

138

**Uitlatingen in strijd met kernwaarden
werkgever op Facebook leidt tot geldig
ontslag**

Gerechtshof Amsterdam
20 april 2021, nr. 200.277.279/01,
ECLI:NL:GHAMS:2021:1228
(mr. Pieters, mr. Smit,
mr. Haanappel-van der Burg)
Noot mr. C.L.C. Reynaers

**Vrijheid van meningsuiting. Gedragscode.
Goed werknemerschap. Verwijtbaar
handelen. Verblijfs- en tewerkstellingsver-
gunning.**

[BW art. 7:611, 7:669 lid 3 sub e; EVRM
art. 10]

De werknemer is als 'project finance officer' in dienst geweest van Greenpeace. De werkgever hanteert een gedragscode waarin is opgenomen dat van de werknemers verwacht wordt dat zij in overeenstemming met de kernwaarden van de werkgever handelen. De werknemer heeft een besloten Facebookaccount met ongeveer 200 vrienden. Op zijn pagina staat dat hij voor de werkgever werkt. Op 24 oktober 2019 ontvangt de werkgever een klacht over de werknemer. De klacht houdt in dat de werknemer op Facebook verschillende berichten heeft geplaatst in strijd met de kernwaarden van de werkgever. Zo heeft hij negatieve berichten geplaatst over de separatisten in Hong Kong en over het omwille van het milieu eten van insecten. Ook heeft hij de productie van nucleaire wapens toegejuicht. De werkgever heeft daarop de kantonrechter verzocht de arbeidsovereenkomst te ontbinden. De werknemer heeft aangevoerd dat de gedragscode niet op hem van toepassing is. De kantonrechter ontbindt de arbeidsovereenkomst wegens verwijtbaar handelen.

Het hof bekrachtigt de beslissing en laat in het midden of de gedragscode formeel van toepassing is. De werknemer heeft zich aan de kernwaarden van de werkgever te houden. Aan de hand van vier elementen wordt vastgesteld dat de

werkgever de vrijheid van meningsuiting niet ongeoorloofd beperkt (EHRM 5 november 2019, «JAR» 2020/18). Ten eerste, de aard en de inhoud van de gedane uitlatingen komen in strijd met de kernwaarden van de werkgever. Daarbij weegt mee dat de werkgever een sterke politieke, ideologische en maatschappelijke visie heeft. Ten tweede, aan de motieven van de werknemer liggen persoonlijke en emotionele factoren ten grondslag. Ten derde, de mogelijke financiële en reputatieschade als gevolg van de uitlatingen is groot voor de werkgever. De werkgever is voor zijn bestaan volledig afhankelijk van donateurs-gelden en daarmee van zijn maatschappelijke geloofwaardigheid. Ten vierde, de werkgever hoefde niet te volstaan met een mildere sanctie, ondanks de mogelijke gevolgen voor de verblijfsvergunning van de werknemer, gezien de ernst van de uitlatingen en omdat de werknemer weigerde te erkennen dat de code materieel op hem van toepassing is.

NB. Zie «JAR» 2020/58 voor de uitspraak in eerste aanleg. Ook in die uitspraak toetste de rechter aan het Herbai-arrest («JAR» 2020/18). Het EHRM hanteert als uitgangspunt dat een werknemer eerder bescherming geniet vanwege door hem gedane uitingen als het gaat om uitingen met een zeker publiek belang. Gaat het om persoonlijke opmerkingen, dan ligt een beroep op art. 10 EVRM niet voor de hand. Zie in dit opzicht ook EHRM, «JAR» 2002/137 (Diego Nafria/Spanje) en EHRM, «JAR» 2017/119 (Marunic/Kroatië).

[Appellant] te [woonplaats],
appellant,
advocaat: mr. J.N. Bethe te Amsterdam,
tegen
Stichting Greenpeace Council te Amsterdam,
geïntimeerde,
advocaat: mr. O. van der Kind te Amsterdam.

1. Het geding in hoger beroep
(...)

2. Feiten

De kantonrechter heeft in de bestreden beschikking onder 1.1 tot en met 1.8 een aantal feiten als in deze zaak vaststaand aangemerkt. Behoudens voor zover [appellant] met grief 2 opkomt tegen een onjuiste en/of onvolledige weergave van de feiten, waarop hierna voor zover van belang zal

worden in gegaan, behelzen die feiten samengevat het volgende.

2.1. [appellant] is bij GPI in dienst getreden op 5 september 2016. Hij was laatstelijk werkzaam als *project finance officer*. Zijn laatst genoten salaris bedroeg € 2.911,09 bruto per maand.

