

Bij de inwerkingtreding van de WWZ is ook geen duidelijkheid verschaft. Uit de MvT bij art. 7:677 lid 2 BW volgt dat de vergoeding bedoeld is 'ter compensatie' van de opzeggende partij. Maar nergens is opgenomen om wiens opzegtermijn het gaat.

Hoge Raad verschaft duidelijkheid

Hoewel de letterlijke wettekst en wetsgeschiedenis geen duidelijkheid verschaffen en de verschillende standpunten in de literatuur beide goed te verdedigen zijn, ben ik geneigd de P-G en Verhulp c.s. te volgen in het standpunt dat visie 2 de juiste is. Visie 1 past weliswaar beter in het wettelijk systeem dat voorschrijft hoe je gefixeerde schade berekent, maar zou, zoals gezegd, tot de onwenselijke situatie kunnen leiden dat bij lange dienstverbanden de werkgever die een werknemer op staande voet ontslaat een compensatie kan krijgen ter hoogte van vier maanden loon, terwijl diezelfde werknemer maar één maandsalaris kan claimen als de werkgever hem reden geeft ontslag op staande voet te nemen. Houweling e.a. stellen mijns inziens terecht dat het niet aannemelijk lijkt dat een dergelijke discrepantie in aanspraken is beoogd toen de opzegtermijnen aan de zijde van de werkgever werden verlengd.

Hoe dan ook is het voor de rechtspraak prettig dat de Hoge Raad nu duidelijkheid heeft verschaft: het gaat, kort gezegd, om de opzegtermijn van de 'veroorzaker' (de partij die de dringende reden voor ontslag op staande voet geeft).

In dit specifieke geval was de werkgever bij het berekenen van de compensatie ten onrechte uitgegaan van het loon over de opzegtermijn van de werkgever, te weten drie maanden. Hij had moeten uitgaan van de opzegtermijn van de werknemer: één maand. Let op: dit wil niet zeggen dat de vergoeding slechts één maandsalaris bedraagt. Er dient rekening te worden gehouden met het gegeven dat opzegging pas tegen het einde van de maand plaatsvindt (art. 7:672 lid 1 BW). Indien het ontslag op staande voet aan het begin van een maand plaatsvindt, kan de totale vergoeding voor de werkgever vanwege het feit dat de werknemer hem een dringende reden voor ontslag geeft, dus bijna twee maandsalarissen bedragen.

mr. drs. J.A. Tersteeg
DT Advocaten

134

Ontbinding arbeidsovereenkomst wegens sturen van zeer kritische berichten aan Eerste Kamerleden vanaf zakelijk e-mailaccount werkgever. Toetsing aan criteria Herbai-arrest

Gerechtshof Amsterdam
27 juni 2023, nr. 200.310.887/01,
ECLI:NL:GHAMS:2023:1469
(mr. Arnold, mr. Boot, mr. Van de Poel)
Noot mr. J.J. Blanken

Coronabeleid. Schorsing. Verwijtbaar handelen. Herbai-arrest. Vrijheid van meningsuiting. Reputatieschade. Goed werknemerschap.

[BW art. 7:611, 7:669 lid 3 sub e]

Essentie: Werknemer heeft vanaf zijn zakelijke e-mailadres meerdere e-mails gestuurd aan leden van de Eerste Kamer en aan een externe relatie van werkgeefster waarin hij zich kritisch uitlaat over het COVID-19-beleid van de overheid. Ontbinding op de e-grond, geen recht op beperking vrijheid van meningsuiting.

Samenvatting: Werknemer is op 5 augustus 1991 in dienst getreden bij werkgeefster, laatstelijk in de functie van lid directieraad, directeur Chartering. Binnen werkgeefster geldt de Spliethoff Group Code of Conduct. Eind 2020 heeft werknemer vanaf zijn zakelijke e-mailadres meerdere e-mails verstuurd naar verschillende leden van de Eerste Kamer en aan een externe relatie van werkgeefster waarin hij zich kritisch uitlaat over het COVID-19-beleid van de overheid. Op 22 januari 2021 is werknemer geschorst wegens het bij herhaling overtreden van de binnen werkgeefster geldende overheids-COVID-instructies en schending van de Code of Conduct. In eerste aanleg heeft werkgeefster verzocht om ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens primair verwijtbaar handelen en subsidiair een verstoorde arbeidsverhouding, dan wel een combinatie van deze gronden. De kantonrechter heeft de arbeidsovereenkomst tussen partijen ontbonden wegens verwijtbaar handelen van werknemer. Werknemer heeft de Code of Conduct en nadere instructies van werkgeefster, waaronder het door haar opgestelde coronavirusprotocol, overtreden door zijn opstelling en uitlatingen inzake het coronavirus, ondanks herhaaldelijk te zijn gewaarschuwd. Naar het oordeel van de kantonrechter is geen sprake van ernstig verwijtbaar handelen van werknemer zodat aan hem een transitievergoeding van € 256.255,80 bruto wordt toegekend. Werknemer gaat in hoger beroep en verzoekt om herstel van de arbeidsovereenkomst of toekenning van een billijke vergoeding.

Het gerechtshof gaat op grond van de criteria uit het Herbai-arrest van het Europese Hof (EHRM 5 november 2019, 11608/15, «JAR» 2020/18) na of en in hoeverre de vrijheid van meningsuiting in de arbeidsrelatie kan worden ingeperkt.

Werknemer heeft de e-mails aan Eerste Kamerleden verstuurd vanaf zijn zakelijke e-mailadres in zijn hoedanigheid als werknemer en bestuurder van werkgeefster, terwijl zijn uitlatingen recht tegenover het door werkgeefster gevolgde COVID-be-

leid van de overheid staan. Van werknemer had als goed werknemer mogen worden verwacht dat hij zich zou onthouden van provocerende uitlatingen.

Uit de e-mails van werknemer aan Eerste Kamerleden kan worden afgeleid dat deze vooral voortkwamen uit de persoonlijke overtuiging dat de door de overheid gehanteerde coronamaatregelen te vergaand waren en in strijd met fundamentele (grond)rechten. Werkgeefster heeft hem geenszins verboden om die mening in de privésfeer te uiten; het is hem (enkel) niet toegestaan om dat te doen in zijn hoedanigheid van werknemer en bestuurder van werkgeefster.

Het hof acht aannemelijk dat werkgeefster reputatieschade heeft geleden door de e-mails die werknemer in zijn hoedanigheid van werknemer en bestuurder van werkgeefster aan verschillende leden van de Eerste Kamer heeft gestuurd.

Werkgeefster heeft werknemer in verschillende brieven gewaarschuwd voor de voornoemde uitlatingen. Ook is hij gewezen op de mogelijke consequenties indien hij niet zou stoppen met dit gedrag. Onder deze omstandigheden kan niet worden gezegd dat een op dat handelen volgend ontbindingsverzoek te zwaar is in verhouding tot de overtreding.

Het hof concludeert dat de beperking door werkgeefster van het recht van de werknemer om zijn mening op deze manier te uiten, geoorloofd is. Met zijn uitlatingen heeft werknemer gehandeld in strijd met het beginsel van goed werknemerschap als bedoeld in art. 7:611 BW alsmede met de interne regels van werkgeefster. Ook leveren de uitlatingen van de werknemer een redelijke grond voor ontbinding op gelegen in verwijtbaar handelen aan de zijde van de werknemer. Het hof bekrachtigt de bestreden beschikking.

