

werkzaamheden, en het toezicht en de controle die de werkgever uitoefent op de wijze waarop de werknemer zijn taken uitvoert.⁹⁸

3.1.4. Het hof heeft zijn oordeel dat niet alleen tussen [verweerders] en Swets Spanje, maar ook tussen [verweerders] en SIS een arbeidsbetrekking in de zin van art. 10 IVO bestond, gegrond op zijn vaststelling (i) dat de contracten met Spaanse klanten met SIS werden gesloten, dat de facturatie aan de Spaanse klanten door SIS plaatsvond en dat de facturen rechtstreeks aan SIS werden betaald, en dat Swets Spanje als cost-plus kantoor geen eigen inkomsten ontving, maar maandelijks een kostendekkend bedrag vermeerderd met een cost-plus percentage van SIS ontving, uit welk bedrag de salarissen van [verweerders] en de overige kosten werden betaald, en (ii) dat in het Spaanse vonnis een pathologische bedrijfsgroep is aangenomen vanwege de schijnbaar uiterlijke eenheid, die verwarring omtrent het vermogen en een geïntegreerd en unitair functioneren van beide bedrijfsorganisaties, en dat kan worden uitgegaan van de in het Spaanse vonnis aangenomen verregaande verwevenheid tussen SIS en Swets Spanje. Zonder nadere motivering valt echter niet in te zien dat uit deze omstandigheden volgt dat tussen [verweerders] en SIS een gezagsverhouding bestond met de hiervoor in 3.1.3 genoemde kenmerken. Het onderdeel slaagt dan ook.

3.2. De onderdelen 2 en 3 berusten op het uitgangspunt dat tussen [verweerders] en SIS een arbeidsbetrekking bestond en behoeven daarom geen behandeling.

4. Beslissing

De Hoge Raad:

– vernietigt het arrest van het gerechtshof Amsterdam van 12 november 2019;

– verwijst het geding naar het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden ter verdere behandeling en beslissing;

– veroordeelt [verweerders] in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van de curator begroot op € 2.323,55 aan verschotten en € 2.600,- voor salaris.

194

Ontbinding arbeidsovereenkomst omdat werknemer vaccinatie weigert

Gerecht in Eerste Aanleg van Curaçao
16 juli 2021, nr. CUR202101024,
ECLI:NL:OGEAC:2021:132
(mr. Christiaan)
Noot mr. D. Schwartz

Ontslag op staande voet wegens weigeren zich te laten vaccineren niet rechtsgeldig. Inbreuk op grondrechten. Ontbinding wel toegewezen.

[BW art. 7A:1614d, 7A:1615p sub 8; GW art. 11, 19]

De werknemer is sinds 1 september 2016 bij de werkgever, een op Curaçao gevestigde vennootschap, in dienst als administratief medewerker. Zij werkt op het kantoor in het World Trade Center in een binnenruimte van 25 m² zonder ramen of andere mogelijkheden tot ventilatie. In de ruimte werken drie mensen: de werknemer en twee collega's van respectievelijk 64, 67 en 69 jaar. De werknemer heeft geweigerd om zich te laten vaccineren tegen het COVID-19-virus. Daarop heeft de werkgever haar op staande voet ontslagen. De werknemer heeft de nietigheid van het ontslag ingeroepen. De werkgever verzoekt nu een bevestiging door de rechter dat sprake is van een dringende reden en ontbinding wegens een gewichtige reden.

Het gerecht stelt voorop dat er geen algemene vaccinatieplicht bestaat en dat een dergelijke verplichting ook niet past binnen de arbeidsverhouding. Vaccineren raakt immers het grondrecht van burgers op onaantastbaarheid van het menselijk lichaam (art. 11 Gw) en het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer (art. 19 Gw). In

⁹⁸ Vgl. o.a. HvJEU 3 juli 1986, zaak 66/85, ECLI:EU:C:1986:284 (Lawrie-Blum), punt 18; HvJEU 13 januari 2004, zaak C-256/01, ECLI:EU:C:2004:18 (Allonby), punt 72; HvJEU 4 december 2014, zaak C-413/13, ECLI:EU:C:2014:2411 (FNV Kunsten Informatie en Media), punten 36 en 37; HvJEU 10 september 2015, zaak C-47/14, ECLI:EU:C:2015:574 (Holterman Ferho Exploitatie), punten 46-47; en HvJEU 20 november 2018, zaak C-147/17, ECLI:EU:C:2018:926 (Sindicatul Familia Constanța e.a.), punt 45.

