

190. Kroniek corona-arbeids-rechtspraak

MR. P.J.B.M. BESSELINK CPL

Inmiddels is het ruim een half jaar geleden dat COVID-19 in Nederland uitbrak. Naast de medische, maatschappelijke en sociale impact heeft de, als gevolg hiervan ontstane, coronacrisis ook (grote) gevolgen voor werkgevers en werknemers. Corona op de werkvloer heeft niet alleen tot nieuwe arbeidsrechtelijke vraagstukken geleid, maar ook tot diverse geschillen tussen werkgevers en werknemers. Een aantal daarvan leidde tot procedures waarin (lagere) rechters zich over verschillende arbeidsrechtelijke onderwerpen als gevolg van de coronacrisis hebben uitgelaten. Het ging dan om onderwerpen als het recht op loon (tijdens ziekte), loonstopzetting/-opschorting, thuiswerken, eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden, het verplichten om vakantiedagen op te nemen, thuisquarantaine en de gevolgen van het niet naleven van de door de overheid getroffen maatregelen en uitgevaardigde richtlijnen, waaronder de RIVM-richtlijnen. In deze kroniek wordt de tot 25 september 2020 over o.a. deze onderwerpen gepubliceerde (lagere) rechtspraak besproken en kort geanalyseerd.

1. Rechtspraak

Loon

De eerste ‘corona-uitspraak’ is afkomstig van de Kantonrechter Amsterdam¹ en betrof een loongeschil. De casus was als volgt. Een student uit Iran, waarvan het visum op 31 mei 2020 verliep, was van 1 november 2019 tot 1 mei 2020 in dienst bij een Turkse broodjeszaak. Nadat werkgever in januari meerdere, nieuwe personeelsleden had geworven moest het restaurant op grond van de overheidsmaatregelen in verband met de coronacrisis met ingang van half maart worden gesloten. Vanaf die datum tot eind april is het restaurant dicht. De leidinggevende van werknemer vraagt alle werknemers vanaf half maart 2020 vakantiedagen op te nemen. Werkgever vraagt in maart loonkostensubsidie (NOW) aan en krijgt uiteindelijk 60% van de loonsom over januari 2020 uitgekeerd. Werkgever keert vervolgens aan alle personeelsleden (waaronder de nieuw in januari aangenomen werknemers) 50% loon uit. De Iraanse student is het hier niet mee eens en maakt aanspraak op zijn volledige loon en de niet door hem opgenomen vakantiedagen. De kantonrechter overweegt dat door de buitengewone omstandigheden waarin werkgever verkeert een onvoorziene, bedrijfseconomische noodsituatie aanwezig is. Het zwaarwichtige belang dat werkgever heeft brengt volgens de kantonrechter in beginsel met zich mee dat van de medewerkers gevraagd kan worden om – in overleg – bepaalde arbeidsrechtelijke aanspraken

op te schorten of zelfs helemaal prijs te geven. Echter, het eenzijdig en zonder overleg genomen besluit van werkgever tot betaling van 50% salaris brengt een te grote inkomensachteruitgang met zich mee. Van de werknemer kan naar maatstaven van redelijkheid niet worden verlangd dat hij over meerdere maanden met 50% opschorting van zijn salaris instemt. Werkgever wordt veroordeeld het achterstallige salaris aan werknemer te voldoen, waarbij de gevorderde wettelijke verhoging wordt gematigd tot nihil en de wettelijke rente wordt afgewezen. De gevorderde verzilvering van opgebouwde, doch niet genoten vakantiedagen wordt afgewezen omdat onvoldoende duidelijk is of deze vordering in een bodemprocedure wel zal worden toegewezen, los van de vraag of het verzoek om tijdens de sluiting van het restaurant een aantal vakantiedagen op te nemen, redelijk is.

Een dag later volgt een tweede uitspraak² over de vraag of de werknemer recht heeft op loon tijdens een periode waarin, als gevolg van de coronacrisis, geen werk is. Het ging hier om een valkenier die voor zijn werkgever werkzaamheden had verricht in een Duits natuurpark. Het park was in het voorjaar enige tijd gesloten in verband met de coronacrisis. Half mei was het park weliswaar weer open, maar vonden er (nog) geen vogelshows (werkzaamheden die door de valkenier werden uitgevoerd) plaats. In de periode van 1 januari tot 18 mei 2020 heeft werknemer geen werkzaamheden verricht. Werkgever betwist het bestaan van een door werknemer gestelde arbeidsovereen-

¹ Rb. Amsterdam 28 mei 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2734.

² Rb. Oost-Brabant 29 mei 2020, ECLI:NL:RBOBR:2020:2838.

komst en stelt geen loon aan werknemer verschuldigd te zijn. De Kantonrechter 's-Hertogenbosch oordeelt als eerste dat sprake is van een arbeidsovereenkomst en vervolgens dat het verweer van werkgever geen loon verschuldigd te zijn, omdat werknemer in het jaar 2020 (nog) geen feitelijke arbeid heeft verricht, niet slaagt. De kantonrechter verwijst naar het met ingang van 1 januari 2020 gewijzigde art. 7:628 BW op grond waarvan geldt dat de werkgever verplicht is loon te betalen als de werknemer de overeengekomen arbeid geheel of gedeeltelijk niet heeft verricht, tenzij het niet verrichten van de arbeid in redelijkheid voor rekening van de werknemer behoort te komen. Naar het oordeel van de kantonrechter kan het feit dat werknemer geen arbeid heeft verricht, gelet op alle omstandigheden (waaronder de door het natuurpark genomen maatregelen in verband met de coronacrisis) niet aan hem worden tegengeworpen. Ook hier wordt de loonvordering van de werknemer toegewezen, waarbij de gevorderde wettelijke verhoging wordt gematigd tot 10%.

