
Juridisch up to Date

2021-0037 - Juridisch up to Date 2021-03 d.d. 26-03-2021

Rubriek: Arbeidsrecht

Corona op de werkvloer; een selectie uit interessante rechtspraak

Het is ruim een jaar geleden dat in Nederland COVID-19 uitbrak en dat diverse overheidsmaatregelen werden opgelegd, waaronder de huidige lockdown. Die maatregelen hebben op verschillende fronten tot discussies geleid, ook op de werkvloer. In deze bijdrage bespreek ik diverse arbeidsrechtelijke uitspraken gerelateerd aan COVID-19.

Toepassen overheidsmaatregelen op de werkvloer

Eén van de maatregelen is de sluiting van de horeca, die op 15 maart 2020 werd aangekondigd en initieel gold tot 6 april 2020. Een assistent-manager van een filiaal van Burger King opent tegen deze maatregel in toch het restaurant en de drive thru. Hij wordt om die reden de volgende dag op staande voet ontslagen. Hoewel het eerste bericht van het management van het filiaal van Burger King over de maatregel niet uitblonk in duidelijkheid, had de assistent-manager na zorgvuldige lezing van de daaropvolgende (WhatsApp)berichten moeten begrijpen dat hij het restaurant en de drive thru diende te sluiten. De assistent-manager is vervolgens ook nog door twee collega's gewezen op het feit dat het restaurant niet open mocht, maar hij heeft dat op 16 maart 2020 toch gedaan en het restaurant tot ver in de middag open gehouden. Daarbij komt dat de assistent-manager eerder al was geweest op het beter naleven van de Burger King-regels. Het ontslag op staande voet houdt dan ook stand.¹ De maatregel tot sluiting van de horeca was geen advies, maar een verplichting. Alle horeca diende zich daaraan te houden in het belang van de gezondheid en veiligheid. Het stond de assistent-manager dan ook niet vrij een eigen interpretatie aan de maatregel te geven. Een begrijpelijke uitspraak.

Ook 1,5 meter afstand houden is geen advies, maar een verplichting. Er gelden wel uitzonderingen, bijvoorbeeld voor contactberoepen. Een werknemer in dienst bij Kwik-Fit die zich niet aan 1,5 meter-maatregel hield, werd geconfronteerd met ontslag. De werknemer, supervisor in dienst sinds 1986, probeerde op 11 mei 2020 een collega, HR-adviseur, een hand te geven. Toen de collega achteruit deinsde, heeft de werknemer de collega (grappig bedoeld) bij zijn schouders vastgepakt. Nog diezelfde dag heeft Kwik-Fit de werknemer op staande voet ontslagen wegens het niet in acht nemen van de 1,5 meter-maatregel. Na het incident hebben beiden een COVID-19 test ondergaan. Ze bleken niet besmet. De werknemer heeft vernietiging van het ontslag verzocht, de werkgever heeft als tegenverzoek ontbinding gevraagd. De rechter² vindt dat de werknemer buitengewoon onhandig en onverstandig heeft gehandeld door zich niet aan de 1,5 meter-maatregel te houden. Wel is het zo dat andere collega's het ook niet zo nauw namen met die maatregel, bleek uit beelden van de beveiligingscamera. De rechter oordeelt, het lange dienstverband meewegend, dat geen sprake is van een dringende reden die een ontslag op staande voet rechtvaardigde. De loonvordering wordt toegewezen, waarbij de wettelijke verhoging wordt gematigd tot 10%. Omdat de werknemer eerder al verschillende waarschuwingen had gekregen, is er inmiddels sprake van een verstoorde arbeidsverhouding. De kantonrechter ontbindt de arbeidsovereenkomst onder toekenning van de transitievergoeding. Het niet in acht nemen van de verplichte maatregelen kan dus verstrekende arbeidsrechtelijke gevolgen hebben.

