ECLI:NL:GHDHA:2021:2552

Instantie	Gerechtshof Den Haag
Datum uitspraak	28-12-2021
Datum publicatie	05-01-2022
Zaaknummer	200.287.406/01
Formele relaties	Eerste aanleg: ECLI:NL:RBROT:2020:8133, (Gedeeltelijke) vernietiging en zelf afgedaan
Rechtsgebieden	Civiel recht
Bijzondere kenmerken	Hoger beroep
Inhoudsindicatie	Tatoeagebeleid RET. Goed werkgeverschap in relatie tot de regel om tijdens de werkzaamheden geen voor het publiek zichtbare tatoeages te dragen.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl AR-Updates.nl 2022-0036 JAR 2022/33 met annotatie van Laat, I.J. de JIN 2022/41 met annotatie van Manse, A.M. VAAN-AR-Updates.nl 2022-0036 Brightmine 2022-20007466

Uitspraak

GERECHTSHOF DEN HAAG

Afdeling Civiel recht

Zaaknummer : 200.287.406/01

Zaaknummer rechtbank : 8202071 / CV EXPL 19-51998

arrest van 28 december 2021

inzake

de vereniging **Vakorganisatie Onafhankelijk RET-personeel**,
gevestigd te Capelle aan den IJssel,
appellante in principaal hoger beroep,
geïntimeerde in voorwaardelijk incidenteel hoger beroep,
hierna te noemen: VOR,
advocaat: mr. M.L. Kruit te Rotterdam,

tegen

Rotterdamse Electrische Tram N.V,

gevestigd te Rotterdam,
geïntimeerde in principaal hoger beroep,
appellante in incidenteel hoger beroep,
hierna te noemen: RET,
advocaat: mr. A. Birkhoff te Rotterdam.

1 Waar de zaak over gaat

Het tatoeagebeleid van RET houdt in dat de controleurs openbaar vervoer die bij haar in dienst zijn geen voor het publiek zichtbare tatoeages mogen dragen als zij hun werk in uniform verrichten. Zij moeten eventuele tatoeages bedekken. De VOR wil dat dit beleid van tafel gaat. Het hof oordeelt dat het tatoeagebeleid, onder meer vanwege de huidige maatschappelijke opvattingen, geen stand kan houden.

2 Het procesverloop in hoger beroep

Bij exploot van 16 december 2020, met producties, is de VOR onder aanvoering van veertien grieven in hoger beroep gekomen van een tussen partijen onder bovenvermeld zaaknummer gewezen vonnis van de kantonrechter Rotterdam van 18 september 2020 (hierna: het bestreden vonnis). Bij memorie van antwoord in principaal hoger beroep, tevens memorie van grieven in voorwaardelijk incidenteel hoger beroep, met producties, heeft de RET de grieven bestreden en in voorwaardelijk incidenteel hoger beroep één grief aangevoerd. Bij memorie van antwoord in voorwaardelijk incidenteel hoger beroep heeft de VOR de grief bestreden.

De mondelinge behandeling van het hoger beroep heeft plaatsgehad op 5 november 2021. Voorafgaand aan die mondelinge behandeling heeft de VOR nog een aantal stukken overgelegd. Van de mondelinge behandeling is een proces-verbaal opgemaakt. De uitspraak is (nader) bepaald op heden.

3 De feiten

Het hof gaat, rekening houdend met de door de kantonrechter vastgestelde feiten en de daartegen gerichte grieven 1 en 2 en wat in hoger beroep verder nog is komen vast te staan, uit van het volgende.

