

Arbeidsrecht in tijden van corona

ArbeidsRecht 2021/13

De wereldwijde corona-uitbraak heeft het kabinet tot het nemen van ingrijpende maatregelen geroept met vaak vergaande consequenties voor werkgevers. Dit veroorzaakte op het gebied van het arbeidsrecht behoorlijk wat jurisprudentie. In dit artikel wordt deze rechtspraak per onderwerp besproken en wordt gezien hoe (en of) de coronacrisis van invloed is op de beoordeling van verschillende arbeidsrechtelijke vraagstukken.

1. Loonvorderingen en eenzijdige wijziging arbeidsvoorwaarden

Tijdens de “intelligente”, “gedeeltelijke” en “harde” lockdown zagen en zien veel ondernemers zich met een groot verlies aan inkomsten geconfronteerd. Voor sommige werkgevers was dit aanleiding loonoffers van het personeel te vragen c.q. eenzijdig op te leggen. In andere gevallen werden loonbetalingen (deels) gestaakt waarbij het uitgangspunt “geen arbeid, geen loon” werd gehanteerd.

1.1 Loonvordering op grond van artikel 7:628 BW

De loonvorderingen uit de tot begin november 2020 gepubliceerde uitspraken zijn voor het merendeel onverkort toegewezen. In vier van deze zaken werd loon gevorderd over een periode waarin door de betreffende werknemer in het geheel geen arbeid was verricht. Voor de toeristengids en de eventmedewerker – beiden in dienst als oproepkracht – was er simpelweg geen werk beschikbaar. Ook een kapster en valkenier konden hun werkzaamheden niet verrichten nu hun arbeidsplaats op last van de overheid gesloten was. De loonvorderingen werden in deze zaken gegrond op artikel 7:628 lid 1 BW waarin sinds 1 januari 2020 het uitgangspunt “geen arbeid, toch loon, tenzij het niet werken voor rekening en risico van de werknemer komt” is vastgelegd. Vooralsnog hebben we kunnen zien dat de coronacrisis geen omstandigheid is die door rechters voor rekening en risico van de werknemer wordt gebracht. In de kapperszaak waarin de werkgever tijdens de gedwongen sluiting het loon slechts gedeeltelijk betaalde, oordeelde de kantonrechter dat het niet redelijk was om te oordelen dat de sluiting van de kapsalon op last van de overheid en de hierdoor verminderde inkomsten voor rekening van de werkneemster behoorde te komen.² Op grond van artikel 7:628 BW was de werkgever in deze situatie gehouden om het loon door te betalen. In 's-Hertogenbosch en Amsterdam oordeelde de kantonrechter dat de coronasituatie het normale ondernemersrisico overstijgt c.q. een exceptionele omstandigheid is die niet zonder meer in de risicosfeer van werknemer of

werkgever valt, maar dat daar tegenover de compenserende overheidsmaatregelen stonden waarop door de werkgever een beroep was gedaan. De omstandigheid dat de werkgever in aanmerking kwam voor de NOW-regeling en daarvoor een substantieel bedrag uitgekeerd heeft gekregen, was voor de kantonrechter Amsterdam “doorslaggevend” voor de belangenafweging in het voordeel van de werknemer.³ In de Valkenierszaak speelde de NOW-regeling geen rol in de beoordeling door de kantonrechter.⁴ Buiten de constatering dat “uit de rechtspraak blijkt dat veel omstandigheden in feite tot de risicosfeer van de werkgever worden gerekend”, oordeelde de kantonrechter hier zonder verdere toelichting dat het niet kunnen verrichten van de werkzaamheden voor rekening van de werkgever hoorde te komen.

Dat een sluiting van de horeca in verband met het coronavirus een omstandigheid is die in beginsel voor rekening en risico van de werkgever komt, was ook het oordeel van de kantonrechter Rotterdam.⁵ In deze zaak werd de loonvordering van werkneemster echter afgewezen, omdat de bedieningsmedewerkster tijdens de gedwongen sluiting van het restaurantgedeelte van haar werkgever weigerde andere aangeboden werkzaamheden in het afhaalgedeelte of als bezorger te verrichten. Deze opgedragen werkzaamheden waren volgens de kantonrechter redelijk en van werkneemster mocht verwacht worden dat zij die zou verrichten.

1.2 Loonaanspraak bij quarantaine

Hoe zit het met de loonaanspraak van een werknemer die in quarantaine moet? Ook over dit onderwerp hebben de rechters inmiddels voldoende beschikt. De werknemer die de werkgever informeert dat zijn partner verschijnselen van het coronavirus heeft, waaronder koorts, en dat hij daarom conform de RIVM-richtlijnen niet naar werk zal gaan, behoudt zijn aanspraak op loon.⁶ Niet omdat hij ziek was, maar omdat hij in thuisquarantaine moest blijven (de grondslag is artikel 7:628 BW). Bovendien heeft de werknemer zich steeds bereid en beschikbaar gehouden voor het verrichten van werkzaamheden vanuit huis.