Anders zit het ten aanzien van het thuiswerken. Dit is een advies en als het echt niet anders kan, mag er op locatie worden gewerkt mits de werkgever zorgt voor een spreiding in de werktijden. Het advies geeft werknemers geen recht op thuiswerken, zo bleek uit een zaak waarover de Kantonrechter Nijmegen moest beslissen.³ De werknemster, administratief medewerkster, werd verzocht begin april 2020 weer te hervatten op kantoor onder meer om pakketten in ontvangst te nemen. De werknemster geeft aanvankelijk gehoor, maar weigert daarna nogmaals naar kantoor te komen, omdat ze de werksituatie niet veilig genoeg vindt. Ze stelt bij de rechter een vordering in primair gebaseerd op artikel 2 Wet flexibel werken en subsidiair tot wijziging van haar arbeidsplaats. De rechter volgt de werknemster niet in haar standpunten. Allereerst is de Wet flexibel werken niet van toepassing omdat de werkgever minder dan 10

werknemers in dienst heeft. Tevens overweegt de rechter dat de werkgever passende corona-maatregelen heeft genomen. Dat die werden overtreden, lijkt eerder een incident te zijn geweest. Er is dan ook geen sprake van een onredelijke instructie of een andere schending van de (zorg)plicht door de werkgever.

Heel anders pakt het uit voor de werkgever in een zaak van de Voorzieningenrechter Maastricht.⁴ De werkgever kondigt op 15 maart 2020 aan dat iedereen ondanks de COVID-19 maatregelen gewoon naar kantoor komt om te werken. De werkneemster, die de functie van secretaresse / receptioniste vervult, meldt zich op 16 maart 2020 ziek met keelklachten. Ze heeft het werk niet meer hervat. De werkgever stelt dat hij alle mogelijke maatregelen heeft getroffen om de werknemers een veilige werkplak te bieden. Volgens hem durfde / wilde de werkneemster niet meer verschijnen op het werk en is sprake van werkweigering. Hij stopt dan ook de loonbetaling. De werkneemster is daarop een kort geding gestart. De voorzieningenrechter vindt dat van werkweigering geen sprake is. Hij overweegt dat de beschermingsmaatregelen niet op orde waren toen de arbo-arts het kantoor bezocht in juni en augustus 2020. Ook heeft de werkgever aangedrongen op een gesprek in persoon terwijl de werkneemster bereid was een gesprek via videobellen te laten plaatsvinden. Ook had de werkgever de loonmaatregel niet aangekondigd. De loonvordering wordt toegewezen inclusief de maximale wettelijke verhoging.

Tenslotte het dragen van een mondkapje. Dat is sinds 1 december 2020 verplicht in openbare plekken die binnen zijn, maar ook in het OV, scholen, bij contactberoepen, in het vliegtuig en op de luchthaven. In besloten gebouwen geldt het advies niet. Veel werkgevers hebben het mondkapje echter wel verplicht gesteld in ruimtes waar collega's elkaar tegenkomen. Zo ook de werkgever in een zaak waarover de kantonrechter Utrecht⁵ moest beslissen. De werkgever, een patisserie, verplicht al zijn personeel om een mondkapje te dragen. De werknemer, die goederen levert bij afnemers en ophaalt bij leveranciers, is het daarmee niet eens. Hij vindt dat het een inbreuk maakt op zijn persoonlijke levenssfeer. Omdat de werknemer volhardt in zijn weigering, wordt de werknemer op non-actief gesteld en zijn loon opgeschort. De werknemer wendt zich tot de Voorzieningenrechter Utrecht. Die oordeelt dat het dragen van een mondkapje een legitiem doel dient (zorgen voor een gezonde en veilige werkomgeving) en een geschikt middel is om dat doel te bereiken. De werkgever heeft er belang bij om één lijn te trekken en niet te differentiëren tussen de functies, zoals de werknemer had aangevoerd. Het dragen van een mondkapje is alleen effectief als iedereen binnen zich eraan houdt. De voorzieningenrechter is dan ook van oordeel dat de mondkapjesplicht een redelijke instructie is die de werknemer had moeten opvolgen. Een alleszins begrijpelijk oordeel, helemaal omdat de werknemer het mondkapje niet hoefde te dragen in de auto.