Corona op de werkvloer heeft niet alleen tot nieuwe arbeidsrechtelijke vraagstukken geleid, maar ook tot diverse geschillen tussen werkgevers en werknemers

Bij beschikking van 21 juli 2020 ontbond de Kantonrechter Amsterdam³ een arbeidsovereenkomst op grond van een verstoorde arbeidsverhouding waarvan volgens de rechter duidelijk was dat deze zijn oorsprong vond in een door de werkgever aangekondigde en doorgevoerde salarisverlaging van 25% per 1 april 2020. Deze salarisverlaging (die overigens feitelijk eerder een loonopschorting was omdat deze van tijdelijke aard zou zijn en in de toekomst zou worden gecompenseerd) kon volgens de rechter, bij gebreke van een financiële onderbouwing, niet als redelijk voorstel worden beschouwd. De omstandigheden zouden kunnen meebrengen dat van werknemer – gelet op de buitengewone nood situatie die zich kennelijk ook bij werkgever heeft voorgedaan – gevraagd kon worden met deze tijdelijke opschorting akkoord te gaan. Meewoog dat voldoende aannemelijk was geworden dat de overgrote meerderheid van de medewerkers met het voorstel had ingestemd en werkgever terecht had aangevoerd dat collectiviteit bij zo'n maatregel voorwaarde is.

De Kantonrechter Rotterdam⁴ oordeelde op 27 augustus 2020 dat het niet redelijk is om te oordelen dat de sluiting van de kapsalon op last van de overheid en de hierdoor verminderde inkomsten voor rekening van werknemer behoort te komen. Werkgever is op grond van art. 7:628 BW in deze situatie gehouden het loon door te betalen.

Op 3 september 2020 deed de Kantonrechter Amsterdam, ten slotte, nog een interessante uitspraak in een kort geding

waarin het rechtsvermoeden arbeidsomvang in debat was en de werknemer een loonvordering instelde.⁵ Het betrof een toeristengids die in het verleden, als oproepkracht, toeristen begeleidde naar de Keukenhof en vanaf maart 2020 niet meer werd opgeroepen. In de procedure die de gids tegen zijn werkgever start overweegt de kantonrechter het volgende:

'Het verweer van [gedaagde] dat de aanspraak van [eiser] moet worden afgewezen nu hij niet heeft gewerkt en dit op grond van artikel 7:628 BW voor zijn rekening dient te komen, wordt verworpen. Daarbij wordt allereerst in aanmerking genomen dat het adagium "geen arbeid, geen loon", met de inwerkingtreding van de Wet Arbeidsmarkt in Balans op 1 januari 2020 is komen te vervallen en kort gezegd in 7:628 BW is gewijzigd in "geen arbeid, wel loon, tenzij". Voor beide partijen geldt dat de coronacrisis als een onvoorziene omstandigheid heeft te gelden. Voor [gedaagde], omdat op grond van overheidsmaatregelen van de ene op de andere dag het toerisme volledig tot stilstand is gekomen en voor [eiser] omdat hij daarmee als toeristengids geen werk meer heeft (...)'

'Doorslaggevend voor de belangenafweging in het onderhavige geval is echter de omstandigheid dat [gedaagde] in aanmerking is gekomen voor de NOW-regeling van de overheid en daarvoor een substantieel bedrag uitgekeerd heeft gekregen (...)'

Loon tijdens quarantaine

Een werknemer met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd tot 30 april 2020 laat zijn werkgever in de ochtend van 26 maart 2020 weten dat hij onderweg naar zijn werk van zijn partner het bericht heeft gekregen dat zij verschijnselen van het coronavirus heeft, waaronder koorts, en dat hij huiswaarts zal keren en conform de RIVM-richtlijnen niet naar de vestiging van de werkgever komt. Werknemer geeft geen gehoor aan het verzoek van werkgever om zijn werkzaamheden op de vestigingsplaats te komen verrichten. Werkgever houdt vervolgens twee wachtdagen in op het loon, betaalt in maart 70% en in april 50% van het loon. De werknemer vordert in kort geding het volledige loon. De Kantonrechter Maastricht⁶ overweegt dat bij quarantaine (nog) geen sprake is van een zieke werknemer, maar van een werknemer die gehoor moet geven aan een opgelegde voorzorgsmaatregel van de overheid. Wanneer een huisgenoot koorts heeft, moeten de andere gezinsleden in thuisquarantaine blijven tenzij ze werkzaam zijn in een cruciaal beroep of vitaal proces. Als een werknemer in contact is geweest met een persoon die mogelijk besmet is met het coronavirus of een zieke huisgenoot heeft en in quarantaine moet en niet thuis kan werken, is dat een omstandigheid die niet in de risicosfeer van werknemer ligt. Werkgever is in dat geval verplicht het loon te betalen. Omdat geen sprake is van ziekte, mag de werkgever geen wachtdagen inhouden en moet werkgever op grond van

