpen te beperken ten aanzien van beschermde vrijheden van mensen tegenover de overheid. Zo blijkt uit de Grondwet dat beperkingen op de uitoefening van een grondrecht uitsluitend mogelijk zijn als de betrokken grondwetsbepaling daarvoor zelf uitdrukkelijk de mogelijkheid biedt. Iedere grondwetsbepaling bepaalt door wie de uitoefening daarvan mag worden beperkt (het zogenoemde competentievoorschrift). Een lagere regelgever is bevoegd de uitoefening van het grondrecht te beperken als de grondwettelijke bepaling de term 'regel' of 'bij of krachtens de wet' bevat. In andere gevallen (bijvoorbeeld als de zin 'behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet' wordt gebruikt) kan alleen de formele wetgever het grondrecht beperken. In de relatie tussen de overheid en burgers werken grondrechten direct (verticale werking).³

1.2 Horizontale werking

Dit laatste geldt niet zonder meer voor de verhouding tussen burgers onderling (horizontale werking). Horizontale werking kan direct of indirect zijn. Als een grondrechtsregel volledig, dus inclusief beperkingsclausule, in een rechtsverhouding tussen burgers wordt toegepast, dan is sprake van

directe werking. Als grondrechtelijke regels in privaatrechtelijke begrippen worden meegewogen in de belangenafweging, dan is sprake van indirecte werking.

1.3 Grondrechten in internationale verdragen

Grondrechtelijke bepalingen komen ook voor in internationale verdragen, zoals het Europees Sociaal Handvest (ESH) en het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM). De Hoge Raad heeft directe werking van artikel 6 lid 4 ESH (stakingsrecht) aangenomen in het NS-arrest.⁴ Bij directe werking is de beperkingsgrondslag van die verdragen dus ook van toepassing. Een direct horizontaal toegepast grondrecht werkt in dat geval hetzelfde als een verticaal grondrecht. De mogelijkheid verdragsrechtelijke grondrechten te beperken is over het algemeen ruimer dan die van grondwettelijke grondrechten. Een inbreuk op verdragsrechtelijke grondrechten is mogelijk indien die is voorzien bij wet en noodzakelijk is in een democratische samenleving in het belang van een legitiem doel. Aan de directe horizontale werking van verdragsgrondrechten kleven door de beperkingssystematiek minder bezwaren. De beperkingsclausule hoeft niet te berusten op een wettelijke grondslag, maar kan bijvoorbeeld ook volgen uit een regel gebaseerd op vaste jurisprudentie.⁵

2. Recht op privéleven en privacy bij (willekeurige) alcohol- en drugstesten

2.1 Alcohol- en drugstesten

Het al dan niet horizontaal doorwerken van grondrechten speelde een rol in twee uitspraken waarin de Hoge Raad het alcohol- en drugsbeleid van de Arubaanse vestiging van Hyatt Hotels Corporation (hierna: Hyatt) toetste.

2.2 Hyatt-I⁶

De zaak betrof een serveerster van Hyatt. Op enig moment is Hyatt een anti-drugsbeleid gaan voeren. In dat kader werd aangekondigd dat er willekeurig zou worden getest op drugs en is gewezen op de mogelijkheid van ontslag na een positieve uitslag van een drugstest. De werknemer ondertekende een verklaring dat een positieve drugstest een reden voor ontslag kan zijn. Minder dan een jaar na het ondertekenen van de verklaring werd de werknemer positief getest. Vervolgens kreeg de werknemer de keuze tussen het volgen van een rehabilitatieprogramma of ontslag. De werknemer wilde geen rehabilitatieprogramma volgen en werd op staande voet ontslagen. Het hof liet het ontslag in stand. De werknemer stelde in cassatie dat Hyatt een ontoelaatbare inbreuk maakte op haar persoonlijke levenssfeer zoals bedoeld in artikel 8 EVRM. De Hoge Raad overwoog dat het

