

105

Werknemer had werkgever tijdig moeten informeren over weigering coronavaccinatie

Gerechtshof Den Haag
20 februari 2024, nr. 200.326.609/01,
ECLI:NL:GHDHA:2024:211
(mr. Ruizeveld, mr. Honée, mr. Houweling)
Noot mr. I.J. de Laat

Coronavaccinatie. Informatieplicht. Ontbinding. Verstoring arbeidsverhouding. Ernstige verwijtbaarheid. Goed werkgeverschap.

[BW art. 7:669 lid 3 onder g, 671b lid 9 onder c]

De werknemer is werkzaam als leidinggevende van de veiligheidsafdeling bij een internationaal opererende baggeraar. Tijdens een management-overleg in de zomer van 2021 spreekt de werknemer uit dat zij een principiële weigeraar is van coronavaccinatie. In de maanden daarna doet de werkgever aan alle medewerkers in Nederland tot twee keer toe een dringende oproep om zich te laten vaccineren tegen het coronavirus. De werknemer deelt echter tijdens een regulier werkoverleg in deze periode aan de bestuursvoorzitter mee dat zij zich nog niet wil laten vaccineren. Na een gesprek met HR houdt de werknemer hieraan vast. De bestuursvoorzitter deelt de werknemer mee dat hij daarom de arbeidsovereenkomst met de werknemer wil beëindigen. Partijen gaan in overleg over de voorwaarden van beëindiging, maar bereiken geen overeenstemming. De werkgever deelt de afdeling van de werknemer mee dat hij in overleg met de werknemer is over een afscheid omdat de wederzijdse standpunten ten aanzien van de coronavaccinatie onverenigbaar zijn. Uiteindelijk ontbindt de kantonrechter de arbeidsovereenkomst op verzoek van de werkgever zonder toekenning van een billijke vergoeding. Daartegen komt de werknemer tevergeefs op in hoger beroep. Voorop staat dat het de vrije keuze van de werknemer is om zich wel of niet te vaccineren. De werkgever heeft rigoreus gehandeld door meteen aan te sturen op het einde van

de arbeidsovereenkomst vanwege het vaccinatie-standpunt van de werknemer. Van ernstige verwijtbaarheid is echter geen sprake. Vaststaat dat de uitbraak van het coronavirus op de werkgever een grote impact had. Het was voor de bedrijfsvoering van de werkgever van groot belang dat zo veel mogelijk medewerkers zich zouden laten vaccineren. Gelet op dit belang bij een zo hoog mogelijke vaccinatiegraad en gelet op de functie van de werknemer, die verantwoordelijk was voor het veiligheidsbeleid van de werkgever, had de werknemer de bestuursvoorzitter eerder uit eigen beweging moeten informeren over het vaccinatie-standpunt. Het is begrijpelijk dat de werkgever hierdoor een verstoring van de arbeidsverhouding heeft ervaren. Het is in strijd met goed werkgeverschap dat vervolgens meteen is aangestuurd op beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Dit kan echter niet los worden gezien van de omstandigheid dat de werknemer aanvankelijk is meegegaan in de onderhandelingen over een beëindigingsregeling en het voorleggen van de zaak aan de kantonrechter.

NB. Deze uitspraak laat zien hoe hoog de lat ligt voor het aannemen van ernstige verwijtbaarheid aan de zijde van de werkgever. Er worden stevige verwijten gemaakt aan het adres van de werkgever, maar die zijn volgens het hof te licht voor het predicaat 'ernstige' verwijtbaarheid. Het hof verwijst hierbij naar de wetsgeschiedenis (Kamerstukken II 2013/14, 33818, nr. 3, p. 34) en naar de rechtspraak van de Hoge Raad (HR 7 mei 2021 ECLI:NL:HR:2021:701).

[Appellante] te [woonplaats],
appellante,
advocaat: mr. J.A.J. Hooymayers, kantoorhoudend in Breda,
tegen
Baggermaatschappij Boskalis B.V. te Papendrecht,
verweerster in hoger beroep,
advocaat: mr. P.L.M. Schneider, kantoorhoudend in Rotterdam.

1. De zaak in het kort

1.1. In deze zaak gaat het om een geschil tussen een internationaal opererende baggeraar (de werkgever) en de directeur veiligheid (de werknemer). De werkgever heeft de kantonrechter verzocht de arbeidsovereenkomst te ont-

binden op grond van een verstoorde arbeidsverhouding. Aanleiding voor de verstoorde arbeidsverhouding was een discussie over het vaccineren tegen het coronavirus. De werknemer wenste zich niet te laten vaccineren. Haar opvatting over vaccineren stond haaks op het veiligheidsbeleid van het bedrijf. Het bedrijf had uit het oogpunt van veiligheid juist iedereen opgeroepen zich te laten vaccineren. De werknemer heeft nagelaten haar direct leidinggevende uit eigener beweging van haar vaccinatiestandpunt op de hoogte te stellen. Haar standpunt had zij wel in haar team kenbaar gemaakt.

1.2. De werknemer heeft geen verweer gevoerd tegen de ontbinding van de arbeidsovereenkomst, maar meent dat de verstoorde arbeidsverhouding aan de werkgever is te wijten en verzoekt daarom om een billijke vergoeding.

