

ANNOTATIE

Het eigenbelang van de goede werkgever

mr. O. van der Kind

Annotatie bij Hoge Raad, 31-03-2017, ECLI:NL:HR:2017:569 (PS-2017-0346, AR-2017-0393)

1. Feiten

Op 15 maart 2015 is in opdracht van de Stichting Restschuld Eerlijk Delen (hierna: RED) het boek *De Verpanding* (hierna: het boek) uitgebracht. Het boek heeft als ondertitel *Hoe de Rabobank op kunst van haar klanten jaagt – Kunst verdwijnt waar Rabo verschijnt*. In het boek worden de zaken van twee ondernemers beschreven. Beiden hadden een onderneming die niet levensvatbaar bleek, wat tot bedrijfsbeëindiging heeft geleid. Beiden hadden een krediet bij Rabobank (hierna ook: de bank). De bank heeft zich beroepen op de aan haar verstrekte zekerheidsrechten de openstaande schulden in te lossen. Een en ander is uitgevoerd door de verschillende afdelingen Bijzonder Beheer van de bank. In het boek wordt kritiek geuit op de handelwijze van Rabobank waarbij namen van (oud-)werknemers van de bank zijn genoemd. Zij waren in de periode waarover het boek gaat, werkzaam bij de desbetreffende afdelingen Bijzonder Beheer. Rabobank heeft in kort geding een verbod gevorderd op het drukken, vermenigvuldigen en verspreiden van de inhoud van het boek met daarin de naam van (oud-)medewerkers van Rabobank en voorts vernietiging van de reeds vervaardigde exemplaren. De bank heeft zich op het standpunt gesteld dat RED onrechtmatig handelt ten opzichte van bedoelde medewerkers, voor wier belang Rabobank als werkgever opkomt. Doordat de medewerkers in de context van het boek bij name worden genoemd, worden zij geraakt in hun persoonlijke levenssfeer. Zij worden in het boek zonder legitieme reden in een kwaad daglicht geplaatst. Het boek gaat over klanten van Rabobank en hun geschil met de bank en om dat geschil te beschrijven had, zonder afbreuk te doen aan de verhaallijn van het boek, kunnen worden volstaan met geanonimiseerde aanduidingen van de medewerkers, aldus Rabobank.

Rabobank krijgt gelijk bij de Rechtbank Den Haag. In hoger beroep vernietigt het hof de uitspraak van de rechtbank. Rabobank stelt beroep in cassatie in.

In cassatie voert RED (opnieuw) aan dat Rabobank geen belang heeft bij haar cassatieberoep nu vaststaat dat Rabobank in het geding niet krachtens lastgeving of volmacht voor haar (oud-

)medewerkers optreedt en er geen andere grondslag voor het optreden voor hun belangen valt aan te wijzen. Rabobank zou om die reden niet ontvankelijk moeten worden verklaard, aldus RED. Over dit argument oordeelt de Hoge Raad:

‘3.4.3 Rabobank komt in dit geding als werkgever op voor haar (oud-)werknemers, die volgens haar worden geschaad door een publicatie waarin zij een rol spelen in verband met de werkzaamheden die zij als werknemer voor hun werkgever verrichten. Met betrekking tot een dergelijke publicatie kan een werkgever een vordering instellen ter bescherming van de werknemers. De werkgever komt de bevoegdheid tot het instellen van die vordering toe, zowel uit hoofde van het belang dat hij zelf heeft bij de bescherming van zijn werknemers, als ter bescherming van die werknemers, mede op grond van goed werkgeverschap (art. 7:611 BW). Die bevoegdheid bestaat dus ook buiten lastgeving en volmacht door de werknemer. Daarbij is mede van belang dat het voor de werknemers belastend kan zijn zelf in rechte op te treden, onder meer in verband met de mogelijke publicitaire gevolgen daarvan.

3.4.4 Rabobank kan op grond van het hiervoor overwogene in beginsel de onderhavige vordering instellen. Gesteld noch gebleken is dat de (oud-)werknemers waar het in geding om gaat, bezwaar hebben tegen het instellen daarvan. Integendeel, blijkens het bij de behandeling in eerste aanleg verhandelde, steunen zij juist uitdrukkelijk de onderhavige vordering (...). Het betoog van RED c.s. dat Rabobank belang mist bij haar beroep is dus ongegrond.’

2. Commentaar

In deze annotatie wordt niet ingegaan op de grondrechtelijke aspecten van de zaak. Daarvoor verwijs ik naar de noot van mr. I.J. de Laat onder dit arrest gepubliceerd in *JAR* 2017/115. Zij gaat vooral in op de botsing van grondrechten, te weten het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer en het recht op vrijheid van meningsuiting. Ik behandel hier de aspecten van het procesrechtelijk belang en het goedwerkgeverschap.