3 Rb. Amsterdam 21 juli 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:3536.

4 Rb. Rotterdam 27 augustus 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:7335.

5 Rb. Amsterdam 3 september 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:4354.

6 Rb. Limburg 23 juni 2020, ECLI:NL:RBLIM:2020:4465.

art. 7:628 BW het volledige loon betalen. De loonvordering wordt toegewezen met de maximale wettelijke verhoging. Recht op loon tijdens quarantaine speelde ook in een ontslag op staande voet zaak die leidde tot een procedure bij de Kantonrechter Alkmaar⁷. Werknemer heeft een chronisch zieke vrouw en een zoontje van zes jaar, waarvoor de vrouw niet zelfstandig kan zorgen en die normaal gesproken iedere dag naar de opvang gaat. Op 8 maart 2020 meldt werknemer zich bij zijn werkgever af voor het werk omdat zijn zoontje ziek is en daardoor niet naar de opvang kan.

Het zeer algemeen geformuleerde overheidsadvies over zoveel mogelijk thuis werken grijpt niet zo ver in dat werknemer daaruit een 'recht op thuis werken' kan putten

Die week ontwikkelt de vrouw van werknemer ook coronagerelateerde klachten waarna het gezin op advies van de huisarts en ziekenhuis in zelfquarantaine gaat. Werkgever stelt dat een ziekmelding geen optie is, maar dat werknemer een oppasprobleem heeft en dat hij eventueel onbetaald verlof kan opnemen. Half april legt werkgever een loonstop op wegens ongeoorloofde afwezigheid en op 24 april 2020 wordt werknemer op staande voet ontslagen. Dat ontslag wordt vernietigd. De kantonrechter oordeelt vervolgens dat in redelijkheid niet kan worden gezegd dat werknemer ongeoorloofd afwezig is geweest. De richtlijnen van RIVM waren duidelijk: werk zoveel mogelijk thuis, terwijl van de zijde van werkgever niet is onderzocht of het mogelijk was om zo nodig ander passend werk vanuit huis te doen. Van werknemer kon volgens de rechter niet worden verwacht op het werk te verschijnen. De loonvordering wordt toegewezen. Overigens wordt de arbeidsovereenkomst wel ontbonden op grond van een verstoorde arbeidsverhouding met veroordeling van de werkgever tot betaling van de transitievergoeding.

Loon tijdens ziekte

In een kort geding waarin een werkgever gedurende de eerste zestien maanden van arbeidsongeschiktheid van een werknemer 100% loon had doorbetaald, terwijl daar kennelijk geen verplichting voor werkgever voor bestond uit hoofde van de wet, arbeidsovereenkomst of cao, moest de Kantonrechter Maastricht oordelen of die werknemer ook nog gedurende de maanden daarna recht had op 100% loon tijdens ziekte.⁸ De kantonrechter overwoog dat werknemer er gerechtvaardigd op mocht vertrouwen dat werkgever zijn loon vanaf maart 2020 ook volledig zou betalen. De door werkgever gestelde financiële omstandigheden als gevolg van de coronacrisis kunnen volgens de Kantonrechter Maastricht niet tot een ander oordeel leiden. Deze omstandigheden liggen in de risicosfeer van werkgever.

In twee zaken die beiden speelden voor de Rechtbank Rotterdam⁹ had de werkgever, ondanks dat de werknemer dit had verzocht, verzuimd een bedrijfsarts in te schakelen om een ziekmelding in verband met coronaklachten te beoordelen. In de eerste zaak had een werknemer zijn werkgever laten weten dat hij niet kon komen werken in verband met zware hoestklachten en keelpijn. Werkgever stelt dat dit slechts een melding is dat werknemer vanwege hoestklachten in navolging van het RIVM-advies om verspreiding van het coronavirus te voorkomen preventief thuis blijft. Van arbeidsongeschiktheid is volgens werkgever geen sprake zodat de gevolgen van het niet verrichten van werk volgens werkgever voor rekening van werknemer komen. De kantonrechter is het hier niet mee eens en oordeelt dat nu werkgever de bedrijfsarts niet op de hoogte heeft gesteld en de ziekmelding niet heeft beoordeeld, niet kan worden uitgesloten dat werknemer niet heeft gewerkt omdat hij ziek was. Daar komt bij dat werkgever, als geen sprake was geweest van arbeidsongeschiktheid, op grond van art. 7:629 lid 7 de werknemer eerst op de hoogte had moet stellen van het voornemen de loonbetaling te staken. De loonvordering wordt toegewezen inclusief 50% verhoging. De tweede zaak leidt tot een vergelijkbare uitkomst. De rechter oordeelt dat voor zover werkgever de indruk had dat werknemer zich heeft ziek gemeld vanwege angst voor het coronavirus, werkgever ter beoordeling van de ziekte een bedrijfsarts of arbodienst had moeten inschakelen.