onderhavige zaak is sprake van een indirecte verplichting tot vaccineren, omdat het zich niet laten vaccineren tot ontslag leidt. Niet gebleken is dat deze inbreuk gerechtvaardigd is. Weliswaar vormt de wettelijke verplichting van de werkgever om zijn medewerkers en derden zoveel mogelijk te beschermen tegen het risico op COVID-19 een legitiem doel, maar in dit geval is sprake van een beperkt blootstellingsrisico, nu slechts gedurende een beperkt aantal uren per dag door de werknemer en één collega samen op kantoor wordt gewerkt. De werkgever heeft bovendien niet overlegd met de werknemer over alternatieve mogelijkheden. Dat had wel voor de hand gelegen, nu de werkgever inmiddels de huur van de ruimte in het WTC heeft opgezegd en het werk vanuit de privéwoning van een van de collega's gedaan zal worden. Het ontslag op staande voet is daarom niet rechtsgeldig. Wel is er reden voor ontbinding, nu de verhouding tussen partijen door het verschil van mening over vaccinatie ernstig verstoord is geraakt en de werkgever de vrijheid heeft om maatregelen te treffen tegen het COVID-19-risico. Aan de werknemer komt wel een vergoeding toe van Naf 3.000.

NB. Het gerecht van Curaçao heeft de primeur met een uitspraak over het al dan niet bestaan van een vaccinatieplicht. Dit wil niet zeggen dat de rechter in Nederland op dezelfde wijze zou oordelen. In het Caribisch deel van het Koninkrijk kan de afweging of een inbreuk op grondrechten van een werknemer gerechtvaardigd is, anders uitvallen dan wellicht in Nederland het geval was geweest (vgl. Hyatt I, «JAR» 2007/250 en Hyatt II, «JAR» 2019/314, m.nt. Hogewind). Uiteindelijk zullen de omstandigheden van het geval vermoedelijk bepalend zijn. Zie over de vaccinatieplicht ook EHRM, «JAR» 2021/126, m.nt. Schwarz.

De naamloze vennootschap Century Trust Curaçao N.V. te Curaçao,
verzoekster,
verschenen bij haar bestuurder mr. A.C.A. Gonzales,
tegen
[verweester] te Curaçao,
verweester,
gemachtigden: mrs. B.L. Lie Atjam en J. Leito.

1. Het procesverloop
(...)

2. De feiten

2.1. [[naam] is bestuurder van Century.

2.2. [[verweester] is sinds 1 september 2016 in dienst van Century. Zij is werkzaam in de functie van administratief medewerker, laatstelijk tegen een salaris van Naf 2.300 bruto per maand.

2.3. [[verweester] is werkzaam in het kantoor van Century in het World Trade Center ("WTC"). Het kantoor betreft een binnenruimte van 25 m² zonder ramen of andere mogelijkheden tot ventilatie. Het kantoor heeft drie vaste werkplekken, welke in ieder geval bezet worden door [verweester] en een andere medewerkster [naam 1] ("naam 1"). Zowel [naam 1] als een parttime medewerkster ("naam 2") zijn niet op vaste tijden in het kantoor aanwezig.

2.4. In een e-mail wisseling tussen Century en [verweester] is onder meer het volgende opgenomen:

"5/4/2021, Century ([naam 3]), aan [verweester]: (...) Wij kunnen het risico niet nemen dat jij ons besmet omdat jij nog niet bent ingeënt.

In ons telefoongesprek van zojuist heb jij mij medegedeeld dat "abo ainda no ta convensie".

Ik heb jou medegedeeld dat als jij niet inent, wij onze werkrelatie om reden van het covid – risico dat jij dan meebrengt in ons kleine WTC kantoor moeten gaan beëindigen.

Denk er dus goed over na. (...)

6/4/2021, [verweester] aan Century:

Mi ta konfirma di a risibi email de [naam 3] dia 5 di april 2021. (...)