1.3. Het hof is net als de kantonrechter van oordeel dat de werkgever niet ernstig verwijtbaar heeft gehandeld en wijst het verzoek om een billijke vergoeding af. Het stond de werknemer vanzelfsprekend vrij om zich niet te laten vaccineren en de werkgever heeft die keuze te respecteren. Omdat zij echter de directeur veiligheid van het bedrijf is, is het hof van oordeel dat zij over die keuze wel uit eigener beweging openheid van zaken had moeten geven aan haar leidinggevende. Dit had zij moeten doen voordat zij daarover met haar team sprak en voordat het bedrijf de vaccinatieoproep deed aan haar werknemers. Dan had binnen het bedrijf een afweging kunnen worden gemaakt of zij (al dan niet tijdelijk) een andere functie zou moeten vervullen. Nu zij die openheid niet tijdig heeft gegeven, valt te begrijpen dat de werkgever geen heil meer zag in het zonder meer laten voortduren van de arbeidsrelatie. Het hof acht het verwijtbaar dat de werkgever onmiddellijk op het einde van de arbeidsovereenkomst heeft aangestuurd, maar doordat de werknemer hier aanvankelijk in mee ging en de werkgever het loon van de werknemer lange tijd heeft doorbetaald, is geen sprake van *ernstige* verwijtbaarheid.

2. Het geding (...; red.)

3. Feitelijke achtergrond

Het gaat in deze zaak om het volgende.

3.1. Boskalis is een aannemer in de dredging- en offshore energiesector en daarnaast een specialist

op het gebied van scheepsbergingen. Zij werkt mondiaal.

3.2. [appellante], geboren op [geboortedag] 1980, is op 1 augustus 2015 bij Boskalis in dienst getreden in de functie van *Director Corporate Safety, Health, Environment & Quality* (hierna: directeur SHE-Q). De afdeling SHE-Q bestaat uit ongeveer 230 fte. Het salaris van [appellante] bedroeg laatstelijk € 10.833,33 bruto per maand, exclusief 8,33% vakantiebijslag, eindejaarsuitkering en bonus. Uit hoofde van haar functie rapporteerde [appellante] rechtstreeks aan de bestuursvoorzitter van Boskalis, de heer [naam] (hierna: [bestuursvoorzitter]).

3.3. [appellante] is sinds het begin van haar arbeidsovereenkomst bij Boskalis als leidinggevende van de afdeling SHE-Q coördinator geweest van onder meer het veiligheidsprogramma “NINA” (“No Injuries No Accidents”). Dit programma is binnen Boskalis geïntroduceerd om de veiligheidscultuur te verbeteren. Het programma maakt medewerkers bewust van hun eigen verantwoordelijkheid ten aanzien van veiligheid en moedigt hen aan anderen elkaar te attenderen op onveilige situaties op de werkvloer en actie te ondernemen in geval van onveilige activiteiten.

3.4. Tijdens het managementoverleg van het team van [appellante] van 14 juli 2021 heeft [appellante] het volgende over vaccineren tegen het coronavirus opgemerkt:

“Vaccinaties....Ja, ik vind het een hele complexe. Zelf ben ik echt, nog steeds, een principieel weigeraar, omdat het mRNA-vaccin ten minste nog in fase II zit. Dat is wat anders dan het eiwitvaccin. Dat is in mijn ogen wat veiliger voor je eigen gezondheid, op de langere termijn. Maar ik kan de weigeraars ook voorstellen.”

3.5. Op 15 september 2021 en op 28 november 2021 heeft Boskalis een dringende oproep gedaan aan al haar medewerkers in Nederland om zich te laten vaccineren tegen het coronavirus.

3.6. Op 20 oktober 2021 heeft een regulier werkoverleg plaatsgevonden tussen [appellante] en [bestuursvoorzitter]. [appellante] heeft tijdens dat gesprek aan [bestuursvoorzitter] medegedeeld dat zij zich nog niet tegen het coronavirus wilde laten vaccineren. Kort daarop heeft [bestuursvoorzitter] het overleg afgebroken. Hij heeft aan de *Group HR Director*, [naam] (hierna: [HR director]), gevraagd om met [appellante] het gesprek hierover aan te gaan.

3.7. Een dag later, op 21 oktober 2021, heeft dit gesprek tussen [appellante] en [HR director] plaatsgevonden. De conclusie van dat gesprek was dat de standpunten van [appellante] en Boskalis met betrekking tot coronavaccinaties haaks op elkaar stonden.

3.8. Bij e-mail van 26 oktober 2021 heeft [bestuursvoorzitter] het volgende – voor zover thans van belang – aan [appellante] meegedeeld:

“(...) [HR director] heeft mij net bijgepraat over jullie gesprek. Ik begrijp van hem dat jij je standpunt ten aanzien van je vaccinatie niet bereid bent te wijzigen, wat ik ook niet had verwacht, je kennende. Ik denk dat we elkaars standpunten begrijpen en beiden inzien dat ze onverenigbaar zijn. Helaas brengt ons dat tot de conclusie dat onze wegen zich dan hier scheiden. Wij zullen ons van onze kant inspannen dat op een zorgvuldige en billijke manier te doen. (...)”

3.9. Op 29 oktober 2021 heeft [HR director] namens Boskalis een beëindigingsvoorstel aan [appellante] gedaan. Dat voorstel hield onder andere in beëindiging van de arbeidsovereenkomst per 1 februari 2022, een ontslagvergoeding van € 50.000,- bruto (inclusief de transitievergoeding) en een vrijstelling van werkzaamheden per 1 november 2021, met behoud van salaris.