Vakantiedagen

In een ontbindingsprocedure bij de Rechtbank Rotterdam¹⁰ verzocht de werknemer in een tegenverzoek uitbetaling van eenzijdig door de werkgever ingehouden verlofuren. Werkgever had in een brief van 31 maart 2020 aan het gehele personeel doorgegeven dat werknemers tot 1 juni 2020 20% van hun tijd in overleg met hun leidinggevende als vakantie opnemen. De kantonrechter oordeelt dat in de arbeidsovereenkomst van werknemer weliswaar een eenzijdig wijzigingsbeding staat, maar dat dit onverlet laat dat werkgever op grond van art. 7:613 BW daarop slechts een beroep kan doen als zij bij wijziging een zodanig zwaarwichtig belang heeft dat het belang van werknemer dat door de wijziging zou worden geschaad daarvoor naar maatstaven moet wijken. Nu werknemer niet heeft ingestemd met de eenzijdige wijziging is het aan werkgever om haar zwaarwichtig belang bij de maatregel te onderbouwen. Een enkele verwijzing naar de coronacrisis is daarvoor volgens de kantonrechter onvoldoende. Vervolgens oordeelt de rechter dat met het feit dat werknemer had doorgegeven vakantie op te nemen, duidelijk is dat de vakantie-uren voor die periode zijn vastgesteld. Dat werknemer uiteindelijk niet is gegaan vanwege de situatie rondom corona ligt in de risicosfeer van werknemer. Betreffende dagen mochten worden afgeschreven (ondanks dat werknemer die periode overigens ondertussen op non-actief was gesteld).

7 Rb. Noord-Holland 27 juli 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:5863.

8 Rb. Limburg 22 juni 2020, ECLI:NL:RBLIM:2020:4436.

9 Rb. Rotterdam 12 juni 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:5902 en Rb. Rotterdam 24 juni 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:6282.

10 Rb. Rotterdam 29 mei 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:4731.

Eenzijdige wijziging

In een procedure die op Curaçao speelde schreef werkgever, een restaurant, op 26 maart 2020 haar contractmedewerkers dat werknemers twee opties hebben: of het bestaande contact wordt omgezet in een nulurencontract of werkgever start een ontslagprocedure. Werknemer stemt met beide opties niet in. Vanaf 16 maart 2020 ontvangt hij geen loon meer. Hij vordert het Gerecht in eerste aanleg van Curaçao werkgever te veroordelen het loon te betalen. Het Gerecht oordeelt als volgt.¹¹ Werkgever heeft voldoende aannemelijk gemaakt dat hij in een verslechterde financiële positie is komen te verkeren. Voldoende aannemelijk is dat sprake is van een wijziging van omstandigheden en werkgever aanleiding heeft kunnen vinden tot het doen van een voorstel tot wijziging van de arbeidsvoorwaarden. De vraag of het gedane voorstel om na 16 maart 2020 geen loon meer te betalen en werknemer een nulurencontract aan te bieden redelijk is, beantwoordt het Gerecht ontkennend. Weliswaar kunnen er in tijden van nood bijzondere voorzieningen worden getroffen en kan van werknemers worden gevergd dat zij tijdelijk genoegen nemen met verminderde primaire arbeidsvoorwaarden, maar het met onmiddellijke ingang staken van de loonbetaling wordt in de gegeven omstandigheden onredelijk geacht.

Arbeidsplaatswijziging

Half juni 2020 moest de Kantonrechter Nijmegen¹² zich buigen over een verzoek tot arbeidsplaatswijziging door een werknemer die thuis wilde werken in verband met de coronacrisis. De vordering van de werknemer werd primair gebaseerd op art. 2 Wet flexibel werken, maar op grond van lid 16 van dat artikel afgewezen omdat de werkgever minder dan tien werknemers heeft. Ook de subsidiaire vordering, wijziging van de standplaats, wordt afgewezen. De kantonrechter oordeelt dat aangezien in kort geding geen uitspraak kan worden gedaan die de rechtstoestand tussen partijen vaststelt, dat op zich al een reden voor afwijzing is. Maar de vordering is ook op inhoudelijke gronden niet toewijsbaar. Volgens de kantonrechter is namelijk niet aannemelijk geworden dat werkgever de verplichtingen die voortvloeien uit goed werkgeverschap, haar instructiebevoegdheid en/of de zorgplicht zou hebben geschonden. Door werkgever is gemotiveerd en onderbouwd naar voren gebracht dat zij in verband met de coronacrisis meerdere maatregelen heeft genomen om een veilige werkplek te waarborgen. Ook heeft zij uitgelegd dat en waarom het nodig was dat haar werknemers op de werkplek aanwezig zijn. De rechter overweegt dat het zeer algemeen geformuleerde overheidsadvies om zoveel mogelijk thuis te werken niet zo ver ingrijpt op deze specifieke rechtsverhouding dat werknemer daaruit een 'recht op thuis werken' kan putten. Het standpunt van werknemer dat dit overheidsadvies de instructiebevoegdheid van werkgever inperkt en/of op grond van redelijkheid en billijkheid zonder meer door een

goed werkgever moet worden gevolgd, houdt geen stand. Ten slotte oordeelt de rechter nog dat de mailwisseling tussen werkgever en werknemer niet kan worden gezien als een overeenkomst die als grond kan dienen voor een onvoorwaardelijke arbeidsplaatswijziging.