1 Mevr. mr. R. Jonkmans is advocaat bij DingemansVanderKind te Amsterdam.

2 HR 22 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1834.

3 E. Verhulp, *Grondrechten in het arbeidsrecht* (Reeks VvA nr. 28), Deventer: Kluwer 1999, hoofdstuk 1.

4 HR 20 mei 1986, NJ 1986, 688.

5 E. Verhulp, *Grondrechten in het arbeidsrecht* (Reeks VvA nr. 28), Deventer: Kluwer 1999, hoofdstuk 2.

6 HR 14 september 2007, JAR 2007, 250 (Hyatt-I).

antidrugsbeleid van Hyatt in zoverre tot een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer leidt dat cocaïne gebruik in privé-tijd niet mogelijk is zonder risico van een ontslag op staande voet (als geen gebruik wordt gemaakt van het rehabilitatieprogramma). Of een dergelijke inbreuk gerechtvaardigd is, moet volgens de Hoge Raad worden onderzocht aan de hand van de volgende drie (cumulatieve) criteria:

1. het noodzakelijkheids criterium (dient de inbreukmakende handeling een legitiem doel en is zij een geschikt middel om dat doel te bereiken): dit was in cassatie onbestreden;
2. het proportionaliteits criterium (is de inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van de werknemer evenredig in verhouding tot het belang van de werkgever bij het bereiken van het beoogde doel): volgens de Hoge Raad was niet onbegrijpelijk dat het hof in de belangenafweging meer belang had toegekend aan het belang van Hyatt ten opzichte van het belang van de werknemer om in haar vrije tijd cocaïne te gebruiken;
3. het subsidiariteits criterium (kon de werkgever dat doel redelijkerwijs op een minder ingrijpende wijze bereiken): de klacht dat met een minder zware sanctie had kunnen worden volstaan, zag er volgens de Hoge Raad aan voorbij dat de werknemer niet alleen was ontslagen vanwege een positieve drugstest, maar ook op grond van de combinatie met het weigeren van het rehabilitatieprogramma.

De inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van de werknemer was – naar Arubaans recht – volgens de Hoge Raad gerechtvaardigd. In deze uitspraak toetste de Hoge Raad voor het eerst direct aan artikel 8 EVRM (recht op privé-leven). Volgens Roozendaal leidde dit ironisch genoeg niet tot bescherming van de zwakkere partij.⁷ Zij vond het een schokkend arrest, hoewel zij de directe werking van artikel 8 EVRM als een lichtpunt zag. Roozendaal merkte op dat, als de serveerster van Hyatt-I de drugstest had geweigerd, zij naar Nederlands recht een sterke zaak had gehad. De toets had dan niet zozeer betrekking gehad op de vraag naar de rechtmatigheid van de verkregen informatie (die zag er namelijk voor de werknemers niet goed uit), maar op de vraag naar de rechtmatigheid van de test. Deze tweede vraag kwam in Hyatt-II aan de orde en dan met name of de Streg een wettelijke basis vereist voor grondrechtelijke beperkingen.⁸

2.3 Hyatt-II⁹

Deze zaak ging om een werknemer die sinds 1995 bij Hyatt in dienst was, laatstelijk als casinodealer. In 2012 had de werknemer getekend voor ontvangst van het personeelshandboek, waarin is vermeld dat overtreding van het drugs- en alcoholbeleid van Hyatt kan leiden tot ontslag.

Hyatt nam steekproefsgewijs urinemonsters af op drugsgebruik en controleerde de adem van werknemers op alcoholgebruik. De werknemer ontving op 23 juni 2015 een schriftelijke waarschuwing, nadat hij had toegegeven op 17 juni 2015 niet zijn eigen urine te hebben ingeleverd voor de test en zijn eigen urine positief scoorde op sporen van cocaïne en cannabis. Na het doorlopen van een rehabilitatieprogramma tekende de werknemer op 7 september 2015 een brief, waarin hij ermee akkoord ging om in een periode van twaalf maanden ten minste zes keer te worden onderworpen aan willekeurige alcohol- en drugstesten. In de brief was een waarschuwing opgenomen ten aanzien van overtreding van het alcohol- en drugsbeleid. Op 22 september 2015 vond een controle plaats, die resulteerde in een positieve uitkomst op het gebruik van alcohol. Bij brief van 16 oktober 2015 werd de werknemer nogmaals gewaarschuwd voor overtreding van het alcohol- en drugsbeleid. Op 29 februari 2016 werd de werknemer verzocht mee te werken aan een alcoholtest. Dit weigerde hij en bij brief van 1 maart 2016 werd hij op staande voet ontslagen.