3.10. Bij e-mail van 4 november 2021 heeft [appellante] gereageerd op dit voorstel van Boskalis. [appellante] is akkoord gegaan met de beëindiging van de arbeidsovereenkomst, maar niet met de aangeboden ontslagvergoeding. In dat verband heeft zij opgemerkt:

“de aard van ons conflict, mijn persoonlijke keuze in het nog niet vaccineren tegen COVID-19, ga ik er vooralsnog vanuit dat een kantonrechter – onder de huidige covid-maatregelen die de regering heeft opgesteld – de arbeidsovereenkomst niet zal ontbinden, danwel die (wellicht) zal ontbinden op basis van een verstoorde arbeidsrelatie, onder toekenning van een forse billijke vergoeding. (...) Indien we niet tot een akkoord kunnen geraken, dan lijkt het me zorgvuldig dat een kantonrechter zich hierover buigt, zeker gezien de momenteel missende referentie voor onze casus in Nederland. Uiteraard hoop ik in ons beider belang dat we deze stap niet hoeven zetten”.

3.11. [appellante] heeft Boskalis verzocht om een ontslagvergoeding van € 219.283,- bruto (inclusief de transitievergoeding).

3.12. In reactie op voormelde e-mail van 4 november 2021 heeft [HR director] op 5 november 2021

telefonisch contact opgenomen met [appellante]. In dat telefoongesprek heeft hij laten weten dat Boskalis niet akkoord ging met de door [appellante] voorgestelde beëindigingsvergoeding. Tevens heeft [HR director] [appellante] toen geïnformeerd over zijn voornemen om de afdeling van [appellante] te informeren over de redenen van haar afwezigheid.

3.13. Eveneens op 5 november 2021 heeft [HR director] aan de afdeling van [appellante] het volgende bericht gestuurd:

“Beste collega’s,

De afgelopen weken hebben wij diverse gesprekken met [appellante] gevoerd over de het COVID-beleid van Boskalis en haar persoonlijke visie op het vaccineren tegen het COVID-virus tegen de achtergrond van de cruciale representatieve functie die zij extern, maar vooral ook intern voor ons vervult. Helaas zijn wij daarbij gezamenlijk tot de conclusie gekomen dat de wederzijdse standpunten onverenigbaar zijn, hetgeen een compleet functioneren in haar functie onmogelijk maakt. In dat kader informeer ik jullie dat wij momenteel met [appellante] in gesprek zijn om in onderling overleg tot een afscheid te komen. In dat verband is [appellante] met ingang van vandaag vrijgesteld van werk en zal [betrokkene] de honneurs tijdens haar afwezigheid waarnemen.(...)”

3.14. Bij verzoekschrift van 11 januari 2022 heeft Boskalis de kantonrechter Rotterdam verzocht de tussen partijen bestaande arbeidsovereenkomst te ontbinden. Dat verzoek was gebaseerd op de e-grond (verwijtbaar handelen of nalaten door [appellante]), de g-grond (een verstoorde arbeidsverhouding veroorzaakt door [appellante]), de h-grond (de restgrond) en de i-grond (de cumulatiegroond).

3.15. De kantonrechter heeft de zaak op 3 maart 2022 met partijen besproken en vervolgens op diezelfde dag een mondeling tussenbeschikking gegeven op de voet van artikel 30p van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, waarbij Boskalis is toegelaten tot het leveren van bewijs van feiten en omstandigheden waaruit kan worden afgeleid dat [appellante] zich in een zakelijke context op een wijze heeft uitgelaten en/of gedragen die haaks staat op het door Boskalis gevoerde beleid ten aanzien van de door haar getroffen maatregelen ter bescherming en voorkoming van de besmetting van haar medewerkers met het coronavirus.

3.16. Boskalis heeft het verzoekschrift tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst na de mondeling gegeven tussenbeschikking ingetrokken.

3.17. Partijen hebben vervolgens in de periode van 30 maart 2022 tot 20 mei 2022 geprobeerd het geschil te beëindigen door middel van mediation. Partijen zijn hier niet in geslaagd.

3.18. Bij e-mail van 14 juni 2022 heeft [HR director], namens Boskalis, een ontslagvergoeding van € 200.000,- bruto (inclusief de transitievergoeding) aan [appellante] aangeboden. Dit aanbod heeft [appellante] niet geaccepteerd.

4. Procedure bij de kantonrechter

4.1. Boskalis heeft de kantonrechter verzocht om de arbeidsovereenkomst met [appellante] te ontbinden wegens een verstoorde arbeidsverhouding (artikel 7:669 lid 1 en 3, aanhef en onder g BW). Zij heeft daarbij verzocht bij het bepalen van de einddatum rekening te houden met de geldende opzegtermijn van twee maanden, onder aftrek van de duur van de procedure. Verder heeft zij verzocht de proceskosten te compenseren.

4.2. [appellante] heeft geen verweer gevoerd tegen de verzochte ontbinding. Wel heeft zij de kantonrechter verzocht te oordelen dat sprake is van ernstig verwijtbaar handelen door Boskalis. Zij heeft verzocht om Boskalis te veroordelen tot betaling van een transitievergoeding en verder tot betaling van een billijke vergoeding van € 340.056,- bruto. Daarnaast heeft zij verzocht Boskalis te veroordelen tot betaling van het loon tot aan de dag dat de arbeidsovereenkomst zal zijn geëindigd en tot betaling van de opgebouwde vakantiedagen en het vakantiegeld (pro rata), te vermeerderen met de wettelijke rente en met veroordeling van Boskalis in de proceskosten.

4.3. Bij beschikking van 31 januari 2023 heeft de kantonrechter de arbeidsovereenkomst met ingang van 1 maart 2023 ontbonden en Boskalis veroordeeld tot betaling aan [appellante] van een bedrag van € 33.967,83 bruto aan transitievergoeding, te vermeerderen met de wettelijke rente ex artikel 6:119 BW vanaf 1 april 2023 tot aan de dag van algehele voldoening. De kantonrechter heeft geoordeeld dat geen sprake is van ernstig verwijtbaar handelen door Boskalis. Om die reden is de verzochte billijke vergoeding afgewezen. Omdat Boskalis had toegezegd het loon te zullen doorbetalen tot de ontbindingsdatum heeft de kantonrechter het verzoek van [appellante] om Boskalis te veroordelen tot het doorbetalen van het loon

eveneens afgewezen. Verder is bepaald dat iedere partij de eigen proceskosten draagt.