Ontslag op staande voet

Vier ontslagen op staande voet. Twee daarvan hielden geen stand. Een werknemer die ruim 34 jaar werkzaam is bij werkgever vliegt op 11 mei 2020 de HR-adviseur om zijn nek en laat op de reactie van een collega op wat hem bezielde volgens werkgever weten: *'Ik heb Corona en nu heb ik jou besmet.'* De Kantonrechter Rotterdam¹³ vernietigt het ontslag en oordeelt dat werknemer buitengewoon onhandig en onverstandig heeft gehandeld door zijn collega op zeer korte afstand te benaderen en in strijd met de (van overheidswege afgekondigde) 1,5 meterregel om de nek te vliegen. Omdat niet is komen vast te staan dat werknemer bij zijn actie heeft meegedeeld dat hij besmet is met het coronavirus, werknemer niets kwaads in de zin had, niet is komen vast te staan dat hij zich schuldig heeft gemaakt aan valsheid in geschrifte en sprake is van een zeer lang dienstverband, oordeelt de rechter dat geen sprake is van een dringende reden. Het ontslag op staande voet wordt vernietigd. De arbeidsovereenkomst wordt wel ontbonden op grond van een verstoorde arbeidsverhouding onder toekenning van de transitievergoeding.

De tweede zaak¹⁴ waarin een ontslag op staande voet geen stand hield betrof een werknemer die op 12 februari 2020 als kok in dienst trad bij een restaurant. Werknemer ontvangt van het restaurant op 22 april 2020 een brief met o.a. de volgende tekst:

'Geachte heer [...],

Door de drastische maatregelen die de regering heeft genomen in het kader van het COVID 19-virus, zijn wij helaas genoodzaakt de arbeidsovereenkomst met u per 01-04-2020 te beëindigen. Directe reden is dat wij niet in staat zijn om uw salaris te betalen, omdat bij de tegemoetkoming NOW, door het UWV geen rekening is gehouden met uw salaris. Wij hopen op snel betere tijden voor u en voor ons (...).'

Werknemer stapt naar de rechter. Deze oordeelt dat overmacht vanwege gedwongen sluiting als gevolg van de corona-epidemie niet kwalificeert als een dringende reden. Werknemer heeft recht op het loon over de opzegtermijn en de transitievergoeding, maar de billijke vergoeding wordt op nihil gesteld. Dit gelet op de onvoorziene wijziging van omstandigheden door de corona-pandemie, de daarmee samenhangende en aannemelijk gemaakte penibele financiële omstandigheden van werkgever, het korte dienstverband en de aan werknemer toegekende WW-uitkering.

¹¹ Gerecht in eerste aanleg van Curaçao 1 juli 2020, ECLI:NL:OGEAC:2020:161.

¹² Rb. Gelderland 16 juni 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:2954.

¹³ Rb. Rotterdam 14 augustus 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:7517.

¹⁴ Rb. Amsterdam 1 september 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:4266.

Een hamburgerketen ontsloeg een werknemer (assistent-manager van 58 jaar en ruim 18 jaar in dienst) op staande voet omdat hij, ondanks de instructies van de werkgever in verband met overheidsmaatregelen met betrekking tot de coronacrisis, het restaurant had geopend en daarmee een gevaarzettende situatie had gecreëerd. De Kantonrechter Rotterdam¹⁵ liet dat ontslag in stand. Werknemer had, gezien de maatregelen die door een ernstige crisis directe gevolgen hadden voor het al dan niet openblijven van restaurants, zich ook bij eventuele onduidelijkheden goed dienen te vergewissen over de vraag of het restaurant al dan niet open mocht blijven. Dit te meer nu hij er door een collega op was gewezen dat de restaurants niet open mochten. Door na te laten via zijn leidinggevende of het hoofdkantoor bevestigd te krijgen dat tot opening kon worden overgegaan, verschenen niet alleen negatieve berichten op social media over de hamburgerketen maar ontstonden ook gezondheidsrisico's voor collega's en gasten. De leeftijd en duur van het dienstverband maken het oordeel van de kantonrechter hier niet anders.

Ten slotte oordeelde de Kantonrechter Nijmegen¹⁶ dat het publiekelijk in twijfel trekken van het coronabeleid van de gemeente door een trouwambtenaar een dringende reden oplevert.

2. Analyse

Loon en risicoverdeling

Een groot aantal van de hiervoor samengevatte uitspraken ging over de vraag of de werknemer recht had op (het volledige) loon. Wat opvalt is dat de loonvorderingen allemaal volledig worden toegewezen. En ook bijna allemaal via de band van art. 7:628 BW. Dat laatste kan waarschijnlijk worden verklaard door de wijze van procederen en het feit dat de meeste vorderingen op voornoemd art. 7:628 BW zijn gebaseerd, daar waar het ook mogelijk zou zijn geweest art. 7:611 of art. 613 BW aan te voeren (overigens ook in de te voeren verweren). Mogelijk dat het ook te maken heeft met het feit dat art. 7:628 BW per 1 januari 2020 is gewijzigd en art. 7:627 BW per die datum geschrapt is en uitgangspunt in de wet sindsdien is dat de werknemer ook recht heeft op loon wanneer er niet wordt gewerkt, tenzij het niet werken voor zijn rekening dient te komen. Echter, uit de wetsgeschiedenis volgt dat niet is bedoeld om af te wijken van de Hoge Raad rechtspraak met betrekking tot de risicoverdeling, dus dit zou eigenlijk geen verschil moeten maken. Vraag is of (op zijn minst in een aantal van de besproken uitspraken) tot andere uitkomsten gekomen had kunnen worden. Ik zou menen van wel. In een aantal uitspraken doen de rechters hier zelf ook een voorzet toe. Zo overweegt de Amsterdamse Kantonrechter¹⁷ dat werkgever een zwaarwichtig belang had dat in beginsel met zich meebrengt dat de werknemers gevraagd