3.1 RET verzorgt openbaar vervoer in Rotterdam en omgeving. De afdeling veiligheid van RET houdt zich onder meer bezig met de zorg voor de veiligheid in en het toezicht op het openbaar vervoer. Daartoe heeft RET onder meer tramconducteurs, servicemedewerkers op metrostations en OV-surveillanten (hierna gezamenlijk: de toezichtmedewerkers) en controleurs openbaar vervoer (COVers) in dienst. COVers houden zich onder meer bezig met het handhaven van de openbare orde en wetten en regels in en rondom het openbaar vervoer, het controleren op ongewone en ongewenste activiteiten en het

opsporen en verbaliseren van overtreders. COVers hebben in hun functie te maken met agressie en geweld. Om hun taken te kunnen uitvoeren zijn zij benoemd tot Buitengewoon Opsporingsambtenaar Openbaar Vervoer (BOA-OV) en beschikken zij over specifiek met hun functie verband houdende bevoegdheden. Zij voeren hun taken zowel in uniform als in burger uit. Hierna wordt deze groep werknemers aangeduid als: COV-ers.

3.2 De VOR is een vakorganisatie; zij heeft onder ander ten doel het behartigen van de gemeenschappelijke belangen van haar leden.

3.3 Binnen RET speelt al geruime tijd, onder andere met de Ondernemingsraad, een discussie over het zichtbaar dragen van tatoeages door COVers. De meest recente mededeling van RET is opgenomen in een aan de COVers gerichte en van hun directeur afkomstige brief uit 2018 met daarin onder meer het volgende:

"*Op uitdrukkelijk verzoek van enkele collegas heb ik op papier gezet wat de (bestaande) afspraak is met betrekking tot het zichtbaar dragen van lichaamsversieringen zoals tatoeages en piercings tijdens de uitoefening van de functie van BOA-OV*

RET is van mening dat een BOA-OV zich tijdens de dienstuitvoering in uniform dient te onthouden van uitingen en/of versieringen die afbreuk (kunnen) doen aan het gezag dat zij uit (dienen te) stralen. Een BOA-OV dient in het belang van het gezag dat hij vertegenwoordigt, zijn eigen veiligheid en neutraliteit bij het uitoefenen van zijn functie in acht te nemen en in het contact met de reiziger een gezaguitstralende, neutrale en veilige houding aan te nemen. Het is ieders eigen verantwoordelijkheid om te zorgen dat bij het uitvoeren van de dienst in uniform kenmerken zoals tatoeages en andere lichaamsversieringen niet zichtbaar zijn voor de reizigers/klanten van de RET.
Als je dienst hebt in burgerkleding (BK) is het zichtbaar tonen van tatoeages wel toegestaan; het is dan immers toegestaan om zo onopvallend mogelijk op te gaan in de reizende massa."

Dit beleid wordt hierna aangeduid als: het tatoeagebeleid.

3.4 Het tatoeagebeleid is niet van toepassing op andere werknemers van RET dan de COVers.

3.5 Op 17 juli 2019 heeft de VOR RET aangeschreven met de mededeling dat het tatoeagebeleid een inbreuk op fundamentele rechten inhoudt waardoor de grenzen van het instructierecht worden overschreden. Vermeld is: "*Namens de VOR verzoek ik u om binnen een week na dagtekening van deze brief te bevestigen dat het tatoeagebeleid door u is ingetrokken of zal worden ingetrokken. De VOR treedt vervolgens graag met u in overleg over de eventuele problemen die de RET ervaart als gevolg van zichtbate tatoeages en eventuele oplossingen in dat kader. Indien u vasthoudt aan het huidige tatoeagebeleid en ieder overleg daarmee blokkeert, dan ziet de VOR zich genoodzaakt om naar de rechter te stappen teneinde het beleid van tafel te krijgen.*"

3.6 Bij brief van 31 juli 2019 heeft RET VOR bericht niet voornemens te zijn het geldende beleid in te trekken.

3.7 In of omstreeks juni 2018 heeft Handhaving Nederland een enquête gehouden over de vraag of handhavers zichtbare tatoeages mogen hebben. Van de 3353 respondenten heeft 84% aangeven dat dit moet kunnen, mits het niet gaat om aanstootgevende zaken.