2.2. GPI hanteert een Code of Conduct (verder: de code).

In de code staat onder meer:

“This code applies to all GPI people and extends to activities and transactions in all countries in which Greenpeace operates permanently, periodically and occasionally.

(...)

Core values and key principles

This Code of Conduct is based on the core values and key principles of Greenpeace. These act as a foundation to guide the actions of all of us, both inside and outside of the organisation.

(...)

Personal Responsibility and Nonviolence

We take personal responsibility for our actions, and we are committed to nonviolence. (...)

Greenpeace has No Permanent Friends or Foes

(...) there's only one standard: the planet's health which includes the wellbeing of people with greater equity among genders, races and classes where the benefits of diversity, inclusion and innovation are enjoyed.

(...)

01 General conduct

All staff are responsible and must:

(...)

1.3

Act in the best interests of Greenpeace, separating personal opinions, activities, and affiliations from the performance of professional responsibilities.”

2.3. [appellant] heeft een Facebookaccount. Dat account is alleen zichtbaar voor zijn vrienden op Facebook. [appellant] heeft ongeveer tweehonderd Facebook vrienden, van wie een aantal ook bij GPI werkt. Op het Facebookaccount van [appellant] was tot en met 31 oktober 2019 (voor zijn Facebook vrienden) zichtbaar dat hij werkzaam was bij GPI.

2.4. Op 24 oktober 2019 ontving GPI een klacht tegen [appellant] van een werknemer van GPI. Uit deze klacht bleek dat [appellant] (één keer in 2017 en verder in 2019) op Facebook de volgende uitlatingen had gedaan over de protesten in Hong Kong:

All separatists should go to jail

en

Show no mercy to mobs

en

Tear gas apparently isn't enough for these shameless rioters. (...)

en

(...) These separatists should be banished to oblivion.

en

(...) Just face the fact that the power is not on your side anymore. And maybe tell the rioters in HK to calm down or you'll be giving citizenship to corpses.

en

Time to kick some asses. We've been too nice to these HK terrorists for too long.

en

(...) All of them should burn in hell.

en voorts in een gesprek op Facebook met twee andere personen:

if you go to China to interview Chinese people, I'd say 99 out of 100 will want those HK bastards at least jailed for life, if not executed.

Ook over een aantal andere onderwerpen plaatste [appellant] in 2017 en 2019 op zijn Facebook account berichten. Naar aanleiding van een video van BBC News over het eten van insecten berichtte hij:

Eat what is delicious to you, eat what makes you enjoy. We are not born to eat to be healthy, or to benefit the environment.

En naar aanleiding van een bericht over een succesvolle test in Noord Korea van een waterstofbom:

Congrats. Unless every other country, including china, fully abandons its nuclear arsenal, I will continue supporting those without to develop their own.

2.5. Op 31 oktober 2019 heeft GPI de klacht met [appellant] besproken. Dit gesprek was niet van tevoren aangekondigd en de klacht is [appellant] niet tevoren ter inzage gegeven. Na het gesprek heeft GPI op 4 november 2019 een brief gestuurd aan [appellant], waarin onder meer het volgende is vermeld:

“In response to our introduction you told us that you believe that your posts are an example of freedom of speech and that you do not share our conclusion your posts are in violation with the core values of GPI and its code of conduct. You stressed you do not regret your comments/posts and you still believe they are justified. However you regret the current internal escalation. (...)

Conclusion

Based on the assessment of the formal complaint including the evidence provided and your answers, we came to the conclusion your posts on Facebook are in serious violation with Greenpeace core values and everything we stand for. Also your posts are considered as aggressive and offensive while under the published employment of Greenpeace. (...)

GPI holds the view that your actions are seriously imputable and make it impossible to continue your employment. Therefore you are immediately sent on non-activity leave and GPI will take the necessary steps to have your employment contract terminated by the cantonal judge."

2.6. De toenmalige advocaat van [appellant] heeft bij brief van 20 november 2019 gereageerd. In deze brief staat onder meer:

"First of all, I note that the Code of Conduct that you have sent me does not apply to my client's employment contract. (...) Secondly, my client also disputes that he acted in breach of the Code of Conduct. My client was very surprised, to say the least, that he was interrogated (unannounced) by his employer about posted messages on Facebook. This has given my client the feeling that he is apparently not allowed to express his opinion on social or political developments via social media. It feels to him as if he is actually prohibited from expressing his opinion."