Mi a tuma mi desishon di tog no bai tuma e bakuna. (...)

Ya mi ta na altura kaba di e konsekuensia ku mi desishon ta bini kune. (...)

6/4/2021, Century ([naam]), aan [verweester]:

(...) Awor aki mi ke reakshona riba bo email.

Mi no ta akseptá bo desishon pa bo tuma ontslag. Lo mi ke sinta papia ku bo manera dos hende grandi.

6/4/2021, [verweester] aan Century:

(...) Mi no sa ku kisas mi a kompronde robes, pero pa ta mas duidelijk di mi banda, ami personalmente no ta tumando ontslag. (...)

No ta ami a bisa ku mi ta kita for di trabou.

"Ik heb jou medegedeeld dat als jij niet inent, wij onze werkrelatie om reden van het covid – risico dat jij dan meebrengt in ons kleine WTC kantoor moeten gaan beëindigen."

Mi ta dispuesto na dialoga."

2.5. Op 7 april 2021 heeft Century een ontslaan- zeggings aan [verweerster] gedaan wegens dringende reden ex. artikel 7A:1615o van het Burgerlijk Wetboek (BW). In die aanzegging is het volgende opgenomen:

“In onze kleine kantoorruimte in het WTC van slechts 25 vierkante meter waarin zowel jij als [naam 1] en binnenkort ook [naam 2] vrijwel dagelijks weer moeten samenwerken, zonder open ramen of eigen ventilatie, is het met het oog op de gezondheid van jouzelf (leeftijd 25 jaar), van [naam 1] (leeftijd 69 jaar), [naam 2] (leeftijd 67 jaar) en die van [naam 3] (leeftijd 64 jaar) niet verantwoord nog langer fysiek met jou samen te moeten werken.

Aangezien samenwerking via het internet of anderszins niet tot de mogelijkheden behoort kan ik als bestuurder en vertegenwoordiger van jouw werkgever <Century> met pijn in mijn hart niet anders besluiten en jou bij deze mededelen dat jouw arbeidsovereenkomst met <Century> wegens de hiervoor vermelde dringende reden per direct tot een einde is gekomen.

<Century> zal jou (i) onder voorbehoud van alle rechten, (ii) onverplicht en (iii) buiten overeenkomst tot en met 30 juni 2021 je netto maandsalaris doorbetalen. Ik zal een getuigenschrift voor je maken en dit binnenkort per mail versturen.

Ik verzoek je de CTrust laptop en alles wat daarbij hoort alsmede de sleutels van het WTC kantoor en mogelijke andere spullen van kantoor op afspraak aan [naam 1] te overhandigen.”

2.6. Per e-mail van 7 april 2021 bevestigt [verweerster] de ontslaan- zeggings te hebben ontvangen en deelt mede dat zij daarop spoedig zal reageren. Dit heeft zij per brief van 9 april 2021 gedaan, waarin zij de nietigheid van het door Century gegeven ontslag inroept wegens het ontbreken van een dringende reden.

3. Het geschil

3.1. Century verzoekt – na aanvulling –:

- te bevestigen dat Century de arbeidsovereenkomst met [verweerster] op 7 april 2021 op goede gronden en terecht wegens dringende- en onverwijld medegedeelde reden heeft beëindigd;
- de arbeidsovereenkomst tussen partijen alsnog per direct te ontbinden, op grond van gewichtige reden, zonder toekenning van enige vergoeding aan [verweerster];
- met veroordeling van [verweerster] tot teruggave aan Century van de laptop en de overige toebe-

horen, op straffe van een dwangsom van Naf 100 per dag tot een maximum van Naf 3.000;

- met veroordeling van [verweerster] in de proceskosten.

3.2. Ter onderbouwing van het verzoek stelt Century – samengevat – dat [verweerster] zich, ook na aandringen van Century, niet wil laten inenten met een vaccin tegen het Covid 19-virus. Zij brengt daardoor het risico van Covid besmetting met zich mee voor de overige werknemers van Century alsmede voor overige bij Century betrokken personen. Aldus komt [verweerster] haar zorgverantwoordelijkheid niet na en levert zij een ernstig gevaar voor zichzelf en voor anderen op (artikel 7A:1615p sub 8 BW).