Ook de kantonrechter van de rechtbank Noord-Holland is van oordeel dat het niet werken op grond van de RIVM-richtlijnen op grond van artikel 7:628 BW voor rekening en risico van de werkgever komt.⁷ De werknemer had zich afgemeld voor werk, omdat zijn chronisch zieke vrouw niet zelfstandig voor hun zoontje van 6 jaar kon zorgen. Het zoontje ging normaal gesproken (met behulp vanuit Wmo) iedere dag naar de opvang. Begin maart werd het zoontje echter ziek, waardoor hij niet meer naar de opvang kon. Kort daarop ontwikkelden ook de zieke vrouw van de werknemer en zijn zelf corona gerelateerde klachten. Het gezin ging vervolgens

1 Mevr. mr. E. (Eliza) Akopova van Nineyards Law en mevr. mr. L. (Lise) van den Heuvel van Vestius Advocaten.

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

3 Rb. Oost-Brabant 9 oktober 2020, ECLI:NL:RBOBR:2020:4949 en Rb. Amsterdam 3 september 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:4354.

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

5 Rb. Rotterdam 3 november 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:9951.

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

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

op advies van de huisarts in quarantaine. In deze zaak verschilden de werknemer en de werkgever van mening over de oorzaak van het niet werken door de werknemer: was hij ziek of had hij een oppasprobleem? In het laatste geval stelde de werkgever aan de werknemer voor onbetaald verlof op te nemen. De werkgever gaf een officiële waarschuwing, voerde later een loonstop door, met aankondiging van een mogelijk ontslag op staande voet, waarop kort later het ontslag volgde. In het licht van de onduidelijke situatie van toenemende coronabesmettingen en maatregelen, met een qua gezondheid kwetsbare vrouw, een ziek kind en zelf ook klachten, kon het de werknemer, aldus de kantonrechter niet verweten worden dat hij – ook gezien alle adviezen die hij heeft ontvangen van de huisarts, ziekenhuis, UWV en gemeente – tijdelijk niet op werk aanwezig kon en wilde zijn. Hem is door de overheid geadviseerd zoveel mogelijk thuis te blijven. Van de werknemer mocht echter wel worden verwacht dat hij de nodige inspanning zou leveren om de ontstane situatie op te lossen. De werkgever heeft daarentegen niet gehandeld zoals van een goed werkgever mocht worden verwacht. Met de officiële waarschuwing, gevolgd door de loonstop heeft de werkgever werknemer hard aangepakt en eigenlijk de toon gezet, terwijl deze maatregelen op dat moment wellicht (nog) niet passend waren. Hij had moeten onderzoeken of de werknemer thuis geen passend werk had kunnen verrichten. Een dringende reden voor een ontslag op staande voet ontbrak en de ingezette loonstop was onterecht.

1.3 Eenzijdige wijziging arbeidsvoorwaarden

In een viertal andere zaken, waarin een loonvordering voor de rechter werd gebracht, lag een door de werkgever eenzijdig doorgevoerde (tijdelijke) loons- dan wel urenverlaging daaraan ten grondslag. Zowel de Nederlandse kantonrechters als de gerechten in eerste aanleg van Curaçao en Aruba beoordeelden de rechtmatigheid daarvan aan de hand van de Stoof/Mammoet-toets.⁸ Ook in deze zaken werd geoordeeld dat er sprake was van buitengewone omstandigheden. Er was volgens de rechter dan ook sprake van een wijziging in omstandigheden waarin de werkgever aanleiding kon vinden om een voorstel tot aanpassing van de salarissen te doen. De Arubaanse rechter was minder stellig en meende dat het niet uitgesloten is dat de negatieve bedrijfs-economische gevolgen die een werkgever ten gevolge van de COVID-19 pandemie ondervindt, gewijzigde omstandigheden kunnen opleveren waarin die werkgever aanleiding kan vinden om een voorstel tot aanpassing van de salarissen te doen. Hij voegde daaraan toe dat de negatieve bedrijfs-economische gevolgen van de pandemie niet zonder meer tot de exclusieve risicosfeer van de werkgever behoren.

In drie van de zaken gaat het vervolgens voor de werkgever mis op de vraag of het voorstel dat door de werkgever is gedaan als redelijk moet worden beschouwd. In de allereerste gepubliceerde corona-uitspraak, ook wel bekend als de “Turkse broodjeszaak”, was de werkgever eenzijdig en zonder nader overleg overgegaan tot betaling van 50%