3. Beoordeling

3.1. In eerste aanleg heeft GPI verzocht – samen-gevat weergegeven – de arbeidsovereenkomst met [appellant] te ontbinden vanwege verwijtbaar handelen, een verstoorde arbeidsverhouding of andere omstandigheden die beëindiging rechtvaardigen. [appellant] heeft verweer gevoerd en primair (onder meer) verzocht het ontbindings-verzoek af te wijzen.

Subsidiar heeft [appellant] verzocht om toekenning van een billijke vergoeding vanwege ernstig verwijtbaar handelen van GPI en om de transitievergoeding toe te kennen, beide met wettelijke rente. De kantonrechter heeft bij de bestreden beschikking de arbeidsovereenkomst tussen GPI en [appellant] met ingang van 1 april 2020 ontbonden wegens verwijtbaar handelen van [appellant] met toekenning van een transitievergoeding van € 3.679,18 bruto. Het verzoek van [appellant] tot toekenning van een billijke vergoeding is afgewezen. De proceskosten zijn gecompenseerd.

3.2. Tegen deze beslissing en de daaraan ten grondslag gelegde motivering komt [appellant] op onder aanvoering van grieven.

3.3. *Grief 1* is een algemene (veeg) grief waarmee [appellant] beoogt het geschil in volle omvang aan het hof voor te leggen. Deze grief mist als zodanig zelfstandige betekenis.

3.4. De grieven 3 tot en met 6 lenen zich voor gezamenlijke behandeling en betreffen de kern van het beroep, te weten de vraag of de arbeidsovereenkomst terecht is ontbonden op grond van verwijtbaar handelen door [appellant] in de zin van artikel 7:671b lid 1 aanhef en sub a jo. artikel 7:669 lid 3 aanhef en sub e BW. Het hof is van oordeel dat dit het geval is, op grond van het navolgende.

3.5. Naar het oordeel van het hof kan in het midden blijven of de code (formeel) van toepassing is op de arbeidsrelatie tussen partijen. Niet ter discussie staat immers dat in de code de kernwaarden van GPI zijn neergelegd en [appellant] heeft erkend dat hij zich als werknemer van GPI aan deze kernwaarden heeft te houden. [appellant] wenst in hoger beroep slechts ter discussie te stellen of en in hoeverre deze kernwaarden mogen doorwerken in zijn persoonlijke levenssfeer. Ook tijdens de mondelinge behandeling in hoger beroep heeft [appellant] gesteld dat het uitdrukkelijk niet zo is dat hij zich niet gebonden acht aan de algemene beginselen die volgen uit de code, maar dat hij bezwaar heeft tegen een zodanige vergaande doorwerking van de code in zijn persoonlijke levenssfeer dat enkele berichten die hij in de *spur of the moment* op zijn Facebookpagina heeft geplaatst zijn ontslag tot gevolg zou moeten hebben. [appellant] heeft voorts gesteld dat, indien en voor zover ervan uit moet worden gegaan dat GPI met gebruikmaking van haar instructierecht als werkgever naleving door [appellant] van de code verlangt, dit zijn begrenzing dient te vinden in zijn grondwettelijke recht op vrijheid van meningsuiting zoals neergelegd in artikel 10 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM). Het instructierecht van GPI mag niet zo ver doorwerken in zijn persoonlijke levenssfeer dat het zijn recht op vrijheid van meningsuiting op sociale media op deze wijze inperkt, zo stelt [appellant].

3.6. Het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: EHRM) heeft in het Herbai-arrest (EHRM 5 november 2019, 11608/15, JAR 2020/18) een viertal aspecten in overweging ge-

nomen bij de beoordeling van de vrijheid van meningsuiting in de arbeidsrelatie:

1. de aard van de meningsuiting;
2. de motieven van de werknemer;
3. de schade die de werkgever door de onthulling lijdt;
4. de zwaarte van de opgelegde sanctie. Toepassing van de hiervoor genoemde aspecten voert in de onderhavige zaak tot de volgende overwegingen.