5. Verzoeken in hoger beroep

5.1. [appellante] is in hoger beroep gekomen omdat zij het niet eens is met de beschikking van de kantonrechter. Zij heeft negen grieven tegen de beschikking aangevoerd. Zij wil dat het hof Boskalis alsnog veroordeelt tot betaling van een billijke vergoeding van € 340.056,- bruto, met veroordeling van Boskalis in de proceskosten van beide instanties. Volgens [appellante] is sprake van ernstig verwijtbaar handelen dan wel nalaten aan de zijde van Boskalis. Voorafgaand aan de zitting heeft [appellante] bij akte verzocht de vordering te beoordelen langs de lat van artikel 7:671 lid 9, sub c, BW en niet, zoals in het petitum staat, op grond van artikel 7:683 lid 3 BW.

5.2. Boskalis heeft zich ten aanzien van de grondslag van de vordering (7:683 lid 3 BW dan wel 7:671, lid 9, sub c BW) gerefereerd aan het oordeel van het hof en overigens geconcludeerd tot afwijzing van het hoger beroep, met veroordeling van [appellante] in de kosten van de hoger beroepsprocedure.

6. Beoordeling in hoger beroep

Wijziging grondslag vordering

6.1. Het hoger beroep strekt ertoe dat aan [appellante] (alsnog) een billijke vergoeding wordt toegekend.

6.2. Hoewel [appellante] in haar beroepschrift artikel 7:683 lid 3 BW als grondslag noemt, vordert zij in wezen de billijke vergoeding van artikel 7:671b lid 9, aanhef en onder c, BW. Boskalis heeft in haar verweerschrift in hoger beroep (ook) tegen die grondslag verweer gevoerd en heeft zich ter zitting op het punt van de grondslag van de vordering gerefereerd aan het oordeel van het hof. Gegeven die omstandigheden is naar het oordeel van het hof geen sprake van een wezenlijke grondslagwijziging en voor zover dat wel het geval is, is een uitzondering op de regel dat de grondslag van de vordering na de memorie van grieven niet meer mag worden gewijzigd op zijn plaats. Het hof zal de vordering van [appellante] dan ook beoordelen op de grondslag van artikel 7:671b lid 9, aanhef en onder c, BW.

Ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van Boskalis?

6.3. De vraag die in dit hoger beroep voorligt is of Boskalis ernstig verwijtbaar heeft gehandeld door aan te sturen op het einde van de arbeidsovereenkomst in verband met het vaccinatiestandpunt van [appellante], waardoor de arbeidsverhouding tussen hen verstoord is geraakt en is ontbonden.

6.4. Zoals ook de kantonrechter heeft overwogen, volgt uit de parlementaire geschiedenis van de Wet werk en zekerheid dat van ernstig handelen of nalaten van de werkgever in de zin van artikel 7:671b lid 9, aanhef en onder c, BW alleen in uitzonderlijke gevallen sprake is. Uit de wetsgeschiedenis volgt dat van dergelijke uitzonderlijke gevallen sprake is, bijvoorbeeld als een werkgever grove verplichtingen niet nakomt die voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst en er als gevolg daarvan een verstoorde arbeidsverhouding ontstaat of als een werkgever een valse grond voor ontslag aanvoert met als enig oogmerk een onwerkbaar situatie te creëren (Kamerstukken II, 2013-2014, 33 818, nr. 3, p. 34). Uit rechtspraak van de Hoge Raad moet worden aangenomen blijkt dat de drempel voor het aannemen van ernstige verwijtbaarheid van de werkgever en voor het als gevolg daarvan toekennen van een billijke vergoeding aan de werknemer hoog ligt (vgl. HR 7 mei 2021, ECLI:NL:HR:2021:701). De stelplicht en eventuele bewijslast van de voor de toepassing van deze maatstaf relevante feiten en omstandigheden rusten op [appellante].

6.5. Naar het oordeel van het hof is de ontbinding van de arbeidsovereenkomst tussen [appellante] en Boskalis niet het gevolg van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van Boskalis. Daartoe overweegt het hof het volgende.

6.6. Het betoog van [appellante] komt neer op het volgende.

6.6.1. Het besluit om definitief afscheid te nemen van [appellante] is enkel en alleen gebaseerd op het feit dat [appellante] ten tijde van het gesprek met [bestuursvoorzitter] nog niet gevaccineerd was. Dat enkele aspect vormde de reden om haar direct en onomkeerbaar de wacht aan te zeggen. In het gesprek van 20 oktober 2021 heeft [appellante] kenbaar gemaakt dat zij bereid was zich te laten vaccineren als dat voor de uitoefening van haar functie noodzakelijk was. Die situatie deed zich toen nog niet voor, omdat [appellante] niet hoefde te reizen en veel vanuit huis werkte. Boskalis is veel te rigoureuus te werk gegaan. Het enkel

niet gevaccineerd zijn stond niet in de weg aan het door [appellante] (met nuances) uitdragen van het beleid van Boskalis.