van het salaris.⁹ Vanaf half maart 2020 werd de broodjeszaak als gevolg van de overheidsmaatregelen gesloten. De werkgever vroeg in maart 2020 NOW-subsidie aan en kreeg uiteindelijk 60% van zijn loonsom als subsidie uitgekeerd. Gezien de acute betalingsproblemen waarin de werkgever was komen te verkeren, betaalde hij zijn werknemers niet het volledige salaris. De wederzijdse belangen wegende oordeelde de rechter echter dat naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet van de werknemer kon worden verlangd dat hij over meerdere maanden met 50% opschorting van zijn salaris in moest stemmen, ook omdat niet vast stond wanneer de werkgever dan wel over voldoende middelen zou beschikken om de achterstand in te lopen. Het ontbreken van financiële onderbouwing deed ook Container Solutions B.V. de das om.¹⁰ In deze kwestie ging het om een ontbindingsverzoek wegens een verstoorde arbeidsrelatie waaraan een eenzijdig opgelegde tijdelijke salarisverlaging van 25% ten grondslag lag. Vanwege het ontbreken van die financiële onderbouwing kon niet worden geconcludeerd dat het voorstel als redelijk moest worden beschouwd. Ook hier liet de rechter echter wel ruimte voor een dergelijke aanpassing van de arbeidsvoorwaarden. De omstandigheden zouden volgens de rechter kunnen meebrengen dat van de werknemer – gelet op de buitengewone nood situatie – kan worden gevraagd met een tijdelijke opschorting akkoord te gaan. Daarbij woog mee dat de overgrote meerderheid van de medewerkers wel met het voorstel had ingestemd. Op het moment van schrijven van dit artikel is enkel in de uitspraak van het Gerecht in Eerste Aanleg van Aruba geoordeeld dat de werknemer met het wijzigingsvoorstel akkoord had moeten gaan.¹¹ Het ging hier om een meubel/witgoedzaak die wegens corona te maken had met teruglopende klantentaallen. De werknemer in kwestie had naast het reguliere salaris recht op betaling van maandelijks “incentives” bestaande uit een persoonlijk budget en een bedrijfsbudget. De werkgever informeerde het personeel begin april 2020 schriftelijk dat er maatregelen zouden worden genomen vanwege de dalende omzet die het gevolg was van de coronacrisis. Per 1 april 2020 kwamen de maandelijks incentives en budgetvergoedingen te vervallen en voor afdelingen die gesloten zijn zou vanaf 1 mei 2020 een “no work no pay” beleid worden gevoerd waarbij alle werknemers 75% van hun basissalaris zouden ontvangen. In de daarop door een van de werknemers gestarte procedure oordeelde de rechter dat van een werkgever mag worden verwacht dat hij zijn werknemers informeert over financiële gegevens, waaronder de omzetzaling, de totale lasten en de liquide middelen van de onderneming, alvorens een voorstel tot aanpassing te doen. Daarvan was geen sprake geweest. De werkgever had weliswaar voorafgaand aan het formuleren van de salarisaanpassing overleg gevoerd met vakbond RTU die 80% van de werknemers vertegenwoordigde, maar niet met de vakbond waarvan de betreffende werknemer lid was. De werknemer had dan ook

8 Gerecht in Eerste Aanleg van Curaçao 1 juli 2020, ECLI:NL:OGAAC:2020:161.

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

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

11 Gerecht in Eerste Aanleg van Aruba 30 september 2020, ECLI:NL:OGAAA:2020:383.

geen inzage verkregen in de financiële cijfers en zich dus volgens de rechter ook niet zelfstandig een oordeel kunnen vormen over de vraag of er sprake was van een zodanige omzetsdaling dat het wijzigingsvoorstel van zijn werkgever redelijk was dat hij in redelijkheid had moeten aanvaarden. Het Gerecht in Eerste Aanleg oordeelde echter dat dat op grond van de specifieke omstandigheden van het geval van werknemer gevegd kon worden. Relevant hierbij was het feit dat vakbond RTU de cijfers kennelijk zo had beoordeeld dat het voorstel tot salaris aanpassing als redelijk werd beoordeeld en dat bijna alle 136 werknemers daarmee ook akkoord waren gegaan. De rechter verweet de werknemer daarnaast een starre houding, omdat hij niet zelf in overleg met zijn werkgever was getreden. Voor de vraag of van de werknemer in redelijkheid kon worden gevegd het voorstel te aanvaarden was verder van belang het feit dat hij over de maand juni 2020 wel akkoord was gegaan met de aanpassing van arbeidsvoorwaarden. In het licht daarvan was niet in te zien waarom inhouding van de incentives over de maand april 2020 in redelijkheid niet van hem kon worden gevegd. De werknemer stelde zich op het standpunt dat de combinatie van de korting op het loon en het niet betalen van de incentives, het voorstel niet redelijk maakte dan wel dat aanvaarding in redelijkheid niet kon worden gevegd, maar liet na deze stelling nader te onderbouwen. Bij gebrek aan die onderbouwing werd voorshands onvoldoende aannemelijk dat deze aanpassing niet van de werknemer kon worden gevegd, aldus de Arubaanse rechter.