[Appellant], wonende te [woonplaats],
appellant,
advocaat: mr. E.E.V. Sweebe te Eindhoven,
tegen
[geïntimeerde] C.V., gevestigd te [vestigingsplaats],
geïntimeerde,
advocaat: mr. R.G. Prakke te Amsterdam.

1. Het geding in hoger beroep

Partijen worden hierna [appellant] en [geïntimeerde] genoemd.

[appellant] is bij beroepschrift met producties, ontvangen ter griffie van het hof op 23 mei 2022, onder aanvoering van grieven in hoger beroep gekomen van de beschikking die de kantonrechter in de rechtbank Amsterdam (hierna: de kantonrechter), onder bovengenoemd zaaknummer, op 24 februari 2022 heeft gegeven (hierna: de bestreden beschikking).

Het beroepschrift strekt ertoe, zakelijk weergegeven, dat het hof de bestreden beschikking zal vernietigen en alsnog primair de arbeidsovereenkomst per 1 mei 2022 zal herstellen, althans [geïntimeerde] zal veroordelen om dat te doen, met veroordeling van [geïntimeerde] tot betaling aan [appellant] van (een voorziening ter hoogte van) het loon met emolumenten vanaf de hersteldatum van de arbeidsovereenkomst, vermeerderd met de wettelijke verhoging en de wettelijke rente, alsmede met veroordeling van [geïntimeerde] om [appellant] weder te werk te stellen. Subsidiair is verzocht om [geïntimeerde] te veroordelen tot betaling aan [appellant] van een billijke vergoeding van € 3.547.812,00 en van de transitievergoeding van € 256.255,80 bruto. Zowel primair als subsidiair is verzocht om [geïntimeerde] in de proces- en nakosten met rente in beide instanties te veroordelen.

Op 13 december 2022 is ter griffie van het hof een verweerschrift in hoger beroep, met producties, van [geïntimeerde] ingekomen, strekkende tot niet-ontvankelijkverklaring van [appellant] dan wel afwijzing van de verzoeken van [appellant] en bekrachtiging van de bestreden beschikking, met veroordeling van [appellant] in de proceskosten in beide instanties.

De mondelinge behandeling van het hoger beroep heeft plaatsgevonden op 22 februari 2023. Bij die gelegenheid hebben de advocaten, voornoemd, namens partijen het woord gevoerd, beiden aan de hand van aan het hof overgelegde aantekeningen. Partijen hebben vragen van het hof beantwoord. [appellant] heeft voorafgaand aan de zitting bij akte nog nadere producties (6 tot en met 12) in het geding gebracht.

Beide partijen hebben bewijs van hun stellingen aangeboden. Uitspraak is bepaald op heden.

2. Feiten

2.1. De kantonrechter heeft in de bestreden beschikking onder 1.1. tot en met 1.20. een aantal feiten als in deze zaak vaststaand aangemerkt. Daarover bestaat geen geschil, zodat ook het hof daarvan zal uitgaan. In deze zaak gaat het om het volgende.

2.2. Op 5 augustus 1991 is [appellant], geboren op [geboortedatum], in dienst getreden van (de rechtsvoorganger van) [geïntimeerde]. [appellant] was laatstelijk werkzaam in de functie van Lid Directieraad, directeur Chartering. Het bruto salaris op basis van een werkweek van 40 uren bedraagt € 4.325,00 per maand exclusief vakantietoelage en overige emolumenten.

2.3. In de binnen [geïntimeerde] van toepassing zijnde Spliethoff Group Code of Conduct (hierna: de Code of Conduct) is voor zover hier van belang bepaald:

‘Introduction (...)

Spliethoff Group (Spliethoff hereafter) requires its employees to act to the highest standards of professional business conduct and according to applicable national and/or international law and regulations. (...)

4.2. Personal use of IT

(...)

IT and communication technology should not be used in any way that is unethical or illegal, or that could embarrass, misrepresent, or give an unjust or unfavorable impression of Spliethoff or its business affairs, employees, suppliers, customers, competitors or stakeholders.’

[appellant] heeft op 5 juni 2018 getekend voor ontvangst van de Code of Conduct en verklaard dat hij begrijpt dat een schending daarvan kan leiden tot disciplinaire maatregelen.

2.4. Eind 2020 heeft [appellant] vanaf zijn zakelijke e-mailadres meerdere e-mails verstuurd naar verschillende leden van de Eerste Kamer over het Corona beleid van de overheid. Zo heeft [appellant] in een e-mail van 8 december 2020 met als onderwerp ‘Hoofdelijke aansprakelijkstelling voor alle kosten en consequenties van het falende “Corona” beleid, medeplichtigheid aan terreur in Nederland, Nunspeet 5 december 2020’ aan [naam 1] voorzitter van de Eerste Kamer (hierna: [naam 1]), onder meer geschreven:

‘(...) U heeft in de Eerste Kamer “voor” gestemd, voor de Tijdelijke wet maatregelen covid 19, hierna “de spoedwet”

Op dat moment, was al duidelijk, dat het om een “Fake Pandemic” gaat.

“Corona”, zoals aan ons door de World Health Organisation WHO “verkocht”, is zwendel.

“Corona” zoals ons wordt verkocht door [naam 2] en [naam 3], is een leugen.

De IFR (Infection Fatality Rate) is van een gemiddelde griep, “het virus” is niet het “killer virus”,

de PCR test, die gebruikt wordt, om voortdurend de paniek in stand te houden door “besmettingen” aan te tonen, is niet nauwkeurig, en, zelfs frauduleus.

Het gebruik van deze PCR test als legitimatie van “de maatregelen”, is een misdaad.

(...) Al deze argumenten, en nog veel meer, zijn u bekend geweest, en, hadden u bekend moeten zijn, VOORDAT u uw stem uitbracht

Uw nalatigheid is verwijtbaar,

U heeft uw werk niet gedaan.

(...) Met de “spoedwet” heeft u [naam 3], [naam 4] en [naam 5] het wapen in handen gegeven om wetten en regels te maken, die in strijd zijn met de Grondwet en in strijd zijn met het Europese Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM).

Direct voortvloeiend uit uw “Spoedwet”, hebben ze de “mondkapjesplicht” ingevoerd.

Er is geen wetenschappelijk bewijs dat mondkapjes “werken”. De overheid zelf bevestigt dit. Het beschermt niet tegen “het virus”.

(...) De gevolgen van uw stemgedrag en verwijtbare nalatigheid, zijn desastreus.

Er is causaal verband tussen uw “spoedwet”, en de gebeurtenissen in Nunspeet zaterdag 5 december 2020.

(...) In Nunspeet is waargenomen, wat er gebeurt als minder geschoolden een uniform aan krijgen, het geweldsmonopolie krijgen en dan losgelaten worden op normale mensen.

U zit in de Eerste Kamer, u maakt deel uit van de wetgevende macht, u heeft deze sfeer gecreëerd.

(...) Kijk goed naar die “Bully van het schoolplein” in z’n politie uniform.