3.8 De Nederlandse politie hanteert de zogeheten Gedragscode lifestyle-neutraliteit (hierna: de Gedragscode) als leidraad voor haar uitstraling. De code is in 2021 opnieuw vastgesteld in verband met wijzigingen op het gebied van zichtbare tatoeages. Daaromtrent heeft de Minister van Veiligheid en Justitie in het halfjaarbericht politie uit december 2019 vermeld:

"*Het uitgangspunt van de gedragscode lifestyle-neutraliteit is dat de politieambtenaar in het belang van zijn gezag, neutraliteit en eigen veiligheid bij zijn optreden, in het contact met het publiek een*

gezagsuitstralende, neutrale en veilige houding behoort in te nemen. Hier sta ik nog steeds volledig achter. Een uitstraling van onpartijdigheid en objectiviteit van politieambtenaren is een voorwaarde voor de legitimiteit van de politie bij het uitoefenen van haar bijzondere overheidstaak. Gebleken is echter dat één punt in de gedragscode - in de huidige context bezien - te strikt is opgeschreven. Daarom wil ik op het punt van de tatoeages een actualisatie van de gedragscode doorvoeren.

De politie heeft in 2016 een evaluatie uiterlijke versieringen binnen de politie uitgevoerd. Uit de evaluatie is naar voren gekomen dat ondervraagde burgers en politiemedewerkers overwegend neutraal aankijken tegen tatoeages. In de gesprekken is gebleken dat het zichtbaar dragen van tatoeages de afstand naar de burger toe niet vergroot dan wel een belemmering vormt in het contact. Belangrijker voor de burger is de professionele houding c.q. gedrag van de politiemedewerker. De medewerkers vinden het belangrijk wat de context (bijvoorbeeld het werkgebied of de situatie) is en wat de afbeelding van de tatoeage is. Zo mag een tatoeage niet aanstootgevend zijn.

Gelet op het bovenstaande zal ik in overleg treden met de politievakorganisaties om zichtbare tatoeages bij politiemensen toe te staan - onder bepaalde voorwaarden. Hierbij denk ik bijvoorbeeld aan voorwaarden dat de tatoeages bedekt moeten kunnen worden indien nodig en geen zichtbare tatoeages worden toegestaan die niet neutraal zijn of duiden op een (vorm van) levensovertuiging."

3.9 In de defensiekrant van februari 2021 is, onder verwijzing naar een veranderende maatschappij en gewijzigde opvattingen binnen de marechaussee (waarbij de marechausseeraad de regels over het niet mogen tonen van tatoeages ouderwets noemt), vermeld dat het tatoeagebeleid bij de Koninklijke Marechaussee is versoepeld in die zin dat permanente lichaamsversieringen niet (langer) altijd bedekt hoeven te zijn. De tatoeages moeten wel bedekt kunnen worden tijdens, bijvoorbeeld, ceremoniële diensten en de getoonde tatoeages mogen niet aanstootgevend zijn (bijvoorbeeld erotische plaatjes en geloofsuitingen) en mogen niet geplaatst zijn op aangezicht (gezicht, nek en hals) en handen.

4 Procedure bij de kantonrechter

4.1 In eerste aanleg heeft de VOR, uitvoerbaar bij voorraad en met veroordeling van RET in de kosten van het geding, gevorderd (1) voor recht te verklaren het tatoeagebeleid niet kan worden uitgevoerd wegens strijd met het instructierecht en/of strijd met goed werkgeverschap en/of inbreuk op (fundamentele) grondrechten; (2) het tatoeagebeleid nietig te verklaren of te vernietigen wegens strijd met de goede zeden, de openbare orde en/of dwingende wetsbepalingen; (3) RET te gebieden alle met het tatoeagebeleid verbonden arbeidsrechtelijke maatregelen en/of sancties ongedaan te maken op straffe van een dwangsom; (4) RET te verbieden arbeidsrechtelijke maatregelen en/of sancties te verbinden aan het niet naleven van het tatoeagebeleid op straffe van een dwangsom.

RET heeft verweer gevoerd.

4.2 De kantonrechter heeft de vorderingen afgewezen en, uitvoerbaar bij voorraad, VOR veroordeeld in de kosten van de procedure met rente en nakosten.