3.3. [[verweerster] heeft gemotiveerd verweer gevoerd.

3.4. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4. De beoordeling

4.1. Het gaat in deze zaak in de kern om de vraag of een werkgever zijn werknemer direct of indirect kan verplichten zich te laten vaccineren tegen Covid-19. In het verlengde daarvan ligt de vraag voor of de weigering van een werknemer om zich te laten vaccineren tegen Covid-19 een dringende reden voor ontslag op staande voet oplevert.

4.2. Century stelt dat de weigering van [verweerster] om zich te laten vaccineren een dringende reden voor ontslag oplevert omdat zij het overige personeel, mede gelet op de beperkte ruimte en de gebrekkige ventilatiemogelijkheden, aan het risico van Covid besmetting blootstelt. [verweerster] voert daartegenover aan dat er geen wettelijke vaccinatieplicht is en dat Century in strijd handelt met haar (grond)recht op eerbiediging van haar persoonlijke levenssfeer en lichamelijke integriteit.

4.3. Het gerecht stelt in de beoordeling het volgende voorop. Een algemene vaccinatieplicht bestaat niet en dergelijke verplichtingen passen evenmin binnen de arbeidsverhouding. Vaccineren raakt immers het grondrecht van burgers op onaantastbaarheid van het menselijk lichaam (art. 11 Gw) en het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer (art. 19 Gw). Werkgevers dienen deze grondrechten van hun werknemers te respecteren (HR 14 september 2007, NJ 2008/334; Dirksz / Hyatt I). Een inbreuk op een grondrecht door de werkgever kan onder omstandigheden echter gerechtvaardigd zijn. Daartoe is

van belang dat de handeling die inbreuk maakt een legitiem doel dient en/of de handeling een geschikt middel is om dat doel te bereiken (noodzakelijkheid). Daarnaast moet beoordeeld worden of de inbreuk evenredig is in verhouding tot het belang van de werkgever bij het bereiken van het beoogde doel (proportionaliteit) en moet het doel niet ook op een minder ingrijpende wijze kunnen worden bereikt (subsidiariteit).

De werkgever heeft de wettelijke verplichting om zijn werknemers én derden op de werkplek zo veel mogelijk te beschermen tegen een Covid-19 besmetting. Deze verantwoordelijkheid van de werkgever kan meewegen bij de beoordeling of sprake is van een legitiem doel om inbreuk te maken op de grondrechten van een werknemer.

4.4. Century heeft [verweerster] verzocht zich te laten vaccineren tegen het Covid-19 virus. Aan haar weigering om zich te (laten) vaccineren heeft Century vervolgens de negatieve consequentie van ontslag verbonden. Aldus is sprake van een indirecte verplichting tot vaccineren (vaccinatiedrang) omdat de beslissingsruimte c.q. keuzevrijheid van de werknemer wordt ingeperkt. Dat levert een inbreuk op de grondrechten van [verweerster] op. Naar het oordeel van het gerecht is niet gebleken van omstandigheden die maken dat die inbreuk in het onderhavige geval gerechtvaardigd is. Daartoe geldt het volgende. Uit het verhandelde ter zitting is gebleken dat het kantoor van Century in het WTC in beginsel enkel een beperkt aantal uren per dag bezet was door zowel [verweerster] als [naam 1]. Dat betekent dat het blootstellingsrisico in het kantoor in het WTC beperkt was in de tijd en in het aantal personen. Voorts is gebleken dat de werkzaamheden van [verweerster] en [naam 1] zich grotendeels beperkten tot het verwerken van gegevens achter de computer en dat het bezoek door derden aan het kantoor minimaal was. Deze bedrijfsvoering en wijze van werken levert in het onderhavige geval, zonder nadere onderbouwing, die ontbreekt, geen legitiem doel op om inbreuk te maken op de grondrechten van [verweerster]. Met [verweerster] is voorts geen overleg gevoerd over noch is er samen gekeken naar de mogelijkheden om bij voortzetting van de werkzaamheden het besmettingsrisico te beperken. Dat overleg had in dit geval temeer voor de hand gelegen nu ter zitting is gebleken dat Century de huurovereenkomst met het WTC inmiddels heeft beëindigd en zij haar bedrijfsvoering vanuit de privéwoning in andere

vorm zal voortzetten. Door een dergelijk overleg achterwege te laten kan niet worden beoordeeld of het doel niet ook op een minder ingrijpende wijze had kunnen worden bereikt.