Kijk naar die grote gespierde vent, die zijn brute kracht gebruikt om uw onzinnige “regels” te handhaven

(...) U bent direct verantwoordelijk

U heeft dit gecreëerd.

Bij deze hou ik u nogmaals hoofdelijk aansprakelijk voor alle kosten en consequenties van uw falende “Corona” beleid. (...)’

2.5. Op 4 januari 2021 heeft er een gesprek plaats gevonden tussen [appellant], [naam 6], leidinggevende van [appellant] (hierna: [naam 6]), [naam 7] en [naam 8], HR manager bij [geïntimeerde] (hierna: [naam 8]). Bij brief van 5 januari 2021 is naar aanleiding van dit gesprek aan [appellant] een schriftelijke waarschuwing gegeven en is hij voor de periode van 4 tot en met 22 januari 2021 geschorst, met behoud van salaris. Gedurende deze periode is [appellant] verboden werkzaamheden te verrichten en/of zijn zakelijke mail te gebruiken en is de toegang tot de systemen en zijn zakelijke mail stopgezet. In de brief is meegedeeld dat [appellant] bij herhaling de binnen [geïntimeerde] geldende overheids-Covid-instructies heeft overtreden en de Code of Conduct heeft geschonden. In de brief worden de volgende gedragingen genoemd:

– reizen naar de Verenigde Staten zonder voorafgaand overleg of toestemming van de hoofddirectie;

– herhaaldelijk met collega’s en klanten in discussie gaan over de vraag of het Corona-virus bestaat en sturen van daaraan gerelateerde mails aan collega’s en klanten;

– met uitgestrekte hand benaderen van bezoekers en collega’s om hen de hand te schudden, tegen de instructies van [geïntimeerde] en de overheid in;

– zich niet willen conformeren aan de Covid-instructies, met name op het gebied van reizen;

– gebrek aan focus op de aansturing van zijn afdeling waardoor medewerkers onvoldoende worden gemotiveerd en gestimuleerd;

– zonder toestemming van de hoofddirectie reizen naar België en bij herhaling per e-mail in negatieve zin involveren van collega’s over Covid-gerelateerde zaken, onder meer verwijzend naar de Amerikaanse presidentsverkiezingen.

2.6. Bij brief van 7 januari 2021 heeft [naam 6], naar aanleiding van een telefoongesprek met [appellant] en [naam 7] op 6 januari 2021, [appellant] verzocht om een concreet plan uit te werken over hoe hij het vertrouwen van zijn collega’s terug gaat winnen alsmede over zijn functioneren in de toekomst, mede met inachtneming van de geldende Covid-instructies, en in de aansturing van zijn afdeling.

2.7. Op 25 januari 2021 heeft er opnieuw een gesprek plaatsgevonden tussen [appellant], [naam 6] en [naam 8]. Ter bevestiging van dit gesprek heeft [naam 6] bij brief van 28 januari 2021 aan [appellant] meegedeeld dat [geïntimeerde] positief is over het commerciële plan van [appellant] maar dat daarin ontbreekt hoe [appellant] het vertrouwen van zijn collega’s terug gaat winnen. Ook is in de brief vermeld dat het voor [geïntimeerde] volstrekt onacceptabel is dat [appellant] zijn zakelijke e-mail heeft gebruikt om Covid gerelateerde e-mails naar de Nederlandse overheid te sturen. [naam 6] heeft benadrukt dat, indien [appellant] in strijd met de Covid instructies handelt of zich uitlaat over Covid gerelateerde zaken richting collega’s, bezoekers, klanten en/of relaties, [geïntimeerde] genoodzaakt is tot het nemen van nadere arbeidsrechtelijke maatregelen.

2.8. In een e-mail van 8 oktober 2021 heeft [appellant] aan [naam 9], Vice President van de Shipping Federation of Canada (hierna: [naam 9]), onder meer het volgende geschreven: ‘Subject: RE: Shipped CL 11323 – Transport Canada – Mandatory Vaccination Announcement, this is criminal, YOU, mrs [naam 9], have put your name on it.

To: [naam 9]

This is criminal.

The concept of constitutional rights,

The concept of basic human rights,

The concept “my body my choice”

seems all gone??

How can government enforce the purchase and intruding in your body, of rubbish () pharmaceutical products ()..??

Fact: more people die of injections, than of “the virus” (while, alternatives to injections are available).

Fact: people decide themselves over their own body.

Canada completely lost it.

And,

YOU, mrs [naam 9], have put your name on it.

Makes you complicit to the crime.

Wish you luck!’

2.9. In een e-mail van 8 oktober 2021 heeft [naam 8] aan [appellant] bericht dat hij per direct op non-actief is gesteld naar aanleiding van zijn e-mail van 8 oktober 2021 aan [naam 9]. Op 11 oktober 2023 is dit ook mondeling aan [appellant] meegedeeld.

2.10. Op 13 en 19 oktober 2021 hebben opnieuw gesprekken plaatsgevonden tussen [appellant], [naam 6] en [naam 8]. Bij brief van 26 oktober 2021 heeft [naam 6], ter bevestiging van

deze gesprekken, aan [appellant] meegedeeld dat [geïntimeerde] hem een allerlaatste kans wil geven onder de voorwaarden dat hij vrijwillig terug treedt uit de functie van lid van de Directieraad van [bedrijf 1] B.V., dat hij wordt ontheven uit zijn bestuursfunctie binnen [bedrijf 2] B.V., dat hij niet langer zelfstandig contracten mag afsluiten zonder toestemming van [naam 6], dat hij de dagelijkse gang van zaken moet afstemmen met [naam 6] en dat hij binnen een week een excuusbrief aan [naam 9] moet opstellen die hij ter goedkeuring aan de hoofddirectie moet voorleggen. [geïntimeerde] heeft in de brief nogmaals bevestigd dat indien [appellant] (wederom) handelt in strijd met deze voorwaarden of de Covid instructies, of zich uitlaat over Covid gerelateerde zaken richting collega's, bezoekers, klanten en/of relaties of anderszins onaanvaardbaar gedrag vertoont dat in strijd is met goed werknemerschap, zij direct zal over gaan tot een ontslag op staande voet.

2.11. [appellant] is niet akkoord gegaan met dit voorstel.

2.12. Bij brief van 4 november 2021 heeft [geïntimeerde] aan [appellant] meegedeeld dat zij hem nog eenmaal in de gelegenheid wil stellen om het voorstel in de brief van 26 januari 2021 te accepteren met dien verstande dat hij niet vrijwillig hoeft terug te treden als directielid van [bedrijf 1] B.V. en als bestuurder van [bedrijf 2] B.V. [geïntimeerde] zal een aandeelhoudersvergadering van [bedrijf 1] B.V. en [bedrijf 2] B.V. uitschrijven met het voorgenomen ontslag van [appellant] als agendapunt. Daarnaast is vermeld dat [geïntimeerde] de afdeling Atlantic/Great Lakes anders gaat inrichten en dat de afdeling Atlantic niet langer deel uitmaakt van de afdeling van [appellant]. Tot slot heeft [geïntimeerde] meegedeeld dat indien [appellant] akkoord gaat met het voorstel, hij als afdelingshoofd verantwoordelijk blijft voor de afdeling Great Lakes.