De aard van de meningsuiting

3.7. De wederzijdse verplichtingen op grond van de arbeidsovereenkomst tussen GPI en [appellant] worden mede ingekleurd door het feit dat GPI een werkgever is met een sterke politieke, ideologische en maatschappelijke visie. De *mission statement* van GPI is bescherming van het milieu en het streven naar vrede, eveneens terug te vinden in de naam Greenpeace. Onder verwijzing naar rechtsoverweging 38 van het Herbai-arrest, brengt deze “gekleurdheid” van GPI als werkgever bij wege van uitgangspunt met zich dat [appellant] zich zowel ten aanzien van de inhoud van als de wijze waarop hij zijn mening uit, zowel binnen zijn werk als daarbuiten, rekenschap dient te geven van deze kernwaarden van GPI. Dit geldt ook waar [appellant] zich op een besloten Facebook-pagina uitlaat over onderwerpen die maatschappelijk in de belangstelling staan, zoals de protesten in Hongkong, en waar hij dit doet op een forum waar GPI – ten tijde van de uitlatingen – vermeld stond als werkgever van [appellant]. Zowel de inhoud van de uitlatingen van [appellant] als de wijze waarop hij dit heeft gedaan, komen in strijd met de kernwaarden van GPI. De uitlatingen van [appellant] kwalificeren niet als gematigde, opiniërende en/of informatieve uitingen gericht op kennisdeling en/of uitwisseling van standpunten, maar – daarentegen – als emotionele, gewelddadige en agressieve uitlatingen gericht op het toepassen en goedkeuren van geweld tegen een bepaalde groep mensen (de tegen de politiek van China ten opzichte van Hongkong protest voerende demonstranten), alsmede gericht tegen het eten van insecten ten faveure van gezondheid en milieu. Dergelijke uitlatingen druisen in tegen de kernwaarden en principes van GPI, zoals ook neergelegd in de code.

De motieven van de werknemer

Ten aanzien van de motieven van de werknemer heeft het EHRM in het Herbai arrest geoordeeld:

“(…)When examining the applicant’s motives, the Court is mindful of the fact that an act motivated by a personal grievance or a personal antagonism or the expectation of personal advantage, including pecuniary gain, would not justify a particularly strong level of protection (...)” De motieven van [appellant] om deze uitlatingen te doen waren gelegen in persoonlijke factoren die samenhangen met zijn Chinese achtergrond. Hoewel niet gezegd kan worden dat deze motieven zijn gelegen in klachten van [appellant] jegens GPI of persoonlijke vijandschap tussen [appellant] en GPI, blijft wel een feit dat [appellant] uitsluitend persoonlijke en emotionele motieven had voor het doen van zijn uitlatingen zodat hem – uitgaande van de in het Herbai-arrest ontwikkelde gezichtspunten – een lager beschermingsniveau toekomt waar het de eerbiediging van zijn recht op vrijheid van meningsuiting betreft.

De schade die de werkgever lijdt

Ten aanzien van de mogelijke schade als gevolg van de uitlatingen van [appellant] voor GPI heeft GPI onweersproken gesteld dat zij voor haar bestaan volledig afhankelijk is van donateurgelden, en daarmee van haar maatschappelijke geloofwaardigheid. Deze geloofwaardigheid komt in het gedrang wanneer werknemers van GPI zich in het openbaar uiten op een wijze die niet verenigbaar is met de kernwaarden van GPI. Aannemelijk is dat GPI financiële- en/of reputatieschade heeft geleden doordat zij een klacht heeft ontvangen over de berichten van [appellant], hetgeen heeft geleid tot interne onrust. Daarnaast heeft GPI schade als vorenbedoeld geleden doordat De Telegraaf op 27 februari 2020 een artikel heeft geplaatst, genaamd “Greenpeace loost tegendraadse werknemer met fooi”, waarin wordt ingegaan op deze kwestie. GPI is op negatieve wijze in het nieuws gekomen, hetgeen zij gelet op haar wijze van financiering van haar organisatie zoveel mogelijk wil voorkomen. [appellant] heeft in dit verband aangevoerd dat hij zijn uitlatingen heeft gedaan op Facebook, dat zijn Facebook account is afgeschermd voor derden en dat de inhoud daarvan (derhalve) alleen zichtbaar is voor zijn Facebook vrienden. Afgezien van het feit dat [appellant] zelf stelt dat hij tweehonderd Facebook vrienden heeft, hetgeen een aanzienlijke groep betreft, brengt een uitlating op Facebook naar haar aard het risico met zich van een bredere verspreiding, bijvoorbeeld doordat Facebook vrien-

den een schermafdruk kunnen maken en deze kunnen doorsturen. Het hof weegt voorts mee dat ten tijde van plaatsing van de berichten door [appellant] zichtbaar was dat hij werkzaam was voor GPI. Daarmee heeft [appellant] het risico laten ontstaan dat GPI geassocieerd zou worden met de door [appellant] gedane uitlatingen, hetgeen GPI reputatieschade en ook financiële schade kan toebrengen, dit laatste wanneer donateurs zich terugtrekken.