4.5. In aanvulling op het voorgaande geldt dat een ontslag op staande voet als *ultimum remedium* moet worden beschouwd, bedoeld voor daden, eigenschappen of gedragingen van de werknemer (dringende reden), die ten gevolge hebben dat van de werkgever redelijkerwijze niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. Daaronder kan zonder wettelijke vaccinatplicht niet worden geschaard de weigering tot vaccineren. Dit betreft immers een dermate grote inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van de werknemer dat in de regel niet gezegd kan worden, bijzondere omstandigheden daargelaten, dat een dergelijke weigering tot een dringende reden leidt. Zeker niet gezien voornoemde omstandigheden in de onderhavige zaak. Het aan [verweerster] verleende ontslag op staande voet is daarom nietig. Ingevolge artikel 7A:1614d BW heeft [verweerster] dan ook recht op loon, nu zij de overeengekomen arbeid niet heeft verricht door een oorzaak die voor rekening van Century komt.

4.6. Voor het geval het ontslag op staande voet geen stand zou houden heeft Century verzocht de arbeidsovereenkomst te ontbinden wegens een verandering van omstandigheden vanwege een gewijzigde bedrijfsvoering als hiervoor genoemd. In die nieuwe werkwijze, en werkomgeving past [verweerster] niet. De ruimte in de privéwoning is beperkt en het werk is zodanig afgenomen dat zij met een parttimer beter uit de voeten kan. Het helpt niet dat [verweerster] onder niveau presteerde, Century haar langere tijd het hand boven het hoofd heeft gehouden, maar dat nu niet meer op kan brengen gelet op de situatie die is ontstaan. Het weigeren te vaccineren ervaart Century ook als een vorm van verraad na alles wat zij voor [verweerster] heeft gedaan.

4.7. [[verweerster] heeft ter zitting aangevoerd zich niet te herkennen in de kritiek op haar functioneren. Zij heeft altijd haar best gedaan. Ze erkent dat Century haar veel kansen en mogelijkheden heeft gegeven en dat haar beslissing om zich niet te laten vaccineren de verhoudingen wel heeft verstoord. Dat maakt samenwerken in de thuisomgeving van [naam] niet gemakkelijk.

4.8. Gelet op het voorgaande moet al met al de conclusie zijn dat de Covid-19 pandemie op meerdere fronten de verhoudingen op scherp zet.

Het recht van de werknemer op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer en lichamelijke integriteit kan haaks staan op het belang van de werkgever om zichzelf, zijn werknemers en derden op de werkvloer tegen besmetting te beschermen. De omstandigheden kunnen met zich meebrengen dat voortzetting van de arbeidsrelatie niet meer haalbaar is. Naar het oordeel van het gerecht is daarvan in het onderhavige geval sprake.

4.9. Bij [naam] (en [naam 1]) leeft een oprechte angst voor Covid-19 besmetting. Die angst gaat zo ver dat op basis daarvan de gehele bedrijfsvoering is aangepast. De angst voor contact met een niet-gevaccineerde en het daaraan verbonden risico op besmetting ligt mede aan de door Century doorgevoerde veranderingen ten grondslag. Dat voortzetting van de arbeidsrelatie met [verweerster] daar niet in past ligt dan ook in de risicosfeer van Century. Zonder nadere toelichting van een deskundige kan niet zonder meer in rechte worden vastgesteld of de gestelde risico's ook daadwerkelijk aanwezig zijn. Desalniettemin is voldoende gebleken dat Century heeft gemeend voornoemde maatregelen te moeten treffen ter beperking van de blootstellingsrisico's en dat voortzetting van de arbeidsrelatie onder die omstandigheden voor haar onmogelijk is. Dat is een vrijheid die Century toekomt. Century heeft daarmee haar belang bij ontbinding van de arbeidsrelatie voldoende aangetoond.