Zonder voldoende belang komt niemand een rechtsvordering toe, zo bepaalt artikel 3:303 BW. RED lijkt met haar verweer, dat Rabobank niet krachtens lastgeving of volmacht voor haar (oud-)medewerkers optreedt terwijl geen andere grondslag voor haar optreden voor hun belangen valt aan te wijzen, een beroep te doen op dit beginsel, vaak onvolledig aangeduid met ‘geen belang, geen actie’. De strekking van het verweer van RED is immers dat Rabobank als (voormalig) werkgever zelf geen belang heeft bij de vordering. De Hoge Raad is hierover kort en bondig: als (voormalig) werkgever komt Rabobank de (procesrechtelijke) bevoegdheid toe tot het instellen van de vordering zowel uit hoofde van het belang dat zij zelf heeft bij bescherming van haar werknemers, als ter bescherming van die werknemers. Een werkgever heeft dus hoe dan ook een eigenbelang bij het instellen van een vordering als hier aan de orde. Daarnaast mag hij zich het persoonlijke belang van de werknemers bij bescherming aantrekken. Hoewel het lijkt te gaan om een en hetzelfde belang (het bieden van bescherming aan werknemers) maakt de Hoge Raad een onderscheid tussen het eigenbelang van de werkgever (‘zowel uit hoofde van het belang dat hij *zelf* (cursivering OvdK) heeft bij de bescherming van zijn werknemers’) en dat van de werknemers (‘als ter bescherming van die

werknemers'). Dit laatste aspect zal te meer spelen als het voor de (oud-)werknemers belastend is zelf in rechte op te treden. Het door de Hoge Raad verwerpen van het verweer van RED is overigens in lijn met het uitgangspunt dat de rechter niet te hoge eisen mag stellen aan het aannemen van een voldoende belang (HR 12 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY1532).

Een vergelijkbare uitspraak is gedaan door de Rechtbank Zutphen in een door een aantal politieambtenaren en hun werkgever, de publiekrechtelijke rechtspersoon Politieregio Noord- en Oost-Gelderland (hierna: de Politieregio), aanhangig gemaakt kort geding tegen een persoon die zich in het kader van de zogeheten Deventer Moordzaak en de publicaties daarover privé had gewend tot de politieambtenaren en daarover kritisch had geschreven (Rb. Zutphen 1 juni 2010, ECLI:NL:RBZUT:2010:BM6266). De voorzieningenrechter overwoog dat op de Politieregio als werkgever de verantwoordelijkheid rust te zorgen voor een werkomgeving waarin de politieambtenaren ongestoord hun werk kunnen doen. Ook was het volgens de voorzieningenrechter in het belang van de Politieregio dat haar werknemers (in de uitoefening van hun functie) verstoken blijven van onrechtmatige publicaties, die overigens de Politieregio in een kwaad daglicht kunnen stellen. Daarmee werd het beroep van de derde op de niet-ontvankelijkheid van de Politieregio verworpen. In die uitspraak heeft de rechtbank voor wat betreft het beschermingsargument uitsluitend gewezen op het eigenbelang van de Politieregio zijn (wettelijke) verplichting na te komen om te zorgen voor een veilige en ongestoorde werkomgeving. Daarbij moet worden opgemerkt dat de politieambtenaren nog in dienst waren. Het goed werkgeverschap is niet als grondslag genoemd, wat ermee te maken zal hebben dat artikel 7:611 BW niet van toepassing was aangezien de Politieregio een overheidswerkgever is (zie voor een vergelijking van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur met de beginselen van goed werkgeverschap G.J.J. Heerma van Voss, *Goed werkgeverschap als bron van vernieuwing van het arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 1999, p. 37-71). Het arrest van de Hoge Raad gaat dus verder en maakt duidelijk dat een werkgever ook zonder het hierboven genoemde eigenbelang een vordering kan instellen 'voor' zijn werknemers. Hij mag zich als goed werkgever het persoonlijke belang van zijn werknemers verstoken te blijven van negatieve publiciteit en van eerbieding van persoonlijke levenssfeer aantrekken.

Het eigenbelang van de werkgever ten opzichte van werknemers (als onderscheid met oud-werknemers) ligt in de eerste plaats bij het, om de woorden van de Rechtbank Zutphen te gebruiken, zo veel als mogelijk bieden van een ongestoorde werkomgeving. De verplichting daartoe kan betekenen dat de werkgever (als beschermer) moet optreden tegen een collega die zich ten opzichte van een werknemer schuldig maakt aan seksuele intimidatie (zie bijv. Ktr. Middelburg 24 februari 1997, *JAR* 1997/93) of pesten, maar dus ook dat hij actie onderneemt tegen een persoon of instelling buiten de organisatie als die ten opzichte van een werknemer schadelijk werkverstorend gedrag vertoont. Naast de in het arrest aan de orde zijnde situatie kan gedacht worden aan een persoon die een werknemer stalkt en hem in dat kader (ook) op het werk lastigvalt. Niet ondenkbaar is dat de werknemer daarvan zodanig last heeft dat de werkzaamheden daaronder lijden, of erger: hij vanwege spanningen zal verzuimen. Vanuit de gedachte dat de werkgever zijn werknemer daartegen moet beschermen, is het belang van de werkgever gegeven. Daarnaast kan hij een meer financieel belang hebben,