De zwaarte van de opgelegde sanctie

Ten aanzien van de zwaarte van de door GPI opgelegde sanctie wordt het volgende overwogen. Blijkens het gestelde onder 11.8 van de code, kan GPI bij overtreding daarvan “disciplinaire actie” ondernemen. Aan [appellant] moet worden toegegeven dat in geval van overtreding van de code in het algemeen volstaan kan worden met het geven van een waarschuwing of een andere disciplinaire sanctie. Zoals door haar in eerste aanleg en ter zitting in hoger beroep toegelicht, heeft GPI bij haar afweging om het dienstverband te willen beëindigen meegewogen de aard en ernst van de door [appellant] gedane uitlatingen en het feit dat hij noch tijdens het gesprek van 31 oktober 2019 noch daarna heeft willen erkennen dat de code – naar het hof begrijpt: in ieder geval materieel – op hem van toepassing was en dat zijn uitlatingen een schending van die code vormden. Voorts heeft GPI meegewogen dat [appellant] op geen enkel moment tot aan de zitting in eerste aanleg heeft bevestigd zich aan de code te willen conformeren. [appellant] heeft bij beroepschrift de weergave van GPI van het gesprek op 31 oktober 2019, zoals vervat in de brief van 4 november 2019, betwist. Met name heeft [appellant] betwist dat hij tijdens het gesprek heeft gezegd zich niet aan de code te willen conformeren. Ter zitting in hoger beroep heeft [appellant] het hof desgevraagd geantwoord dat hij niet op de brief van GPI van 4 november 2019 heeft gereageerd omdat hij erg geschrokken was van het gesprek van 31 oktober 2019.

Hij heeft daarop direct contact gezocht met een advocaat die de verdere communicatie namens hem zou doen. Dit acht het hof begrijpelijk. Vervolgens echter heeft mr. Bethe in de brief van 20 november 2019 namens [appellant] expliciet het standpunt ingenomen a) dat [appellant] toepasselikheden van en gebondenheid aan de code ontkent, en b) dat de uitlatingen van [appellant]

niet kwalificeren als een schending van de code. Tegen die achtergrond is de beslissing van GPI om het dienstverband met [appellant] te willen beëindigen begrijpelijk, en hoefde zij niet met een lichtere sanctie te volstaan. Hieraan doet niet af dat [appellant] op 31 oktober 2019 direct de betreffende posts op zijn Facebook account onzichtbaar heeft gemaakt.

3.11. Gelet op het voorgaande oordeelt het hof dat de uitingen van [appellant] – het recht op vrijheid van meningsuiting in aanmerking nemend – in strijd zijn met het goed werknemerschap als bedoeld in artikel 7:611 BW. Dit gegeven in combinatie met het feit dat [appellant] vervolgens niet bereid was zich (alsnog) aan de code te conformeren, levert een redelijke grond voor ontbinding op, gelegen in verwijtbaar handelen aan de zijde van [appellant], zoals bedoeld in artikel 7:671b jo artikel 7:669 lid 3 aanhef en sub e BW. Het feit dat [appellant] een kennismigrant is die voor zijn verblijfsvergunning afhankelijk is van het hebben van werk in Nederland, maakt dit niet anders, noch maakt het de ontbinding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar.

3.12. Nu de kantonrechter de arbeidsovereenkomst terecht heeft ontbonden liggen de primaire en subsidiaire verzoeken voor zover gebaseerd op artikel 7:683 lid 3 BW voor afwijzing gereed. Voor zover het subsidiaire verzoek tot toekenning van een billijke vergoeding is gebaseerd op de stelling dat de kantonrechter had moeten oordelen dat de ontbinding van de arbeidsovereenkomst het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen van GPI jegens [appellant], zoals bedoeld in artikel 7:671b lid 9 aanhef en sub c BW, wordt deze eveneens afgewezen. Het volgende is daartoe redengevend. Blijkens de Parlementaire Geschiedenis bij de totstandkoming van artikel 7:671b BW, is de in dit artikel geregelde billijke vergoeding bedoeld voor uitzonderlijke situaties waarvoor (enkel) toekenning van de transitievergoeding ontoereikend is. Het criterium “ernstige verwijtbaarheid” van de werkgever dient tegen de achtergrond van deze bedoeling van de wetgever te worden uitgelegd. Daarbij dient het ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever in oorzakelijk verband te staan met de ontbinding. Het enkele feit dat GPI aan [appellant] niet tevoren een agenda kenbaar heeft gemaakt voor het gesprek van 31 oktober 2019 en hem de klacht niet voorafgaand aan het gesprek ter inzage heeft gegeven, is wellicht verwijtbaar,

maar zeker niet ernstig verwijtbaar in de zin van voormelde wetbepaling.