1.4 *Buitengewone omstandigheid maar in beginsel dus risico werkgever*

Uit de tot op heden gepubliceerde uitspraken volgt dat de coronacrisis – hoewel deze in alle uitspraken als een buitengewone omstandigheid wordt beschouwd – door de meeste kantonrechters voor rekening en risico van de werkgever wordt gebracht. Tot dusver zijn de enige nuanceringen die zijn gemaakt de overwegingen dat deze exceptionele omstandigheid niet zonder meer in de risicosfeer van werknemer of werkgever valt en de overweging dat de gevolgen van de pandemie niet zonder meer tot de exclusieve risicosfeer van de werkgever kunnen worden gerekend. Toch lijkt er wel enige ruimte te worden gelaten van werknemers een loonoffer te vragen. Conform de Stoof/Mammoet-toets moet een werkgever in dat geval een redelijk voorstel doen waarvan aanvaarding in redelijkheid van de werknemer kan worden gevegd. Dat vraagt allereerst om een gedegen (financiële) onderbouwing van de gevolgen van de onvoorziene/gewijzigde omstandigheden en een wijzigingsvoorstel dat redelijk is. Het al dan niet ontvangen van overheidssteun speelt bij deze beoordeling logischerwijs ook een belangrijke rol. Vervolgens dient de werkgever zorgvuldig overleg te plegen met de werknemers en niet zomaar tot eenzijdige aanpassing over te gaan. Welke aanpassing van het loon in redelijkheid van werknemers kan worden gevraagd, hangt uiteraard af van de omstandigheden van het geval. Verder is duidelijk dat het salaris van de werknemer, die conform de RIVM-richtlijnen in thuisquarantaine gaat, dient te worden doorbetaald.

2. **Verplicht opnemen vakantiedagen**

Vakantierechten van werknemers worden door de (Europese) rechter sterk beschermd. Het verbaast dan ook niet dat het door een werkgever eenzijdig opleggen van de maatregel dat al het personeel 20% van hun verlofuren als vakantie moet opnemen niet zomaar door de beugel kan. In een ontbindingsprocedure bij de kantonrechter Rotterdam waar de werknemer betaling van de eenzijdig opgelegde vakantiedagen als tegenverzoek had ingediend, oordeelde de kantonrechter dat wanneer een werknemer niet instemt met het treffen van een dergelijke maatregel, het aan de werkgever is om zijn zwaarwichtig belang daarbij te onderbouwen.¹² Een enkele verwijzing naar de coronacrisis is daarvoor onvoldoende, aldus de kantonrechter. Uit de door de kantonrechter gehanteerde maatstaf en formuleringen blijkt dat de uitkomst hier mogelijk anders had kunnen zijn als de werkgever de noodzakelijkheid van de maatregel en de redelijkheid van het voorstel nader had onderbouwd. Ook hier lijkt er enige ruimte te worden gelaten om van werknemers – ten aanzien van vakantierechten – bepaalde offers te vragen, maar dan zal de werkgever wel moeten onderbouwen dat zijn voorstel redelijk is en dat aanvaarding door de werknemer daarvan in redelijkheid kan worden gevraagd.

3. **Ziekte en recht op loon**

Ook de onderwerpen ziekmelding en aanspraak op loon hebben de gemoederen bezig gehouden. De volgende casus is in juni van dit jaar voorgelegd aan de Rotterdamse kantonrechter.¹³ Bij e-mail van 15 maart 2020 heeft de werknemer bij de werkgever aangegeven dat hij last heeft van zware hoestklachten en keelpijn en dat zijn partner en kind koorts en nog ergere klachten hebben. De werknemer wil het advies van het RIVM opvolgen en thuis blijven en weer op het werk komen zodra de klachten zijn verminderd of verdwenen. Omdat de werkgever de bedrijfsarts niet op de hoogte had gesteld waardoor de bedrijfsarts de ziekmelding van werknemer niet heeft beoordeeld, kon volgens de kantonrechter niet worden uitgesloten dat de werknemer niet heeft gewerkt omdat hij ziek was. De loonvordering werd toegewezen. Ook een werknemer die de werkgever eerst een bericht stuurde dat haar ex-man het coronavirus heeft opgelopen en die zich een dag later ziekmelde, behoudt haar aanspraak op loon.¹⁴ De werkgever trok de ziekmelding in twijfel en meende dat de werknemer geen recht had op loon. Het is echter niet aan de werkgever om vast te stellen of de werknemer ziek is. In deze beschikking zette de kantonrechter de wettelijke verplichtingen van de werkgever die geconfronteerd wordt met een ziekmelding expliciet uiteen. In beginsel moet de ziekmelding van werknemer worden geaccepteerd, tenzij er voldoende zwaarwegende gronden zijn om de ziekmelding te weigeren. En voor zover

¹² Rb. Rotterdam 29 mei 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:4731.

¹³ Rb. Rotterdam 12 juni 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:5902.