6.6.2. Verder heeft Boskalis zonder overleg met [appellante] haar afdeling ingelicht over haar afwezigheid bij e-mail van 5 november 2021, waarin wordt geschreven dat “*een compleet functioneren in haar functie onmogelijk*” was en dat “*wordt gestreefd naar een afscheid*.” Daarmee werd de mogelijkheid van een terugkeer van [appellante] binnen Boskalis direct en onomkeerbaar afgesloten. Dit handelen van Boskalis heeft voor haar een diffamerend effect gehad.

6.6.3. [appellante] is dan ook rigoureuus en zonder deugdelijke argumenten de wacht aangezegd binnen Boskalis. Boskalis heeft met haar handelwijze de verstoring van de relatie tussen [appellante] en Boskalis geheel eenzijdig bewerkstelligd. [appellante] heeft inderdaad door emoties ingegeven geen andere mogelijkheid gezien dan met Boskalis in onderhandeling te treden maar heeft zich daarna bedacht en wilde met Boskalis in gesprek. Boskalis heeft ten onrechte geen enkele moeite gedaan alsnog een fatsoenlijk gesprek tussen haar en [bestuursvoorzitter] te arrangeren om te bezien of de plooiën nog gladgestreken konden worden. Boskalis heeft verder de naam van [appellante] intern en extern fors beschadigd door het zonder overleg met haar, informeren van haar afdeling.

6.7. Het hof stelt voorop dat [appellante] terecht betoogt dat het haar vrije keuze was en is om zich wel of niet te laten vaccineren tegen het coronavirus en dat Boskalis de keuze van [appellante] om zich niet te laten vaccineren dient te respecteren. Op zichzelf genomen deelt het hof het standpunt van [appellante] dat Boskalis rigoureuus heeft gehandeld door al direct na de gesprekken op 20 en 21 oktober 2021 aan te sturen op het einde van de arbeidsovereenkomst vanwege het vaccinatiestandpunt van [appellante].

6.8. Het hof is echter van oordeel dat van *ernstige* verwijtbaarheid aan de zijde van Boskalis geen sprake is. Dit oordeel wordt als volgt gemotiveerd.

6.9. Tussen partijen is niet in geschil dat de uitbraak van het coronavirus op Boskalis – als internationaal opererende baggeraar – en haar werknemers een grote impact had. Het was voor de bedrijfsvoering van Boskalis en de veiligheid van de werknemers op schepen – zo heeft [appellante] ook niet weersproken – van groot belang (ook vanwege haar internationale werkgebied) dat zo

veel mogelijk van haar medewerkers zich zouden laten vaccineren. Voor veel landen waar werknemers van Boskalis moesten werken gold een vaccinatieplicht en bovendien kon op schepen over het algemeen de afstand van 1,5 meter om besmetting te voorkomen, moeilijk in acht worden genomen. Boskalis zond alleen medewerkers uit die gevaccineerd waren. Boskalis heeft toegelicht dat haar belang bij een zo hoog mogelijke vaccinatiegraad dan ook tweeledig was, te weten 1) het belang van de veiligheid en gezondheid van haar werknemers en 2) de continuïteit van de activiteiten van Boskalis in het buitenland. Boskalis had haar werknemers tot tweemaal toe opgeroepen om zich te laten vaccineren, waarvan de eerste keer ongeveer een maand (te weten op 15 september 2021) voor het gesprek tussen [appellante] en [bestuursvoorzitter] (te weten op 20 oktober 2021).

6.10. Gegeven het hiervoor geschetste belang van Boskalis bij een zo hoog mogelijke vaccinatiegraad en gelet op de functie van [appellante] (die als directeur SHE-Q verantwoordelijk was voor het uitdragen van het veiligheidsbeleid van Boskalis), had het op de weg van [appellante] gelegen om [bestuursvoorzitter] niet tussen neus en lippen door op 20 oktober 2021, maar eerder, in ieder geval voor de oproep tot vaccinatie van 15 september 2021, en uit eigener beweging te informeren over haar vaccinatiestandpunt. Door dit na te laten, heeft [appellante] onvoldoende besef getoond dat haar standpunt ten aanzien van vaccineren – gelet op haar functie als directeur SHE-Q – niet om het even was. Integendeel, zij had zich moeten realiseren dat het problematisch is wanneer Boskalis met het oog op haar bedrijfsbelangen en de veiligheid haar werknemers oproept tot vaccinatie maar de directeur SHE-Q daar geen of althans alleen voorwaardelijk (wachten op een eiwitvaccin dan wel alleen als het in de toekomst noodzakelijk voor de functie is) gehoor aan wil geven. Bovendien had [appellante] haar bezwaren tegen vaccinatie, naar later bleek, wel al op 14 juli 2021 aan haar managementteam laten weten (“*Zelf ben ik echt, nog steeds, een principieel weigeraar.*”). Met Boskalis is het hof van oordeel dat Boskalis van haar mocht verlangen dat zij als directeur SHE-Q op het gebied van veiligheid binnen Boskalis voor de troepen uit zou lopen, in die zin dat zij aan het veiligheidsbeleid richting zou geven en pro-actief haar van dat beleid afwijkende standpunt allereerst met [bestuursvoorzit-

ter] zou hebben gedeeld en bij hem bespreekbaar zou maken wat daarvan de consequenties konden zijn voor het veiligheidsbeleid van Boskalis en haar functioneren als directeur SHE-Q. Zij heeft – door over haar vaccinatiestandpunt niet van meet af aan openheid van zaken richting [bestuursvoorzitter] te geven – de hiervoor genoemde belangen van Boskalis onvoldoende voor ogen gehouden.