zoals het vermijden van vermindering van productiviteit, loondoorbetaling bij ziekte, het moeten verrichten van re-integratieinspanningen enzovoort. Wellicht een stap verder is de situatie waarin de werknemer last heeft van rook die van het terras van een in de directe omgeving van de werkplek gevestigde horecagelegenheid afkomt. Kan de werkgever dan ter bescherming van zijn werknemer in rechte vorderen dat de horeca-uitbater maatregelen neemt ter voorkoming van de rookhinder? Ik sluit dat niet uit, ook omdat er gezondheidsrisico's spelen. Dat de werkgever 'de bevoegdheid heeft' een vordering in te stellen, betekent echter niet dat de vordering ook zal worden toegewezen. Het blijft telkens de vraag of de vordering op inhoudelijke gronden kans van slagen heeft. Vragen die daarbij gesteld kunnen worden, zijn of van de werkgever verlangd kan worden (eerst) zelf passende maatregelen te nemen ter voorkoming van eventuele schade bij zijn werknemers en of de gevorderde maatregel overigens proportioneel is.

De Hoge Raad lijkt bij het noemen van het beschermingsbelang geen onderscheid te maken tussen werknemers en *oud*-werknemers. In de eerste zin van rechtsoverweging 3.4.3 spreekt hij immers van '(oud-)werknemers'. Hoewel hij in vervolg van die rechtsoverweging het uitsluitend nog heeft over 'werknemers', komt het mij voor dat dit niet relevant is. In rechtsoverweging 3.4.4 gebruikt hij namelijk weer '(oud-)werknemers'. Feit is bovendien dat de vordering van Rabobank ook betrekking had op oud-werknemers en zij ook ten aanzien van hen de vordering heeft mogen instellen. Als het om oud-werknemers gaat, zal het belang van de werkgever om actie te nemen waarschijnlijk wel moeilijk(er) te duiden zijn. Het zal in ieder geval uit iets anders moeten bestaan dan het moeten/willen bieden van een goede (ongestoorde) werkomgeving of het voorkomen van extra kosten. Een oud-werknemer hoeft immers geen werkomgeving geboden te worden (en dus ook niet een werkomgeving die aan bepaalde eisen voldoet) en ook een situatie waarin de werkgever wil voorkomen dat hij extra kosten moet maken lijkt zich niet voor te doen. Denkbaar is wel dat hij op grond van het goed werkgeverschap verplicht is de vordering voor zijn oud-werknemer in te stellen bij wijze van (post-contractuele) zorgplicht, nu de situatie die tot ingrijpen noopt verband houdt met de werkzaamheden die hij als werknemer voor zijn werkgever verrichtten. Dat het voor de oud-werknemer belastend kan zijn zelf de vordering in te stellen, kan daarbij van belang zijn, zo volgt uit het arrest. Het is de vraag welke belasting relevant is. De Hoge Raad noemt 'onder meer' publicitaire gevolgen van het door de werknemer zelf betrekken van de derde in rechte. De belasting kan dus ook andere vormen hebben. Is een financiële belasting voldoende – die er al snel zal zijn vanwege de kosten van een procedure – of moet (ook) sprake zijn van een emotionele belasting? Als men aanvaardt dat de werkgever een post-contractuele zorgplicht in dit soort gevallen heeft, lijkt mij niet zozeer de aard van de belasting doorslaggevend, maar de mate van belasting (waarbij ik mij realiseer dat de ene belasting juist vanwege de aard ervan zwaarder kan zijn dan de andere). De Hoge Raad zegt daar helaas niets over, maar voor zich spreekt dat de belasting niet verwaarloosbaar mag zijn en reëel moet zijn.