kan worden bepaalde arbeidsrechtelijke aanspraken op te schorten, overweegt de Kantonrechter Amsterdam¹⁸ in een andere zaak dat omstandigheden zouden kunnen meebrengen dat van werknemer – gelet op de buitengewone noodsituatie die zich kennelijk ook bij werkgever heeft voorgedaan – gevraagd kon worden met een tijdelijke opschorting akkoord te gaan. Het Gerecht in eerste aanleg van Curaçao overwoog dat voldoende aannemelijk is dat sprake is van een wijziging van omstandigheden en werkgever daarin aanleiding heeft kunnen vinden tot het doen van een voorstel tot wijziging van de arbeidsvoorwaarden.¹⁹ En de Kantonrechter Amsterdam²⁰ overwoog dat voor beide partijen (werkgever en werknemer) geldt dat de coronacrisis als onvoorziene omstandigheid heeft te gelden. Kernvraag die een groot deel van de hiervoor besproken uitspraken opwerpt is of de coronacrisis is te kwalificeren als een normaal bedrijfsrisico dat voor rekening van de werkgever behoort te komen, of een exceptioneel risico²¹ op grond waarvan mogelijk gesteld kan worden dat een risicoverdeling (en zo ja, welke) tussen werkgever en werknemer in de rede ligt. Onder een normaal bedrijfsrisico is te denken aan stagnerende omzet/productie, tijdelijke bedrijfssluiting in verband met brand of lekkage, etc. Bij exceptionele risico's moet worden gedacht aan oorlog of een overstroming. En als er al sprake is van een exceptioneel risico, moeten de gevolgen dan (toch) volledig voor rekening van de werkgever blijven of moeten deze ook deels door de werknemer gedragen worden? De vraag of de coronacrisis een exceptioneel risico is, is natuurlijk arbitrair, maar zeker verdedigbaar aangezien deze crisis zeer uitzonderlijk is, met vergaande consequenties. De rechter zou de coronacrisis echter ook als onvoorziene omstandigheid kunnen aanmerken en dan via die band tot een risicoverdeling kunnen komen. Recent gebeurde dit overigens ook in een huurkwesitie. De Kantonrechter Assen²² achtte het aannemelijk dat de bodemrechter de coronacrisis als onvoorziene omstandigheid zal aanmerken en bepaalt dat dit een aanpassing van de huurovereenkomst bedrijfsruimte rechtvaardigt en de huurder kan volstaan met betaling van 50% van de huur. Weliswaar wordt hier de huurder (de zwakkere partij in het huurrecht, vergelijk de werknemer in het arbeidsrecht) beschermd, maar dit laat onverlet dat de rechter de coronacrisis als onvoorziene omstandigheid kwalificeert.

Als de rechter de coronacrisis als exceptioneel risico of onvoorziene omstandigheid kwalificeert zou dit, zowel via de band van art. 7:628 BW als art. 7:611/613 BW, tot een risicoverdeling kunnen leiden. Zoals door Van Slooten²³

15 Rb. Rotterdam 28 augustus 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:7567.

16 Rb. Gelderland 17 juli 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:3599.

17 Rb. Amsterdam 28 mei 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2734.

18 Rb. Amsterdam 21 juli 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:3536.

19 Gerecht in eerste aanleg van Curaçao 1 juli 2020, ECLI:NL:OGECAC:2020:161.

20 Rb. Amsterdam 3 september 2020, ECLI:NL:2020:4354.

21 De tijdelijke sluiting van een pluimveebedrijf als gevolg van het uitbreken van de vogelgriep werd niet als exceptioneel risico gekwalificeerd (Rb. Noord-Nederland 4 mei 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:2222).

22 Rb. Noord-Nederland 21 juli 2020, ECLI:NL:RBNNE:2020:2540.

23 J.M. van Slooten in zijn noot onder Rb. Oost-Brabant 29 mei 2020, «JAR» 2020/156.

terecht opgemerkt, heeft de rechter door redelijkheidstoetsing de mogelijkheid om maatwerk te leveren: hij kan ook de helft van de loonvordering toekennen of voor een beperkte periode. Ik zou er zelf voorstander van zijn om in loongeschillen, die uiteindelijk tot een risicoverdeling zouden moeten leiden, als uitgangspunt voor de verdeling 70/30 te kiezen. 70% voor de werknemer omdat dit ook, in het algemeen, het uitkeringspercentage van (de meeste) sociale uitkeringen is en veelal een aanvaardbaar percentage²⁴. Zie in dat verband ook het arrest van de Hoge Raad²⁵ over de zaalvoetballende chauffeur waarin werd overwogen dat een contractuele beperking van aanvulling op wettelijke minimumuitkering bij arbeidsongeschiktheid, in verband met buiten de werksfeer liggende gedragingen of activiteiten van de werknemer, zonder dat sprake is van opzet van de werknemer niet in strijd is met art. 7:629 BW.

Is de coronacrisis te kwalificeren als een normaal bedrijfsrisico dat voor rekening van de werkgever behoort te komen of een exceptioneel risico?