5 De beoordeling in hoger beroep

5.1 VOR vordert in principaal hoger beroep, uitvoerbaar bij voorraad en onder terugbetaling met rente door RET van wat VOR op grond van het bestreden vonnis aan RET heeft betaald, de vernietiging van het bestreden vonnis met alsnog de toewijzing van haar vorderingen en veroordeling van RET in de kosten van beide instanties met nakosten en rente. RET vordert de bekrachtiging van het bestreden

vonnis en komt voorwaardelijk in hoger beroep, namelijk voor zover VOR succesvol zou zijn met haar principaal hoger beroep, om VOR, uitvoerbaar bij voorraad, niet ontvankelijk te verklaren in haar vorderingen.

Principaal hoger beroep

5.3 De eerste twee van veertien grieven richten zich tegen de vaststelling van de feiten door de kantonrechter. Met deze grieven heeft het hof in zijn weergave van de feiten in rov. 3.1 tot en met 3.9 rekening gehouden. Het hof merkt verder op dat de feitenvaststelling in een vonnis slechts een selectie vormt, naar keuze van de rechter, van de tussen partijen vaststaande feiten die voor de beoordeling van het geschil (het meest) relevant zijn, maar dat dit niet betekent dat de overige feiten die in de procedure door partijen zijn gesteld bij deze beoordeling buiten beschouwing worden gelaten. Gezien het voorgaande slaagt grief 1, gericht tegen de gemaakte selectie, niet en grief 2, gericht op de weergave van een specifiek feit, wel.

5.4 Grief 3 richt zich tegen een onjuiste weergave in het bestreden vonnis van de maximaal gevorderde dwangsom. Deze grief slaagt; de maximum dwangsom die VOR in eerste aanleg heeft gevorderd bedroeg geen 50.000,- maar 500.000,-.

5.5 De grieven 5 tot en met 13 zijn gericht tegen de overwegingen van de kantonrechter die leiden tot het oordeel dat RET van COVers in uniform mag verlangen dat zij hun tatoeages bedekken. De grieven lenen zich voor gezamenlijke behandeling.

Instructierecht en grenzen

5.6 Het gaat in deze zaak om (de grenzen van) het instructierecht van de werkgever (art. 7:660 BW). Een werkgever mag, binnen zekere grenzen, van de werknemer verlangen dat hij zich houdt aan voorschriften over het verrichten van zijn werkzaamheden. RET betoogt dat het tatoeagebeleid binnen de grenzen blijft en VOR meent dat die grenzen worden overschreden. Het hof zal als eerste beoordelen of het tatoeagebeleid in strijd is met goed werkgeverschap. Bij zijn afweging zal het hof de vraag betrekken of het tatoeagebeleid een inbreuk vormt op (ook) aan COVers toekomende grondrechten, waaronder het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer. De privaatrechtelijke normen van goed werkgeverschap worden immers mede ingekleurd door de in de grondrechten beschermde belangen en de daaraan ten grondslag liggende waarden. Onderzocht zal in dit verband moeten worden of, als het tatoeagebeleid een inbreuk maakt op een grondrecht, dit een legitiem doel (zwaarwegend bedrijfsbelang) dient en of het een geschikt middel is om dat doel te bereiken (noodzakelijkheid). Verder zal moeten worden onderzocht of de inbreuk op het grondrecht evenredig is in verhouding tot het belang van de werkgever bij het bereiken van het beoogde doel (proportionaliteit) en of de werkgever dat doel redelijkerwijs op een minder ingrijpende wijze kon bereiken (subsidiariteit), (vgl. HR 14 september 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA5802). Daarbij zullen zowel de belangen van RET als de belangen van de COVers moeten worden gewogen.

