

Vergaderjaar 1985–1986

19 376

Grondrecht van vrijheid van arbeidskeuze

Nr. 2

NOTITIE

1. Inleiding

In de herziene Grondwet is de bepaling opgenomen:
«Het recht van iedere Nederlander op vrije keuze van arbeid wordt erkend, behoudens de beperkingen bij of krachtens de wet gesteld» (artikel 19, derde lid).

Deze bepaling zal ingevolge additioneel artikel X van de Grondwet na een overgangstermijn van ten hoogste vijf jaar – derhalve uiterlijk op 17 februari 1988 – in werking treden.

In deze overgangstermijn is voorzien om de overheid de gelegenheid te bieden, eventueel benodigde wijzigingen in de wetgeving aan te brengen vóór de inwerkingtreding van het onderhavige grondrecht.

In deze notitie wordt de vraag behandeld welke gevolgen voor de wetgeving verbonden zullen zijn aan de op handen zijnde inwerkingtreding van artikel 19, derde lid, van de Grondwet. Voorafgaand daaraan worden enige algemene beschouwingen gewijd aan de aard en de inhoud van het recht op vrije arbeidskeuze, en aan de omgrenzing van dat recht (paragraaf 1–4). Deze onderwerpen zijn destijds bij de parlementaire behandeling van het hoofdstuk Grondrechten van de herziene Grondwet niet systematisch behandeld, mede doordat de vrijheid van arbeidskeuze bij amendement op voorstel van het toenmalige kamerlid Rietkerk aan de door de regering voorgestelde grondrechten is toegevoegd.¹

Alvorens in te gaan op de betekenis van de vrijheid van arbeidskeuze, zoals verwoord in de herziene Grondwet, stip ik nog aan dat de vrijheid van arbeidskeuze, of bepaalde aspecten daarvan, al eerder tot uitdrukking zijn gebracht in een aantal verdragen waarbij Nederland partij is.

Zo spreekt het Europees Sociaal Handvest van «The right of the worker to earn his living in an occupation freely entered upon» (Deel II, artikel 1). Soortgelijke bewoordingen worden gebruikt in het Internationaal verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten.

De mogelijke «meerwaarde» van dergelijke internationale normen naast artikel 19, derde lid, Grondwet komt in paragraaf 6 van deze notitie ter sprake.

¹ Zie voor de parlementaire behandeling de kamerstukken II, 13873, nr. 3, blz. 9–10; nr. 4, blz. 21, 29; nr. 5 blz. 8, 13–14; nr. 7, blz. 5, 11–12, 16–17; nr. 9, blz. 1, 3; nr. 10, blz. 3; nr. 13; mondelinge behandeling zitting 1976–1977 II, blz. 1977, 2313–2320, 2428, 2476. Documentatiereeks «Naar een nieuwe Grondwet»; (NNG) Algehele grondwetsherziening, Deel 1a Grondrechten, blz. 260–261, 272, 280, 293, 298–299, 318, 324–325, 329–330, 341, 343, 348, 364–365, 497–508, 515–516.

2. De aard en inhoud van het recht op vrije arbeidskeuze

Het recht op vrije arbeidskeuze wordt veelal tot de sociale grondrechten gerekend, vanwege zijn verwantschap met collectieve rechten in de sfeer van de arbeid (zoals de zorg voor werkgelegenheid en het stakingsrecht).

Onomstreden is echter, dat het recht, zoals verwoord in artikel 19, derde lid, naar zijn verschijningsvorm en strekking een *individueel vrijheidsrecht* is, dat als subjectief recht geldend gemaakt kan worden. Het vestigt primair een aanspraak op niet-inmenging van overheidswege in de vrije keuze van arbeid. Daarnaast rijst de vraag of het recht in bepaalde situaties horizontale werking kan hebben, dat wil zeggen bescherming bieden tegen inmenging van particuliere instellingen en personen. Op deze horizontale werking wordt in paragraaf 7 ingegaan. In deze notitie zal overigens centraal staan de verticale werking, dat wil zeggen de werking van het grondrecht ten opzichte van de overheid.

De vrijheid van arbeidskeuze impliceert als *vrijheidsrecht* niet dat de overheid verplicht zou zijn tot een actief, voorwaarden scheppend beleid, laat staan dat zij een gegarandeerd recht op een arbeidsplaats in een zelf gekozen beroep zou inhouden.

Iets anders is, dat het bevorderen van werkgelegenheid een welhaast onomstreden politieke doelstelling is, zoals ook is erkend in een aantal verdragen inzake sociale grondrechten, en in artikel 19, eerste lid, Grondwet: «Bevordering van voldoende werkgelegenheid is voorwerp van zorg der overheid».

Met betrekking tot het begrip «arbeid» als vervat in «vrijheid van arbeidskeuze» ben ik van mening dat dit *ruim* moet worden uitgelegd. Vrijheid van arbeidskeuze heeft zowel betrekking op zelfstandige arbeid in bedrijf en beroep, als op arbeid in dienstbetrekking; zowel op arbeid in de particuliere sector als op arbeid in overheidsdienst (ambtenaren en arbeidscontractanten); zowel op betaalde als op onbetaalde arbeid; zowel op hoofdberoep als op nevenwerkzaamheden.

Wat het begrip «keuze» betreft, meen ik dat dit niet alleen interne beslissingsvrijheid inhoudt, maar ook de vrijheid de eenmaal gemaakte keuze te *realiseren*, alsmede de vrijheid om die keuze te *herzien*. De keuze strekt zich derhalve uit over de voorbereiding tot, het begin, de voortzetting en de beëindiging van de gekozen arbeid. Hierop kom ik in paragraaf 4.2 nog terug.

Aan het recht op vrije arbeidskeuze, voor zover zich dat richt tegen de overheid, zijn twee hoofdelementen te onderscheiden:

- a. niemand mag worden gedwongen tot het verrichten van arbeid die hij niet vrij heeft gekozen of aanvaard (verbod van dwangarbeid en verplichte arbeid);
- b. niemand mag worden belemmerd om bepaalde arbeid te kiezen en de gekozen arbeid te (blijven) verrichten.

Uiteraard bestaat tussen de elementen a en b samenhang: door het opleggen van verplichte arbeid kan, zeker als die arbeid een aanzienlijk tijdsbeslag legt, ook de realisering van de eigen arbeidskeuze worden gefrustreerd.

Bij het voorafgaande dient overigens te worden bedacht, dat het recht op vrije arbeidskeuze door de Grondwet geclausuleerd wordt: het recht kan *bij of krachtens de wet worden beperkt*. Dergelijke beperkingen komen in de praktijk in tal van regelingen voor. Vooruitlopend op paragraaf 5 zij hier opgemerkt, dat deze bestaande beperkingen vrijwel steeds bij of krachtens de wet zijn vastgesteld, en derhalve – althans formeel – voldoen aan de beperkingsclausule van artikel 19, derde lid, Grondwet.

3. Begrenzing van de vrijheid van arbeidskeuze

Het recht op vrije arbeidskeuze beoogt niet te garanderen dat iedere individuele keuze met betrekking tot arbeid ook werkelijk gerealiseerd kan worden. Zo kent de vrijheid van arbeidskeuze begrenzingen die voortvloeien uit de gegeven sociaal-economische situatie, en uit beperkingen van de algemene handelingsvrijheid. Deze *begrenzingen*, die hieronder nader zullen worden toegelicht, zijn *niet* te beschouwen als «*bependingen*» van de vrijheid van arbeidskeuze waartoe artikel 19, derde lid, Grondwet, de mogelijkheid opent (mits bij of krachtens de wet). Het gaat hier om begrenzingen die het gebied markeren dat buiten de vrijheid van arbeidskeuze in de zin van de Grondwet valt.

De *gegeven sociaal-economische situatie* brengt mee, dat de behoefte aan en de vraag naar diverse typen van arbeid beperkt is. Daardoor valt niet iedere individuele keuze met betrekking tot arbeid te realiseren. Zoals in paragraaf 2 al is aangegeven, impliceert de vrijheid van arbeidskeuze geen gegarandeerd recht op een arbeidsplaats in een zelf gekozen beroep.