De werknemer beriep zich op de Streg, waarin staat: ieder heeft, behoudens bij of krachtens landsverordening te stellen beperkingen, recht op onaantastbaarheid van zijn lichaam (artikel I.3 Staatsregeling van Aruba) en eerbiediging van zijn persoonlijke levenssfeer (artikel I.16 lid 1 Staatsregeling van Aruba). Het hof overwoog dat het drugs- en alcoholbeleid van Hyatt in zoverre leidt tot een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van haar werknemers dat het gebruik van alcohol of drugs in de privé-tijd (gedurende enige tijd voor aanvang van de werktijd) niet mogelijk is zonder risico van een ontslag op staande voet. Volgens het hof heeft het alcohol- en drugsbeleid een legitiem doel, en is voldaan aan het noodzakelijkheids-, proportionaliteits- en subsidiariteits criterium en kan het beroep op artikel 8 EVRM daarom niet slagen. Het hof concludeerde dat er geen verdragsrechtelijke of constitutionele bepaling aan in de weg staat dat Hyatt bij het ontslag heeft betrokken dat de werknemer heeft geweigerd een alcohol- en drugstest te ondergaan.

In cassatie diende de werknemer één klacht in, inhoudende dat het hof ten onrechte tot uitgangspunt heeft genomen dat de Streg in beginsel toelaat dat een werkgever met een werknemer (rechtsgeldige) overeenkomsten sluit, inhoudende dat bij de werknemer willekeurig alcohol- en drugstesten kunnen worden gedaan (de brief van 7 september 2015). Deze verplichting leidt volgens de werknemer tot een inbreuk op zijn privéleven en lichamelijke integriteit, zonder dat sprake is van een bij of krachtens landsverordening gestelde beperking als bedoeld in artikel I.3 en I.16 lid 1 Staatsregeling van Aruba. De onverenigbaarheid met artikel 8 EVRM is niet aan de orde gesteld. Ook werd in cassatie niet geklaagd of daadwerkelijk sprake is van een legitiem doel en of die voldoet aan voornoemde criteria (noodzakelijkheid, subsidiariteit en proportionaliteit). In cassatie is onbestreden dat de werknemer de bepalingen uit het personeelshandboek had aanvaard, evenals het ondergaan

7 W.L. Roozendaal, 'Het grondrecht op snuiven, of de grenzen aan de gezagsbevoegdheid', *ArA* 2008, 1.

8 M.D. Ruizeveld, 'Een wettelijke basis voor de alcohol- of drugstest op het werk', *TRA* 2020/25.

9 HR 22 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1834.

van willekeurige alcohol- en drugstesten, en dat het de werknemer voldoende duidelijk was dat zijn rechten voortvloeiende uit de Streg contractueel werden beperkt. Het cassatiemiddel was dus uitsluitend gericht op de verenigbaarheid van de beperkende bepalingen met de genoemde artikelen uit de Streg.

De Hoge Raad overwoog dat de grondrechten zoals opgenomen in de Streg geen directe horizontale werking hebben. De beperkingen op de uitoefening van deze grondrechten kunnen daarom in beginsel door partijen worden overeengekomen en hoeven geen grondslag te hebben in een specifieke bepaling bij of krachtens een landsverordening. De Hoge Raad merkt op dat (constitutionele) grondrechten wel horizontaal kunnen doorwerken. Dit heeft het hof ook onderkend, door te onderzoeken of de inbreuken op de grondrechten van de werknemers door het alcohol- en drugsbeleid van Hyatt, toelaatbaar is en heeft die vraag bevestigd beantwoord. Het cassatieberoep werd verworpen.

De genoemde artikelen uit de Streg komen overeen met artikel 11 en 10 van de Grondwet, welke artikelen ook een beperking bij of krachtens de wet vereisen. Volgens Ruizeveld zou het cassatiemiddel naar Nederlands recht tot dezelfde uitkomst hebben geleid, aangezien in de Nederlandse rechtspraak ook slechts indirecte werking van constitutionele grondrechten wordt aangenomen.¹⁰ Gelet op de hierna te bespreken arresten van het EHRM had een beroep op artikel 8 EVRM zowel naar Arubaans als naar Nederlands recht volgens haar echter tot een andere uitkomst hebben kunnen leiden.