4.10. Daar staat tegenover dat ontbinding van de arbeidsrelatie vergaande consequenties heeft voor [verweerster]. [verweerster] is een alleenstaande moeder, die recent is bevallen van haar tweede kind en die tevens de zorg heeft voor haar zieke moeder. Een bestendig inkomen is voor [verweerster] van essentieel belang. Daar staat tegenover dat [verweerster] jong is en de afgelopen vijf jaren een gedegen opleiding heeft genoten binnen Century. Dat maakt haar aantrekkelijk voor de arbeidsmarkt, ondanks de slechte economische omstandigheden.

4.11. Het gerecht komt tot de slotsom dat voldoende aannemelijk is geworden dat sprake is van een verandering in de omstandigheden die tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst dient te leiden. De arbeidsovereenkomst zal met ingang van 1 augustus 2021 worden ontbonden. Het komt het gerecht met het oog op de hiervoor onder 4.9. en 4.10. genoemde omstandigheden van het geval billijk voor om aan [verweerster] een aanvullende vergoeding toe te kennen van NAF

7.500 bruto. Op deze vergoeding komt in mindering de uitkering die [verweerster] eventueel toe komt ingevolge de Cessantia-landsverordening. Omdat aan [verweerster] een vergoeding wordt toegekend zal Century in de gelegenheid worden gesteld het verzoek in te trekken.

4.12. [[verweerster] wordt, nu zij dat niet heeft betwist, veroordeeld tot teruggave aan Century van de laptop en de overige toebehoren per einde dienstverband, op straffe van een dwangsom van NAF 100 per dag tot een maximum van NAF 3.000.

4.13. In de omstandigheden van het geval vindt het gerecht aanleiding de proceskosten te compenseren ten aanzien van beide vorderingen.

5. De beslissing

Het gerecht:

5.1. verklaart het aan [verweerster] door Century op 7 april 2021 verleende ontslag nietig;

5.2. veroordeelt Century tot betaling aan [verweerster] van het overeengekomen loon totdat de arbeidsovereenkomst oprechtsgeldige wijze zal zijn beëindigd;

5.3. stelt Century in de gelegenheid tot uiterlijk 25 juli 2021 het verzoek tot ontbinding in te trekken;

Voor het geval het verzoek tot ontbinding niet tijdig wordt ingetrokken

5.4. ontbindt de arbeidsovereenkomst tussen partijen met ingang van 1 augustus 2021;

5.5. kent aan [verweerster] ten laste van Century een vergoeding toe van NAF 7.500 bruto en veroordeelt Century tot betaling van deze vergoeding aan [verweerster];

5.6. veroordeelt [verweerster] tot teruggave aan Century van de laptop en de overige toebehoren uiterlijk per 1 augustus 2021, op straffe van een dwangsom van NAF 100 per dag tot een maximum van NAF 3.000;

Voor het geval het verzoek tot ontbinding wordt ingetrokken als voor het geval dat het niet wordt ingetrokken

5.7. compenseert de proceskosten in die zin dat iedere partij de eigen kosten draagt;

5.8. verklaart deze beschikking uitvoerbaar bij voorraad;

5.9. wijst af het meer of anders verzochte.

NOOT

De eerste uitspraak over de rechtsgeldigheid van het ontslag van een werknemer die weigert zich te laten vaccineren, is zowel een toe- als afwijzing. Het ontslag op staande voet houdt geen stand, maar een verzoek tot ontbinding wordt wel toegewezen. Hoewel dit een uitspraak betreft van de Curaçaose rechter is het leerzaam te bezien welke motivering de rechter aan zijn beslissingen ten grondslag legt en de vraag te stellen of deze zaak eenzelfde uitkomst zou hebben gehad als hij zich in Nederland had afgespeeld. De rechter beoordeelt eerst in hoeverre het grondrecht op onaantastbaarheid van het lichaam (art. 11 Gw) en de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer (art. 19 Gw) in de weg staan aan een ontslag. Hoewel er geen directe verplichting tot vaccinatie bestaat (zeker niet in de arbeidsverhouding), kan het verbinden van negatieve gevolgen aan het weigeren van een vaccinatie toch een inbreuk zijn op de grondrechten van de werknemer (EHRM 8 april 2021, «JAR» 2021/126, m.nt. Schwartz). Een werknemer kan zich daarop in een horizontale verhouding ook beroepen (HR 14 september 2007, «JAR» 2007/250). Een inbreuk kan echter gerechtvaardigd zijn indien het een legitiem doel dient, de handeling die inbreuk maakt een geschikt middel is, de inbreuk evenredig is tot het belang van de werkgever bij het bereiken van het beoogde doel en het doel niet ook op een minder ingrijpende wijze kan worden bereikt.