Sommige beroepen en functies kunnen in de praktijk alleen in loondienst worden vervuld; bij voorbeeld ingeval een bedrijf (als concessionaris bij voorbeeld) of de overheid het monopolie heeft van bepaalde activiteiten. In zulke gevallen is de personeelsformatie van de werkgever in feite beslissend voor het aantal toe te laten beroepsbeoefenaars. Niettemin is hier op zichzelf geen sprake van een beperking van de vrijheid van arbeidskeuze in de zin van de Grondwet². Hetzelfde geldt voor het geval waarin de overheid door middel van subsidiëring van instellingen en daaraan gekoppelde voorwaarden inzake de personeelsformatie feitelijk vaststelt, hoeveel personen in bepaalde beroepen en functies – althans betaald – werkzaam kunnen zijn.

Het rechtssysteem stelt allerlei *bependingen aan de algemene handelingsvrijheid*, die ook van invloed zijn op de mogelijkheid tot het verrichten van arbeid: bij voorbeeld voorschriften in verband met de verkeersveiligheid, bouwvergunningen, belastingen en retributies, en maatregelen met een macro-economische doelstelling, zoals de beheersing van lonen en prijzen. Het verband tussen zulke regelingen en de vrije arbeidskeuze is zo ver verwijderd, dat ze niet als beperking van het grondrecht zijn te beschouwen.

Naast dergelijke regelingen die de handelingsvrijheid in het algemeen beperken kent ons rechtssysteem tal van voorschriften die meer specifiek op bepaalde vormen van arbeid zijn toegesneden, en beperkingen inhouden van de mogelijkheden voor individueel om de arbeid van hun keuze geheel naar eigen goeddunken te verrichten.

Dergelijke voorschriften, die veelal een maatschappelijk verantwoorde beroepsuitoefening beogen te waarborgen, doen zich in vele gedaanten voor; een uitputtende opsomming is onmogelijk te geven.

Ik volsta met een opsomming van een aantal belangrijke categorieën van zulke voorschriften, onderverdeeld naar verschillende motieven.

Hierbij zij direct aangetekend, dat een scheiding naar motief slechts betrekkelijke waarde heeft, omdat meerdere motieven in het geding kunnen zijn, en één hoofdmotief soms moeilijk aanwijsbaar is. Op deze problematiek wordt ingegaan in paragraaf 4.3.1.

Categorieën van voorschriften met betrekking tot beroepsuitoefening

a. *kwaliteitsbewaking:*

- voorwaarden betreffende de geschiktheid van personen voor de toelating tot of de voortzetting van bepaalde arbeid; bijvoorbeeld ten aanzien van minimum- en maximum leeftijd, kennis van zaken, vooropleiding, zedelijk gedrag en kredietwaardigheid;
- incompatibiliteitsregelingen;

² Hiervan zou wel sprake kunnen zijn bij een tegen een bepaalde persoon of groep gerichte «boycot»; zie paragraaf 7.

- subsidieregelingen met daaraan gekoppeld benoembaarheidsvoorschriften.
- b. *bescherming van de cliënt*:
 - regelingen met betrekking tot de kwaliteit en de vergelijkbaarheid van aangeboden goederen en diensten.
- c. *bescherming van de arbeidende* tegen gevaar en exploitatie:
 - regelingen inzake arbeidstijden, arbeidsomstandigheden en arbeidsvoorwaarden alsmede regelingen ter voorkoming van onredelijk ontslag.
- d. *bescherming van de omgeving* tegen gevaar en overlast:
 - milieuhygiënische voorschriften.
- e. evenwichtige *verdeling van de schaarse beschikbare ruimte*:
 - bestemmingsplanvoorschriften;
 - gemeentelijke regelingen ten aanzien van «straatberoepen» voor zover deze ten doel hebben te voorkomen dat de vrijheid van het verkeer of andere functies van de straat in het gedrang komen.
- f. *tegenaan van uitwassen bij de mededinging*:
 - voorschriften ten aanzien van minimumprijzen.
- g. *garantie van de beschikbaarheid van bepaalde goederen of diensten*.
 - leverantie- en vervoersplichten.
- h. mogelijk maken van *controle op de rechtmatige uitoefening van beroepen*:
 - meldingsplichten bij de vestiging als beroepsbeoefenaar;
 - bijzondere administratieplichten voor bepaalde beroepen.

Een cruciale vraag voor de reikwijdte van de vrijheid van arbeidskeuze is of en in hoeverre dergelijke beperkende voorschriften met betrekking tot de beroepsuitoefening tevens inbreuk maken op de vrijheid van arbeidskeuze zelve. Indien dat het geval is, is overeenkomstig artikel 19, derde lid, van de Grondwet een specifieke formeel-wettelijke basis vereiste voor zulke voorschriften. Voorts is, zoals in paragraaf 5.2 nader zal worden betoogd, in zulke gevallen beleidsmatig extra terughoudendheid bij het stellen van dergelijke beperkingen geboden.

Over de verhouding tussen beperkingen van de beroepsuitoefening en beperkingen van de arbeidskeuze merk ik het volgende op.

4. Beroepsuitoefening en arbeidskeuze

4.1. Voorgeschiedenis

Over de vraag in hoeverre de vrijheid van arbeidskeuze tevens de vrijheid van beroepsuitoefening omvat, levert de voorgeschiedenis van artikel 19, derde lid, geen eenduidig antwoord op. Een kort overzicht moge dit illustreren.

De Sociaal-Economische Raad, die in zijn advies naar aanleiding van de Proeve van een nieuwe Grondwet adviseerde tot opneming van een nagenoeg gelijkkluidend artikel, was van mening dat de vrijheid van arbeidskeuze de vrijheid impliceert om als zelfstandig ondernemer op te treden of een vrij bedrijf of beroep uit te oefenen. Als beperkingen noemt de SER onder meer wetgeving waarbij het uitoefenen van bepaalde bedrijven of beroepen aan voorwaarden, met name betreffende vakbekwaamheid en diplomabezit, is gebonden.³

De Staatscommissie Cals-Donner daarentegen was van mening, dat de beroepsuitoefening door de voorgestelde bepaling niet wordt gewaarborgd. Vrijheid van beroepskeuze houdt volgens de staatscommissie in, dat aan degene, die aan de eventueel te stellen voorwaarden voor de uitoefening van het betreffende beroep voldoet – zoals die van vakbekwaamheid of diplomabezit – geen belemmeringen in de weg mogen worden gelegd dit beroep uit te oefenen.⁴

Voor de regering was het afbakeningsprobleem tussen arbeidskeuze en beroepsuitoefening destijds mede reden, de door de staatscommissie

³ Adviezen van politieke en maatschappelijke organen over herziening van grondwet en kieswet. Documentatiereeks Naar een nieuwe grondwet? Deel 3, 1969, blz. 180.

⁴ Eindrapport van de Staatscommissie van advies inzake de Grondwet en de Kieswet, 1971, blz. 223.

voorgestelde bepaling niet over te nemen. De regering noemde het onderscheid tussen vrije keuze van arbeid en vrije beroepsuitoefening gekunsteld. Ze kunnen in theorie worden onderscheiden. In feite ontleent het recht op vrije keuze van arbeid zijn reële betekenis echter aan het vrijelijk kunnen verrichten van de gekozen arbeid. Deze vrijheid als een rechtens afdwingbaar concreet recht geformuleerd in de Grondwet op te nemen zou te ver gaan, en een te zware last voor de wetgever meebrengen, aldus stelde de regering.⁵

De meerderheid van de Tweede Kamer achtte deze argumentatie niet overtuigend, en aanvaardde het amendement-Rietkerk waarin het huidige artikel 19, derde lid, was vervat.

Dat de afbakening tussen beroepskeuze en beroepsuitoefening lastig is werd van de zijde van de Kamer niet ontkend.

Met name van de zijde van de V.V.D.-fractie en haar woordvoerder Rietkerk werd echter betoogd, dat dit geen reden was om van opnemings van het, ook door de regering ten principale erkende, essentiële recht op vrije arbeidskeuze af te zien. De daarbij gebezigde argumenten kunnen als volgt worden samengevat. Uiteraard heeft een vrijheid van beroepskeuze uitstralende werking naar de beroepsuitoefening. Dat is op zich geen bezwaar. Uiteraard moet de beroepsuitoefening aan beperkingen kunnen worden gebonden. De ingewikkeldheid echter van deze materie bestaat vandaag toch ook al. Waar de overheid ook thans reeds beperkingen op dit gebied niet dan via de wetgeving pleegt aan te brengen, kan moeilijk worden volgehouden dat het een te zware last voor de wetgever zou zijn alle ten aanzien van de uitoefening nodige beperkingen aan te brengen. Weliswaar is er op dit punt een uitzondering, voor zover het de autonome bevoegdheden van gemeenten betreft om bijvoorbeeld het venten aan beperkingen te binden.