2.4 EHRM over artikel 8 EVRM

Het EHRM heeft zich in twee zaken over een Deense veerbootmaatschappij (*Madsen*)¹¹ en een Zweedse kernenergiecentrale (*Wretlund*)¹² uitgelaten over het antidrugsbeleid van private ondernemingen in het kader van artikel 8 lid 2 EVRM. Dat artikel bepaalt dat een beperking van het grondrecht op respect voor het privéleven uitsluitend is toegestaan voor zover die:

- i) bij wet is voorzien; en
- ii) noodzakelijk is in een democratische samenleving; en
- iii) een legitiem doel dient: de nationale veiligheid, de openbare veiligheid of het economisch welzijn van het land, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.

In beide zaken ging het om onaangekondigde urinetesten op alcohol- en drugssporen, waarin werd vastgesteld dat dit een inbreuk was op artikel 8 EVRM. Ten aanzien van het eerste criterium overwoog het EHRM dat de inbreuk een

basis moet hebben in het nationale recht, dat de regelgeving toegankelijk moet zijn en dat de betrokken personen de consequenties van die regelgeving moeten kunnen overzien. In beide zaken had de inbreuk volgens het EHRM een basis in het recht, namelijk gebaseerd op sociale akkoorden, waarin als fundamentele norm is erkend dat werkgevers het recht hebben om werknemers aan alcohol- en drugstesten te onderwerpen. Ook was voldaan aan het toegankelijkheids- en voorzienbaarheids criterium. Ten aanzien van het noodzakelijkheids criterium overwoog het EHRM dat een stringent antidrugsbeleid op schepen respectievelijk een kernenergiecentrale, een dringende maatschappelijke behoefte diende, gelet op het grote belang van veiligheid op schepen en in kernenergiecentrales. De inbreuk diende tot slot twee legitieme doelen, te weten bescherming van de publieke veiligheid en de bescherming van rechten en vrijheden van anderen, namelijk overig personeel en passagiers.¹³

2.5 Evenredige inbreuk van Hyatt door willekeurig te testen?

Pool merkte over het Hyatt-I-arrest op dat hij ervan uitgaat dat er geen wettelijke regeling was die Hyatt de bevoegdheid gaf eenzijdig antidrugsbeleid uit te vaardigen. Uit de overeengekomen ondergeschiktheidsrelatie tussen werkgever en werknemer vloeit volgens hem niet zonder meer voort dat werkgevers bevoegd zijn inbreuk te maken op het recht op respect voor het privéleven. Dat de werknemer in die zaak enkele documenten had ondertekend betekende naar zijn mening niet dat sprake was van wilsovereenstemming. Pool merkte ten aanzien van de vraag of Hyatt op grond van gewoonte of redelijkheid en billijkheid bevoegd was tot het antidrugsbeleid op dat het antwoord naar Arubaans en Nederlands recht anders kan zijn. Er zijn geen Nederlandse uitspraken waarin werkgevers op grond van gewoonte dan wel redelijkheid en billijkheid bevoegd waren willekeurig, zonder een concreet vermoeden van gebruik, te testen op alcohol en drugs. Hooguit is op grond van het *Wennekes Lederwaren*-arrest¹⁴ denkbaar dat een concreet vermoeden van alcohol- of drugsgebruik een grondslag biedt werknemers te testen. In de Hyatt-I-zaak werd echter willekeurig getest en Hyatt kon dus geen basis in het recht aanwijzen voor haar antidrugsbeleid.