¹⁴ Rb. Rotterdam 24 juni 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:6282.

de werkgever (al dan niet terecht) de indruk krijgt dat de werknemer zich enkel ziek meldt vanwege angst voor het coronavirus, dient de werkgever ter beoordeling van de ziekte een bedrijfsarts of arbodienst in te schakelen. De werkgever is daartoe op grond van artikel 14 en 14a Arbeidsomstandighedenwet en artikel 2 Regeling procesgang eerste en tweede ziektejaar verplicht. Die verplichting volgt ook uit goed werkgeverschap en de re-integratieverplichtingen die op de werkgever rusten.

Kan een werkgever het salaris van een zieke werknemer als gevolg van de coronacrisis met succes verlagen? Rechtbank Limburg meent van niet.¹⁵ De door de werkgever gestelde financiële omstandigheden als gevolg van de coronacrisis liggen in de risicosfeer van de werkgever en rechtvaardigen niet de actie van de werkgever om het salaris van een zieke werknemer te verlagen naar 70%. De werkgever had gedurende de eerste 16 maanden van de arbeidsongeschiktheid van de werknemer zijn salaris 100% doorbetaald, zonder dat hij hiertoe verplicht was. De werknemer mocht er gerechtvaardigd op vertrouwen dat de werkgever zijn loon ook na die 16 maanden volledig zou doorbetalen.

3.1 Ook bij corona gelden dus normale regels bij ziekmelding

De conclusie die aan de hand van de tot op heden gepubliceerde rechtspraak over corona gerelateerde ziekmeldingen kan worden getrokken, is dat werkgevers ook in tijden van corona de gebruikelijke wegen moeten bewandelen om vast te stellen of er een loondoorbetalingsverplichting is. De werkgever moet de ziekmelding in beginsel accepteren en wanneer hij twijfelt of de werknemer ziek is, dient de bedrijfsarts te worden ingeschakeld. Laat de werkgever dit na, dan draagt hij het loondoorbetalingsrisico. Het kan namelijk niet worden uitgesloten dat de werknemer niet kan werken wegens ziekte. Enkel stellen dat de werknemer zich ziek heeft gemeld omdat hij vreest voor besmetting, ontslaat de werkgever niet van de loondoorbetalingsplicht.

4. Ontslag op staande voet

Sinds de corona-uitbraak en de oplegging van maatregelen door de overheid zijn ook de nodige ontslagen op staande voet gevallen waarin corona in meer of mindere mate een rol speelde. We bespreken hierna kort de casussen en de vraag of er van een dringende reden sprake was.

- Het niet instemmen met de vaststellingsovereenkomst wegens bedrijfseconomische redenen als gevolg van Corona (werknemer zou bij instemming haar recht op de WW-uitkering verliezen, omdat zij op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd werkte, zonder tussentijds opzegbeding) en het niet binnen één middag op kantoor verschijnen, leveren geen dringende redenen op die een ontslag op staande voet rechtvaardigen. Het verzoek van de werkgever om de vergoeding wegens onregelmatige opzegging te matigen vanwege slechte financiële omstandigheden en verslechterde

toekomstprognose in verband met de coronacrisis werd afgewezen.¹⁶

- Het ontslag op staande voet van een trouwambtenaar van de gemeente Nijmegen, die openlijk het door de gemeente gehanteerde Coronabeleid in twijfel trekt en absurd noemt, wordt rechtmatig bevonden. De trouwambtenaar heeft afbreuk gedaan aan het vertrouwen van de burgers in het gemeentelijk beleid en de welwillendheid om dit op te volgen. Juist in tijden van crisis, zoals in de eerste periode van de corona-uitbraak, is het voor een goede functionering van de openbare dienst van groot belang dat er geen afbreuk wordt gedaan aan het draagvlak voor het beleid. De trouwambtenaar in kwestie is terecht op staande voet ontslagen wegens zeer ernstig plichtverzuim.¹⁷
- Het mee naar huis nemen van verbodsborden na tijdelijke sluiting van het bedrijfspand van de werkgever (een klein bedrijf, dat hard is getroffen door de coronamaatregelen) is geen dringende reden voor een rechtsgeldig ontslag op staande voet.¹⁸ Werknemer heeft de verbodsborden openlijk onder het oog van haar collega meegenomen en zij heeft zich niet verschuuld voor de lens van de buitencamera. Bovendien stond vast dat werknemers spullen van werkgever mee naar huis mochten nemen.
- Een werknemer van Kwik-Fit vloog de HR-adviseur om zijn nek en op de vraag wat hem bezielde liet hij volgens de werkgever weten *"Ik heb Corona en nu heb ik jou besmet"*. Dit leidde tot zijn ontslag op staande voet.¹⁹ De kantonrechter oordeelde dat de werknemer buitengewoon onhandig en onverstandig heeft gehandeld. Zijn gedragingen waren in strijd met de van overheidswege afgekondigde 1,5 meterregel. Uit de houding en het gedrag van zijn collega (snel naar achteren lopen en proberen af te wenden) had hij moeten afleiden dat de collega daar niet van gediend was. Vastgesteld moet worden dat de werknemer zich door dit alles provocerend en onverantwoordelijk heeft gedragen, het is immers de verantwoordelijkheid van ieder individu om zich strikt aan de basismaatregelen te houden. Uit camerabeelden bleek echter dat andere collega's zich ook niet aan de 1,5 meterregel hielden, wat aangaf dat strikte naleving door mensen als lastig wordt ervaren. Verder was van belang dat het handelen geen gevolgen heeft gehad voor de gezondheid van de collega, nu is gebleken dat de werknemer en de betrokken collega niet besmet waren met het coronavirus. Bij dit alles woog ook nog mee dat hier sprake was van een zeer lang dienstverband. Er was dan ook geen sprake van een dringende reden voor ontslag op staande voet. Een voorwaardelijk ontbindingsverzoek wordt wel toegewezen op grond van verstoorde arbeidsverhouding (omdat eerder waarschuwingen waren gegeven), onder toekenning van de transitievergoeding.