De staatscommissie heeft hieromtrent echter terecht opgemerkt dat het, als de vrijheid van beroepskeuze vanwege de uitstralende werking naar de beroepsuitoefening deze autonome bevoegdheid zou geen beperken – een rechter zou in dezen de beslissing moeten nemen – toch een aanvaardbare consequentie is dat de wetgever aan de gemeenten de nodige bevoegdheden bij wet toekent.⁶

4.2. *Het betrekkelijk karakter van het onderscheid*

Uit bovenstaande weergave en uit het verdere verloop van de discussie blijkt duidelijk, dat de grondwetgever zich ervan bewust is geweest dat de vrijheid van arbeidskeuze uitstralende werking naar de beroepsuitoefening zou hebben, dat in verband daarmee de grens tussen beide in abstracto moeilijk is te bepalen en dat bij twijfel de rechter de grens tussen beroepskeuze en beroepsuitoefening zal moeten aangeven, indien de wetgever zelf er niet in slaagt deze begrippen voldoende te onderscheiden.

Met betrekking tot de uitstralende werking van de vrijheid van arbeidskeuze naar de vrijheid van beroepsuitoefening signaleer ik nog een punt dat bij de parlementaire behandeling niet duidelijk aan de orde is geweest, en dat het maken van een helder onderscheid compliceert. Tussen arbeidskeuze en beroepsuitoefening is geen scheiding in de tijd te maken, in die zin dat de arbeidskeuze zich zou beperken tot een eenmalig moment of een korte periode, namelijk dat van de beslissing tot «toetreding» tot een beroep en de realisering van die toetreding. Zoals in paragraaf 2 al is gesteld houdt het begrip «keuze» niet alleen interne beslissingsvrijheid in, maar ook de vrijheid de eenmaal gemaakte keuze te realiseren, alsmede de vrijheid om die keuze te herzien. De keuze strekt zich derhalve uit over voorbereiding tot de arbeid (bij voorbeeld door het gaan volgen van een beroepsopleiding), toetreding tot, en voortzetting en beëindiging van de arbeid. Met andere woorden: gedurende de hele

⁵ Kamerstukken 13873, nr. 3 blz. 9/10 (memorie van toelichting) en nr. 4, blz. 29/30 (nader rapport). Zie ook nr. 7 (memorie van antwoord), blz. 16/17 en nr. 10 (nota naar aanleiding van het eindverslag), blz. 3.

⁶ Zie met name kamerstuk 13873, nr. 9 (eindverslag), blz. 3 en de mondelinge behandeling, zitting 1976–1977 II, blz. 1977 en 2316–2317.

periode van beroepsvoorbereiding en -uitoefening is gelijktijdig sprake van een arbeidskeuze. Dit heeft consequenties voor de beoordeling van beperkingen: zo kunnen voorschriften die op het eerste gezicht slechts de beroepsuitoefening lijken te beperken, gelijktijdig de vrijheid van arbeidskeuze frustreren.

4.3. Mogelijke criteria voor het onderscheid

Ondanks deze complicaties bij het maken van een onderscheid meen ik dat het mogelijk is, enkele criteria aan te geven, aan de hand waarvan mede zou kunnen worden beoordeeld of een beperkend voorschrift uitsluitend de beroepsuitoefening raakt, dan wel tevens de arbeidskeuze zelf treft. Wat volgt is overigens niet bedoeld als een limitatieve opsomming van factoren waarmee bij de beoordeling van beperkingen rekening zou moeten worden gehouden.

Bij de beoordeling van beperkingen dient naar mijn mening in ieder geval te worden gelet op het *motief* van de regeling (4.3.1) de *proportionaliteit* van de beperking in verhouding tot het nagestreefde doel (4.3.2), en het *feitelijk effect* (met name de ingrijpendheid) van de beperking (4.3.3.) Deze criteria dienen hierbij in onderling verband te worden beschouwd.

4.3.1. Motief van de regeling

Regelingen die slechts beogen de beroepsuitoefening in zekere banen te leiden met het oog op een maatschappelijk verantwoorde beroepsuitoefening, zonder oogmerk het aantal beroepsbeoefenaars kwantitatief beperkt te houden, zullen in de regel *niet vanwege hun motief* als beperkingen van de vrije arbeidskeuze behoeven te worden beschouwd.

Hier passen enkele kanttekeningen.

Het hoofdmotief van de regeling in kwestie is soms niet gemakkelijk te bepalen. Er kunnen meerdere motieven in het spel zijn. Voorts kan de ratio van een regeling in de loop der tijd veranderen. Soms kan er een onuitgesproken nevenmotief in het spel zijn.

Zolang de diverse in het geding zijnde motieven alle zijn te herleiden tot «de bevordering van een maatschappelijk verantwoorde beroepsuitoefening» behoeven op dit punt geen problemen te rijzen. Wanneer echter een ander – wellicht onuitgesproken – motief (bijvoorbeeld beperking van de omvang van een beroepsgroep om de inkomenspositie van «gevestigde» beoefenaars veilig te stellen) lijkt mee te spelen kan dit reden zijn om een regeling toch als beperking van de vrijheid van arbeidskeuze te zien, in het bijzonder wanneer dit andere motief in feite het hoofdmotief is.

Een indicatie hiervoor kan zijn, dat de beperking verder gaat dan *zakelijk gezien nodig* is uit het oogpunt van goede beroepsuitoefening (bij voorbeeld onredelijk hoge geschiktheidseisen).

Ik noem enkele voorbeelden ter illustratie van het bovenstaande.

– Met beperkingen ten aanzien van het aanvaarden van nevenbetrekkingen of het verrichten van nevenwerkzaamheden, zoals bij voorbeeld vervat in artikel 61 Algemeen Rijksambtenarenreglement⁷, kunnen gelet op de ruime formulering verschillende oogmerken worden gediend. Zo zou men tot beperkingen kunnen komen op grond van overwegingen van werkgelegenheidspolitiek en inkomenspolitiek (bij voorbeeld het voorkomen van cumulatie van inkomens). Dit soort van motieven zou met «bevordering van verantwoorde beroepsuitoefening» weinig van doen hebben. In de praktijk worden thans echter bij de toepassing van het voorschrift slechts verschillende aspecten van kwaliteitsbewaking gediend, te weten voorkoming van schade voor de dienstvervulling, volledige beschikbaarheid voor de functie en voorkoming van overbelasting

⁷ Artikel 61

1. De ambtenaar is verplicht zich te gedragen naar hetgeen voor hem is bepaald ten aanzien van het aanvaarden van nevenbetrekkingen of het verrichten van nevenwerkzaamheden.

2. Zijn regelen in het belang van den dienst gesteld voor het drijven van nering of handel, door de ambtenaren zelf of door de leden van hun gezin, dan zijn de ambtenaren verplicht zich naar die regelen te gedragen en te zorgen, dat deze door de leden van hun gezin worden nageleefd.

3. In elk geval is het den ambtenaar verboden, eene nevenbetrekking te aanvaarden of nevenwerkzaamheden te verrichten of nering en handel te drijven indien dit:

a. schadelijk kan zijn voor zijne dienstvervulling;

b. niet in overeenstemming is met het aanzien van zijn ambt.

voor de werknemer. Deze motieven treffen de vrijheid van arbeidskeuze niet, zodat aanpassing uit dien hoofde niet nodig is.

– Met het stellen van maximale leeftijdsgrenzen voor de uittreding uit bepaalde beroepen of functies – zoals de gebruikelijke leeftijdsgrenzen van 65 jaar – wordt veelal een zekere kwaliteitsbewaking nagestreefd.

Daarbij wordt er vanuit gegaan dat – met voorbijgaan aan bepaalde individuele verschillen ten aanzien van de voortgezette inzetbaarheid voor de betreffende arbeid – er vanwege de gemiddelde dalende inzetbaarheid een objectieve grens dient te worden getrokken voor de beëindiging van de arbeid.

Zolang deze vorm van kwaliteitsbewaking, waarbij ook een zekere bescherming van de werknemer tegen zijn eigen mogelijke besluiteloosheid en tegen mogelijke negatieve reacties vanuit zijn omgeving als overwegingen mee kunnen spelen, het hoofdmotief vormt voor een leeftijdsgrens behoeft van een beperking van de vrije arbeidskeuze geen sprake te zijn.