Het is de vraag of de inbreuk die Hyatt maakte, evenredig was aan het beoogde doel (behoud van goede naam en aantrekkelijkheid voor gasten door correct gedrag van werknemers zonder negatieve invloed van drugsgebruik). Meerdere auteurs¹⁵ menen dat dit doel ook bereikt kan worden zonder willekeurig te testen, maar uitsluitend bij een concreet vermoeden van gebruik. Over de belangenafweging

10 M.D. Ruizeveld, 'Een wettelijke basis voor de alcohol- of drugstest op het werk', *TRA* 2020/25.

11 EHRM 7 november 2002, nr. 58341/00 (*Madsen*).

12 EHRM 9 maart 2004, nr. 46210/99 (*Wretlund*).

13 A.H. Pool, 'Antidrugsbeleid in ondernemingen en het recht op respect voor het privéleven van werknemers', *TRA* 2012/44.

14 HR 27 april 2001, *JAR* 2001, 95 (*Wennekes Lederwaren*).

15 I.J. de Laat, 'Drugsgebruik en privacy', *BBJ* 2008, 5; M.S.A. Vegter, 'Annotatie bij HR 14 september 2007, *LJN* BA5802', *SR* 2007, 81; W.L. Roozendaal, 'Het grondrecht op snuiven, of de grenzen aan de gezagsbevoegdheid', *ArA* 2008, 1.

merkte Pool op dat de Hoge Raad niet de verhouding tussen middel en doel afweegt, maar de verhouding tussen het belang van Hyatt en dat van werknemer. Pool deelt het oordeel van de Hoge Raad – dat de inbreuk door Hyatt gerechtvaardigd was – niet.

Ook bij Hyatt-II kan worden afgevraagd of de inbreuk die Hyatt maakte evenredig was aan het beoogde doel en of het doel niet kon worden bereikt zonder willekeurig te testen, maar uitsluitend bij een concreet vermoeden van alcohol- of drugsgebruik. Gelet op de directe werking van artikel 8 EVRM in de Hyatt-I-uitspraak en de toepassing van dit artikel in de Madsen en Wretlund-uitspraken is het de vraag hoe Hyatt-II had uitgepakt naar Nederlands recht en er een beroep op artikel 8 EVRM was gedaan. Er is in Nederland geen wettelijke basis op grond waarvan werkgevers werknemers op willekeurige basis mogen testen op sporen van alcohol en drugs. Ook is er geen algemeen erkende norm die dit mogelijk maakt. Het is daarnaast moeilijk voorstelbaar dat de inbreuk die Hyatt maakte op de grondrechten van haar werknemers noodzakelijk was in een democratische samenleving, noch dat een serverster van een casino die in haar vrije tijd drugs gebruikt een gevaar voor de samenleving of voor collega's dan wel gasten is.

3. Contractuele beperking van grondrechten in Nederland

3.1 Beperkende bedingen

Interessante vraag is hoe een vergelijkbare zaak naar Nederlands recht zou uitpakken. Hoe ver reiken de mogelijkheden van werkgever en werknemer om grondrechten contractueel te beperken? De Hoge Raad overwoog in de Theodoor Gilissen-uitspraak – in het kader van de vraag of de geheimhoudingsplicht voortgaat op de vrijheid van meningsuiting – dat het uitgangspunt is dat het op artikel 7:611 BW gebaseerde goedwerknemerschap een loyaliteitsverplichting met zich meebrengt.¹⁶ Betekent dit dat werkgevers van hun werknemers succesvol nakoming kunnen vorderen van elke contractueel overeengekomen beperking van de grondrechten? Nevenwerkzaamheden-, anti-ronsel- en geheimhoudingsbedingen zijn in veel arbeidsovereenkomsten opgenomen. Dergelijke bedingen beperken verschillende grondrechten van werknemers zonder een wettelijke grondslag. Ik bespreek hierna een aantal uitspraken waarin de vraag aan de orde kwam of de werkgever zich tegenover de werknemer kon beroepen op een dergelijke contractueel overeengekomen beperking van grondrechten. Uitspraken waarin werknemers (willekeurige) alcohol- en drugstesten moesten ondergaan heb ik niet gevonden.