6.11. [appellante] heeft zich in dit verband op het standpunt gesteld dat zij bereid was zich te laten vaccineren indien en voor zover het voor haar functie nodig zou zijn om gevaccineerd te zijn. Volgens haar was dat ten tijde van het gesprek van 20 oktober 2021 nog niet het geval, omdat zij hoofdzakelijk thuis werkte en niet hoefde te reizen. Met dit standpunt miskent [appellante] dat zij het boegbeeld was van het veiligheids- en gezondheidsbeleid van Boskalis. Met Boskalis is het hof van oordeel dat onder dat beleid ook de vaccinatieoproep van Boskalis aan haar medewerkers valt en dat het vaccinatiestandpunt van [appellante] niet verenigbaar is met dit beleid. Niet relevant is of voor de feitelijke uitoefening van haar functie nodig was dat [appellante] gevaccineerd was. Het hof acht het om die reden goed voorstelbaar dat [bestuursvoorzitter] van meet af aan op de hoogte had willen zijn van het standpunt van [appellante] en daarover niet verrast wilde worden. Dan had (bijvoorbeeld) ook de vraag op tafel kunnen liggen of [appellante] – gegeven haar vaccinatiestandpunt – haar functie nog kon uitoefenen en of het nodig was dat zij al dan niet tijdelijk een andere functie zou kunnen vervullen. Ter zitting is namens Boskalis toegelicht dat dit ten tijde van het gesprek tussen [appellante] en [bestuursvoorzitter] op 20 oktober 2021 een gepasseerd station was. Het is begrijpelijk dat Boskalis op dat moment meende dat er een verstoring van de arbeidsverhouding tussen partijen was ontstaan. [appellante] had immers – zoals hiervoor ook aan de orde is gekomen – op dat moment in haar eigen team al gecommuniceerd dat zij een principieel weigeraar was, terwijl Boskalis haar medewerkers op dat moment bovendien al tot twee keer toe had opgeroepen zich te laten vaccineren.

6.12. Het is echter voorbarig en niet in overeenstemming met goed werkgeverschap dat Boskalis vervolgens uitsluitend heeft aangestuurd op de beëindiging van de arbeidsovereenkomst met [appellante]. Boskalis had, zoveel mogelijk in samspraak met [appellante], ook op dat moment

nog maatregelen die minder ver gaan kunnen overwegen, zoals tijdelijke overplaatsing of herplaatsing in een andere functie. Echter, het gegeven dat Boskalis na de gesprekken van 20 en 21 oktober 2021 op de beëindiging van de arbeidsovereenkomst heeft aangestuurd, kan niet los worden gezien van de omstandigheid dat [appellante] aanvankelijk is meegegaan in de onderhandelingen over een beëindigingsregeling en het voorleggen van de zaak aan de kantonrechter (“Indien we niet tot een akkoord kunnen geraken, dan lijkt het me zorgvuldig dat een kantonrechter zich hierover buigt, zeker gezien de momenteel mis-sende referentie voor onze casus in Nederland” in haar e-mail van 4 november 2021, zie onder 3.10 hierboven) en zich pas later heeft bedacht. Nadien (na ongeveer 1,5 maand) heeft Boskalis een verzoekschrift tot ontbinding ingediend. Dit verzoekschrift is na een mondelinge beschikking van de kantonrechter weer ingetrokken. Vervolgens heeft er mediation plaatsgevonden, is aan [appellante] een substantiële beëindigingsvergoeding aangeboden en is opnieuw, ongeveer een jaar nadat de verhouding verstoord is geraakt, een ontbindingsverzoek ingediend. Gedurende deze tijd heeft Boskalis het loon van [appellante] doorbetaald. Tegen deze achtergrond is het hof van oordeel dat Boskalis wel een verwijt gemaakt kan worden door aan te sturen op de beëindiging van de arbeidsovereenkomst kort na 21 oktober 2021, maar acht het deze handelwijze niet *ernstig* verwijtbaar.

6.13. [appellante] heeft verder betoogd dat de e-mail van 5 november 2021 (zie hiervoor onder 3.13) zonder overleg met haar is verzonden en dat dit eveneens ernstig verwijtbaar is. In die e-mail is aan de afdeling van [appellante] kenbaar gemaakt dat zij en [HR director] in gesprek zijn om tot een afscheid te komen, dat zij is vrijgesteld van werk en dat een collega de honneurs waarneemt.

6.14. Aan [appellante] kan worden toegegeven dat het beter was geweest als de berichtgeving aan haar afdeling in samenspraak met haar tot stand zou zijn gekomen, maar ook op dit punt is van ernstig verwijtbaar handelen door Boskalis geen sprake. In die e-mail worden geen onwaarheden vermeld en het hof acht de inhoud niet beschadigend voor de goede naam van [appellante]. Uit de bewoordingen dat het vaccinatiestandpunt van [appellante] “een compleet functioneren in haar functie onmogelijk maakt”, moet worden begrepen dat Boskalis van mening is dat het vaccinatie-

standpunt van [appellante] niet te verenigen is met haar functie, niet dat [appellante] (tot dan toe) niet goed zou hebben gefunctioneerd. Het hof acht het begrijpelijk dat Boskalis het noodzakelijk achtte dat de afdeling van [appellante] op de hoogte werd gesteld over haar afwezigheid.

6.15. Gelet op het voorgaande acht het hof de hiervoor besproken handelwijze van Boskalis noch afzonderlijk, noch in onderlinge samenhang bezien, ernstig verwijtbaar. De grieven 2 tot en met 8 zijn tevergeefs voorgesteld. In het midden blijven of tijdens het gesprek van 20 oktober 2021 is gesproken over de vraag of sollicitanten gevaccineerd moesten zijn. [appellante] heeft geen belang bij beoordeling van grief 1.