Het is echter niet geheel ondenkbaar dat in de toekomst ten aanzien van bepaalde beroepsgroepen tot een verdere verlaging van de leeftijdsgrens voor verplichte uittreding zou worden besloten uit een werkgelegenheidsmotief: om de instroom van jongere beroepsbeoefenaars in beroepen met een beperkt aantal arbeidsplaatsen te bevorderen. In zo'n geval zou wel de vrije arbeidskeuze in het geding zijn.

– Ook met betrekking tot de maximumleeftijd voor toetreding tot bepaalde functies kunnen van overheidswege regels zijn gesteld vanuit een motief dat niet is te herleiden tot «bevordering van een verantwoorde beroepsuitoefening».

Zo kan iemand niet bij de overheid worden aangesteld in een functie waaraan een zogenaamde functionele leeftijdsgrens is verbonden (f.l.o. functie), als hij op het tijdstip waarop de voor die functie vastgestelde leeftijdsgrens wordt bereikt, geen ononderbroken diensttijd van ten minste 10 jaren, doorgebracht in één of meer zodanige functies, zou kunnen aanwijzen (ARAR, artikel 5, vierde lid). Voor aanstelling bij de politie geldt de voorwaarde, dat iemand ten minste 10 jaar zal kunnen dienen (dat wil zeggen maximaal 50 jaar mag zijn).

Hoofdmotief van deze regelingen is, dat de aanspraak op een (gunstige) leeftijdsontslag-uitkering tot aan de pensioengerechtigde leeftijd beperkt moet blijven tot degenen die langere tijd in deze (f.l.o.) functie(s) hebben gewerkt. Dit motief kan niet worden herleid tot de «bevordering van een verantwoorde beroepsuitoefening». Daarom zou hier van een beperking van de vrijheid van arbeidskeuze gesproken kunnen worden.

Het gaat hier overigens om beperkingen die krachtens een specifieke wetbepaling zijn gesteld: artikel 125, eerste lid, sub a, Ambtenarenwet delegeert de bevoegdheid tot stellen van voorschriften omtrent de aanstelling. Er is derhalve geen strijd met artikel 19, derde lid, Grondwet.

– Bij beperkingen van de beroepsuitoefening kan soms mede een rol spelen het motief van beperking van de omvang van een beroepsgroep om de inkomenspositie van «gevestigde» beoefenaars veilig te stellen. In dat geval komt mede de vrijheid van arbeidskeuze in het geding. Een voorbeeld van een dergelijke regeling is de standplaatsenregeling voor notarissen krachtens de Wet op het notarisambt. Daarnaast spelen overigens ook andere motieven een rol bij deze regeling, met name de bereikbaarheid van dit semi-publieke ambt overal in den lande, en overwegingen van kwaliteitsbewaking. Dit doet evenwel niet af aan de conclusie dat deze wet de vrijheid van arbeidskeuze beperkt.

Ook bij gemeentelijke regelingen, gebaseerd op artikel 168 gemeentewet, waarbij, bij voorbeeld door middel van vestigings- of standplaatsvergunningen, beperkingen worden gesteld aan de beroepsuitoefening kunnen verschillende motieven meespelen. Naast een motief als evenwichtige verdeling van de schaarse beschikbare ruimte kan bij voorbeeld ook een rol spelen de bescherming van de inkomenspositie van gevestigde

beroepsbeoefenaars, en in verband daarmee soms ook de handhaving van een bepaald niveau van voorzieningen in de gemeente. Opmerking verdient overigens, dat de Afdeling rechtspraak van de Raad van State dergelijke bepalingen reeds thans slechts onder zeer bepaalde voorwaarden toelaatbaar acht, namelijk wanneer zij als geoorloofde aanvulling op de centrale vestigingswetgeving zijn te beschouwen⁸. Op deze problematiek wordt in paragraaf 5.1.1 nader ingegaan.

Met bovenstaande voorbeelden kan worden volstaan om aan te geven dat de hantering van het criterium «motief van de regeling» ter onderscheiding van beperkingen van de vrije arbeidskeuze enerzijds, en van de vrije beroepsuitoefening anderzijds, tot de nodige complicaties kan leiden.

4.3.2. *Proportionaliteit van de beperking*

Naast het motief van de regeling zal ook de proportionaliteit van de beperking, in verhouding tot het nagestreefde doel, een rol kunnen spelen bij de beoordeling of een regeling de vrije arbeidskeuze betreft. Beperkingen die kennelijk onevenredig zwaar zijn uit het oogpunt van uitsluitend «bevordering van een verantwoorde beroepsuitoefening» kunnen om die reden een beperking van de arbeidskeuze zelf opleveren. Ik noem als voorbeeld de introductie van nieuwe voorwaarden (bij voorbeeld verlaging van de maximale leeftijdsgrens, verhoging van de eisen ten aanzien van vooropleiding) waaraan beroepsbeoefenaars moeten voldoen, en het effect dat zulke eisen op reeds in het beroep werkzame personen kunnen hebben. Worden zulke nieuwe voorwaarden ook aan hen opgelegd, dan is de beperking ingrijpender en is eerder de vrijheid van arbeidskeuze zelf in het geding. Opmerking verdient overigens, dat in dergelijke gevallen doorgaans overgangsregelingen worden getroffen.

4.3.3. *Effect van de beperking*

Het effect van een beperking op de mogelijkheden voor een persoon om zijn arbeidskeuze te realiseren kan zo ingrijpend zijn dat er reden is om de beperking, los van het motief en de proportionaliteit, eo ipso als beperking van de vrijheid van arbeidskeuze te beschouwen. Als voorbeeld noem ik vormen van verplichte arbeid, zoals de (vervangende) dienstplicht waarbij de betrokkenen onafhankelijk van hun wil gedwongen zijn bepaalde arbeid te verrichten.

Ook ontzetting van een persoon uit zijn beroep en gedwongen sanering van een bepaald gedeelte van een beroepsgroep reken ik tot deze categorie ingrijpende beperkingen.

Anderzijds kunnen er beperkingen zijn die een zo weinig bezwaarlijk karakter hebben voor de realisering van een arbeidskeuze dat alleen op die grond al – afgezien van motief en noodzaak van de beperking – geconcludeerd moet worden dat de vrijheid van arbeidskeuze niet in het geding is. Te denken valt aan bepaalde administratieve handelingen die men dient te verrichten bij de vestiging als beroepsbeoefenaar, of aan een kortstondige wachtlijst.

Zoals al eerder werd opgemerkt is het – ook aan de hand van bovengenoemde criteria – vrijwel ondoenlijk een abstracte scheiding tussen beperkingen van de vrijheid van arbeidskeuze en van de vrijheid van beroepsuitoefening aan te brengen. Onvermijdelijk zal hier de rechter in bepaalde situaties in concreto de grens moeten trekken.

5. Consequenties voor de wetgeving

Met betrekking tot de mogelijke consequenties die voor de wetgeving kunnen voortvloeien uit de introductie van het grondrecht van vrije arbeidskeuze dient te worden onderscheiden tussen:

⁸ Zie onder meer de uitspraken van 14 en 15 juni 1984, A-31.6691 (1981), A-31.7071 (1982) en A-32.6820 (1982).

- juridische gevolgen, welke intreden als gevolg van het feit dat aan beperkingen van de vrije arbeidskeuze door de inwerkingtreding van artikel 19, derde lid, Grondwet hogere eisen gesteld worden – met name een formeel-wettelijke basis – dan voorheen;
- politiek-bestuurlijke gevolgen, in die zin dat de constitutionalisering van het beginsel van vrijheid van arbeidskeuze meebrengt dat bij de vormgeving van het beleid door middel van wetgeving nog meer dan voorheen met dit beginsel rekening dient te houden.

5.1. *Juridische gevolgen*

Artikel 19, derde lid, brengt mee dat beperkingen van de vrijheid van arbeidskeuze moeten voldoen aan het vereiste dat zij «bij of krachtens de wet gesteld» zijn. Volgens het stelsel van de herziene Grondwet moet dit vereiste aldus worden verstaan, dat beperkingen van grondrechten herleidbaar moeten zijn tot een specifieke wetsbepaling, die de bevoegdheid tot beperking verleent.

Als specifieke wetsbepalingen zijn niet aan te merken bepalingen, waarin aan openbare lichamen in algemene termen verordenende bevoegdheid wordt verleend, zoals de artikelen 168 gemeentewet en 90 Provinciewet⁹. Onvoldoende specifiek acht ik bij voorbeeld ook een bepaling als artikel 125, eerste id, onder h, Ambtenarenwet 1929 waarin aan de Kroon wordt opgedragen voorschriften vast te stellen betreffende «overige rechten en verplichtingen der ambtenaren». (Deze opdracht geldt ingevolge artikel 125, tweede lid, ook voor het bevoegd gezag van provincies, gemeenten en waterschappen).