Betoog partijen

5.7 Volgens VOR is het tatoeagebeleid in strijd met meerdere grondrechten, waaronder het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer of privacy (art. 10 Grondwet en art. 8 Europees verdrag ter bescherming van de rechten van de mens (EVRM)) en is niet voldaan aan de voorwaarden waaronder die grondrechten beperkt kunnen worden. Uniformiteit wordt al bereikt doordat COVers hetzelfde uniform dragen. De VOR wijst erop dat de maatschappelijke opvattingen over tatoeages zijn gewijzigd en dat er geen reden is een onderscheid te maken tussen COVers in burger, die wel tatoeages mogen tonen, en COVers in uniform die dat niet mogen, onder verwijzing naar de ontwikkelingen bij de politie en de marechaussee. COVers in burger en COVers in uniform oefenen dezelfde handhavende bevoegdheden uit. RET heeft in eerste aanleg gezegd het tatoeagebeleid van de politie te volgen en nu de politie haar beleid heeft versoepeld neemt RET daarvan opeens afstand. Ook

het onderscheid tussen geüniformeerde chauffeurs en toezichtmedewerkers, die wel tatoeages mogen tonen enerzijds en COVers in uniform die dat niet mogen anderzijds is niet houdbaar, aldus VOR.

5.8 RET betoogt dat zij op basis van haar instructierecht een eigen afweging mag maken. In dit verband beroept zij zich mede op art. 16 van het Handvest Grondrechten EU (hierna: het Handvest). De grenzen van het instructierecht overschrijdt zij daarbij niet. De functie van de COVers binnen de RET is onderscheidend ten opzichte van andere functies. Enkel COVers mogen handhavend optreden, aanhoudingen doen en geweldsmiddelen toepassen. Dit vraagt om een neutrale, professionele en uniforme uitstraling. Zichtbare lichaamsversieringen en andere persoonlijke uitingen kunnen afbreuk doen aan de uitstraling of deze verstoren, met gevolgen voor het gezag van de COVers en de veiligheid van reizigers en personeel. COVers moeten in staat zijn passagiers gerust te stellen en te zorgen voor een veilige situatie. RET vreest dat passagiers zich niet meer met hun vragen tot de COVers zullen wenden als deze openlijk tatoeages dragen. Zij benadrukt dat het reizigerspubliek van RET gemêleerd is en een uiteenlopende culturele achtergrond heeft. Niet iedereen accepteert tatoeages en niet iedereen reageert hetzelfde op de getatoeëerde afbeeldingen. Daarom is een duidelijke regel nodig. Het gaat niet verder dan het voorschrift om tatoeages tijdens de dienst in uniform te bedekken, dus een beperkte inbreuk die alleen tijdens de uitoefening van de werkzaamheden plaatsvindt, maar niet in de privésfeer. Slechts een enkeling ageert daartegen, aldus RET.

5.9 Het hof oordeelt als volgt. RET stelt door het tatoeagebeleid grenzen aan de uiterlijke verschijning van de COVers op hun werk. Dat maakt in beginsel inbreuk op hun - ook op het werk geldende - bescherming van de persoonlijke levenssfeer of privacy. Aan COVers is het tijdens de dienst in uniform niet toegestaan tatoeages te tonen. Dit beperkt hun mogelijkheid tot persoonlijke expressie. Dit klemt te meer, omdat tatoeages vaak bestaan uit versieringen die gekleurd zijn door persoonlijke smaak en/of verwijzen naar gebeurtenissen uit het leven van de betrokkene en dus bij uitstek behoren tot het privédomein. Dat betekent dat de verplichting om deze tijdens de dienst in uniform bedekt te houden inbreuk maakt op de persoonlijke levenssfeer. Dat de werkgever in beginsel mag bepalen hoe hij via zijn werknemers naar buiten wil treden, betekent niet dat dit grondrecht zonder meer terzijde kan worden gesteld met een beroep op het instructierecht. Dat kan evenmin met een beroep op de vrijheid van ondernemerschap opgenomen in art. 16 Handvest. Als het Handvest al van toepassing is - RET heeft niet toegelicht welke grensoverschrijdende aspecten hier aan de orde zijn en dus in hoeverre er een band is met het recht van de Europese Unie - geldt dat in hetzelfde handvest ook het recht op privacy (art. 7) is opgenomen. Ook vanuit dat perspectief komt het dus aan op een weging van belangen.

5.10 Dat het met het tatoeagebeleid beoogde doel (volgens RET: een neutrale, professionele en uniforme uitstraling van COVers waardoor gezag en veiligheid zouden worden bevorderd) zwaarwegend is staat op zich niet ter discussie. Partijen verschillen onder meer van mening over de vraag of het middel - het tatoeagebeleid - geschikt en proportioneel is om het doel te bereiken.