3.2 Geheimhoudingsbeding

Een recente zaak bij het Hof Arnhem-Leeuwarden ging over een kantine medewerker die door haar werkgever aan

klanten werd uitgeleend.¹⁷ Zij had in haar arbeidsovereenkomst een vergaande geheimhoudingsclausule staan, op grond waarvan de werknemer geen enkele mededeling aangaande de werkgever mocht doen. Op overtreding stond een boetebeding van EUR 5.000. Partijen waren het niet eens over het verrekenen van min-uren bij de eindafrekening. De werknemer vorderde in rechte nabetaling van ten onrechte ingehouden min-uren en in reconventie vorderde de werkgever betaling van de boete wegens overtreding van het geheimhoudingsbeding. Het hof overwoog dat in de arbeidsovereenkomst een verdergaande verplichting tot geheimhouding aan de werknemer kan worden opgelegd dan uitsluitend een verplichting om bedrijfsgeheimen niet te onthullen. Een algemeen spreekverbod zoals de werkgever voorstond, dat zich ook uitstrekt tot mededelingen in huiselijke kring over de wijze waarop de werkgever handelt, kwam volgens het hof echter in strijd met aan de werknemer toekomende grondrechten, zoals het recht op vrije meningsuiting en recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer. Een dergelijk vergaande uitleg van het geheimhoudingsbeding was volgens het hof niet aangewezen en de vordering tot betaling van de boete werd afgewezen.

3.3 Concurrentie-, relatie- en anti-ronselbeding

In een uitspraak van de Rechtbank Midden-Nederland ging het om enkele werknemers die waren gebonden aan een concurrentie- en relatiebeding (geldend binnen het Midden-Oosten, Europa en Afrika) en een anti-ronselbeding.¹⁸ De rechter overwoog dat een non-concurrentiebeding specifiek gericht moet zijn op de bescherming van het bedrijfsdebet van de werkgever. Deze bescherming ziet alleen op de kennis en vaardigheden die de werknemer aan bedrijfsgebonden knowhow bij de werkgever heeft opgedaan, niet op hetgeen de werknemer persoonlijk bij zijn werkgever aan kennis en vaardigheden heeft ingebracht, aldus de rechter. Daarnaast heeft de werknemer recht op persoonlijke ontplooiing van zijn vaardigheden en bekwaamheden, hetgeen niet mag worden aangetast door een non-concurrentiebeding, gelet op het grondwettelijk gewaarborgd recht op vrije arbeidskeuze.

Het enkele feit dat de werknemers bij een concurrent in dienst zijn getreden leidde volgens de rechter niet zonder meer tot concurrentie. De stelling van de werkgever dat de werknemers het non-concurrentiebeding hadden overtreden door aanwezig te zijn op een beurs in Europa, wordt door de rechter niet gevolgd, aangezien aanvaarding van deze stelling zou leiden tot overtreding van het recht op vrijheid van verplaatsing. De uitoefening van deze rechten mag aan geen andere beperkingen worden geboden dan die bij wet zijn voorzien en in een democratische samenleving noodzakelijk zijn. Het concurrentiebeding kon niet onder de in de wet genoemde beperkingen worden geschaard. De

16 Hoge Raad 26 oktober 2012, JAR 2012, 313, m.nt. mr. I.J. de Laat.

17 Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 6 oktober 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:8089.

18 Rechtbank Midden-Nederland, locatie Utrecht, 6 februari 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:402.

vorderingen van de werkgever met betrekking tot overtreding van het concurrentiebeding werden afgewezen.

Een anti-ronselbeding kwalificeert volgens de rechter niet als een beding zoals bedoeld in artikel 7:653 BW. De rechter ziet – alvorens het beding te beoordelen op basis van artikel 7:611 BW – aanleiding het anti-ronselbeding te toetsen aan een aantal grondrechten. Daar waar het anti-ronselbeding de werknemers verbiedt mensen te benaderen en/of contacten te leggen en te onderhouden, is het in strijd met het recht op vrijheid van verplaatsing (artikel 2 van het 4^e protocol bij het EVRM), het recht op privacy (artikel 8 EVRM) en het recht op vrije meningsuiting (artikel 10 EVRM). De rechter toetst het anti-ronselbeding aan genoemde drie grondrechten en de in het EVRM genoemde beperkingsmogelijkheden. De rechter concludeert dat er op grond van de drie fundamentele grondrechten (en hun geoorloofde beperkingen) geen sprake kan zijn van overtreding van het anti-ronselbeding en wijst de vordering van de werkgever op grond van het boetebeding af.