Niet werken door COVID-19

Bij klachten die passen bij COVID-19 moet men verplicht thuisblijven totdat een test uitsluitend geeft. Als een gezinslid COVID-19 heeft of als men in de buurt is geweest van iemand met COVID-19, dan moet men in quarantaine. Aanvankelijk was dat voor tien dagen. Inmiddels geldt dat men zich na vijf dagen kan laten testen en bij een negatieve test uit quarantaine mag. Er is veel rechtspraak verschenen over de vraag of de werknemer die zelf niet ziek is, maar niet kan werken door quarantaine recht heeft op loon. Volgens de rechtspraak komt het niet-werken niet voor rekening en risico van de werknemer, zodat hij op grond van artikel 7:628 BW recht op loon houdt. Ik licht er twee uitspraken uit.

In de eerste zaak ging het om een werknemer die niet kon werken, omdat hij in contact was geweest met een vriendin die COVID-19 achtige klachten had ontwikkeld. Kort daarvoor was de werknemer geïnformeerd dat zijn arbeidsovereenkomst niet werd verlengd. Op instructie van de werkgever meldt hij zich ziek. Nadat hij kort is hervat, vraagt hij verlof aan. Dat wordt afgewezen. Enkele dagen later meldt hij in quarantaine te moeten omdat zijn vriendin COVID-19 achtige klachten heeft. De werkgever twijfelt aan het verhaal van de werknemer en houdt de helft van de loonbetaling in. De werknemer start een kort geding en vordert achterstallig loon. Volgens de Voorzieningenrechter Maastricht⁶ is de werkgever tijdens quarantaine verplicht om het loon door te betalen. Het is aan de werkgever om te bewijzen dat het niet verrichten van de arbeid voor rekening van de werknemer dient te komen. Nu de werkgever dat niet heeft gedaan, heeft de werknemer gewoon recht op loon. Ook de wettelijke verhoging van 50% wordt toegewezen, omdat de werkgever geen gronden voor matiging heeft aangevoerd. Een terechte uitspraak lijkt me.

In de tweede zaak weigerde een werkneemster in dienst van een restaurant, dat door de overheidsmaatregelen was

gesloten, om afhaalwerkzaamheden te verrichten. De werkgever hield loon in en de werknemer startte een kort geding. De Voorzieningenrechter Rotterdam⁷ overwoog dat het niet werken van de werknemer als gevolg van de sluiting van het restaurant in principe voor rekening en risico van de werkgever komt. De weigering om de opgedragen afhaalwerkzaamheden te verrichten, die redelijk zijn, komt echter voor rekening van de werknemer. Ook het door de werknemer aangevoerde oppasprobleem voor haar zoon kan haar niet baten, omdat ze haar zoon mocht meenemen naar werk. Dit deel van de loonvordering wordt dan ook afgewezen. De loonvordering die ziet op de periode dat ze ziek is geweest, wordt wel toegewezen. Er wordt geen wettelijke verhoging toegekend, omdat de werkgever in zwaar weer verkeert en de werknemer zich onwrikbaar heeft opgesteld.

Voor het recht op loon ingevolge artikel 7:628 BW is vereist dat de werknemer zich beschikbaar houdt om (op afstand) werkzaamheden te verrichten inclusief andere werkzaamheden die in redelijkheid kunnen worden opgedragen aan de werknemer. Tevens wegen (voorzieningen)rechters bij het bepalen van het recht op loon mee dat - indien van toepassing - de werkgever aanspraak kan maken op de NOW-subsidie.⁸

Ziekteperiodes rondom COVID-19

Het viel mij op dat in verschillende COVID-19 gerelateerde uitspraken discussie bestond over de vraag of de werknemer al dan niet ziek was. Dat resulteerde vaak in een stopzetting van de loonbetaling door de werkgever. In lijn met de vaste rechtspraak op dit punt is het oordeel dat de werkgever die beoordeling niet zelf kan maken maar daarvoor altijd een bedrijfsarts dient in te schakelen.⁹

Er was ook een werkgever die de COVID-19 crisis aangreep om de loonbetaling aan een arbeidsongeschikte werknemer terug te schroeven van 100 naar 70%.¹⁰ De werkgever heeft gedurende de eerste zestien maanden van de arbeidsongeschiktheid onverplicht 100% van het loon doorbetaald. De werknemer heeft er volgens de rechter gerechtvaardigd op mogen vertrouwen dat ook na maart 2020 de 100% loonbetaling zou worden gecontinueerd. Ook dit is in lijn met de vaste rechtspraak.

Eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden

Veel rechtszaken zijn ook ontstaan nadat de werkgever eenzijdig arbeidsvoorwaarden had gewijzigd. In een ontbindingszaak op verzoek van de werknemer had de werkgever, actief in de IT, aan alle werknemers een loonsverlaging van 25% opgelegd vanwege de te verwachten verliezen als gevolg van de COVID-19 crisis.¹¹ De werknemer in kwestie ging hiermee niet akkoord en is vervolgens door de werkgever uit zijn team gezet. De rechter gaat over tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Hoewel 98% van de werknemers had ingestemd met het voorstel en de werknemers later zouden worden gecompenseerd, is de manier waarop de werkgever vervolgens is omgegaan met de afwijzing door de werknemer aan de werkgever ernstig verwijtbaar. De rechter stelt de billijke vergoeding vast op € 20.000, er rekening mee houdend dat de werknemer binnen twee maanden een nieuwe baan vindt. Verder brengt de rechter de transitievergoeding in mindering op de billijke vergoeding. De wettelijke verhoging wordt gematigd tot 20%. Ik kan mij vinden in de ernstige verwijtbaarheid aan de zijde van de werkgever, maar ik vind de billijke vergoeding aan de lage kant gelet op het gevraagde loonoffer en de manier waarop de werknemer vervolgens is behandeld.

In een Curaçaose zaak heeft de werkgever, een restaurant, sinds de sluiting met ingang van 16 maart 2020 aan de werknemer met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd een nul-urencontract aangeboden en vanaf die datum geen loon meer betaald. De rechter¹² oordeelt dat de verslechterde financiële situatie van de werkgever als gevolg van het coronavirus een wijziging van de omstandigheden is waarin de werkgever aanleiding heeft kunnen vinden tot het doen van een voorstel tot wijziging van de arbeidsvoorwaarden. Er is echter geen sprake van een redelijk voorstel. De werkgever heeft niet nader onderbouwd waarom een ingrijpende stopzetting van het loon nodig was. Ook heeft de werkgever de afwijzing van de NOW-subsidie niet nader onderbouwd. Een Turkse broodjeszaak had eveneens een zwaarwichtig belang om tot eenzijdige wijziging van de arbeidsvoorwaarden over te gaan, maar de opschorting van 50% van het salaris werd ook in deze zaak niet als een redelijk voorstel gezien.¹³

De COVID-19 crisis levert dus vaak wel een zwaarwichtig belang tot eenzijdige wijziging van de arbeidsvoorwaarden

op. Maar wijziging van de beloning - of dat nu een (gedeeltelijke) stopzetting, opschorting, of vermindering is - doorstaat niet de toets van het redelijk voorstel.

Beëindiging arbeidsovereenkomst

COVID-19 heeft ook aanleiding gegeven om tot ontslag over te gaan. In een zaak waarover de kantonrechter Alkmaar¹⁴ moest beslissen, was er tussen de werkgever en werknemer al het nodige voorgevallen toen daar een discussie omtrent COVID-19 bovenop kwam. De werknemer, chef werkplaats, heeft zich op 8 maart 2020 afgemeld voor werk omdat hij voor zijn chronisch zieke vrouw met corona-gerelateerde klachten en zijn zoontje moet zorgen. In dat verband heeft de werknemer al vaker extra verlofdagen opgenomen. De werknemer ontwikkelt zelf ook klachten. De werkgever verwacht de werknemer 16 maart 2020 weer op zijn werk. De werknemer geeft daaraan geen gehoor en stelt dat hij ziek moet worden gemeld. De werkgever stelt dat de werknemer niet ziek is, maar een oppasprobleem heeft. Daarna volgt een veelvuldig contact tussen de werkgever en de werknemer en wordt ook opvang vanuit de gemeente onderzocht. Op advies van zijn jurist houdt de werknemer daarna contact af. Vervolgens heeft de werkgever de werknemer op 24 april 2020 op staande voet ontslagen. De werknemer heeft de rechter om vernietiging van het ontslag verzocht en de werkgever bij wijze van tegenverzoek om ontbinding. De rechter vindt het ontslag op staande voet niet rechtsgeldig gegeven en kent de loonvordering toe. Beide partijen valt een verwijt te maken van de situatie, maar geen van partijen heeft ernstig verwijtbaar gehandeld. Wel gaat de rechter tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst over onder toekenning van de transitievergoeding. Gelet op alles wat er is gebeurd, kunnen en willen partijen niet met elkaar verder.