Wanneer de werkgevers in een aantal van de hiervoor besproken uitspraken (beter) overleg met de werknemer(s) zouden hebben gevoerd, de onvoorziene omstandigheden hadden gemotiveerd en een redelijk(er) voorstel (bijvoorbeeld de hiervoor genoemde 70/30-variant) hadden gedaan, zou ik menen dat dit tot andere uitkomsten had kunnen leiden. Dit is tegelijkertijd dan ook direct het advies dat werkgevers meegegeven kan worden om toch tot het gewenste resultaat van een (tijdelijk) loonoffer te kunnen komen. Dat de lat weliswaar hoog ligt,²⁶ maar niet onmogelijk is leert onder andere de uitspraak van de Kantonrechter Utrecht²⁷ waarin onder verwijzing naar het bekende arrest *Stoof/Mammoet*²⁸ werd geoordeeld dat een voorstel tot loonmatiging redelijk was.

Ook interessant is in dat verband nog het vonnis van de Voorzieningenrechter Arnhem²⁹ waarin in kort geding werd geoordeeld dat, gelet op de hevigheid van de crisis in de bouwwereld en de financiële situatie van de oud-werkgever, niet kon worden uitgesloten dat de bodemrechter zal oordelen dat sprake was van onvoorziene omstandigheden, die aanleiding zouden kunnen zijn voor wijziging van de beëindigingsvergoeding op grond van art. 6:258 BW.

Thuiswerken en thuisquarantaine

Risicoverdeling zou, op basis van dezelfde redenering, ook mogelijk moeten kunnen zijn in de situaties waarin de

werknemer in thuisquarantaine gaat, niet kan thuiswerken en de werkgever gemotiveerd kan aantonen dat dit tot voor hem onaanvaardbare financiële gevolgen leidt. Ook hier zou de door Van Slooten genoemde redelijkheidstoetsing de mogelijkheid om maatwerk te leveren passen en de 70/30-variant goed verdedigbaar zijn.

Wat overigens opvalt is dat rechters verschillend oordelen over het overheidsadvies zoveel mogelijk thuis te werken. Zo overweegt de Kantonrechter Alkmaar³⁰ dat de RIVM-richtlijnen duidelijk waren, terwijl de Kantonrechter Nijmegen³¹ spreekt over een algemeen geformuleerd overheidsadvies waaruit werknemer geen recht op thuis werken kan putten. Dat laatste komt mij juist voor, hierbij geldt wel dat als werkgever een werknemer niet toestaat thuis te werken³² de werkgever op grond van de Arbeidsomstandighedenwet, het Arbeidsomstandighedenbesluit en de RIVM-richtlijnen wel moet zorg dragen voor een gezonde en veilige werkplek. In de Nijmeegse zaak oordeelde de kantonrechter overigens dat werkgever voldoende had gemotiveerd en onderbouwd dat hij in verband met de coronacrisis meerdere maatregelen had genomen om een veilige werkplek te waarborgen. Ik meen dat, wanneer werkgever dit niet of onvoldoende aannemelijk maakt, een arbeidsplaatswijziging toegewezen kan zijn. Weliswaar geldt er geen recht op thuiswerken,³³ maar in bepaalde situaties lijkt mij dat via de band van goed werkgeverschap een (tijdelijke) arbeidsplaatswijziging afgedwongen zou kunnen worden. Ook hier vindt dan een redelijkheidstoets plaats waarbij het, naast de vraag of de werkgever een gezonde en veilige werkplek biedt, bijvoorbeeld nog een rol speelt of sprake is van een werknemer (of gezinslid) die in een risicogroep zit en afhankelijk is van het openbaar vervoer om op het werk te komen waarvan werknemer liever geen gebruik maakt.

Verplicht opnemen vakantiedagen

Een enkele verwijzing naar de coronacrisis is volgens de Kantonrechter Rotterdam³⁴ onvoldoende om werknemers te verplichten 20% van de vakantiedagen te laten opnemen. Als sprake is van onvoorziene omstandigheden, de werkgever gemotiveerd kan aantonen een gerechtvaardigd belang te hebben dat werknemers vakantiedagen opnemen en dat belang zou moeten prevaleren boven het belang van de werknemer geen dagen op te nemen, zou het op grond van goed werknemerschap (art. 7:611 BW) mogelijk moeten zijn werknemers toch te dwingen (een gedeelte van de) vakantiedagen op te nemen.³⁵

24 M.D. van Vliet en M.A. Hoogendoorn stellen ook in hun noot onder Rb. Amsterdam 28 mei 2020, «JIN» 2020/112 dat een inkomensachteruitgang van 30% kennelijk dus nog acceptabel is.

25 HR 14 maart 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC6699.

26 Rb. Amsterdam 23 februari 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:899.

27 Rb. Midden-Nederland 13 december 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:7414.

28 HR 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1847.

29 Rb. Arnhem 10 december 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BY8265.

30 Rb. Noord-Holland 27 juli 2020, ECLI:NL:RBNH:2020:5863.

31 Rb. Gelderland 16 juni 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:2954.

32 Hiervan was overigens sprake in de procedure bij de Kantonrechter in Nijmegen. De werknemer moest volgens de werkgever op de werkplek aanwezig zijn voor het aannemen van pakketten, verwerken en verzenden van bestellingen en begeleiding van een collega.

33 D66 en Groen Links hebben aangekondigd een initiatief wetsvoorstel voor een recht op thuiswerken in te zullen dienen: <https://d66.nl/nieuws/d66-en-groenlinks-maak-van-thuiswerken-een-recht/>.