3.4 Contractueel alcohol- en drugstesten verplichten

In Nederland is geen wettelijke grondslag die werkgevers de mogelijkheid biedt om werknemers te verplichten controletesten op alcohol- en drugs te ondergaan, noch is – anders dan in de zaken Madsen en Wretlund aan de orde was (zie paragraaf 2.4) – in een sociaal akkoord de bevoegdheid voor werkgevers als fundamentele norm erkend om werknemers te onderwerpen aan controletesten. Pool meent dat uit de arbeidsovereenkomst volgt dat de werkgever het recht heeft instructies uit te vaardigen en dat artikel 7:660 BW deze instructiebevoegdheid invult door te bepalen dat werknemers niet gehouden zijn alle door werkgevers uitgevaardigde instructies op te volgen.¹⁹

Als in de Hyatt-II-zaak Nederlands recht van toepassing was geweest, had de Algemene verordening gegevensbescherming (AVG) een rol gespeeld.²⁰ Volgens de Autoriteit Persoonsgegevens (AP) levert het opstellen en hebben van beleid rondom het testen op alcohol en drugs een privacy-schending op. Volgens de AP is de hoofdregel dat het voeren van een alcohol- en drugsbeleid slechts geoorloofd is als er specifieke wetgeving voor is. Op dit moment is dat slechts in de transportsector het geval.²¹

Staatssecretaris Van Ark bevestigde in haar kamerbrief van 16 januari 2020 dat het tijdens werktijd controleren op alcohol- en drugsgebruik op grond van de AVG slechts is toegestaan als daar een wettelijke grondslag voor is, het noodzakelijk is en daarnaast passende maatregelen worden getroffen om de inbreuk op de privacy en grondrechten van de werknemer te minimaliseren.²² De staatssecretaris

schreef dat een werkgever binnen het arbobeleid en het BW mogelijkheden heeft om contractueel het gebruik en de beschikbaarheid van alcohol en drugs te verbieden of te beperken en maatregelen te treffen tegen werknemers die onder invloed zijn. Desondanks ontvangt de staatssecretaris signalen dat werkgevers toch niet altijd voldoende kunnen optreden. Daarom is zij gestart met voorbereidingen om in specifieke gevallen het afnemen van alcohol- en drugstesten mogelijk te maken. Daarbij richt zij zich ten eerste op de Brzosector.²³ Omdat veiligheidsrisico's zich in die sector het meest evident voordoen wordt de wettelijke mogelijkheid voor het afnemen van alcohol- en drugstesten onderzocht bij voor de veiligheid cruciale functies. Ten tweede wordt onderzocht of een wettelijke grondslag geformuleerd kan worden voor andere specifieke gevallen waarin een zodanig groot veiligheidsrisico bestaat en er een zwaarwegend algemeen belang is dat die de mogelijkheid van een alcohol- en drugstest rechtvaardigen.

4. Contractuele beperking mogelijk

Uit rechtspraak en literatuur blijkt dat grondrechten naar Nederlands recht contractueel kunnen worden beperkt. Als grondrechten direct worden toegepast in een horizontale verhouding, zijn ook de beperkingsclausules van toepassing. Dit kan verstrekkende gevolgen hebben, zo blijkt uit de uitspraken die in dit artikel zijn besproken. Het is mogelijk dat een werkgever geen beroep toekomt aan een geheimhoudingsbeding, concurrentiebeding of een anti-ronselbeding, als daarmee grondrechten van (ex-)werknemers worden geschonden en niet is voldaan aan het noodzakelijkheids-, het proportionaliteits- en subsidiariteitscriterium.

19 A.H. Pool, 'Antidugsbeleid in ondernemingen en het recht op respect voor het privéleven van werknemers', *TRA* 2012/44.

20 Zie annotaties P. Hogewind Wolters bij Hyatt-II, *JAR* 2019, 314 en M. Ruizeveld, 'Een wettelijke basis voor de alcohol- of drugstest op het werk', *TRA* 2020, 25.

21 *Stb.* 2016, 529.

22 Kamerbrief van 16 januari 2020 onder referentie 2020-0000003114.

23 Bedrijven die vallen onder het Besluit risico's zware ongevallen 2015.