De rechter oordeelt (terecht) dat de zorgplicht van de werkgever mee kan wegen bij de vraag of sprake is van een legitiem doel (zie ook: A. Olsthoorn & D. Schwartz, 'Een prik-kelbaar onderwerp: vaccinatieplicht voor de werknemer?', *TAP* 2021/2). Bij de toetsing van de legitimiteit van het doel, stelt de rechter vast dat het blootstellingsrisico op de werkvloer klein was, omdat de betrokken werknemster niet vaak tegelijk aanwezig was met de andere werknemer en zij vooral achter de computer zat. Derden kwamen zelden in het kantoor. De conclusie luidt dat er geen sprake is van een legitiem doel om de inbreuk te rechtvaardigen. In de 'mondkapjeszaak' oordeelde de voorzieningenrechter Utrecht echter dat het voorkomen van COVID-19 besmettingen op de werkvloer en het bedrijfsbelang om te voorkomen dat loon moet worden doorbetaald bij ziekte, legiti-

me doelen kunnen vormen voor een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van de werknemer (vzr. Utrecht 13 januari 2021, «JIN» 2021/1, m.nt. Olsthoorn). De verplichting om een mondkapje te dragen is uiteraard een minder vergaande inbreuk dan een vaccinatieverplichting, maar dient hetzelfde doel. Voorts heeft het EHRM recentelijk geoordeeld dat het voorkomen van sociale conflicten op de werkvloer onder omstandigheden ook een legitiem doel kan zijn (HvJ EU 15 juli 2021, ECLI:EU:C:2021:594). Vraagtekens kunnen daarom worden gezet bij het oordeel dat op basis van de feiten van deze zaak geen sprake is van een legitiem doel. Ik denk dat het doel om COVID-19 besmettingen op de werkvloer te voorkomen in principe legitiem is, waarbij dit zelfs nog nader kan worden onderbouwd met het standpunt dat de andere werknemers zich onveilig voelen en derhalve sociale conflicten kunnen en zullen ontstaan. Hoewel het ontslag op staande voet dus stukloopt op de afwezigheid van een legitiem doel, sluit de motivering van de rechter mijns inziens beter aan bij de conclusie dat een ontslag op staande voet niet proportioneel is of de inbreuk niet noodzakelijk is om het doel te bereiken. Die beoordeling blijft echter achterwege. Ten aanzien van subsidiariteit stelt de rechter vast dat de werkgever geen overleg heeft gevoerd om samen te kijken naar een oplossing, terwijl bovendien het gehuurde bedrijfspand op korte termijn zou worden verlaten. Daardoor is niet duidelijk is of aan het subsidiariteitsvereiste is voldaan. Afsluitend constateert de rechter dat het ontslag op staande voet als *ultimum remedium*, behoudens bijzondere omstandigheden, niet mogelijk is voor vaccinatieweigeraars. Dat lijkt mij een juiste conclusie.

Met de beantwoording van de vraag of een inbreuk gerechtvaardigd is, is overigens niet per definitie ook de vraag beantwoord of een ontslag al dan niet rechtmatig is. De rechtmatigheid van de inbreuk moet betrokken worden bij de beoordeling van de ontslaggrond. Bijvoorbeeld bij de vraag of de werknemer hardnekkig weigert te voldoen aan redelijke voorschriften of opdrachten (art. 7:678 lid 2 sub j BW). Daarbij spelen de redenen waarom de werknemer weigert ook een rol (HR 30 oktober 2015, «JAR» 2015/298). In deze uitspraak komen die redenen echter niet naar voren, terwijl die mijns inziens wel van belang zijn. De arbeidsovereenkomst wordt uiteindelijk ontbonden op grond van gewijzigde omstandighe-