Nu de Hoge Raad als grondslag voor het instellen van de vordering door de werkgever het goed werkgeverschap heeft genoemd en geen onderscheid lijkt te maken tussen werknemers en oud-werknemers, kan het arrest worden gezien als een toepassing van het leerstuk van de

post-contractuele werking van het goed werkgeverschap. Daarbij valt op dat het in dit geval betreft een bevoegdheid om *te handelen* (het instellen van een vordering). Afgaande op gepubliceerde jurisprudentie zou betoogd kunnen worden dat dit leerstuk vooral betrekking heeft op de plicht tegenover de ex-werknemer bepaalde handelingen achterwege te laten, bijvoorbeeld het verstrekken van informatie over de ex-werknemer aan derden (Rb. Zwolle 6 december 2000, *JAR* 2001/21, Rb. 's-Hertogenbosch 13 november 2013, *JAR* 2014/10 en Rb. Utrecht 1 februari 2012, *RAR* 2012/95). Ik kan echter ook wijzen op Ktr. Amsterdam 15 augustus 2007, *JAR*, 2007/273, waarin is geoordeeld dat de werkgever, een bank, ten onrechte een integriteitsverklaring niet had verstrekt (waartoe hij volgens de kantonrechter verplicht was geweest) waardoor de werknemer schade leed. De werkgever diende die schade te vergoeden. Zie over de (pre- en) postcontractuele werking van het goed werkgeverschap ook Heerma van Voss 1999, p. 34, en F.G. Laagland, *Arbeidsovereenkomst*, Deventer: Kluwer (losbl.), art. 7:611 BW, aant. 9.3. Heerma van Voss heeft met verwijzing naar jurisprudentie als voorbeelden van postcontractuele werking ook genoemd de situatie waarin de ex-werkgever na afloop van het dienstverband bepaalde regelingen op de werknemer heeft toe te passen zoals een tantièmeregeling of wachtgeldregeling. Ik zie dat meer als de verplichting van de werkgever eerder gemaakte afspraken na te komen, zij het na het dienstverband. Een ander door hem genoemd voorbeeld, het onder omstandigheden moeten aanbieden van een nieuw seizoenscontract, kan mijns inziens wel worden gezien als een verplichting uit hoofde van (de post-contractuele werking van) het goed werkgeverschap (zie Ktr. Amsterdam 26 maart 1998, *JAR* 1988/155).

Aan de overweging dat de Rabobank de vordering 'in beginsel' kan instellen, heeft de Hoge Raad toegevoegd dat gesteld noch gebleken is dat de (oud-)werknemers bezwaar hebben tegen het instellen van de vordering. De vraag is of deze toevoeging een uitwerking is van de overweging dat in beginsel de onderhavige vordering kan worden ingesteld door de werkgever. Als de (oud-)werknemers bezwaar hebben tegen het instellen van de vordering, vervalt daarmee dan het recht van de werkgever een vordering tegen de derde in te stellen? Bescherming van (oud-)werknemers kan een belang voor de werkgever zijn de vordering in te stellen, maar moeilijk denkbaar is dat dit ook geldt als de (oud-)werknemers niet beschermd willen worden. De Hoge Raad heeft ook overwogen dat niet alleen niet is gebleken van een bezwaar van de (oud-)werknemers, maar ook dat zij de vordering steunen en dat 'dus' het betoog van RED, dat Rabobank geen belang heeft, ongegrond is. Steun van de (oud-)werknemers, althans geen bezwaar van hen, lijkt dus vereist. Maken de (oud-)werknemers bezwaar, dan zal de werkgever het erbij moeten laten zitten. Wat nu te denken van de spiegelbeeldige situatie? De (oud-)werknemers zien graag dat de werkgever hen beschermt door de vordering in te stellen, maar de werkgever voelt daar niet voor. Kunnen de (oud-)werknemers dan met een beroep op het goed werkgeverschap afdwingen dat de werkgever de vordering toch instelt, al dan niet stellende dat het voor hen (te) belastend is de derde zelf in rechte te betrekken? Het past de goede werkgever in beginsel zijn (oud-)werknemers de bescherming te bieden die zij nodig hebben. De vraag is of van de werkgever in het specifieke geval kan worden verlangd dat hij de derde in rechte betreft. Vragen die daarbij gesteld kunnen worden zijn: is de door de (oud-)werknemers gewenste bescherming noodzakelijk en

kan het instellen van de vordering die bescherming ook bieden, en/of kan van de werknemers worden verwacht dat zij zelf de vordering instellen gezien het ontbreken van een relevante belasting daartoe? (Nog) ingewikkelder wordt het als de werkgever een tegenstrijdig eigenbelang heeft, bijvoorbeeld omdat hij van oordeel is dat het voor hem beter is geen vordering in te stellen vanwege eventuele schadelijke gevolgen ervan voor zijn bedrijf (om de casus te gebruiken van de door de Hoge Raad besliste kwestie: het instellen van de vordering zou onnodige en schadelijke ruchtbaarheid aan de kwestie kunnen geven). Ik acht het verdedigbaar dat de werkgever zijn eigenbelang in dat geval voorop mag stellen, waarbij uiteraard geldt dat dit belang enig gewicht moet hebben. Maar aan dat belang hoeven mijns inziens geen hoge eisen gesteld te worden, ook omdat de (oud-)werknemers altijd de mogelijkheid hebben de vordering zelf in te stellen, ook al levert dat voor hen wellicht een belasting op.