6.16. Het hof komt aan het bewijsaanbod van Boskalis niet toe. Er zijn geen feiten gesteld die, indien bewezen, tot een ander oordeel leiden.

Conclusie en proceskosten

6.17. De conclusie is dat het hoger beroep van [appellante] niet slaagt. Daarom zal het hof de beschikking van de kantonrechter bekrachtigen. Grief 9 slaagt om die reden ook niet. Het hof zal [appellante] als de in het ongelijk gestelde partij veroordelen in de proceskosten van het hoger beroep.

7. Beslissing

Het hof:

- bekrachtigt de beschikking van de kantonrechter Rotterdam van 31 januari 2023;
- veroordeelt [appellante] in de kosten van het geding, aan de zijde van Boskalis tot op heden begroot op € 5.689,- aan griffierecht en € 2.428 aan salaris advocaat (2 punten x tarief II);
- verklaart deze beschikking ten aanzien van de proceskostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

NOOT

‘Boskalis mag directeur gezondheid ontslaan na weigering vaccinatie’ was een van de koppen in de krant na de uitspraak van de kantonrechter (ECLI:NL:RBROT:2023:713) in de onderhavige zaak. Dit is een samenvatting van de uitspraak die te kort door te bocht is maar mijns inziens is de uitkomst van deze zaak dat ook. Complicerende factor is dat de werkneemster zich niet tegen de ontbinding verzette, zodat de enige vraag die

voorstel was of een billijke vergoeding verschuldigd was. Bij de beantwoording van de vraag of het handelen van de werkgever ernstig verwijtbaar was, wordt er mijns inziens (te) weinig aandacht besteed aan de vraag of Boskalis wel zo verantwoordigd mocht reageren op het vaccinatiestandpunt van werkneemster en het feit dat ze dit vaccinatiestandpunt niet eerder had gedeeld met de bestuursvoorzitter. Complicerende factor hierbij is dat – voor zover dit uit de uitspraken van de kantonrechter en het hof kan worden opgemaakt – de werkneemster geen beroep op de grondrechten heeft gedaan. Had ze dit wel gedaan, dan was bij de beoordeling van de ernstige verwijtbaarheid van de werkgever ook het volgende van belang geweest.

Tot 13 september 2021 stelde de Autoriteit Persoonsgegevens (AP) zich op het standpunt dat een werknemer zijn of haar werkgever niet hoeft te vertellen of hij of zij een coronavaccinatie heeft gehad. Een werkgever mag er niet eens naar vragen, vond de AP. Na de persconferentie van 13 september 2021 veranderde het standpunt van de overheid en werd het uitgangspunt dat een werkgever mocht vragen of een werknemer gevaccineerd is. De werkgever mocht echter niet vastleggen welk antwoord de werknemer had gegeven. De werknemer hoeft bovendien op de vraag van de werkgever geen antwoord te geven. Dat de werkgever het antwoord van de werknemer niet mocht vastleggen, was erin gelegen dat het hier een gezondheidsgegeven betreft. Voor gezondheidsgegevens geldt kort gezegd op grond van de Algemene verordening gegevensbescherming dat deze niet zonder wettelijke uitzonderingsgrond door een werkgever mogen worden verwerkt.

Als met voorgaande privacy-achtergrond naar de zaak wordt gekeken, kunnen vraagtekens worden gezet bij de eis die door Boskalis werd gesteld dat werkneemster uit eigener beweging haar vaccinatiestandpunt – namelijk dat zij zich niet wilde vaccineren en dus niet gevaccineerd was – had moeten melden. Feitelijk komt dit standpunt mijns inziens neer op een gezondheidsgegeven: werkneemster is niet gevaccineerd en is ook (nog) niet voornemens dat te gaan doen. Op grond van het standpunt van de overheid mocht Boskalis vragen of werkneemster gevaccineerd was maar werkneemster hoeft hier geen antwoord op te geven. Mijns inziens gaat het in dat licht te ver om van de werkneem-

ster te vragen uit eigener beweging hier openheid van zaken over te geven én er verregaande consequenties aan te verbinden als ze dat niet doet. Sterker nog, Boskalis verwachtte van de werkneemster dat ze als directeur Corporate Safety, Health, Environment & Quality (SHE-Q) het veiligheidsbeleid van Boskalis zou uitdragen. Het hof is met Boskalis van oordeel dat 'Boskalis van haar mocht verlangen dat zij als directeur SHE-Q op het gebied van veiligheid binnen Boskalis voor de troepen uit zou lopen (...)'. Het is echter maar de vraag of dit van een werknemer mag worden verlangd als het beleid dermate diep ingrijpt in het privéleven van de werknemer.

De drang die Boskalis op haar werknemers in het algemeen uitoefende om zich te laten vaccineren en op werkneemster in het bijzonder om zich te laten vaccineren maar ook om het veiligheidsbeleid actief uit te dragen, kan worden gezien als een inbreuk op de lichamelijke integriteit en op de persoonlijke levenssfeer. Uit de zaak die bij de voorzieningenrechter te Amsterdam speelde over kandidaat vliegers bij KLM («JAR» 2022/149) volgt bijvoorbeeld dat het vragen naar en het eisen van een vaccinatie een niet gerechtvaardigde inbreuk oplevert van de grondrechten van de – in deze zaak – kandidaat vliegers. Een dergelijke inbreuk kan onder omstandigheden gerechtvaardigd zijn waarbij moet worden gekeken naar het legitieme doel, of het middel om dat doel te bereiken geschikt is en of wordt voldaan aan het proportionaliteits- en subsidiariteitscriterium (vgl. bijvoorbeeld «JAR» 2007/250 (*Hyatt I*)). Het hof gaat wel in op het belang van Boskalis op een zo hoog mogelijke vaccinatiegraad maar de vraag of sprake is van een inbreuk op voornoemde grondrechten komt niet aan de orde.