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

16 Rb. Noord-Holland 14 juli 2020 ECLI:NL:RBNHO:2020:5238.

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

18 Rb. Midden-Nederland 22 juli, ECLI:NL:RBMNE:2020:2864.

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

- Overmacht vanwege gedwongen sluiting als gevolg van de uitgebroken corona-epidemie kwalificeerde de kantonrechter Amsterdam niet als een dringende reden.²⁰ Een restauranthouder in Amsterdam schreef aan zijn kok, die op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd zonder tussentijds opzegbeding werkte, dat hij door de drastische maatregelen die de regering heeft genomen in het kader van het COVID-19-virus, helaas genoodzaakt was de arbeidsovereenkomst met de werknemer te beëindigen. Als reden hiervoor werd vermeld dat bij de tegemoetkoming NOW door het UWV geen rekening was gehouden met het salaris van de werknemer. Het ontslag is gegeven in strijd met de wettelijke regels en is daarom vernietigbaar. Het ontslag wordt evenwel in stand gelaten, omdat de werknemer daarin heeft berust. De vorderingen wegens onregelmatige opzegging worden toegekend.
- Het wegnemen van een doos met handschoenen leverde een rechtsgeldig gegeven ontslag op staande voet op. Zo heeft in augustus 2020 het Gerecht in Eerste Aanleg van Aruba geoordeeld.²¹ De werknemer werkte in een ziekenhuis, waar in verband met de coronapandemie werd aangekondigd dat het personeel bij het verlaten van het ziekenhuis gecontroleerd kan worden op het bezit van artikelen als wc-papier, mondkapjes en handdesinfectiemiddelen. De beveiliging heeft in de tas van de werknemer een doos aangetroffen met daarin ongebruikte aan het ziekenhuis toebehorende latex handschoenen. De werknemer heeft willens en wetens de (aangescherpte) regels niet nageleefd en dat gedurende de coronapandemie die met zich brengt dat er een schaarste is, of dreigt, van latex handschoenen, die noodzakelijk zijn voor het verrichten van werkzaamheden in het ziekenhuis.
- Het ontslag van een medewerker van Burger King werd door de kantonrechter Rotterdam eind augustus 2020 als rechtsgeldig gegeven bevonden.²² Betrokken werknemer had in strijd met de afgekondigde overheidsmaatregelen en heldere instructies het restaurant geopend, waardoor medewerkers en gasten in gevaar zijn gebracht door verhoging van de kans op besmetting en het veroorzaken van imagoschade. De stelling van de werknemer dat hij in de veronderstelling verkeerde dat Burger King restaurants die beschikten over een “drive thru” faciliteit telkens tot 18:00 open mochten blijven, mocht niet baten. Uit de WhatsAppberichten van de leidinggevenden van Burger King en de mededeling van een collega die hem daarop heeft gewezen, had werknemer kunnen afleiden dat de restaurants gesloten zouden blijven.

4.1 Ook ontslag op staande voet in coronatijd casuïstisch

Ook in coronatijd geldt dat het antwoord op de vraag of er een geldige dringende reden voor ontslag op staande voet was, nauw verbonden is met de casuïstiek. Dat is duidelijk te zien in de verschillende uitkomsten in de Kwik-Fit- en Burger King-zaak. In beide zaken was de reden voor het ontslag het niet naleven van de overheidswege opgelegde coronaregels. De Kwik-Fit-werknemer kwam er beter vanaf dan de medewerker van Burger King vanwege, onder meer, het lange dienstverband (34 jaar) en de constatering dat ook zijn collega's de regels niet strikt naleefden. De kantonrechter Gelderland liet de coronacrisis overigens in het voordeel van de werknemer meewegen in de plastic tasjes-zaak van Action in zijn oordeel dat het ontslag op staande voet een te vergaand middel was.²³ Een van de factoren die de kantonrechter in de beoordeling liet meewegen, was het gegeven dat het vinden van een nieuwe baan voor de medewerker wegens corona lastig zou worden.