5.1.1. *Met artikel 19, derde lid, strijdige regelingen*

Een onderzoek, ingesteld door een interdepartementale werkgroep, heeft slechts enkele typen van mogelijke beperkingen van de vrije arbeidskeuze in lagere regelingen aan het licht gebracht die niet steunen op een specifieke formele wetsbepaling.

Op zichzelf is dit niet verrassend. Al bij de parlementaire behandeling van het amendement-Rietkerk is erop gewezen dat de overheid beperkingen van vrije arbeidskeuze (en vrije beroepsuitoefening) niet dan via wetgeving pleegt aan te brengen. Prof. mr. A. M. Donner vraagt zich in verband hiermee zelfs af of het wel nodig was geweest de inwerkingtreding van artikel 19, derde lid, aan een overgangstermijn te binden:

«Het amendement-Rietkerk was voorzien van het voorsel tot opneming van *additioneel artikel X*. Dat moge enkele aarzelende kamerleden over de streep getrokken hebben, toch vraagt men zich af of het werkelijk nodig is. Voor reeds bestaande beperkingen krachtens de wet is het niet nodig en van beperkingen door voorschriften van lagere lichamen, ook bedrijfslichamen, is niet veel bekend»¹⁰.

Uiteraard bestaan er, onder meer afhankelijk van het onderwerp, verschillen in de mate waarin de wetgever zelf ten aanzien van mogelijke beperkingen een uitputtende regeling heeft gegeven, dan wel beperkingsbevoegdheid heeft gedelegeerd aan lagere wetgevers. Geconstateerd kan worden dat met name bij regelingen die de vrijheid van arbeidskeuze in ernstige mate beperken, de formele wetgever zelf de voorschriften in overwegende mate vast pleegt te stellen, eventueel met specifieke delegatiebepalingen ten behoeve van de nadere uitvoering van de wet. Dit geldt bij voorbeeld bij een aantal wetten krachtens welke, – meer of minder direct – getalsmatige beperkingen (in de vorm van contingentering, numerus clausus, eventueel in combinatie met een wachtlijst) zijn gesteld of kunnen worden gesteld aan het aantal beroepsbeoefenaren, mede met het oog op overcapaciteit, zoals de Wet op het Notarisambt en de Machtigingswet inschrijving studenten (Stb. 1972, 355).

Niet alle wetten krachtens welke dergelijke getalsmatige beperkingen mogelijk zijn vertonen overigens dit patroon. Zo is de wettelijke uitwerking in artikel 52 van de Wet voorzieningen gezondheidszorg (Stb. 1982, 563)

⁹ Vgl. kamerstuk 13872, nr. 7, blz. 14 (NNG deel 1a Grondrechten, blz. 182).

¹⁰ Handboek van het Nederlandse Staatsrecht, elfde druk, 1983, blz. 293.

van de mogelijkheden voor een vestigingsbeleid ten aanzien van beroepsbeoefenaren in de gezondheidszorg summier te noemen.

Ook andere ingrijpende beperkingen van de vrije arbeidskeuze, zoals de mogelijkheid van ontzetting of ontheffing uit bepaalde beroepen, en het opleggen van vormen van verplichte arbeid, zoals (vervangende) dienstplicht en noodwachtplicht, plegen door de formele wetgever zelf te worden geregeld.

Betreft het minder ingrijpende beperkingen van de vrije arbeidskeuze, of beperkingen die niet zozeer de arbeidskeuze als wel de beroepsuitoefening betreffen, dan komt vaker het patroon voor dat de wetgever volstaat met het delegeren – eventueel onder het stellen van bepaalde eisen – van beperkingsbevoegdheid aan een lagere wetgever. Ook in een dergelijk geval is, zoals gezegd, juridisch voldaan aan het bepaalde in artikel 19, derde lid, Grondwet, mits de desbetreffende delegatiebepaling voldoende specifiek is.

Voor zover ik thans kan overzien is er slechts een type van regelingen waarvoor, zoals bij de voorbereiding van het artikel al werd gesignaleerd (vgl. par. 4.1) de inwerkingtreding van artikel 19, derde lid, juridisch directe consequenties zou kunnen hebben: de gemeentelijke verordeningen die de uitoefening van allerlei typen van arbeid aan beperkingen, zoals een vergunning vereiste, binden. Veelal betreffen dergelijke verordeningen de uitoefening van «straatberoepen», zoals straat- en markthandel, straatmuzikant, vervoer. Echter ook andere beroepen kunnen in het geding zijn (rouwkamer, verpleegtehuis, verblijfinrichting, kinderdagverblijf e.d.).

Doorgaans zijn zulke vergunningstelsels gebaseerd op de algemene autonome verordeningbevoegdheid van artikel 168 gemeentewet¹¹. De motieven van dergelijke vergunningstelsels zijn veelal te herleiden tot bevordering van een maatschappelijk verantwoorde beroepsuitoefening; bij voorbeeld door een zekere kwaliteitsbewaking, door de voorkoming van overlast voor de omgeving, of door een evenwichtige verdeling van de schaarse beschikbare ruimte. In zoverre behoeven, overeenkomstig hetgeen in par. 4.3.1 is opgemerkt, dergelijke beperkingen van gemeentewege enkel gelet op hun motief nog niet als beperking van de vrijheid van arbeidskeuze te worden aangemerkt.

Veelal echter zijn de bepalingen in de betreffende verordeningen zo ruim gesteld («vrije vergunningstelsels») dat daar ook beperkingen vanuit andere motieven op gebaseerd kunnen worden (bij voorbeeld een numerus clausus ter bescherming van de gevestigde beroepsbeoefenaars). Voor zulke beperkingen, die wel de vrijheid van arbeidskeuze treffen, zou een specifieke wettelijke basis nodig zijn. Dit geldt evenzeer wanneer het beperkingen betreft die bij toetsing aan de criteria van proportionaliteit en/of effect (zie par. 4.3.2 en 4.3.3) de vrijheid van arbeidskeuze zouden blijken te treffen. Artikel 168 gemeentewet voldoet niet aan dit vereiste (zie par. 5.1).

Ook indien dergelijke «vrije vergunningstelsels» in de praktijk alleen maar zouden worden gehanteerd op een wijze die de vrijheid van arbeidskeuze niet belemmert – bij voorbeeld bij gebruik van een instrument als weigering van de vergunning, en bij het opleggen van belastende vergunningsvoorschriften – is het niet uitgesloten dat de rechter zulke vrije vergunningstelsels onverbindend zou verklaren wegens strijd met artikel 19, derde lid, Grondwet. De rechter pleegt immers veelal, bij bepalingen die door een te ruime formulering een grondrecht raken, de «leer van de onsplitsbare wilsverklaring» toe te passen, waarbij het motief van de regeling er in beginsel niet toe doet.¹²

Ik zie voorshands geen aanleiding om de wetgeving in die zin aan te passen, dat bij voorbeeld door een wijziging van gemeentewet een

¹¹ Bij medebewindsverordeningen doet zich geen probleem voor, aangezien de medebewindsverordeningen waarin gemeenten tot medewerking aan de betreffende taak worden geroepen specifieke bepalingen plegen te bevatten die de bevoegdheid tot beperking van de vrijheid van arbeidskeuze delegeren.

¹² Zie bij voorbeeld Hoge Raad 9 januari 1968, N. J. 1968, 105 en Afdeling rechtspraak Raad van State 23 oktober 1978, A.B. 1979, 499.

Deze jurisprudentie wordt o.m. besproken in prof. mr. F. H. van der Burg, «Splitsing van wettelijke bepalingen en abstracte toetsing», opgenomen in de bundel «Gemeentelijke vrijheden», 1983.

specifieke formeel-wettelijke basis zou worden gecreëerd voor beperkingen van de vrijheid van arbeidskeuze op gemeentelijk niveau. Dit laat onverlet de autonome gemeentelijke bevoegdheid om regels te stellen waarmee de uitoefening van beroepen in zekere banen wordt geleid ter bescherming van belangen als openbare orde, zedelijkheid en gezondheid; althans voorzover daarin niet door hogere regelgeving – bij voorbeeld medebe-windswetgeving – uitputtend is voorzien.