De vraag is dan ook of de reizigers in het openbaar vervoer (de klanten van RET) de uitstraling van uniform dragende COVers met zichtbare tatoeages ervaren als niet of minder neutraal, professioneel en uniform (en daardoor gezags- en veiligheidsondermijnend). RET heeft deze vooronderstelde opvattingen van reizigers niet gedocumenteerd, bijvoorbeeld met een reizigersonderzoek. Zij heeft er op gewezen dat uit een onderzoek uit 2018 van "Joblift" blijkt dat de beveiliging de beroepsgroep is waarvoor het meest een tatoeageverbod geldt. Een dergelijk verbod geldt ook vaak voor gastheren en -vrouwen. De BOA vertoont overeenkomsten met zowel een beveiliger als een gastheer of -vrouw, aldus RET. Verder wijst zij er op dat het beveiligingsbedrijf Securitas, waarvan zij wel eens personeel inhuurt, ook een verbod kent op het zichtbaar dragen van tatoeages. Daarmee is echter niet onderbouwd dat reizigers in het openbaar vervoer zichtbare tatoeages van geüniformeerde COVers ervaren als niet neutraal, professioneel en uniform.

5.11 Het tegendeel van deze vooronderstelde opvattingen, namelijk dat het publiek niet (meer) op de door RET bepleitte wijze tegen tatoeages aankijkt, is door VOR wel met stukken onderbouwd.

In de eerste plaats blijkt uit de enquête van Handhaving Nederland dat van de geënquêteerden 84% neutraal tegen tatoeages aankijkt (rov. 3.7).

In de tweede plaats heeft de politie, die op basis van een uitgebreider pakket aan taken en bevoegdheden handhavend optreedt dan de COVers, in 2016 een evaluatie laten doen naar de ervaringen met tatoeages. Daaruit volgt dat het zichtbaar dragen van tatoeages de afstand tot de burger niet vergroot of een belemmering vormt in het contact: professionele houding en gedrag zijn belangrijker. Dit heeft geleid tot een nieuw beleid dat inhoudt dat politiemedewerkers wel zichtbare tatoeages mogen dragen, met enige beperkingen (rov. 3.8). Dat betekent óók dat de argumenten die RET in eerste aanleg heeft ontleend aan de gedragscode van de politie en de aansluiting die zij daarbij heeft gezocht haar in hoger beroep niet meer kunnen baten.

In de derde plaats zijn ook bij de Koninklijke Marechaussee de opvattingen over zichtbare tatoeages veranderd en zijn deze nu, binnen bepaalde voorwaarden, toegestaan (rov. 3.9).

5.12 Dit zijn overtuigende aanwijzingen voor de slotsom dat het tatoeagebeleid geen geschikt, laat staan proportioneel, middel (meer) is om het doel te bereiken. Behalve haar argument dat zij een andere organisatie is dan politie en marechaussee, heeft RET hier niets tegenover gesteld. Zij heeft niet toegelicht wat het werk van de COVers in uniform in haar bedrijf dan zo specifiek maakt dat de hiervoor gesignaleerde ontwikkeling voor het werk van die COVers irrelevant is. Waarom zou het publiek een COVer met zichtbare tatoeages anders ervaren dan een politieagent met zichtbare tatoeages?