5. Billijke vergoeding

Bij de vaststelling van de billijke vergoeding weegt de coronacrisis mee, zo blijkt uit enkele in 2020 gewezen uitspraken. Eind maart heeft de kantonrechter Rotterdam met toepassing van de Asscher-escape geoordeeld dat de werkgever die op grond van een onvoldragen ontslagdossier om ontbinding van de arbeidsovereenkomst van de werknemer heeft gevraagd, hetgeen de arbeidsverhouding heeft verstoord, ernstig verwijtbaar gehandeld heeft.^{24,25} Bij de vaststelling van de hoogte van de billijke vergoeding is op grond van de beschikkingen New Hairstyle en Zinzia rekening gehouden met alle omstandigheden van het geval.²⁶ De kantonrechter woog mee dat het voor de werknemer als gevolg van de coronacrisis de komende maanden lastiger zal zijn werk te vinden. De kantonrechter Zaanstad heeft bij de vaststelling van de billijke vergoeding de coronacrisis ten gunste van een werkgever in de cultuursector gebruikt, door te oordelen dat deze sector door de onderhavige coronacrisis extra hard wordt geraakt en dat de werkgever afhankelijk is van overheids gelden, te weten (gemeente) subsidie.²⁷ Bij de Amsterdamse kantonrechter heeft de coronapandemie tot vaststelling van de billijke vergoeding tot nihil geleid.²⁸ De billijke vergoeding werd wegens ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever aan de werknemer toegekend, maar de hoogte van de vergoeding werd naar redelijkheid op nihil gesteld. Relevante overwegingen voor dit oordeel waren de onvoorziene wijziging van omstandigheden door de coronapandemie, de daarmee samenhangende en aannemelijk gemaakte penibele financiële omstandigheden van de werkgever, het korte dienstverband

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

21 Gerecht in Eerste Aanleg van Aruba 25 augustus 2020, ECLI:NL:OGAAA:2020:331.

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

23 Rb. Gelderland 23 juli 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:3688.

24 Rb. Rotterdam 27 maart 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:3191.

25 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 3, p. 34.

26 HR 30 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1187 en HR 8 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:878.

27 Rb. Noord-Holland 14 mei 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:5078.

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

en de aan de werknemer toegekende WW-uitkering. Ook de kantonrechter Haarlem kende geen billijke vergoeding toe.²⁹ In deze zaak was er sprake van een onregelmatige opzegging van een tijdelijke arbeidsovereenkomst zonder tussentijds opzegbeding. De kantonrechter oordeelde dat het gelet op de ernstige gevolgen van COVID-19 voor de werkgever aannemelijk was dat de arbeidsovereenkomst na afloop van de tijdelijke duur zou eindigen. De maximale inkomensschade van de werknemer was daarom beperkt tot het loon tot de overeengekomen einddatum en deze schade was grotendeels al gedekt door de toegewezen vergoeding wegens onregelmatige opzegging, aldus de kantonrechter.

6. Instructierecht werkgever

De kantonrechter Utrecht oordeelde recent dat het invoeren van een mondkapjesplicht op de werkvloer onder het instructierecht ex artikel 7:660 BW van de werkgever valt.³⁰ Het dragen van een mondkapje diende twee legitieme doelen, aldus de kantonrechter, te weten de wettelijke verplichting van de werkgever te zorgen voor een gezonde en veilige werkomgeving en het beschermen van zijn bedrijfsbelang, omdat hij een loondoorbetalingsverplichting heeft bij ziekte. Hoewel over nut en noodzaak van mondkapjes wordt getwist, houdt de kantonrechter het er voorlopig voor dat het dragen ervan tijdens de pandemie aan de veiligheid en gezondheid kan bijdragen. De werknemer had de instructie moeten opvolgen en werkgever mocht het loon opschorten en werknemer de toegang tot het werk ontzeggen zolang deze niet aan de verplichting voldeed.

6.1 Thuiswerken

Sinds 16 maart 2020 roept de overheid op zoveel mogelijk thuis te werken. Door de kantonrechter Nijmegen is geoordeeld dat dit echter niet leidt tot een recht op thuiswerken. Het ging in deze casus om een medewerkster van een keukengroothandel die, nadat haar werkgever begin mei 2020 het personeel liet weten hen weer op kantoor te verwachten, bij de rechter op grond van de Wet flexibel werken om aanpassing van de werkplek verzocht. Zij beriep zich daarbij op het overheidsadvies. Daar ging de kantonrechter niet in mee. De kantonrechter oordeelde ten eerste dat de Wet flexibel werken niet van toepassing was nu er in de onderneming minder dan 10 werknemers werkzaam waren. Bovendien was voorshands aannemelijk geworden dat de werkgever passende coronamaatregelen had genomen en achtte de kantonrechter het aannemelijk dat werkneemster op de werkvloer nodig was. Tot slot oordeelde de kantonrechter dat uit het zeer algemeen geformuleerde overheidsadvies zoveel mogelijk thuis te werken, geen recht op thuiswerken kon worden geput.³¹ De vordering van werkneemster thuis te mogen werken werd afgewezen. In een kort geding bij de voorzieningenrechter Maastricht speelde eveneens een discussie over het thuiswerken. De