2.13. [appellant] heeft ook dit voorstel niet aanvaard.

2.14. Op 2 december 2021 heeft een algemene vergadering van aandeelhouders van [geïntimeerde] plaatsgevonden. Tijdens deze vergadering is [appellant] ontheven van zijn functies als directeur Chartering bij [bedrijf 1] B.V. en als bestuurder van [bedrijf 2].

3. Beoordeling

3.1. [geïntimeerde] heeft in eerste aanleg verzocht om ontbinding van de arbeidsovereenkomst met [appellant] primair vanwege verwijtbaar handelen van [appellant] als bedoeld in artikel 7:669 lid 3, sub e van het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW), subsidiair vanwege een verstoorde arbeidsverhouding als bedoeld in artikel 7:669 lid 3, sub g BW en meer subsidiair vanwege andere omstandigheden die zodanig zijn dat van [geïntimeerde] redelijkerwijs niet gevergd kan worden de arbeidsovereenkomst te laten voortduren als bedoeld in artikel 7:669 lid 3, sub h BW dan wel vanwege een combinatie van deze gronden als bedoeld in artikel 7:669 lid 3, sub i BW. [geïntimeerde] heeft daarbij verzocht om bij het bepalen van de einddatum rekening te houden met hetgeen is bepaald in artikel 7:671b lid 9 sub a BW. Voor het geval de arbeidsovereenkomst met [appellant] wordt ontbonden, heeft [geïntimeerde] verzocht om geen (transitie)vergoeding aan [appellant] toe te kennen althans een transitievergoeding van € 240.128,00 (al dan niet gedeeltelijk) aan hem toe te kennen; dit alles met compensatie van de proceskosten.

3.2. [appellant] heeft verweer gevoerd en primair geconcludeerd tot afwijzing van het ontbindingsverzoek. Voor het geval het ontbindingsverzoek wordt toegewezen, heeft [appellant] subsidiair verzocht om [geïntimeerde] te veroordelen tot

betaling aan hem van een transitievergoeding van € 261.317,59 (niet verrekenbaar) en een billijke vergoeding van € 3.547.812,00 (niet verrekenbaar), met veroordeling van [geïntimeerde] in de proceskosten.

3.3. Bij de bestreden beschikking heeft de kantonrechter de arbeidsovereenkomst tussen partijen ontbonden met ingang van 1 mei 2022 vanwege verwijtbaar handelen van [appellant]. Kort gezegd heeft de kantonrechter geoordeeld dat [appellant] de Code of Conduct en nadere instructies van [geïntimeerde] waaronder het door haar opgestelde Corona Virus Protocol, heeft overtreden door zijn opstelling en uitlatingen inzake het Coronavirus, ondanks herhaaldelijk te zijn gewaarschuwd. Naar het oordeel van de kantonrechter is er geen sprake van ernstig verwijtbaar handelen van [appellant] zodat aan hem een transitievergoeding van € 256.255,80 bruto wordt toegekend. Voor toekenning van de door [appellant] verzochte billijke vergoeding is geen plaats, aangezien [geïntimeerde] geen enkel verwijt treft. Tot slot worden de proceskosten tussen partijen gecompenseerd.

3.4. Tegen deze beslissingen en de daaraan ten grondslag gelegde motivering komt [appellant] met zijn grieven op.

Ontvankelijkheid

3.5. [geïntimeerde] heeft zich op het standpunt gesteld dat [appellant] niet-ontvankelijk moet worden verklaard in zijn hoger beroep, omdat hij niet (expliciet) heeft gegriefd tegen het oordeel van de kantonrechter dat er sprake is van een redelijke grond om de arbeidsovereenkomst te ontbinden, dat [appellant] zich regelmatig niet aan de Corona maatregelen hield ondanks zijn instemming met de Code of Conduct en dat verzending van de e-mail aan [naam 9] ontbinding wegens verwijtbaar handelen rechtvaardigt. Volgens [geïntimeerde] kan het verzochte herstel van de arbeidsovereenkomst en de verzochte billijke vergoeding in hoger beroep alleen worden toegewezen, indien het ontbindingsverzoek ten onrechte is toegewezen.

3.6. Het hof stelt vast dat [appellant] in het petitum van het beroepschrift primair heeft verzocht om herstel van de arbeidsovereenkomst en subsidiair om een billijke vergoeding. Ter onderbouwing van deze verzoeken heeft [appellant] vijf grieven aangevoerd. De grieven I tot en met III bestrijden alle drie het oordeel van de kantonrechter dat de arbeidsovereenkomst moet worden ontbonden vanwege verwijtbaar handelen van [appellant] als bedoeld in artikel 7:669 lid 3, sub e, BW. Hieruit kan niet anders worden afgeleid dan dat met deze grieven ook wordt opgekomen tegen de conclusie van de kantonrechter dat sprake is van een redelijke grond voor ontbinding. Dit betekent dat [appellant] ontvankelijk is in zijn beroep.

Verwijtbaar handelen

3.7. Met *grief II* komt [appellant] op tegen het oordeel van de kantonrechter dat hij verwijtbaar heeft gehandeld door verzending van zijn e-mails aan de Eerste Kamer en zijn e-mail van 8 oktober 2021 aan [naam 9]. Volgens [appellant] vielen zijn uitlatingen binnen de vrijheid van meningsuiting en heeft de kantonrechter ten onrechte nagelaten te toetsen of is voldaan aan de criteria van het Herbai-arrest van het Europese Hof van de Rechten voor de Mens (hierna: EHRM) van 5 november 2019 (EHRM 5 november 2019, no. 11608/15, ECLI:CE:ECHR:2019:1104JUD001160815, JAR 2020/18). [appellant] is geen virusontkenner maar heeft enkel een kritische mening over de vergaande wijze waarop de overheid de pandemie bestrijdt. Bovendien gold een dubbele moraal bij

[geïntimeerde] omdat alleen [appellant] werd aangesproken op het uiten van zijn mening. Zijn e-mail aan [naam 9] was enkel een reactie op de door haar geuite vaccinatieplicht. Met zijn uitlatingen wilde hij opkomen voor het algemeen belang en het bedrijfsbelang van [geïntimeerde]. [appellant] heeft herhaaldelijk verzocht om een inhoudelijk gesprek over de Corona maatregelen maar [geïntimeerde] weigerde daarop in te gaan. [appellant] stelt dat [geïntimeerde] geen nadeel heeft ondervonden door zijn uitlatingen in zijn e-mails aan de leden van de Eerste Kamer en aan [naam 9]. Vanwege zijn leeftijd en vlekkeloze, lange dienstverband meent [appellant] dat [geïntimeerde] ook had kunnen volstaan met een minder zware sanctie. Daarbij is ook van belang dat hij in een leningsconstructie zit en dat hij zijn schulden voor zijn investering in de schepen van [geïntimeerde] moet afbetalen met de tijdens zijn dienstverband te ontvangende tantièmes en/of bonussen.