34 Rb. Rotterdam 29 mei 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:4731.

35 Zie hierover: J.R. Vos, 'Vakantie in tijden van corona', *TAP* 2020/131.

Loon tijdens ziekte

De twee uitspraken³⁶ waarin de werkgever verzuimde een bedrijfsarts in te schakelen om een ziekmelding in verband met coronaklachten te beoordelen, komen mij juist voor. Wanneer een werknemer een ziekmelding doet of een mededeling die de werkgever had kunnen opvatten als ziekmelding, is de werkgever op grond van art. 14 en 14a Arbeidsomstandighedenwet en art. 2 Regeling procesgang eerste en tweede ziektejaar verplicht ter beoordeling van de ziekte een bedrijfsarts of arbodienst in te schakelen. Doet de werkgever dat niet, dan ontslaat dat de werkgever niet van de verplichting om het loon door te betalen.

Een enkele verwijzing naar de coronacrisis is onvoldoende om werknemers te verplichten 20% van de vakantiedagen te laten opnemen

Bij de juistheid van de uitspraak van de Kantonrechter Maastricht³⁷ kunnen vraagtekens worden geplaatst. Het enkele feit dat de werkgever gedurende een (weliswaar lange) periode, onverschuldigd, meer loon tijdens ziekte heeft betaald dan waartoe hij op grond van de wet, cao of individuele arbeidsovereenkomst was gehouden, rechtvaardigt niet per definitie dat de werknemer erop mocht vertrouwen dat de werkgever dit ook nog gedurende de resterende periode van arbeidsongeschiktheid zou blijven doen. De kantonrechter had in dit verband betekenis moeten toekennen aan de gezichtspunten zoals door de Hoge Raad uiteen gezet in zijn arrest van 22 juni 2018.³⁸

Corona op de werkvloer heeft niet alleen tot nieuwe arbeidsrechtelijke vraagstukken geleid, maar ook tot diverse geschillen tussen werkgevers en werknemers

Anders dan de kantonrechter meen ik dat de door werkgever gestelde financiële omstandigheden als gevolg van coronacrisis wel degelijk tot een ander oordeel zouden kunnen leiden en niet per definitie volledig in de risicosfeer van werkgever liggen.³⁹

Ontslag op staande voet

Tot nu toe zijn twee uitspraken gepubliceerd waarin ontslag op staande voet was gegeven met als dringende reden het negeren of handelen in strijd met de door de overheid opgelegde maatregelen of uitgevaardigde richtlijnen. Het niet respecteren van 1,5 meter afstand in de werksituatie ten opzichte van een collega levert geen dringende reden op.⁴⁰ Het niet op het werk verschijnen vanwege risico op besmetting van de echtgenote van een werknemer ook niet.⁴¹ Het openen van een fastfoodrestaurant ondanks instructie van de werkgever in verband met overheidsmaatregelen met betrekking tot de coronacrisis wel⁴² en het publiekelijk in twijfel trekken van het coronabeleid van de gemeente door een trouwambtenaar ook.⁴³ Het ontslag op staande voet gegeven door een restaurant aan een recent in dienst getreden kok met als grond 'drastische maatregelen die de regering heeft genomen in het kader van het coronavirus' hield logischerwijze geen stand.⁴⁴ Kunnen hier (vergaande) conclusies aan worden verbonden? Neen, want, zoals altijd zijn alle feiten en omstandigheden (waaronder de persoonlijke) van belang bij beoordeling van de rechtsgeldigheid van de dringende reden. Deze zaken bevestigen wel de uitzonderlijke situatie waarin we ook arbeidsrechtelijk in terecht zijn gekomen.

3. Conclusie

Ondanks dat we ook arbeidsrechtelijk in een buitengewoon uitzonderlijke situatie zijn terecht gekomen, biedt de geldende regelgeving nog steeds voldoende basis en mogelijkheden om de diverse arbeidsrechtelijke geschillen juridisch te duiden en te beoordelen.⁴⁵ Redelijkheidstoetsing zou echter wel kunnen maken, dat waar in een 'normale' situatie eerder het voordeel van de twijfel naar de werknemer uitgaat, in tijden van een crisis als de coronacrisis sneller tot risicoverdeling en maatwerk overgegaan zou kunnen worden.

Over de auteur



Mr. P.J.B.M. Besselink CPL

Senior Jurist Arbeidsrecht en Pensioenrecht bij DAS.

36 Rb. Rotterdam 12 juni 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:5902 en Rb. Rotterdam 24 juni 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:6282.

37 Rb. Limburg 22 juni 2020, ECLI:NL:RBLIM:2020:4436.

38 HR 22 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:976.

39 Zie in dat verband ook: Hof Den Bosch 19 februari 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:591.

40 Rb. Rotterdam 14 augustus 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:7517.

41 Rb. Noord-Holland 27 juli 2020, ECLI:NL:RBNH:2020:5863.

42 Rb. Rotterdam 28 augustus 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:7567.

43 Rb. Gelderland 17 jul 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:3599.

44 Rb. Amsterdam 1 september 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:4266.

45 Vraag is wel of dit ook geldt voor mogelijke nieuwe vraagstukken zoals het verplichten van werknemers zich, zodra er een vaccin is, te laten vaccineren en of de werkgever, bij weigering, de werknemer dan op een andere werkplek of in een andere functie mag te werk stellen. Dit zal voer zijn voor een mogelijk vervolg op deze kroniek.