3.13. Uit al het voorgaande volgt dat de grieven 3 tot en met 6 falen.

Slotsom

3.14. De kosten van de eerste aanleg zijn terecht gecompenseerd, waarmee ook *grief* 7 faalt.

De bestreden beschikking zal worden bekrachtigd en de door [appellant] in hoger beroep gedane verzoeken zullen worden afgewezen. [appellant] wordt als de in het ongelijk gestelde partij in de kosten van het hoger beroep veroordeeld. Partijen hebben geen concrete stellingen te bewijzen aangeboden die, indien bewezen, tot een andere beslissing zouden kunnen leiden, zodat hun bewijsaanbod daarom wordt gepasseerd.

4. Beslissing

Het hof:

bekrachtigt de bestreden beschikking en wijst de door [appellant] in hoger beroep gedane verzoeken af;

veroordeelt [appellant] in de kosten van het geding in hoger beroep en begroot deze kosten, voor zover tot heden aan de zijde van GPI gevallen in hoger beroep op € 760,- aan verschotten, op € 2.228,- aan salaris en op € 163,- voor nasalaris, te vermeerderen met € 85,- voor nasalaris en met de kosten van het betekeningsexploit, ingeval niet binnen veertien dagen is voldaan aan de bij deze beschikking uitgesproken veroordeling en betekening van deze beschikking heeft plaatsgevonden;

verklaart deze veroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

NOOT

Verhulp schreef in zijn annotatie bij «JAR» 2021/2 dat zaken waar de vrijheid van meningsuiting in het geding is vaak mogen rekenen op aandacht van de pers. Dat is in deze zaak niet anders: zo kopte bijvoorbeeld de *Telegraaf* op 27 februari 2020 'Greenpeace loost tegendraadse werknemer met fooi'. Dat dergelijke zaken tot de verbeelding spreken roept geen verbazing op, maar is onderhavige zaak ook juridisch gezien van belang? En was hier sprake van een tegendraadse werknemer of werd het beroep op vrijheid van meningsuiting terecht ingeperkt?

Voor ik op die vragen inga, eerst kort de doorwerking van de vrijheid van meningsuiting in het Nederlandse arbeidsrecht. De vrijheid van meningsuiting is Europeesrechtelijk neergelegd in art. 10 EVRM. Dit artikel werkt direct door. In de Nederlandse wetgeving vinden we de vrijheid van meningsuiting terug in art. 7 Grondwet. Dit artikel werkt indirect door via de beginselen van goed werkgever- en werknemerschap ex art. 7:611 BW. De Nederlandse rechter kleurt dit kader vervolgens verder in met Europeesrechtelijke jurisprudentie van het EHRM over art. 10 EVRM. Tot zover de formele doorwerking. Een belangrijk materieel aspect aan zaken die gaan over vrijheid van meningsuiting is het onderscheid tussen enerzijds klokkenluiderszaken waarbij sprake is van een misstand waarvan openbaring het algemene belang dient en anderzijds zaken waarin dit kort gezegd ontbreekt. Wanneer er geen sprake is van een misstand zoals bij een klokkenluider, maakt het EHRM vervolgens weer onderscheid tussen persoonlijke grieven en een persoonlijke aanval van de werknemer en zaken die bijdragen aan een publiek debat (zie daarover o.a. «EHRC» 2011/140 (*Heinisch/Duitsland*)). In het eerste geval speelt de vrijheid van meningsuiting geen rol, in het tweede geval wel (zie «JAR» 2002/137 (*Diego Nafria/Spanje*)). Is vastgesteld dat geen sprake is van een persoonlijke aanval dan moet worden gezien of de vrijheid van meningsuiting legitiem mocht worden ingeperkt. Het kader hiervoor is neergelegd in art. 10 lid 2 EVRM waarin is bepaald dat een inbreuk op de vrijheid van meningsuiting geoorloofd kan zijn als deze bij wet is voorzien en die in een democratische samenleving noodzakelijk kan zijn (proportioneel en subsidiair).