5.13 Het argument van RET dat het verbod op het dragen van zichtbare tatoeages voor geüniformeerde COVers van belang is in verband met de door haar gewenste uniformiteit, wordt ontkracht doordat alle andere geüniformeerde medewerkers van RET wel zichtbare tatoeages mogen dragen. Daar komt het volgende bij. De COVers zijn de enige werknemers van RET die hun tatoeages niet zichtbaar mogen dragen. De toezichthouders, waarvan de servicemedewerkers bij uitstek functioneren als vraagbaak voor reizigers, worden niet door een dergelijk verbod getroffen, noch de andere medewerkers van RET. Het is niet duidelijk geworden waarom RET meent dat passagiers aan die servicemedewerkers met zichtbare tatoeages wel vragen zouden durven stellen maar niet aan COVers in uniform met dergelijke tatoeages, zoals RET ter zitting ter toelichting heeft gesteld. Evenmin is duidelijk geworden waarom COVers in burger, die in voorkomende gevallen op dezelfde wijze handhavend moeten optreden als COVers in uniform, door hun zichtbare tatoeages niet aan gezag zouden inboeten en COVers in uniform wel. Deze inconsequenties in het beleid van RET duiden er eens te meer op dat het tatoeagebeleid noodzakelijk noch proportioneel is om het gestelde doel te bereiken.

5.14 RET heeft benadrukt dat er een duidelijke regel moet zijn die geen ruimte laat voor discussie. Het is volgens haar onwerkbaar als per tatoeage zou moeten worden nagegaan of deze al dan niet bedekt moet worden. Dat laat ruimte voor willekeur en subjectiviteit, zeker als daarbij het grote aantal reizigers, met zeer diverse achtergronden, met in potentie verschillende meningen over tatoeages in het algemeen en welke tatoeages aanstootgevend zijn in het bijzonder wordt betrokken. Dit op zichzelf redelijke belang van RET weegt naar het oordeel van het hof niet op tegen de inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van de COVers. Dit klemt te meer, nu andere organisaties zoals politie en marechaussee ook een modus hebben gevonden om hier invulling aan te geven. De VOR heeft zich bereid verklaard om hierover in overleg te treden.

5.15 Gelet op het voorgaande is niet meer van belang of het al dan niet eenvoudig is om tatoeages te bedekken.

5.16 Uit het voorgaande volgt dat de grenzen van het instructierecht worden overschreden door het tatoeagebeleid. De grieven die hierop betrekking hebben slagen. Het tatoeagebeleid is in strijd met goed werkgeverschap. Bij de overige grieven en bij de beoordeling van de overige grondslagen van haar vordering, heeft VOR geen belang. Grief 14 heeft geen zelfstandige betekenis.

5.17.

De slotsom is dat de vordering van VOR toewijsbaar is, in die zin dat voor recht zal worden verklaard dat het tatoeagebeleid in strijd is met goed werkgeverschap. Daarmee staat vast dat de COVers niet (langer) verplicht zijn die instructie na te komen. Dit zo zijnde heeft VOR geen belang bij een verklaring voor recht dat het tatoeagebeleid niet kan worden uitgevoerd. Dat betekent dat ook geen sprake kan zijn van nietigheid of vernietiging wegens strijd met openbare orde/goede zeden en/of dwingende wetsbepalingen. VOR heeft deze vordering ook niet toegelicht. Het op straffe van een dwangsom gevorderde verbod om arbeidsrechtelijke maatregelen en/of sancties te verbinden aan het tatoeagebeleid zal niet worden toegewezen, omdat er geen reden is voor de veronderstelling dat RET zich niet aan dit arrest zal houden. VOR heeft, ten slotte, onvoldoende inzichtelijk gemaakt welke arbeidsrechtelijke maatregelen en/of sancties ongedaan moeten worden gemaakt. Ter zitting is in dit verband op vragen om verduidelijking van het hof slechts genoemd dat de heer [naam] in 2018 eenmaal is geconfronteerd met de inhouding van salaris gedurende één dag vanwege overtreding van het tatoeagebeleid. Dat is echter onvoldoende concreet om tot toewijzing van deze vordering te komen.

Voorwaardelijk incidenteel hoger beroep

5.18 De voorwaarde voor de beoordeling in incidenteel hoger beroep, te weten toewijzing van een of meer vorderingen in principaal hoger beroep, is vervuld.

5.19 RET verwijt VOR dat zij niet voldoende heeft gedaan om het gevorderde door middel van overleg te bereiken, reden waarom zij niet ontvankelijk behoort te worden verklaard. Volgens RET heeft VOR zich niet voldoende ingespannen door op voorhand als voorwaarde voor overleg neer te leggen dat het tatoeagebeleid moet worden ingetrokken.

