

beschikking

GERECHTSHOF AMSTERDAM

afdeling civiel recht en belastingrecht, team I

zaaknummer: 200.277.279/01

zaaknummer rechtbank Amsterdam: 8207899 EA VERZ 19-877

beschikking van de meervoudige burgerlijke kamer van 20 april 2021

inzake

██████████
wonende te ██████████
appellant,
advocaat: mr. J.N. Bethe te Amsterdam,

tegen

STICHTING GREENPEACE COUNCIL,
gevestigd te Amsterdam,
geïntimeerde,
advocaat: mr. O. van der Kind te Amsterdam.

1. Het geding in hoger beroep

Partijen worden hierna ██████ en GPI genoemd.

██████ is bij beroepschrift met producties, ontvangen ter griffie van het hof op 21 april 2020, onder aanvoering van grieven in hoger beroep gekomen van de beschikking die de kantonrechter in de rechtbank te Amsterdam (hierna: de kantonrechter) op 20 februari 2020 onder bovenvermeld zaaknummer heeft gegeven (hierna: de bestreden beschikking). Het beroepschrift strekt ertoe, samengevat en zakelijk weergegeven, dat het hof bij beschikking uitvoerbaar bij voorraad de bestreden beschikking zal vernietigen en primair: de arbeidsovereenkomst vanaf 1 april 2020 zal herstellen (althans GPI zal veroordelen dat te doen), met veroordeling tot betaling aan ██████ van (een voorziening ter hoogte van) het loon met emolumenten vanaf de datum dat hersteld wordt, vermeerderd met de wettelijke verhoging en de wettelijke rente, en met veroordeling van GPI om ██████ weder te werk te stellen op straffe van een dwangsom, en indien en voor zover de hersteldatum zes maanden of langer na 1 april 2020 ligt de voorziening te treffen dat de beide arbeidsovereenkomsten samen moeten worden genomen voor alle arbeidsrechtelijke regelingen waarvoor een onderbreking van zes maanden nadelige gevolgen heeft;

subsidiar: GPI zal veroordelen tot betaling van een billijke vergoeding van € 50.000,- bruto aan ■ en tot betaling van de transitievergoeding;

primair en subsidiar: GPI zal veroordelen in de kosten van beide instanties, met nakosten en rente.

Op 15 juli 2020 is ter griffie van het hof een verweerschrift in hoger beroep van GPI, met producties, ingekomen, inhoudende het verzoek de bestreden beschikking te bekrachtigen en de verzoeken van ■ af te wijzen, met veroordeling van ■ in de kosten van het hoger beroep.

De mondelinge behandeling van het hoger beroep heeft plaatsgevonden op 17 maart 2021. Bij die gelegenheid heeft ■ bij monde van mr. J. Knaap, advocaat te Amsterdam, en GPI bij monde van mr. Van der Kind voornoemd het woord gevoerd, ieder aan de hand van pleitnotities die zijn overgelegd. Beide partijen hebben nog producties in het geding gebracht. Partijen hebben inlichtingen verschaft.

Beide partijen hebben bewijs van hun stellingen aangeboden.

Vervolgens is de behandeling van de zaak gesloten en is uitspraak bepaald.

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 ■ 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

■ 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

█ heeft een Facebookaccount. Dat account is alleen zichtbaar voor zijn vrienden op Facebook. █ heeft ongeveer tweehonderd Facebook vrienden, van wie een aantal ook bij GPI werkt. Op het Facebookaccount van █ 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 █ van een werknemer van GPI. Uit deze klacht bleek dat █ (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 █ 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 ■■■ besproken. Dit gesprek was niet van tevoren aangekondigd en de klacht is ■■■ niet tevoren ter inzage gegeven. Na het gesprek heeft GPI op 4 november 2019 een brief gestuurd aan ■■■ 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 ■■■ 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 – samengevat weergegeven – de arbeidsovereenkomst met ■■■ te ontbinden vanwege verwijtbaar handelen, een verstoorde arbeidsverhouding of andere omstandigheden die beëindiging rechtvaardigen. ■■■ heeft verweer gevoerd en primair (onder meer) verzocht het ontbindingsverzoek af te wijzen.

Subsidiair heeft ■■■ 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 ■■■ met ingang van 1 april 2020 ontbonden wegens verwijtbaar handelen van ■■■ met toekenning van een transitievergoeding van € 3.679,18 bruto. Het verzoek van ■■■ 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 ■■■ op onder aanvoering van grieven.

3.3

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

3.4

De grievens 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 ■■■ 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 ■■■ heeft erkend dat hij zich als werknemer van GPI aan deze kernwaarden heeft te houden. ■■■ 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 ■■■ 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. ■■■ heeft voorts gesteld dat, indien en voor zover ervan uit moet worden gegaan dat GPI met gebruikmaking van haar instructierecht als werkgever naleving door ■■■ 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 ■■■

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 genomen 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 ■ 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 ■ 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 ■ zich op een besloten Facebookpagina 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 ■. Zowel de inhoud van de uitlatingen van ■ als de wijze waarop hij dit heeft gedaan, komen in strijd met de kernwaarden van GPI. De uitlatingen van ■ 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

3.8

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 ■ 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 ■ jegens GPI of persoonlijke vijandschap tussen ■ en GPI, blijft wel een feit dat ■ 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

3.9

Ten aanzien van de mogelijke schade als gevolg van de uitlatingen van ■ voor GPI heeft GPI onweersproken gesteld dat zij voor haar bestaan volledig afhankelijk is van donateursgelden, 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 ■, 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. ■ 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 ■ 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 vrienden een schermafdruk kunnen maken en deze kunnen doorsturen. Het hof weegt voorts mee dat ten tijde van plaatsing van de berichten door ■ zichtbaar was dat hij werkzaam was voor GPI. Daarmee heeft ■ het risico laten ontstaan dat GPI geassocieerd zou worden met de door ■ gedane uitlatingen, hetgeen GPI reputatieschade en ook financiële schade kan toebrengen, dit laatste wanneer donateurs zich terugtrekken.

De zwaarte van de opgelegde sanctie

3.10

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 ■ 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 ■ 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 ■ op geen enkel moment tot aan de zitting in eerste aanleg heeft bevestigd zich aan de code te willen conformeren. ■ 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 ■ betwist dat hij tijdens het gesprek heeft gezegd zich niet aan de code te willen conformeren. Ter zitting in hoger beroep heeft ■ 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 ■ expliciet het standpunt ingenomen a) dat ■ toepasselijkheid van en gebondenheid aan de code ontkent, en b) dat de uitlatingen van ■ niet kwalificeren als een schending van de code. Tegen die achtergrond is de beslissing van GPI om het dienstverband met ■ te willen beëindigen begrijpelijk, en hoefde zij niet met een lichtere sanctie te volstaan. Hieraan doet niet af dat ■ 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 ■ – 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 ■ 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 ■ zoals bedoeld in artikel 7:671b jo artikel 7:669 lid 3 aanhef en sub e BW. Het feit dat ■ 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 ■ 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 ■ 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 wetsbepaling.

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 ■ in hoger beroep gedane verzoeken zullen worden afgewezen. ■ 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 ■ in hoger beroep gedane verzoeken af;

veroordeelt ■ 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.

Deze beschikking is gegeven door mrs. T.S. Pieters, R.J.M. Smit en I.A. Haanappel-van der Burg en door de rolraadsheer in het openbaar uitgesproken op 20 april 2021.

  

mr. A.R. Sturhoofd