3.8. Alvorens tot de inhoudelijke bespreking van deze grief over te gaan, overweegt het hof dat [appellant] bij de bespreking van grief V heeft gesteld dat [geïntimeerde] zijn privacy ernstig heeft geschonden omdat zij zijn (zakelijke) e-mailbox heeft doorzocht. Op een andere manier zou [geïntimeerde] niet aan de door hem aan de Eerste Kamer verzonden e-mails hebben kunnen komen. Aan die privacyschending verbindt [appellant] geen ander rechtsgevolg dan dat dit volgens hem tot het oordeel moet leiden dat [geïntimeerde] ernstig verwijtbaar heeft gehandeld. Voor zover [appellant] ook bedoeld heeft te betogen dat zijn e-mails aan de Eerste Kamer als onrechtmatig verkregen van het bewijs moeten worden uitgesloten, faalt dit betoog. Zou al komen vast te staan dat [geïntimeerde] de e-mails op onrechtmatige wijze heeft verkregen dan leidt dit zonder bijzondere omstandigheden – waarvan niet is gebleken – nog niet tot bewijsuitsluiting. Bovendien heeft [appellant] erkend de e-mails aan de Eerste Kamer te hebben verzonden. De e-mails aan de Eerste Kamer zullen dan ook bij de beoordeling worden betrokken.

3.9. Het EHRM heeft in het arrest *Herbai/Hongarije* een vier-tal aspecten in overweging genomen bij de beoordeling van de vrijheid van meningsuiting in een arbeidsrelatie: (1) de aard van de meningsuiting; (2) de motieven van de werknemer; (3) de schade die de werkgever door de onthulling lijdt; en (4) de zwaarte van de opgelegde sanctie. Het hof zal hierna aan de hand van deze aspecten beoordelen of er in dit geval sprake is van een toegestane beperking van de vrijheid van meningsuiting door [appellant].

(1) Aard van de meningsuiting

3.10. Vast staat dat [geïntimeerde] het Covid-19-beleid van de overheid – daargelaten een enkele door [appellant] genoemde uitzondering – volgde. Uit de e-mail van 8 oktober 2021 aan [naam 9] en zijn e-mails van eind 2020 aan de Eerste Kamer leden, waaronder aan [naam 1], kan worden afgeleid dat [appellant] een kritische mening heeft over dit door de overheid gevoerde Covid-19-beleid. Het hof is van oordeel dat de toon en wijze waarop hij die mening heeft geuit in de genoemde e-mails niet aanvaardbaar is. Een kritische mening over het door [geïntimeerde] gevoerde Covid beleid is toegestaan, maar [appellant] had neutralere en minder provocerende bewoordingen kunnen en moeten kiezen om zijn boodschap over te brengen. Daarbij komt dat [appellant] de e-mails aan de Eerste Kamer leden en aan [naam 9] heeft verstuurd vanaf zijn zakelijke e-mailadres van [geïntimeerde]. Hij heeft deze berichten daarom niet op persoonlijke titel verstuurd, maar in zijn hoedanigheid als werknemer en bestuurder van [geïnti-

meerde], dit terwijl zijn uitlatingen recht tegenover het door [geïntimeerde] gevolgde Covidbeleid van de overheid staan. Van [appellant] had als goed werknemer verwacht mogen worden dat hij zich zou onthouden van dergelijke uitlatingen.

(2) Motieven van de werknemer

3.11. [appellant] heeft toegelicht dat hij met zijn uitlatingen wilde opkomen voor het algemeen belang en voor het bedrijfsbelang van [geïntimeerde]. De Corona maatregelen hadden vergaande gevolgen voor de bedrijfsactiviteiten van [geïntimeerde]. Volgens [appellant] waren zijn motieven vooral zakelijk ingegeven. Het hof leidt uit de e-mail van 8 oktober 2021 aan [naam 9] en uit de e-mail van eind 2020 aan de Eerste Kamer evenwel af dat de motieven van [appellant] voor zijn uitlatingen in deze e-mails vooral waren gelegen in zijn persoonlijke overtuiging dat de door de overheid gehanteerde Corona maatregelen te vergaand en in strijd met fundamentele (grond)rechten waren. [geïntimeerde] heeft hem geenszins verboden om die mening in de privésfeer te uiten; het is hem (enkel) niet toegestaan om dat te doen in zijn hoedanigheid als werknemer en bestuurder van [geïntimeerde]. Daarbij speelt ook een rol dat [appellant] binnen [geïntimeerde] niet de taak had om aan de orde stellen of het Covid-19-beleid van de overheid al dan niet in het zakelijk belang van [geïntimeerde] was. Ook in de motieven van [appellant] om deze uitlatingen te doen, ziet het hof daarom geen aanleiding om te oordelen dat [geïntimeerde] de vrijheid van [appellant] om zijn mening te uiten ontoelaatbaar heeft beperkt.

(3) Schade die de werkgever lijdt

3.12. Uit de gedingstukken en het verhandelde ter zitting kan worden afgeleid dat [geïntimeerde] meent reputatieschade te hebben geleden door de e-mails die [appellant] in zijn hoedanigheid als werknemer en bestuurder van [geïntimeerde] aan verschillende leden van de Eerste Kamer en aan [naam 9] heeft gestuurd. Om die reden heeft [geïntimeerde] [appellant] ook verzocht om een excuusmail te schrijven aan [naam 9]. Het hof acht aannemelijk dat [geïntimeerde] door deze uitlatingen van [appellant] geassocieerd wordt als een bedrijf dat zich niet aan de Corona maatregelen houdt althans zich tegen het Covid-19-beleid van de overheid verzet, terwijl dat niet het geval is. Van belang is daarbij dat [appellant] als leidinggevende en bestuurder van [geïntimeerde] werkzaam is, zodat extra gewicht toekomt aan zijn uitlatingen zowel intern als richting derden. Het hof acht aannemelijk dat dit [geïntimeerde] reputatieschade kan toebrengen.

(4) Zwaarte van de sanctie

3.13. Vervolgens is de vraag aan de orde of de sanctie passend is. Het hof acht in dit verband van belang dat [appellant] een leidinggevende functie bekleedt en dat hij zich daarom bewust had moeten zijn van de provocerende en veroordelende toon van zijn berichten aan de Eerste Kamer leden en aan [naam 9]. Nadat [appellant] eind 2020 meerdere e-mails aan leden van de Eerste Kamer heeft verstuurd over het Covid-19-beleid van de overheid, heeft [geïntimeerde] hem bij brieven van 5, 7 en 28 januari 2021 gewaarschuwd voor zijn uitlatingen in strijd met de Covid instructies richting (onder meer) derden. Ook is hij gewezen op de mogelijke consequenties indien hij niet zou stoppen met dit gedrag. Desondanks heeft [appellant] nadien in zijn e-mail van 8 oktober 2021 opnieuw een soortgelijk bericht aan [naam 9] gestuurd. [geïntimeerde] heeft [appellant] daarom op non-actief gesteld. Vervolgens heeft [geïntimeerde] – kennelijk als sanctie – [ap-