5.20 Van toepassing is art. 3:305a lid 3 Rv., zoals deze bepaling luidde vóór de wetswijziging van 1 januari 2020. Het hof dient te toetsen of de VOR in de gegeven omstandigheden voldoende heeft gedaan om het gevorderde door het voeren van overleg met RET te bereiken. In haar brief van 17 juli 2019 heeft VOR, onderbouwd met argumenten, aangegeven wat zij wenst te bereiken en op welke punten zij bereid is tot overleg (zie rov. 3.5). RET heeft daarop in haar brief van 31 juli 2019 geen enkele opening voor overleg geboden (vgl. rov. 3.6). VOR mocht daaruit concluderen dat er voor haar geen mogelijkheid was om het door haar in deze procedure gevorderde door middel van overleg te bereiken: er was immers geen opening voor enig overleg.

5.21 Uit het voorgaande volgt dat grief 1 in incidenteel hoger beroep faalt. Op dit punt zal het vonnis van de kantonrechter worden bekrachtigd.

Slot

5.22 Het bestreden vonnis zal, gelet op de slotsom in principaal hoger beroep, worden vernietigd, met uitzondering van het oordeel over het beroep van RET op art. 3:305a lid 3 aanhef en onder c BW (rov. 4.1). Dit zal worden bekrachtigd. Aan bewijslevering komt het hof niet toe aangezien geen feiten zijn gesteld die, indien bewezen, tot een andere beslissing kunnen leiden. Als de in het ongelijk gestelde partij zal RET worden veroordeeld in de kosten van het geding in eerste aanleg, het principaal hoger beroep en het incidenteel hoger beroep. RET zal ook worden veroordeeld tot terugbetaling aan de VOR van hetgeen zij uit hoofde van het vonnis van 18 september 2020 aan RET heeft betaald.

6 Beslissing

Het hof:

vernietigt het vonnis van de kantonrechter Rotterdam van 18 september 2020, met uitzondering van het oordeel ten aanzien van het beroep van RET op art. 3:305a lid 3 aanhef en onder c BW;

verklaart voor recht dat het tatoeagebeleid van de RET in strijd is met goed werkgeverschap;

veroordeelt RET om binnen veertien dagen na de dagtekening van dit arrest over te gaan tot terugbetaling aan VOR van hetgeen VOR op grond van het vonnis van 18 september 2020 aan RET heeft betaald met de daarover verschuldigde rente als bedoeld in art. 6:119 BW vanaf de dag van betaling door VOR aan RET tot de terugbetaling aan VOR;

veroordeelt RET in de proceskosten in eerste aanleg aan de zijde van VOR begroot op 207,40 aan verschotten en op 900,- aan salaris gemachtigde;

veroordeelt RET in de proceskosten in principaal hoger beroep aan de zijde van VOR begroot op 866,47 aan verschotten en op 3.342,- aan salaris advocaat;

veroordeelt RET in de proceskosten in incidenteel hoger beroep aan de zijde van VOR begroot op 557,- aan salaris advocaat;

bepaalt dat de proceskosten voor het salaris advocaat worden verhoogd met 163,- aan nasalaris, nog te verhogen met 85,- indien niet binnen veertien dagen na aanschrijving aan deze uitspraak is voldaan en vervolgens betekening van deze uitspraak heeft plaatsgehad

bepaalt dat de proceskosten binnen veertien dagen na de datum van de uitspraak, dan wel voor wat betreft het bedrag van 85,- na de datum van betekening, moeten zijn voldaan bij gebreke waarvan deze bedragen worden vermeerderd met de wettelijke rente als bedoeld in art. 6:119 BW vanaf het eind van de genoemde termijn van veertien dagen tot de voldoening;

verklaart deze beschikking wat betreft de proceskostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad;

wijst het meer of anders gevorderde af.

Deze beschikking is gegeven door mrs. M.T. Nijhuis, C.J. Frikkee en B. Barentsen en is uitgesproken ter openbare terechtzitting van 28 december 2021 in aanwezigheid van de griffier.