In een recente Hongaarse zaak («JAR» 2020/18 (*Herbai/Hungary*)) vult het EHRM het kader van art. 10 lid 2 EVRM verder in. Wat speelde er in de Hongaarse zaak? Het ging om publicaties door een Hongaarse werknemer van een bank over HRM kwesties die volgens de bank in strijd waren met de bij de bank geldende gedragscode. De werknemer werd daarop ontslagen. Volgens de werknemer was dit in strijd met art. 10 EVRM. De Hongaarse regering vond dat art. 10 EVRM niet van toepassing was omdat het algemeen belang niet in het geding was. Het EHRM maakte daar korte metten mee en formuleerde een duidelijk toetsingskader voor zaken waarin geen sprake is van een klokkenluider en waar het alge-

meen belang niet in het geding was. De volgende elementen moeten worden getoetst: (i) aard van de meningsuiting; (ii) motieven van de werknemer; (iii) schade die de werkgever lijdt door de meningsuiting; en (iv) proportionaliteit van de sanctie. Volgens De Laat (*Arbeidsrecht* 2020/32) zou dit toetsingskader met name een rol spelen in zaken waarin de geheimhoudingsplicht wordt geschonden. Dat lijkt mij een te beperkte visie; volgens mij wordt in *Herbai* juist een ruim toetsingskader neergelegd.

In dat opzicht is de *Greenpeace*-zaak belangwekkend omdat het hof Amsterdam bij de belangenafweging uitgebreid het *Herbai*-toetsingskader naloopt. Die belangenafweging valt negatief uit voor de werknemer. Dat lijkt mij niet onbillijk. De motieven van de werknemer komen niet heel duidelijk naar voren maar gezien de aard van de uitingen lijkt het mij niet dat de werknemer een publiek debat probeert aan te zwengelen. Het gaat er vooral om dat de uitgingen in strijd zijn met de Greenpeacekernwaarden: je zou misschien zelfs kunnen spreken van een indirecte aanval daarop. De aard van de werkgever wordt dus meegewogen bij de aard van de meningsuiting. De Greenpeacekernwaarden zijn bij de werknemer bekend nu deze duidelijk zijn neergelegd in de op de arbeidsovereenkomst van toepassing zijnde Gedragscode. Tot slot is in mijn ogen met betrekking tot het schade-element terecht dat het hof meeweegt dat Greenpeace van giften afhankelijk is en dus van haar geloofwaardigheid. Schade is niet ondenkbaar nu er ook al klachten zijn ingediend.

De vraag is dan of Greenpeace vanuit het proportionaliteitsoogmerk voor een lichtere sanctie had moeten kiezen. De Hoge Raad (ECLI:NL:HR:2021:781) overwoog onlangs dat een ontbinding gestoeld op verwijtbaar handelen (art. 7:669 lid 3 sub e BW) geen ultimatum remedium hoeft te zijn. Dat laat de proportionaliteitstoets ex art. 10 lid 2 EVRM onverlet maar het is interessant hoe het oordeel van de Hoge Raad zich hiertoe verhoudt. Hoe dan ook: van een lichtere sanctie had sprake kunnen zijn als de werknemer zich had willen conformeren aan de Gedragscode. Ten tijde van het ontslag (*ex tunc*) was dat niet het geval. Ter zitting in het hoger beroep lijkt de werknemer een ander standpunt in te nemen: toepassing van de Gedragscode wordt niet in twijfel getrokken maar wel de doorwerking daarvan in het privéleven. Levert dit *ex nunc*

een andere toetsing op? Volgens het Amsterdamse hof niet. Ook dat lijkt mij juist. Er lijkt namelijk geen sprake te zijn van een daadwerkelijke tour-nure bij de werknemer maar van semantiek. Het gaat er nu juist om dat de Gedragscode wel degelijk tot op zekere hoogte doorwerkt in het privéleven van de werknemer, daar heeft de werknemer met acceptatie van de arbeidsovereenkomst – en dus de Gedragscode – voor gekozen. Belangrijker nog is dat de uitingen van de werknemer kunnen worden gelinkt aan Greenpeace omdat zij als werkgever staat genoemd op het Facebookaccount. De werking van de Gedragscode zou daarbij illusoir zijn als de werknemer zich alleen tijdens werktijd aan de Gedragscode conformeert maar in zijn privéleven de kernwaarden van zijn werkgever kan aanvallen met mogelijke schade tot gevolg. Ik kom tot een afronding. De eerste inleidende vraag kan wat mij betreft instemmend worden beantwoord. Juridisch gezien is de uitspraak in de *Greenpeace*-zaak een mooie toepassing van het Europeesrechtelijke *Herbai* en kan deze zaak in de Nederlandse rechtspraak als voorbeeld dienen wanneer geen sprake is van een klokkenluider en het algemeen belang niet in het geding is. Wat betreft de tweede vraag: gelet op de motivering lijkt er sprake te zijn van een terechte inperking van de vrijheid van meningsuiting. Dat komt met name door de aard van Greenpeace en de kernwaarden die zij uitdraagt. Doorwerking van grondrechten (al dan niet direct of indirect) maakt dat werkgevers een bepaalde mate van kritiek of verwerpelijke uitingen hebben te dulden, zeker wanneer het algemeen belang in het geding is. Ook grondrechten kennen echter een begrenzing. De *Greenpeace*-zaak is daar denk ik een goed onderbouwd voorbeeld van.