pellant] bij brieven van 26 oktober 2021 en 4 november 2021 tweemaal de kans geboden om vrijwillig terug te treden als bestuurslid en om als afdelingshoofd verder te gaan, maar dit heeft hij steeds geweigerd. Ook acht het hof van belang dat uit de stukken en het verhandelde ter zitting niet kan worden afgeleid dat [appellant] toegeeft dat zijn uitlatingen ongepast waren en dat hij spijt had van zijn uitlatingen. Van enige bereidheid om zijn handelen aan te passen, is niet gebleken. Onder deze omstandigheden kan niet gezegd worden dat een op dat handelen volgend ontbindingsverzoek te zwaar is in verhouding tot de overtreding. De omstandigheid dat [appellant] leningen is aangegaan voor zijn investeringen in de schepen van [geïntimeerde], maakt dat niet anders. [geïntimeerde] heeft bovendien, onder verwijzing naar een e-mail van [appellant] van 20 juni 2022 aan een aantal leidinggevenden binnen de Spliethoff Group, toegelicht dat [appellant] al zijn schulden reeds heeft afbetaald. Bovendien kan hij zijn deelnemingen in de schepen ook na beëindiging van zijn dienstverband behouden en dividend blijven ontvangen. De door [appellant] verworven certificaten van aandelen in [bedrijf 3] B.V. moet hij in geval van beëindiging van zijn dienstverband wel aanbieden, maar dat betreft een aanzienlijk geringer financieel belang. Een en ander is niet (voldoende) weersproken door [appellant]. Onder deze omstandigheden is het hof voor oordeel dat de sanctie van ontbinding passend is.

Tussenconclusie

3.14. Concluderend is het hof van oordeel dat de beperking door [geïntimeerde] van het recht van [appellant] om zijn mening op deze manier te uiten geoorloofd is. Met zijn uitlatingen heeft [appellant] gehandeld in strijd met het beginsel van goed werknemerschap als bedoeld in artikel 7:611 BW alsmede met de interne regels van [geïntimeerde]. Met zijn uitlatingen heeft [appellant] een onjuist en ongunstig beeld van [geïntimeerde] gegeven, als bedoeld in artikel 4.2. van de Code of Conduct. Tevens leveren de uitlatingen van [appellant] in zijn e-mails aan de leden van de Eerste Kamer en aan [naam 9] een redelijke grond voor ontbinding op, gelegen in verwijtbaar handelen aan de zijde van [appellant], zoals bedoeld in artikel 7:671b in combinatie met artikel 7:669 lid 3 sub e BW. Grief II faalt derhalve. Daarmee heeft [appellant] geen belang meer bij een bespreking van grief I die ziet op de andere hem door [geïntimeerde] verweten gedragingen. Ook kan onbesproken blijven of sprake was van een dubbele moraal wat de handhaving van de Corona maatregelen betreft nu de aan [appellant] ter zake gemaakte verwijten van onvergelijkbare orde zijn dan de door hem aan [geïntimeerde] gemaakte verwijten ten aanzien van het overtreden van de Corona maatregelen. Gelet op het bepaalde in artikel 7:669 lid 1 BW ligt herplaatsing niet in de rede, nu sprake is van verwijtbaar handelen van [appellant]. Grief III slaagt daarom niet. Het verzochte herstel van de arbeidsovereenkomst wordt afgevoerd.

Ontbindingsdatum

3.15. Met *grief IV* betoogt [appellant] dat de kantonrechter de arbeidsovereenkomst met inachtneming van de opzegtermijn van vier maanden had moeten ontbinden per 1 juli 2022 (in plaats van per 1 mei 2022) omdat volgens hem de termijn gaat lopen vanaf de datum van de beschikking (24 februari 2022).

3.16. In artikel 7:671b lid 8 sub a BW is voor zover van belang bepaald dat de kantonrechter bij de inwilliging van het verzoek om ontbinding van een arbeidsovereenkomst het einde van de arbeidsovereenkomst bepaalt op het tijdstip waarop de

arbeidsovereenkomst bij regelmatige opzegging zou zijn geëindigd, waarbij de duur van de procedure in mindering wordt gebracht met een minimum van één maand. Het hof stelt vast dat de proceduuretijd twee maanden is (het verzoekschrift is gedateerd op 24 december 2021 en de bestreden beschikking op 24 februari 2022). De kantonrechter heeft dus terecht ontbonden per 1 mei 2022. Grief IV faalt derhalve.

Billijke vergoeding

3.17. [appellant] maakt ook aanspraak op een billijke vergoeding van € 3.547.812,00 (het hof begrijpt: bruto). Met *grief V* bestrijdt [appellant] het oordeel van de kantonrechter dat [geïntimeerde] niet ernstig verwijtbaar heeft gehandeld. Volgens [appellant] heeft [geïntimeerde] zijn vrijheid van meningsuiting geschonden en is hij geschorst vanwege zijn verkondigde mening. [geïntimeerde] heeft escalerend gehandeld door hem 'kalt' te stellen, door nooit met hem inhoudelijk het gesprek aan te gaan en door niet over te gaan tot redelijk overleg. Bovendien heeft [naam 6] de privacy van [appellant] geschonden door in januari 2021 in [appellant] computer te laten kijken. De e-mails naar de Eerste Kamer had [naam 6] op geen andere wijze kunnen verkrijgen. Volgens [appellant] heeft [geïntimeerde] daarom ernstig verwijtbaar gehandeld.

3.18. Naar het oordeel van het hof kunnen deze stellingen van [appellant] niet leiden tot de conclusie dat aan [appellant] een billijke vergoeding toekomt. Op grond van artikel 7:671b lid 8 sub c BW kan slechts aan de werknemer een billijke vergoeding worden toegekend indien de ontbinding van de arbeidsovereenkomst het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever. Van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten door [geïntimeerde] is niet gebleken. Grief V faalt derhalve.

Slotsom en kosten

3.19. De slotsom is dat de grieven tevergeefs zijn voorgesteld. De bestreden beschikking zal worden bekrachtigd. [appellant] zal als de in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de proces- en nakosten in hoger beroep. Partijen hebben geen concrete stellingen te bewijzen aangeboden die, indien bewezen, tot een andere beslissing zouden kunnen leiden, zodat hun bewijsaanbiedingen daarom worden gepasseerd.

4. Beslissing

Het hof:

bekrachtigt de bestreden beschikking; veroordeelt [appellant] in de kosten van het geding in hoger beroep, tot op heden aan de zijde van [geïntimeerde] begroot op € 783,00 aan verschotten en € 2.366,00 voor salaris, en op € 173,- voor nasalaris, te vermeerderen met € 90,- voor nasalaris en met de kosten van het betekeningsexploot ingeval niet binnen veertien dagen is voldaan aan de bij deze beschikking uitgesproken veroordeling(en) en betekening van deze beschikking heeft plaatsgevonden, te vermeerderen met de wettelijke rente;

wijst het meer of anders verzochte af.

verklaart deze veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad.

NOOT

Het onderwerp 'vrijheid van meningsuiting' kan al geruime tijd op warme belangstelling rekenen, zeker na de (hopelijk) voorbijga coronajaren. Inmiddels is er de nodige jurisprudentie over dit onderwerp verschenen, zowel met betrekking tot

‘gewone’ werknemers als ambtenaren. Formeel zijn verschillen aan te wijzen, doch materieel valt dat wel mee. Zie in dat verband mijn artikel in *TAR* 2021/131: ‘Covid-19, grondrechten, ambtenaarschap en belangenafweging’.