Mogelijk zal, zoals opgemerkt, de inwerkingtreding van artikel 19, derde lid, Grondwet consequenties hebben voor de wijze waarop desbetreffende bepalingen in gemeentelijke verordeningen, alsmede vergun-ningsvoorschriften, dienen te worden geredigeerd. Dit zal mede afhangen van de interpretatie die de rechter te zijner tijd aan het grondwetsartikel zal geven. In eerste instantie is het uiteraard aan de gemeenten om te beoordelen of en op welke wijze zij op deze mogelijke consequenties willen anticiperen, c.q. reageren. Om de VNG op deze zaak te attenderen doe ik haar een afschrift van deze notitie toekomen. Het IPO en de Unie van Waterschappen informeer ik op gelijke wijze, ofschoon voorzover ik kan overzien in de verordeningen van provincies en waterschappen niet of nauwelijks bepalingen voorkomen die de vrijheid van arbeidskeuze zouden kunnen raken.

Zoals bij de parlementaire behandeling van dit grondwetsartikel al is opgemerkt is het niet geheel uitgesloten dat na de inwerkingtreding van artikel 19, derde lid, niettemin aanvullende formele wetgeving nodig zou blijken. Met name wanneer de jurisprudentie een zodanige interpretatie aan artikel 19, derde lid, zou geven, dat de autonome verordening-bevoegdheid van gemeenten met betrekking tot bepaalde aspecten van beroepsuitoefening onaanvaardbaar zou worden ingeperkt, zou wellicht in de toekomst een expliciete – zonodig geclausuleerde – delegatie door de wetgever nodig kunnen blijken.

5.1.2. Tijdstip van inwerkingtreding artikel 19, derde lid

Ingevolge additioneel artikel X van de Grondwet treedt artikel 19, derde lid, in werking op 17 februari 1988 of op een bij of krachtens de wet te bepalen eerder tijdstip in werking. In deze overgangstermijn is voorzien om de overheid de gelegenheid te bieden, tijdig eventueel benodigde wijzigingen in de wetgeving aan te brengen.

Nu de inventarisatie van mogelijk met het artikel strijdige regelingen voorshands niet tot enige actie van de formele wetgever noopt, zou overwogen kunnen worden artikel 19, derde lid, bij wet vervroegd in werking te doen treden. Ik meen evenwel dat het verstandig is, bij een beslissing op dit punt mede te betrekken het standpunt van de lagere openbare lichamen. Zouden die van mening zijn dat er aanleiding is om, anticiperend op de inwerkingtreding van het artikel, op bepaalde punten wijziging in hun verordeningen aan te brengen, dan zou 17 februari 1988 als tijdstip van inwerkingtreding aangehouden kunnen worden. Zo niet, dan kan een eerder tijdstip worden overwogen. Ik zal VNG, IPO en Unie van Waterschappen dan ook verzoeken, mij hun standpunt dienaangaande kenbaar te maken.

5.2. Politiek-bestuurlijke gevolgen

Strikt formeel geredeneerd zou kunnen worden gesteld dat de betekenis van artikel 19, derde lid, niet verder reikt dan dat voortaan voor beperking van de vrijheid van arbeidskeuze een specifieke formeel wettelijke basis is vereist. Zou eenmaal aan dat vereiste zijn voldaan, dan zou iedere beperking, hetzij door de formele wetgever, hetzij door een lagere wetgever, hoe ingrijpend ook en vanuit welk motief ook, in het licht van artikel 19, derde lid, geoorloofd zijn (afgezien van mogelijke strijdigheid met andere grondwetsbepalingen of verdragsbepalingen). Het grondwets-

artikel bevat immers geen voorschriften over de mate waarin delegatie van beperkingsbevoegdheid is toegestaan, noch over de doelcriteria waaraan beperkingen gerelateerd zouden moeten zijn.

Ik meen dat een dergelijke strikt formele redening ernstig tekort doet aan de betekenis van de opnemings van de vrijheid van arbeidskeuze onder de grondrechten.

Met de constitutionalisering van dit recht om met de aanwijzing van de wetgever als het orgaan dat over eventuele beperkingen van het recht heeft te beslissen, heeft de grondwetgever immers tot uitdrukking gebracht, dat de vrijheid van arbeidskeuze al een rechtsgoed van bijzondere waarde moet worden aangemerkt. Dit stelt bijzondere eisen aan de zorgvuldigheid waarmee mogelijke beperkende maatregelen dienen te worden overwogen en eventueel via wetgeving gerealiseerd. Ik noem een aantal aspecten waaraan in het bijzonder aandacht dient te worden besteed.

- Een zorgvuldige afweging van de belangen die met een beperking van de vrijheid van arbeidskeuze zijn gediend tegenover de waarde van onbelemmerd genot van het onderhavige rechtsgoed door de burgers.
- Een zorgvuldige keuze van de instrumenten, zoals het geven van algemene voorschriften, melding- of vergunningsverplichtingen, sancties e.d., waarmee de beperking wordt gerealiseerd. Bij de beoordeling van dergelijke instrumenten dient steeds de vraag te worden gesteld, of het voorgenomen beleid op een even doelmatige of doelmatiger wijze kan worden gerealiseerd door middel van regulering die minder belemmerend is voor de vrijheid van arbeidskeuze.
- Een zorgvuldige overweging van de vraag of en in hoeverre door de wetgever beperkingsbevoegdheid zal worden gedelegeerd aan lagere organen. Daarbij kan ook aan vormen van geclausuleerde delegatie worden gedacht, zoals het binden van de uitoefening van de gedelegeerde bevoegdheid aan bepaalde belangen of criteria, dan wel het voorschrijven van bijzondere procedures bij het tot stand brengen van de gedelegeerde regelgeving.
- Adequate mogelijkheden van rechts- en belangenbescherming voor degenen die zich bij de uitvoering van beperkende regelingen in hun vrijheid van arbeidskeuze op onjuiste wijze belemmerd achten.

Vorenstaande aandachtspunten zijn uiteraard niet exclusief van belang bij wetgeving met betrekking tot grondwettelijke rechten en vrijheden, zoals de vrijheid van arbeidskeuze. Ze zijn eveneens relevant voor het beleid met betrekking tot wetgeving in het algemeen, zoals onder meer tot uitdrukking is gebracht in de Aanwijzingen inzake terughoudendheid met regelgeving en de Aanwijzingen inzake de toetsing van ontwerpen van wet en van algemene maatregel van bestuur. Waar grondwettelijke vrijheidsrechten in het geding zijn, krijgt echter de noodzaak van terughoudendheid en zorgvuldigheid pregnante betekenis.

De genoemde aandachtspunten gelden uiteraard evenmin uitsluitend voor de formele wetgever. Ook lagere organen, waaraan beperkingsbevoegdheid van regelgevende of uitvoerende aard is gedelegeerd zullen daaraan mutatis mutandis aandacht dienen te besteden.

6. De vrijheid van arbeidskeuze in internationale verdragen

De vrijheid van arbeidskeuze, of elementen van dat recht, worden in een groot aantal internationale verdragen erkend.

Ik acht het van belang aan de desbetreffende bepalingen in dit verband – zij het betrekkelijk summier – aandacht te besteden, omdat deze ten opzichte van artikel 19, derde lid, Grondwet in bepaalde opzichten «meerwaarde» kunnen hebben. Zo kan in een verdrag de kring der

betrokken rechtssubjecten ruimer zijn of kunnen er doelcriteria zijn waaraan eventuele beperkingen dienen te worden getoetst.

Ook kunnen de mogelijkheden van rechterlijke toetsing ruimer zijn. Voor zover het verdragsbepalingen betreft die naar hun inhoud een ieder kunnen verbinden, kunnen deze rechtstreeks worden toegepast. De rechter zal ook bepalingen in formele wetten buiten toepassing moeten laten indien deze toepassing niet verenigbaar is met dergelijke verdragsbepalingen (artikel 94 Grondwet). Toetsing van de formele wet aan de Grondwet is de rechter niet toegestaan (artikel 120 Grondwet). Voorts kan voorzien zijn in een internationale instantie voor de interpretatie en handhaving van de desbetreffende verdragen.

Bij het stellen van beperkingen aan de vrijheid van arbeidskeuze zal mede rekening dienen te worden gehouden met de extra waarborgen die internationale verdragsbepalingen kunnen bevatten. Bij het onderzoek van de bestaande wetgeving dat is verricht in verband met de komende inwerkingtreding van artikel 19, derde lid, Grondwet is mede bezien of er gevallen waren van strijdigheid met relevante verdragsbepalingen. Zulke gevallen zijn niet gesignaleerd; de eventueel benodigde aanpassingen van de wetgeving aan de desbetreffende verdragsbepalingen zijn al eerder – vòòr de ratificatie van het verdrag of nadat uit jurisprudentie de noodzaak tot aanpassing was gebleken – gerealiseerd.