mr. C.L.C. Reynaers
advocaat Houthoff te Amsterdam

139

Tijdelijk niet beschikbaar zijn voor een oproep kwalificeert niet als opzegging

Gerechtshof Amsterdam
4 mei 2021, nr. 200.280.988/01,
ECLI:NL:GHAMS:2021:1286
(mr. Haanappel-van der Burg, mr. Pieters,
mr. Verhulp)

Opzegging door werkgever, niet door werknemer. Oproepkracht. Billijke vergoeding.

[BW art. 7:671, 7:672 lid 11, 7:673 lid 1 aanhef
en sub a onder 1, 7:681 lid 1 sub a]

De werknemers is op 1 juni 2016 als medewerker bij de werkgever in dienst getreden. Bij WhatsApp-bericht van 21 november 2019 heeft de werknemers laten weten dat zij tot en met eind februari 2020 niet beschikbaar is, omdat zij momenteel ander werk heeft aangenomen voor volle werkuren. Daarbij heeft ze opgemerkt dat, als ze een open dienst ziet en tijd over heeft, zij zichzelf zal inplannen. In reactie op dit bericht heeft de werkgever laten weten de werknemers niet meer te zullen oproepen en het dienstverband per heden te beëindigen. De werknemers heeft vervolgens aanspraak gemaakt op een billijke vergoeding en op de transitievergoeding. De kantonrechter heeft beide verzoeken toegewezen. Op het hoger beroep van de werkgever overweegt het hof dat de werkgever ter zitting heeft erkend dat het loon van de werknemers gemiddeld € 1.110 bruto per maand bedraagt. Daarom wordt ook in hoger beroep van dit bedrag uitgegaan. De verklaring van de werknemers van 21 november 2019 is geen duidelijke en ondubbelzinnige wilsuiting gericht op het definitief beëindigen van de arbeidsovereenkomst. De werknemers heeft niets anders gemeld dan dat zij gedurende een bepaalde periode niet zonder meer beschikbaar is om arbeid te verrichten, en dat als zij een open dienst ziet, zij zichzelf zal inplannen. Dit past bij de aard van de overeenkomst tussen partijen, te weten een oproepovereenkomst. De reactie op het WhatsApp-bericht van de

werkgever kwalificeert daarentegen wel als een ondubbelzinnige opzegging van de arbeidsovereenkomst. Die opzegging heeft de werkgever gedaan in strijd met art. 7:671 BW. De werkgever is dus een billijke vergoeding verschuldigd naast de transitievergoeding. De kantonrechter heeft bij de begroting van de billijke vergoeding geen rekening gehouden met enig inkomensverlies aan de zijde van de werknemers, maar wel met de omstandigheid dat een ongeldige opzegging moet worden gezien als ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever. De kantonrechter heeft de billijke vergoeding vervolgens vastgesteld op één maandsalaris van € 1.110 bruto. Tegen de hoogte van deze vergoeding is in hoger beroep niet gegriefd, zodat het hof, nu het bedrag ook niet onredelijk voorkomt, daar ook van uitgaat.

NB. Volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad mag de werkgever alleen aannemen dat de werknemers zijn dienstverband wil beëindigen indien sprake is van een duidelijke en ondubbelzinnige verklaring die erop gericht is de beëindiging te bewerkstelligen. Zie onder meer HR 28 mei 1982, NJ 1983/2, HR 19 april 1996, «JAR» 1996/116 en HR 26 mei 2000, «JAR» 2000/152. Zie ook hof Amsterdam, «JAR» 2019/250, waarin de werknemers via WhatsApp had laten weten dat de werkgever een opzeggingsbrief kon verwachten als hij zou blijven weigeren om haar financieel tegemoet te komen.

*Rederij Volendam/Marken Express B.V. te Volendam (gemeente Edam-Volendam),
appellante,
advocaat: mr. F.F. Boers te Amsterdam,
tegen
[geïntimeerde] te [woonplaats] (gemeente [gemeente]),
geïntimeerde,
advocaat: mr. C. Hofmans te Amsterdam.*

*1. Het geding in hoger beroep
(...)*

2. Feiten

De kantonrechter heeft in de bestreden beschikking onder 1.1 tot en met 1.11 onder meer een aantal feiten weergegeven die hij als vaststaand heeft aangenomen. Voor zover de feiten niet in geschil zijn, en aangevuld met feiten die het hof