In casu dient het hof te oordelen over een verzoek om ontbinding van de arbeidsovereenkomst van een werknemer met een hoge positie binnen een bedrijf (lid van de directie-raad en directeur Chartering). De kantonrechter had de arbeidsovereenkomst reeds ontbonden en het arrest van het hof strekte tot bekrachtiging van die beschikking. Uit de weergave van de feiten blijkt dat de werkgever niet over één nacht ijs is gegaan. Er was al het nodige aan dossiervorming gedaan doordat de werknemer was aangesproken op het verzenden van diverse e-mails vanuit zijn zakelijke e-mail-adres waarin hij op ongezouten wijze kritiek uitte op het coronabeleid van de overheid. Onder meer ging het om e-mails aan leden van de Eerste Kamer met als onderwerp ‘Hoofdelijke aansprakelijkstelling voor alle kosten en consequenties van het falende coronabeleid, medeplichtigheid aan terreur in Nederland’. Betrokkene werd uitgenodigd voor een gesprek en kreeg een waarschuwing. Bovendien werd hij gedurende enkele weken geschorst. Daarbij werd gewezen op het feit dat hij zich niet had gehouden aan de zogenoemde ‘Code of Conduct’ waaraan hij zich had geëngaat, dat hij reizen zonder overleg of toestemming had ondernomen, dat hij met collega’s en klanten in discussie ging over het coronavirus en dat hij zich niet wenste te houden aan de voorgeschreven maatregelen.

In een daaropvolgend gesprek werd hij bovendien gewaarschuwd voor arbeidsrechtelijke maatregelen in geval van herhaling van gedrag waarop hij eerder was aangesproken. De maat was vol toen hij een e-mail stuurde aan de vicepresident van de Shipping Federation of Canada, ik neem aan vanaf zijn zakelijke e-mailadres. De inhoud daarvan vormde aanleiding voor een op non-actiefstelling. Na gesprekken over een oplossing, resulterend in een voorstel tot het verlenen van medewerking aan demotie en een waarschuwing voor ontslag op staande voet, volgde een besluit van de avat ontheffing uit de functies directeur Chartering en bestuurder, en een ontbindingsverzoek gebaseerd op de e-grond. Dat verzoek is naar het oordeel van het hof terecht gehonoreerd door de kantonrechter. Alvorens aan toetsing van het inhoudelijke punt toe te komen, gaat het hof eerst nog kort in op het bewijsrechtelijke aspect in verband met het feit dat namens de werknemer was gesteld dat zijn privacy ernstig was geschonden doordat de zakelijke e-mailbox was doorzocht. Het hof overweegt dat dit betoog faalt voor zover betrokkene heeft bedoeld te stellen dat zijn e-mails aan de Eerste Kamerleden van het bewijs moeten worden uitgesloten omdat ze onrechtmatig verkregen zijn. Zonder bijkomende omstandigheden is er geen reden tot bewijsuitsluiting. Het hof gaat op dit aspect slechts summier in, doch de toetsing is in overeenstemming met de jurisprudentie op dit punt, waarvan de strekking is dat niet iedere inbreuk op de privacy onrechtmatig is, maar dat bewijs dat is verkregen door een onrechtmatige inbreuk op de privacy wel als onrechtmatig verkregen wordt gekwalificeerd. Dat laat echter onverlet dat dergelijk bewijs in beginsel wel kan worden meegenomen in de beoordeling door de rechter, tenzij sprake is van bijkomende omstandigheden die bewijsuitsluiting rechtvaardigen. Zie in dit verband HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1632, en de toepassing van de betreffende criteria in rb. Rotterdam 29 april 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:3327, en rb. Den Haag 11 januari 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:257.

Inhoudelijk gaat het hof verder met toetsing aan de zogenoemde ‘Herbai-criteria’ van het EHRM (EHRM 5 november 2019, «JAR» 2020/18). Het hof doet dat omdat betrokkene zelf zich op dit arrest heeft beroepen. Zijn stelling is namelijk dat de kantonrechter miskend heeft dat zijn uitlatingen passen binnen de vrijheid van meningsuiting en dat ten onrechte niet aan de Herbai-criteria is getoetst. Zijn stellingen komen erop neer dat hij een kritische mening mag uiten, mag opkomen voor het algemeen belang en het bedrijfsbelang, en dat de werkgever geen nadeel heeft ondervonden. Ook zou de werkgever er een dubbele moraal op nahouden door anderen niet aan te spreken op het uiten van meningen en zou geen rekening zijn gehouden met zijn lange en vlekkeloze staat van dienst.

Naar aanleiding hiervan toetst het hof expliciet aan de Herbai-criteria. Dat daaraan getoetst wordt, is niet nieuw. In een situatie als de onderhavige is art. 10 EVRM namelijk in het geding. Dat is het geval zodra sprake is van een meningsuiting. Het EHRM gaat in zijn jurisprudentie uit van een ruime uitleg van art. 10 EVRM. Dat het in casu gaat om een meningsuiting, lijkt me evident, zodat art. 10 zonder meer van toepassing is. Dat is ook het geval indien het – zoals hier – gaat om een geschil tussen werkgever en werknemer, omdat op de verdragsstaten de verplichting rust om het recht op vrijheid van meningsuiting te beschermen. Consequentie daarvan is dat de rechter een afweging dient te maken tussen de vrijheid van meningsuiting en andere belangen, en moet toetsen aan art. 7:611 BW. Zie in dit verband HR 7 oktober 2022, ECLI:NL:HR:2022:1402, waarbij het ging om het ontslag van een ROC-docente na de publicatie van een kritisch boek. De Hoge Raad vernietigde een beschikking van het hof Arnhem-Leeuwarden waarin het hof verrassenderwijs had geoordeeld dat de verstoorde arbeidsverhouding tussen partijen niets te maken had met de vrijheid van meningsuiting, hoewel een overduidelijk verband leek te bestaan tussen de boekpublicatie en het verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst dat door de werkgever was ingediend. De Hoge Raad constateerde dat het hof zelf had vastgesteld dat het ontbindingsverzoek een reactie vormde op de gevolgen die de inhoud van het boek had voor de interne verhoudingen en werkelaties. Die vaststelling liet, aldus de Hoge Raad, geen andere conclusie toe dan dat er een causaal verband bestond tussen de boekpublicatie en het ontbindingsverzoek. Daarmee vormde het ontbindingsverzoek een inmenging in de vrijheid van meningsuiting. De Hoge Raad verwees door naar het hof ‘s-Hertogenbosch dat dient te onderzoeken of de inmenging in de vrijheid van meningsuiting voldoet aan de eisen die art. 10 EVRM stelt, zoals ingevuld door de EHRM-jurisprudentie. Concreet betekent dit dat getoetst dient te worden aan de Herbai-criteria.

Dat laatste is dan ook wat het hof Amsterdam in de onderhavige zaak doet. De vier criteria (aard van de meningsuiting, motieven van de werknemer, schade die de werkgever lijdt en de zwaarte van de sanctie) worden puntsgewijs besproken. Van gewicht worden geacht de toonzetting van de kritiek en de wijze waarop deze is geuit (waaronder verzending vanaf het zakelijk e-mailadres), de taak en de positie van de werknemer, de reputatieschade aan de zijde van de werkgever, de waarschuwingen en de geboden kansen, de opstelling van betrokkene in de procedure en de persoonlijke omstandigheden. Na weging van alle feiten en omstandigheden komt het hof tot de conclusie dat betrokkene heeft gehandeld in strijd met het beginsel van goed werknemerschap en met de interne regels binnen het bedrijf. De ontbinding op de

e-grond houdt stand. De uitkomst is op zichzelf begrijpelijk in het licht van de door betrokkene beklede functie en het feit dat hij zich niet op persoonlijke titel uitte.