Wel ernstig verwijtbaar heeft de werkgever gehandeld die een werkneemster, die in de risicocategorie valt, schorst wanneer zij weigert te werken op dezelfde ochtend dat een collega werkt die kort daarvoor positief was getest op COVID-19. Na contact hierover wordt de werkneemster geschorst. De rechter¹⁵ vindt dat van werkweigering geen sprake is. De werkgever had anders met de situatie kunnen om gaan door begrip te tonen voor de angst om besmet te raken. In plaats daarvan heeft de werkgever de situatie onnodig geëscaleerd. Volgens de rechter gaat het hier om een typisch geval van een situatie waarin de werkgever een voorval, dat niet ontslagwaardig is, heeft aangegrepen om een verstoorde arbeidsrelatie te creëren en op beëindiging van de arbeidsovereenkomst aan te sturen, hetgeen ernstig verwijtbaar is aan de werkgever en op grond waarvan hij een billijke vergoeding dient te betalen.

Een aan COVID-19 gerelateerde discussie is meestal op zichzelf stand geen reden om tot beëindiging van het dienstverband over te gaan, maar kan wel de directe aanleiding vormen na eerdere gebeurtenissen. Wat verder opvalt, is dat wordt gedifferentieerd in de toekenning van de wettelijke verhoging. Als de werkgever overwegend in het ongelijk wordt gesteld, wordt meestal de maximale wettelijke verhoging toegekend. Dit is alleen anders als de werkgever in zwaar weer verkeerd. Een punt om rekening mee te houden in procedures.

Tot besluit

COVID-19 heeft ook op het gebied van het arbeidsrecht tot interessante discussies en daaruit voortvloeiende rechtspraak geleid. Vooralsnog zie ik in deze (vooral lagere) rechtspraak een bestendiging van de huidige lijnen in de rechtspraak en geen baanbrekende nieuwigheden. Mogelijk gaan die nog komen. We wachten het rustig (thuis) af.

Noten :

1. Ktr. Rotterdam 28 augustus 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:7567.
2. Ktr. Rotterdam 14 augustus 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:7517.
3. Ktr. Nijmegen 16 juni 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:2954.
4. VZR. Maastricht 1 oktober 2020, ECLI:NL:RBLIM:2020:7495.
5. VZR. Utrecht 13 januari 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:51.
6. VZR. Maastricht 23 juni 2020, ECLI:NL:RBLIM:2020:4465.
7. VZR. Rotterdam 3 november 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:9951.
8. Zie bijv. Ktr. Dordrecht 27 augustus 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:7335; VZR. Amsterdam 3 september 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:4354.
9. Zie bijv. VZR. Rotterdam 12 juni 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:5902; VZR. Rotterdam 24 juni 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:6282.
10. VZR. Maastricht 22 juni 2020, ECLI:NL:RBLIM:2020:4436.
11. Ktr. Amsterdam 21 juli 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:3536.
12. Gerecht in Eerste Aanleg van Curaçao 1 juli 2020, ECLI:NL:OGFAC:2020:161 (kort geding).
13. VZR. Amsterdam 28 mei 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2734 (kort geding).
14. Ktr. Alkmaar 27 juli 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:5863.
15. Ktr. Rotterdam 14 januari 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:255.

Auteur(s): Mr. M. (Margot) van Herwerden, Houthoff, Amsterdam