Deze drang volgt ook uit het feit dat Boskalis in de berichtgeving over de afwezigheid van werkneemster expliciet heeft benoemd dat haar vertrek gelegen was in 'haar persoonlijke visie op het vaccineren tegen het COVID-virus'. Hier van zegt het hof wel dat het 'beter was geweest als de berichtgeving (...) in samenspraak met haar tot stand was gekomen' maar vindt dit geen ernstig verwijtbaar handelen. Wederom komt niet aan de orde of ook door deze berichtgeving geen inbreuk wordt gemaakt op de grondrechten van de werkneemster.

Ten slotte komt bij het verwijt van de werkgever dat – en dat komt in de uitspraak van de kantonrechter wel naar voren maar in het arrest van het

hof niet – werknemster haar bedenkingen tegen vaccinatie deelde en dat niet had mogen doen in haar rol als Director SHE-Q, ook de vrijheid van meningsuiting nog in het geding. Boskalis had in eerste aanleg namelijk aangevoerd dat werknemster haar bedenkingen tegen vaccinatie niet alleen intern met haar eigen team had gedeeld, maar ook extern, onder andere via LinkedIn, had geopenbaard. Op LinkedIn had zij namelijk een instemmend commentaar geplaatst onder een artikel dat vaccineren als strategie ter bestrijding van het coronavirus in twijfel trok. Hier wordt echter door kantonrechter en hof niet op ingegaan.

Kort en goed, vanuit het perspectief van de bescherming van grondrechten valt er van alles over de betreffende zaak te zeggen. Het is – vooral voor de werknemster – een gemiste kans dat deze aspecten niet aan de orde zijn gekomen.

mr. I.J. de Laat
advocaat bij Rutgers & Posch

106

Recht op loon tijdens arbeidsongeschiktheid die pas na een half jaar is vastgesteld

Gerechtshof Den Haag
20 februari 2024, nr. 200.328.394/01,
ECLI:NL:GHDHA:2024:275
(mr. Ruizeveld, mr. Thiessen, mr. Sick)

Arbidsongeschiktheid. Geen ziekmelding. Ex tunc-toetsing. Deskundigenoordeel UWV.

[BW art. 7:628, 7:629, 7:629a]

De werknemer heeft vanwege persoonlijke omstandigheden twaalf jaar niet gewerkt. Een vriend biedt hem vervolgens aan om als onderhoudsmonteur in dienst te treden bij het bedrijf waar deze vriend bestuurder is. De werknemer krijgt een voltijds arbeidsovereenkomst voor de duur van zeven maanden. Na drie maanden neemt de werknemer een paar dagen vrij en belt hij de bestuurder huilend op. Enkele dagen later laat de vriendin van de werknemer aan de werkgever weten dat hij ingestort is. Vanaf dat moment verricht de werknemer geen werkzaamheden

meer en krijgt hij niet betaald. In deze procedure vordert de werknemer loon over de resterende contractperiode, de aanzegvergoeding en de transitievergoeding. In reconventie vordert de werkgever een vergoeding voor niet-ingeleverde spullen. De kantonrechter (ECLI:NL:RBROT:2023:2571) kent de transitievergoeding toe en wijst de overige vorderingen af, bij gebreke van stukken van een deskundige (arts) waaruit blijkt dat de werknemer ziek was. Omdat hij ter zitting de meeste bedrijfseigendommen alsnog inlevert, worden de vorderingen van de werkgever grotendeels afgevoerd.

Het hof veroordeelt de werkgever alsnog tot betaling van het achterstallig loon tijdens ziekte. Dat de werknemer zich niet op de voorgeschreven wijze heeft ziekgemeld, staat hieraan niet in de weg (vgl. hof Den Haag 22 april 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:1294). Wel vereist art. 7:629a lid 1 BW een verklaring van het UWV waaruit blijkt van de verhindering om de bedongen arbeid te verrichten. Het deskundigenoordeel dateert van zeven maanden na de betwiste ziektedatum, maar dat staat in dit geval aan de bruikbaarheid niet in de weg. De deskundige motiveert genoegzaam dat de werknemer op het moment van uitval niet geschikt was voor zijn eigen werk en betreft daarbij de lange medische voorgeschiedenis en het grote contrast met voltijds werken. Anders dan de werkgever meent, staat een ex tunc-toetsing niet in de weg aan de mogelijkheid om (alsnog) bewijsmiddelen aan te dragen van feiten en omstandigheden die zich hebben voorgedaan vóór de beslissing in eerste aanleg. Een beoordeling ex tunc ontnemt aan partijen niet de herkansingsmogelijkheid van het hoger beroep. De niet-tijdige betaling valt de werkgever beperkt te verwijten; de wettelijke verhoging over vier maanden loon wordt tot 10% gematigd.

NB. In HR 21 februari 2020, «JAR» 2020/106, m.nt. Dempsey, is uitgemaakt dat de toewijzing van een ontbindingsverzoek in eerste aanleg in hoger beroep ex tunc moet worden beoordeeld en dat dit niet afdoet aan de herkansingsfunctie van het hoger beroep. Zo is het ook toegestaan dat een werknemer zich voor het eerst in hoger beroep op het opzegverbod tijdens ziekte beroept, zie HR 19 juli 2019, «JAR» 2019/204, m.nt. Janssen. En bij de beoordeling of de werkgever ten tijde van een Xella-voorstel een gerechtvaardigd belang heeft bij instandhouding van de arbeidsovereenkomst,