A-G De Bock wijst er in haar conclusie bij voormeld arrest van de Hoge Raad op dat het EHRM tot iedere prijs lijkt te willen voorkomen dat mensen ontmoedigd worden om in de toekomst gebruik te maken van hun vrijheid van meningsuiting en dat een onderscheid wordt gemaakt tussen kritiek en beledigende uitingen, waarbij (alleen) de laatste categorie een sanctie kan rechtvaardigen. Daarmee is het uiten van kritiek op de werkgever door de werknemer in beginsel toelaatbaar, mits de fatsoensgrenzen niet worden overschreden. Het verschil tussen de ROC-kwestie en de onderhavige zaak is dat het hier vooral lijkt te gaan om kritiek op de overheid en niet zozeer op de eigen werkgever. Echter, het uiten van kritiek was niet het enige relevante punt, zoals blijkt uit het arrest. Er was ook sprake van handelen in strijd met interne regels, onder andere inzake dienstreizen, en ik neem aan dat de brief aan de vicepresident van de Shipping Federation of Canada potentieel schadelijk was voor de werkgever, die betrokkene had opgedragen een excuusbrief te schrijven.

Al met al is de toetsing streng, doch niet onbegrijpelijk. Geheel anders is de uitkomst van de belangenafweging in ktr. rb. Zeeland-West-Brabant 14 juni 2022, «JAR» 2022/186, m.nt. G.H. Boelens, waarin het ging om een afgewezen verzoek om ontbinding van de arbeidsovereenkomst jegens een ambtenaar die zich in nog veel scherpere bewoordingen had uitgelaten over onder meer het coronabeleid. Wellicht is die afwijzing mede het gevolg van de enigszins onhandige opstelling van de werkgever (de Gemeenschappelijke regeling Orionis Walcheren), die de betrokken ambtenaar onder meer verweet zich op de kieslijst voor het Forum voor Democratie te hebben laten plaatsen, zulks onder de toevoeging dat een ontslag op staande voet voor de hand zou liggen, onder meer omdat het verkiezingsprogramma van deze partij oprise tot opheffing van Orionis Walcheren. Hierdoor werd de discussie tussen partijen in de procedure enigszins vertroebeld.

Overigens toetste de kantonrechter in deze zaak niet alleen aan art. 7:611 BW (waarbij verder geen aandacht wordt besteed aan de EHRM-jurisprudentie), maar ook aan art. 10 Ambtenarenwet 2017. Bij de toetsing aan de daarin voorkomende 'functioneringsnorm' werd vervolgens (impliciet) getoetst aan de wegingsfactoren die zijn vermeld in de Aanwijzing externe contacten rijksambtenaren, waaraan ook de Adviescommissie grondrechten en functie-uitoefening ambtenaren (Agfa) pleegt te toetsen. Die wegingsfactoren zijn:

- de afstand tussen de functie van de ambtenaar en het beleidsterrein van de uitspraken;
- de politieke gevoeligheid van de materie;
- het tijdstip waarop de uitspraken zijn gedaan;
- de wijze waarop de uitspraken zijn gedaan;
- de voorzienbaarheid van de schadelijkheid ten tijde van de uitspraken;
- de ernst en duur van de door de uitspraken ontstane problemen voor de functievervulling van de ambtenaar of het functioneren van de openbare dienst, voor zover dit in verband staat met de functievervulling van de ambtenaar.

Het voor ambtenaren geldende juridisch kader is iets anders, in die zin dat aan voormelde functioneringsnorm wordt getoetst. Er kan echter niet zonder meer worden geconcludeerd dat de uitkomst van de toetsing van de inperking van grondrechten een andere is. Zie in dit verband ook CRvB 7 januari 2010, ECLI:NL:CRVB:2010:BK9640, waarin het ging om een

strafontslag van een provinciale ambtenaar wegens het in een boekpublicatie neerzetten van zijn leidinggevende als niet-integer, onbetrouwbaar en onbekwaam. Ook in die zaak werd getoetst aan de functioneringsnorm en werd het ontslag in stand gelaten. Als we die zaak vergelijken met voormelde ROC-docente, is er in materieel opzicht echter wel enig verschil in die zin dat aan dit ontslag geen enkel uitkeringsrecht was verbonden (zelfs geen WW-aanspraak). Afgeacht zal moeten worden hoe de materiële uitkomst zal zijn voor de ROC-docente, doch deze zal zeker niet slechter zijn. Ook in de onderhavige zaak is dat het geval omdat aan de kritische directeur door de kantonrechter reeds een transitievergoeding was toegekend. Die beschikking is dus door het hof in stand gelaten.

mr. J.J. Blanken
Capra Advocaten

135

Doet de Commissie van beroep funderend onderwijs er nog toe?

Rechtbank Den Haag zp Den Haag
14 juni 2023, nr. 10270685 RL EXPL 23-292,
ECLI:NL:RBDHA:2023:8181
(mr. Jongsma)
Noot mr. P.R.M. Berends-Schellens

Voortgezet onderwijs. Commissie van beroep. Bindend advies. CAO VO. Cao-norm.

[CAO VO art. 19 lid 5; BW art. 7:904]

Essentie: Heeft de uitspraak van de Commissie van beroep funderend onderwijs als bindend advies te gelden?

Samenvatting: Een docent aan een school voor voortgezet onderwijs (VO) stelt beroep in bij de Commissie van beroep funderend onderwijs omdat hem een promotie wordt onthouden. Het onthouden van een promotie betreft een beslissing van de werkgever die door de werknemer ter beoordeling kan worden voorgelegd aan de Commissie van beroep funderend onderwijs. Dit is geregeld in art. 19 van de CAO VO. Deze cao bepaalt verder dat de uitspraak van de commissie bindend is. In een noot bij deze bepaling is echter vermeld dat het geschil alsnog kan worden voorgelegd aan de kantonrechter als partijen zich niet in de uitspraak van de commissie kunnen vinden. De commissie acht het beroep van werknemer gegrond. De docent vordert vervolgens benoeming in de zogenoemde schaal LD met terugwerkende kracht per 1 augustus 2018 omdat hem die bevordering is toegezegd. Werkgever verweert zich tegen de vordering op de grond dat de uitspraak van de commissie niet bindend is, en voor zover dat wel het geval is de uitspraak op grond van art. 7:904 BW vernietigd moet worden vanwege onvoldoende hoor en wederhoor door de commissie. Voorts is volgens de werkgever geen sprake van een toezegging. Met toepassing van de Cao-norm komt de kantonrechter tot het oordeel dat de uitspraak van de commissie niet bindend is. De wijze waarop de betreffende bepaling in de CAO VO is geredigeerd, biedt volgens de kantonrechter onvoldoende steun voor de opvatting dat tussen werkgever en