De belangrijkste verdragsbepalingen worden hieronder gesignaleerd, met een summier aanduiding van hun mogelijke meerwaarde.

6.1. *Verdragen met betrekking tot vrijheidsrechten*

Een aspect van de vrijheid van arbeidskeuze, het verbod van slavernij, horigheid, dwangarbeid, en verplichte arbeid, wordt bestreken door artikel 4 van het Europees verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (Trbl. 1951, 154).

Nagenoeg hetzelfde wordt bepaald in artikel 8 van het Internationaal verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (Trbl. 1969, 99).

Beide artikelen lenen zich voor rechtstreekse toepassing. Hun meerwaarde ten opzichte van artikel 19, derde lid, Grondwet ligt met name hierin dat de beperkingsmogelijkheden veel strikter zijn omschreven dan bij het grondwetsartikel het geval is. Daar staat weer tegenover, dat de reikwijdte van het grondwetsartikel aanmerkelijk groter is.

6.2. *IAO-verdragen, ESH en Social Covenant*

Ook in het kader van de Internationale Arbeidsorganisatie zijn enkele verdragen inzake dwangarbeid en verplichte arbeid tot stand gekomen: de Forced Labour Convention (nr. 29, 1930) en de Abolition of Forced Labour Convention (nr. 105, 1957). Artikel 2 van het verdrag van 1930 werd rechtstreeks toegepast door het Gerechtshof te Den Bosch in een zaak betreffende het opleggen van arbeid ten behoeve van een particuliere stichting als bijzondere voorwaarde bij een voorwaardelijke straf¹³. De bepalingen uit de genoemde IAO-verdragen zijn vergelijkbaar (zij het veel gedetailleerder) met artikel 4 Europees verdrag en artikel 8 Internationaal verdrag. In sommige opzichten gaan de waarborgen van de IAO-verdragen verder, in andere opzichten iets minder ver.

Het recht op vrije arbeidskeuze vindt meer in het algemeen uitdrukking in deel VI van de Social Policy (Basis Aims and Standards) Convention (nr. 117, 1962), en in artikel 1 van de Employment Policy Convention met bijbehorende Recommendation (nr. 122, 1964). Soortgelijke normen zijn te vinden in artikel 1 (deel II) van het Europees Sociaal Handvest (ESH) en in artikel 6 (Deel III) van het Internationaal verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten (verder: Sociaal Covenant).

De tekst van deze artikelen luidt respectievelijk:

¹³ Arrest van 16 januari 1974, N.J. 1974, 229.

Artikel 1. ESH

Ten einde de onbelemmerde uitoefening van het recht op arbeid te waarborgen verbinden de Overeenkomstsluitende Partijen zich:

1. de totstandkoming en handhaving van een zo hoog en stabiel mogelijk werkgelegenheidspeil, met het oogmerk een volledige werkgelegenheid te verwezenlijken als een hunner voornaamste doelstellingen en verantwoordelijkheden te beschouwen;
2. *het recht van de werknemer om in zijn onderhoud te voorzien door vrijelijk gekozen werkzaamheden daadwerkelijk te beschermen;*
3. kosteloze arbeidsbemiddelingsdiensten in te stellen of in stand te houden voor alle werknemers;
4. te zorgen voor doelmatige beroepskeuzevoorlichting, vakopleiding en revalidatie en deze te bevorderen.

Artikel 6. Sociaal Covenant

1. De Staten die partij zijn bij dit verdrag erkennen *het recht op arbeid, hetgeen insluit het recht van een ieder op de mogelijkheid in zijn onderhoud te voorzien door middel van vrijelijk gekozen of aanvaarde werkzaamheden;* zij nemen passende maatregelen om dit recht veilig te stellen.

Artikel 6 Sociaal Covenant is in zoverre ruimer geformuleerd dan artikel 1 ESH, dat het het recht van «everyone» erkent, tegenover het recht van de «worker» (werknemer) in het ESH; in deel I, met betrekking tot de doelstelling van het ESH, wordt overigens wel van «everyone» gesproken.

De Hoge Raad is van oordeel dat zowel art. 1 van IOA-conventie nr. 122 als art. 1 van het ESH en artikel 6 van het Sociaal Covenant slechts instructienormen zijn: «Zij geven echter aan het individu geen «waarborg... voor het recht op vrije keuze van dienstbetrekking», aldus de Hoge Raad¹⁴.

Bij de behandeling van de wetsontwerpen tot goedkeuring van het ESH (kamerstukken 8606 (R533) en van het Sociaal Covenant (kamerstukken 13932 (R 1037) heeft de regering zich eveneens op het standpunt gesteld, dat aan de rechten van deze verdragen geen rechtstreekse werking toekomt¹⁵.

Voor de wetgeving en voor het overheidsbeleid in het algemeen komt aan dergelijke instructienormen uiteraard richtinggevende betekenis toe. Geconstateerd kan worden, dat de desbetreffende verdragsteksten in enkele opzichten een zekere «meerwaarde» hebben ten opzichte van het grondwetsartikel. Zo is de kring der betrokken rechtssubjecten ruimer. Het grondwetsartikel is beperkt tot Nederlanders. Ten aanzien van de werking van de waarborgen van het ESH bepaalt de Bijlage bij het handvest dat daarop in het algemeen die buitenlanders aanspraak hebben, die onderdaan zijn van andere Overeenkomstsluitende Partijen en rechtmatig woonachtig zijn in, dan wel geregeld werkzaam zijn op, het grondgebied van de betrokken Overeenkomstsluitende Partij¹⁶. De werkingssfeer van het Sociaal Covenant is ruimer; een beperking ten aanzien van buitenlanders, vergelijkbaar met die in de Bijlage bij het ESH, ontbreekt. Wel verdient vermelding dat de Nederlandse regering in 1955 bij «note verbale» een kanttekening heeft geplaatst bij artikel 2, tweede lid (verbod van discriminatie, o.a. op grond van «national origin»), in samenhang met artikel 6 van het ontwerp-verdrag: volgens de regering zouden deze bepalingen niet in de weg staan aan een systeem van arbeidsvergunningen voor vreemdelingen¹⁷.

Voorts bevatten de verdragen, in tegenstelling tot artikel 19, derde lid, Grondwet doelcriteria waaraan beperkingen dienen te zijn gerelateerd.

¹⁴ Arrest van 17 oktober 1980, N.J. 1981, 41.

¹⁵ Kamerstukken 8606 (R533), nr. 3, blz. 2, 8606 (R533), nr. 6, blz. 1 en 13932, nr. 3, blz. 12 en 13.

¹⁶ De verhouding van de Wet arbeid buitenlandse werknemers tot het ESH werd besproken in kamerstuk 8606 (R533), nr. 71b, blz. 6.

¹⁷ VN-document A/2910/add. 3, blz. 14.

Artikel 31 ESH bepaalt dat beperkingen bij de wet moeten zijn voorgescreven en in een democratische samenleving noodzakelijk moeten zijn voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen en voor de bescherming van de openbare orde, de nationale veiligheid, de volksgezondheid of de goede zeden. Artikel 4 Sociaal Covenant stelt dat beperkingen bij de wet moeten zijn vastgesteld, niet in strijd mogen zijn met de aard van deze rechten, en uitsluitend ten doel mogen hebben de bevordering van het algemeen welzijn in een democratische samenleving.

6.3 EEG-verdrag

Ten slotte moet in dit verband nog aandacht worden besteed aan het EEG-verdrag. Dit verdrag regelt in Titel III het vrije verkeer van personen, diensten en kapitaal. Onderscheid wordt gemaakt tussen werknemers (hoofdstuk 1, art. 48-51), en zelfstandigen, waarop de hoofdstukken 2 (het recht van vestiging, art. 52-58) en 3 (de diensten, art. 59-66) betrekking hebben.

Artikel 48 omschrijft het vrije verkeer van werknemers aldus:

«...2. Dit houdt de afschaffing in van elke discriminatie op grond van de nationaliteit tussen de werknemers der Lid-Staten, wat betreft de werkgelegenheid, de beloning en de overige arbeidsvoorwaarden.