werkneemster vorderde achterstallig loon waarvan de werkgever vanaf 1 juni 2020 betaling had gestaakt, omdat hij meende dat er sprake was van werkweigering. De werkneemster in kwestie behoorde vanwege chronisch hartfalen tot de risicogroep en verrichtte haar werkzaamheden aan een balie waaraan klanten verschenen en die in de looproute van collega's en medewerkers van een ander bedrijf lag. De werkgever liet het personeel op 15 maart 2020 weten dat zij gewoon op kantoor werden verwacht. Nadat de werkneemster zich eerst ziek meldde vanwege keelklachten ontstond er met de werkgever een discussie over de vraag of de werkplek veilig was en over haar wens thuis te werken. De werkneemster stelde zich op het standpunt dat er onvoldoende beschermingsmaatregelen waren getroffen waardoor er geen sprake was van een voor haar veilige werkomgeving. Zij bood aan haar eigen of aangepaste werkzaamheden vanuit huis te verrichten en bood op een zeker moment zelfs aan de noodzakelijk aanpassingen aan de werkplek zelf te willen betalen. De werkgever ging met geen van de voorstellen akkoord en persisteerde bij de vervulling van de werkzaamheden door de werkneemster op de eigen werkplek. De bedrijfsarts onderschreef dat de werkneemster tot de risicogroep behoorde en ondersteunde het standpunt van werkneemster dat zij pas op haar werkplek kon verschijnen als deze veilig was. Nu van een veilige werkplek pas op 19 augustus 2020 bleek, kon werkneemster volgens de voorzieningenrechter niet worden tegengeworpen dat zij daarvoor niet op de werkplek wilde verschijnen. Bovendien stond vast dat zij zich beschikbaar had gesteld voor werk en zelfs bereid was de aanpassingen aan de werkplek te betalen. Werkweigering was dan ook niet aan de orde en de loonvordering werd toegewezen.³² Een terechte uitspraak in onze opinie, ook gezien het recent aan het Arbobesluit toegevoegde tijdelijke artikel 3.2a dat werkgevers verplicht maatregelen te nemen ter voorkoming of beperking van de kans op besmetting op de werkvloer.

6.2 Instructiebevoegdheid kent grenzen

Hoewel de werkgever uiteraard ook in coronatijd een instructierecht heeft, volgt uit deze laatste uitspraak duidelijk dat dat recht zijn grenzen kent. Overigens volgt dat ook uit de wettekst zelf. Daarin is bepaald dat de instructies van de werkgever behoren te vallen binnen de grenzen van de arbeidsovereenkomst en van algemeen verbindende voorschriften. Uit deze twee "thuiswerk"-uitspraken kan worden opgemaakt dat een werkgever nog altijd de bevoegdheid heeft zijn personeel te instrueren op kantoor te verschijnen, echter dat deze bevoegdheid wordt begrensd door de voorwaarde dat er sprake is van een veilige en gezonde werkplek.

7. Geen grote verschuivingen

Hoewel de coronacrisis in een scala aan arbeidsrechtelijke vraagstukken een rol heeft gespeeld, heeft de crisis niet geleid tot wezenlijke verschuivingen in de wijze van het

29 Rb. Noord-Holland 28 september 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:9243.

30 Rb. Midden-Nederland 13 januari 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:51.

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

32 Rb. Limburg 1 oktober 2020, ECLI:NL:RBLIM:2020:7495.

beoordelen of de uitkomsten daarvan. De impact van de coronacrisis mag voor werkgevers groot zijn, rechters zijn vooralsnog bijzonder terughoudend de financiële gevolgen daarvan voor rekening en risico van werknemers te brengen. Ook geeft de crisis geen aanleiding af te wijken van de regels omtrent loondoorbetaling bij ziekte, noch tot een wezenlijk andere beoordeling van de geldigheid van een op staande voet gegeven ontslag. De coronacrisis en de financiële gevolgen daarvan bleken wel een rol te spelen bij het bepalen van de hoogte van een billijke vergoeding. Er zal in de nabije toekomst waarschijnlijk nog de nodige coronarechtspraak volgen. Voorzienbaar zijn discussies over de vraag of werknemers verplicht kunnen worden zich te laten vaccineren c.q. of het zich niet laten vaccineren een reden kan zijn voor ontbinding van de arbeidsovereenkomst alsook de daaraan voorafgaande vraag of werknemers überhaupt verplicht zijn hun werkgever te informeren over het al dan niet gevaccineerd zijn. Deze vraagstukken raken de persoonlijke levenssfeer van de werknemer en zullen ongetwijfeld voldoende voer voor discussie leveren. Wanneer de vaart in de vaccinatiecampagne komt, zal nieuwe jurisprudentie dan ook vast niet lang op zich laten wachten. Wordt vervolgd!