den. Hoewel wij die ontbindingsgrond sinds de Wwz niet meer kennen, zijn de overwegingen ook in het licht van de g- of h-grond interessant. Ik vraag mij af of de rechter naar Nederlands arbeidsrecht tot dezelfde conclusie zou zijn gekomen. Ten eerste mis ik in de overwegingen toetsing van de rechtmatigheid van de inbreuk op de grondrechten van de werkneemster. Van een inbreuk is immers evenzeer sprake bij beëindiging van de arbeidsovereenkomst op andere gronden dan ontslag op staande voet. De sanctie die de werkgever oplegt (of de ontslaggrond die hij kiest) speelt mijns inziens geen rol bij de legitimiteit van het doel. De rechter heeft al bij de beoordeling van het ontslag op staande voet geoordeeld dat geen sprake was van een legitiem doel. In mijn ogen kan een wijziging van ontslaggrond niet tot gevolg hebben dat een niet-legitiem doel wel legitiem wordt. Als de rechter de motivering had doorgetrokken had hij ook hier tot de conclusie moeten komen dat de inbreuk niet gerechtvaardigd was.

Op zich draagt de werkgever steekhoudende belangen aan die een inbreuk op het grondrecht van de werkneemster onder omstandigheden zouden kunnen rechtvaardigen. In het kader van subsidiariteit mis ik in de uitspraak echter in hoeverre er andere mogelijkheden waren dan ontslag. Weliswaar wordt aangenomen dat de situatie van de werkneemster op de werkvloer onhoudbaar was geworden, maar konden de werkzaamheden niet nog anders worden ingericht? Kennelijk kwam de werkneemster al nauwelijks in aanraking met haar collega's. In hoeverre was het voor de werkneemster(s) mogelijk om thuis te werken? Had de werkgever voor het overige afdoende corona-maatregelen getroffen? Kon de veiligheid niet worden verbeterd met preventief testen of het dragen van een mondkapje? Dit zijn feiten die in mijn ogen belangrijk zijn bij de beoordeling of sprake is van een rechtmatige inbreuk.

mr. D. Schwartz
advocaat bij De Voort Advocaten | Mediators

195

Europese forumregels ook van toepassing bij arbeidsgeschil met consulaat-generaal

Hof van Justitie EU
3 juni 2021, nr. C-280/20, ECLI:EU:C:2021:443
(mr. Wahl, mr. Biltgen, mr. Passer)

Consulaire diensten lidstaat op grondgebied van andere lidstaat. Bevoegde rechter. Grensoverschrijdend aspect. Al dan niet uitoefenen van openbaar gezag.

[Verordening (EU) nr. 1215/2012 art. 5 lid 1, 20 lid 2]

De werkende is Bulgaars en woonachtig in Sofia. Sinds 2 januari 2013 verricht zij diensten voor het Bulgaarse consulaat-generaal in Spanje. In 2019 vordert de werkende voor de Bulgaarse rechter compensatie van 120 niet-opgenomen vakantiedagen. Daarbij stelt zij zich op het standpunt dat ze in de periode tussen 2013 en 2017 op basis van zes opeenvolgende arbeidsovereenkomsten werkzaamheden verrichtte voor het consulaat-generaal. Het consulaat-generaal betwist de bevoegdheid van de Bulgaarse rechter op grond van de Europese bevoegdheidsregels. Zo meent het consulaat dat het volgens art. 20 lid 2 Verordening (EU) nr. 1215/2012 een Spaanse vestiging is waardoor de Spaanse, en niet de Bulgaarse, rechter bevoegd is van het geschil kennis te nemen. De Bulgaarse rechter twijfelt over de toepasselijkheid van de verordening nu het geschil betrekking heeft op een Bulgaarse werknemer, een Bulgaarse werkgever en een rechtsverhouding die nauw verbonden is met de Republiek Bulgarije. De rechter schorst de zaak en vraagt het Hof van Justitie EU uitleg te geven over de vraag of de verordening in het onderhavige geding van toepassing is. Het Hof stelt voorop dat het begrip 'burgerlijke en handelszaken' ook bepaalde geschillen tussen een overheidsinstantie en een privaatrechtelijke persoon insluit. Daaronder begrepen is de situatie waarin een consulaat arbeidsovereenkomsten sluit met personen die geen werkzaamheden verrichten waarbij openbaar gezag wordt uitgeoefend. Het begrip 'grensoverschrijdende geschil-