3. Het houdt behoudens de uit hoofde van openbare orde, openbare veiligheid en volksgezondheid gerechtvaardigde beperkingen het recht in om,

- a. in te gaan op een feitelijk aanbod tot tewerkstelling,
- b. zich te dien einde vrij te verplaatsen binnen het grondgebied der Lid-Staten,
- c. in een der Lid-Staten te verblijven ten einde daar een beroep uit te oefenen overeenkomstig de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen welke voor de tewerkstelling van nationale werknemers gelden,
- d. op het grondgebied van een Lid-Staat verblijf te houden, na er een betrekking te hebben vervuld, overeenkomstig de voorwaarden die zullen worden opgenomen in door de Commissie vast te stellen uitvoeringsverordeningen....».

In artikel 52, tweede alinea, wordt het recht van vestiging omschreven:

«De vrijheid van vestiging omvat (...) de toegang tot werkzaamheden anders dan in loondienst en de uitoefening daarvan alsmede de oprichting en het beheer van ondernemingen (...) overeenkomstig de bepalingen welke door de wetgeving van het land van vestiging voor de eigen onderdanen zijn vastgesteld».

Ten aanzien van de diensten bepaalt artikel 60:

«In de zin van dit Verdrag worden als diensten beschouwd de dienstverrichtingen welke gewoonlijk tegen vergoeding geschieden, voor zover de bepalingen betreffende het vrije verkeer van goederen, kapitaal en personen op deze dienstverrichtingen niet van toepassing zijn.

De diensten omvatten met name werkzaamheden:

- a. van industriële aard,
- b. van commerciële aard,
- c. van het ambacht,
- d. van de vrije beroepen.

Onverminderd de bepalingen van het hoofdstuk betreffende het recht van vestiging, kan degene die de diensten verricht, daartoe zijn werkzaamheden tijdelijk uitoefenen in het land waar de dienst wordt verricht, onder dezelfde voorwaarden als die welke dat land aan zijn eigen onderdanen oplegt».

Zowel ten aanzien van het vrij verkeer van werknemers, als ten aanzien van de vestiging en de diensten geeft het EEG-verdrag een programma

ter opheffing van beperkingen. Ook bij ontbreken van desbetreffende uitvoeringsbesluiten kent het Hof van Justitie der EG aan de genoemde bepalingen sinds het einde der overgangperiode van 12 jaar rechtstreekse werking toe¹⁸. De rechter zal ook formele wetgeving kunnen toetsen op verenigbaarheid met deze verdragsbepalingen en uitvoeringsbesluiten.

Het recht op vrije arbeidskeuze, geïmpliceerd in deze bepalingen, is wat reikwijdte betreft in bepaalde opzichten algemener dan artikel 19, derde lid, Grondwet.

- De bepalingen zijn niet van toepassing op betrekkingen en diensten bij de overheid (artikelen 48, vierde lid, 55, eerste lid, en 66)¹⁹.
- De bepalingen scheppen niet zonder meer aanspraak op vrije keuze van dienstbetrekking e.d., maar veeleer een aanspraak op non-discriminatie op grond van nationaliteit tussen de werknemers van de lid-staten; dit betekent dat eigen onderdanen hieraan geen aanspraak op vrije keuze van dienstbetrekking tegen hun staat kunnen ontlenen²⁰.
- In tegenstelling tot artikel 19, derde lid, Grondwet, kennen de bepalingen doelcriteria voor eventuele beperkingen: openbare orde, openbare veiligheid en volksgezondheid (artikelen 48, derde lid, 56, eerste lid, en 66).

6.5. *Cumulatie van waarborgen*

Ter afsluiting van dit overzicht zij nog opgemerkt, dat bij maatregelen die beperkingen van de vrije arbeidskeuze inhouden, de grondwettelijke waarborgen en de eventuele extra verdragswaarborgen cumulatief in aanmerking moeten worden genomen.

Voorts dient te worden bedacht, dat afgezien van de hierboven besproken samenloop van bepalingen met betrekking tot hetzelfde grondrecht, te weten (aspecten van) de vrijheid van arbeidskeuze, in bepaalde situaties ook samenloop van verschillende grondrechten aan de orde kan zijn. Te denken valt aan het beroepsmatig verspreiden van drukwerk, het kiezen en uitoefenen van het beroep van godsdienstleraar, etc.

In dergelijke situaties zal de wetgever bij het stellen van regels met betrekking tot dergelijke activiteiten acht dienen te slaan op alle daarbij betrokken grondrechten; inbreuken op die grondrechten zullen aan alle relevante bepalingen in Grondwet en internationale verdragen moeten worden getoetst.

7. **Horizontale werking van de vrijheid van arbeidskeuze**

Uit de voorgeschiedenis van artikel 19, derde lid, Grondwet blijkt dat de staatscommissie Cals-Donner er vanuit ging dat de vrijheid van arbeidskeuze horizontale werking, d.w.z. werking ten opzichte van particuliere personen en organisaties zou kunnen hebben. De staatscommissie noemde als voorbeeld, dat een boycot ten opzichte van een medeburger op grond van de voorgestelde bepaling ontoelaatbaar zou kunnen zijn (Eindrapport, blz. 223).

De regering heeft er destijds mee volstaan erop te wijzen dat de problematiek van de horizontale werking van een in de Grondwet neergelegd recht op vrije keuze van arbeid ingewikkeld is. Zij noemde als voorbeelden van particuliere activiteiten die van invloed zijn op de vrijheid van beroepskeuze en beroepsuitoefening: concurrentie, prijs- en concurrentie-afspraken, investeringen, sluiting van bedrijven en geschiktheidseisen.²¹

Andere situaties waarin in horizontale verhoudingen een beroep op artikel 19, derde lid, denkbaar is zijn bij voorbeeld «closed shop bedingen», beperkingen die door georganiseerde beoefenaars van een vrij beroep zijn gesteld aan de opleiding c.q. de toelating van nieuwe beroepsgenoten, alsmede transfer- of vergoedingssystemen bij de overgang van beroepssportlieden.²²

¹⁸ O.a. zaken 2/74, 33/74 en 41/74, *Jurispr.* 1974, blz. 652, 1313 en 1350.

¹⁹ Wel kan aan de desbetreffende bepalingen in samenhang met het verbod van discriminatie betekenis voor de overheid toekomen: zaak 152/73, *Jurispr.* 1974, blz. 153.

²⁰ Vgl. H.R. 17 oktober 1980, N.J. 1981, 141.

²¹ Kamerstuk 13873, nr. 7, blz. 17.

²² Zie bij voorbeeld de noot van prof. mr. E. A. Alkema onder H.R. 17 oktober 1980, N.J. 1981, 141.

Ik meen dat de vraag in hoeverre aan het grondrecht horizontale werking toekomt, en hoe zwaar in concreto het rechtsbelang van vrijheid van arbeidskeuze dient te wegen ten opzichte van andere in het geding zijnde belangen vooralsnog aan de rechter kan worden overgelaten. De privaatrechtelijke regels die de rechter heeft te hanteren bij de beoordeling van de geoorlooftheid van contractuele bedingen en bij de beoordeling van het (on)rechtmatig karakter van gedragingen bieden hem naar mijn mening voldoende ruimte voor een oordeelsvorming waarbinnen het beginsel van vrijheid van arbeidskeuze tot zijn recht kan komen.

Dit betekent overigens niet dat voor de wetgever in het geheel geen taak zou zijn weggelegd met betrekking tot het waarborgen van de vrijheid van arbeidskeuze in particuliere verhoudingen. Bij het stellen van regels die hierop van invloed kunnen zijn – te denken valt aan de verlenging van bevoegdheden met betrekking tot de toelating van beroepsgenoten aan organisaties van beroepsbeoefenaars – zal de wetgever mutatis mutandis dezelfde aandachtspunten in het oog moeten houden als in paragraaf 5.2 zijn genoemd met betrekking tot de wetgeving met verticale werking.

Volledigheidshalve zij nog opgemerkt dat ook bepalingen inzake (elementen van) de vrijheid van arbeidskeuze in internationale verdragen horizontale werking in bepaalde gevallen mogelijk is. Zo heeft ten aanzien van het EEG-verdrag het EG-hof meerdere malen beslist, dat het verbod van discriminatie (art. 7), in samenhang met de bepalingen over het vrij verkeer van arbeid in loondienst en van diensten, ook betrekking heeft op collectieve regelingen en praktijken van particuliere organisaties. Zie bij voorbeeld de zaken 36/74, Jr. 1974, en 13/76, Jur. 1976, 1342.