

87. Kroniek twee jaar corona-arbeidsrechtspraak

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

In oktober 2020 verscheen in dit tijdschrift een kroniek corona-rechtspraak. Hierin werd het eerste half rechtspraak corona op de werkvloer besproken en geanalyseerd. Anderhalf jaar en ruim 100 uitspraken verder is er reden voor een vervolg. Deels met dezelfde onderwerpen als in de eerste kroniek maar ook nieuwe onderwerpen zoals vaccineren, testen en de mondkapjesplicht zullen in deze kroniek 2 jaar corona-rechtspraak de revue passeren.

1. Inleiding

In maart 2020 brak COVID-19 (ook) in Nederland uit. Alweer twee jaar heeft corona een enorme impact op het maatschappelijke en sociale leven. Maar ook menige werkvloer wordt sindsdien door het virus beheerst. Corona leidde en leidt nog steeds tot talloze nieuwe arbeidsrechtelijke vraagstukken, geschillen en procedures tussen werkgevers en werknemers. Na een half jaar bleek er al een behoorlijke stroom corona-arbeidsrechtspraak op gang te zijn gekomen. Die rechtspraak was aanleiding voor het schrijven van een kroniek¹ met de belangrijkste gepubliceerde uitspraken over onderwerpen zoals 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 corona- en RIVM-richtlijnen. Dit rechtspraakoverzicht had betrekking op de periode tot 25 september 2020. Inmiddels zijn we anderhalf jaar verder. In die anderhalf jaar is de corona-arbeidsrechtspraak verre van opgedroogd. Sterker nog, sindsdien zijn er alweer bijna honderd uitspraken gepubliceerd die betrekking hebben op corona op de werkvloer. Reden dus voor een vervolg. Deels met dezelfde onderwerpen, maar ook nieuwe onderwerpen zoals vaccineren, testen en de mondkapjesplicht zullen in deze kroniek de revue passeren. De opzet is als volgt. Na deze inleiding zal in paragraaf 2 de corona-arbeidsrechtspraak per onderwerp worden besproken. De analyse van die rechtspraak, waarbij dezelfde volgorde in de te bespreken onderwerpen wordt gehanteerd, is in paragraaf 3 te lezen. De kroniek wordt afgesloten met een conclusie.

2. Rechtspraak

Net zoals in de eerste kroniek corona-arbeidsrechtspraak wordt ook hier, aan de hand van verschillende thema's die zijn gerubriceerd per sub-onderwerp, de belangrijkste rechtspraak besproken en geanalyseerd. Die onderwerpen zijn loon, vakantie-, over- en min-uren, het wijzigen van arbeidsvoorwaarden, ontslag, (de gevolgen van het niet-naleven van) de coronarichtlijnen, thuiswerken, de mondkapjesplicht, vaccineren/testen en uitingen op social media.

Loon

Het zal geen verbazing wekken dat er de afgelopen twee jaar veel procedures zijn gevoerd over de vraag of de werkgever gerechtigd was om de financiële gevolgen van corona af te wentelen op de werknemer door geen of minder loon te betalen. De lijn in de circa 25 gepubliceerde uitspraken over dit onderwerp is donkerrood: coronamaatregelen, lockdowns en het niet of minder voorhanden zijn van werk komen voor rekening van de werkgever.

Zo kregen twee bedieningsmedewerkers op 17 juni 2020 een e-mail van de werkgever met de mededeling dat zij als oproepwerknemer werden uitgeschreven, omdat er als gevolg van de uitbraak van het coronavirus geen werk was. De werknemers vorderden vernietiging van de opzegging en loon. De kantonrechter wees dit toe en zag geen aanleiding om de gevolgen van de coronacrisis in een grotere mate voor rekening van de werknemers te laten komen. De arbeidsovereenkomsten bleven in stand en de loonvorderingen werden toegewezen.² Een andere oproepkracht in de horeca die ook niet meer werd opgeroepen en geen loon ontving, vond ook de rechter aan zijn zijde.³ Een piloot die in de periode maart tot oktober 2020 niet zijn volledige loon ontving stelde dat niet of minder werken door

1 P.J.B.M. Besselink, 'Kroniek corona-arbeidsrechtspraak', *TAP* 2020/190.

2 Rb. Oost-Brabant 9 oktober 2020, ECLI:NL:RBOBR:2020:4948 en 4949.

3 Rb. Limburg 9 december 2020, ECLI:NL:RBLIM:2020:9724.

de coronapandemie een oorzaak is die voor rekening en risico van zijn werkgever komt. De rechter wees de loonvordering van ruim € 30.000,- netto toe, maar matigde de gevorderde wettelijke verhoging wel tot 10% omdat aannemelijk was dat de vliegtuigmaatschappij in een moeilijke financiële positie verkeerde.⁴ Volgens de kantonrechter Rotterdam was er geen verplichting mee te werken aan het opschorten van bepaalde arbeidsrechtelijke aanspraken of deze zelfs helemaal prijs te geven.⁵ De kantonrechter Haarlem wees betaling van een overwerkvergoeding aan een kantinebeheerster toe, ondanks dat het werk stil lag in verband met corona⁶ en de kantonrechter Arnhem overwoog dat het uitbreken van de coronapandemie geen omstandigheid is die maakt dat het niet-verrichten van de overeengekomen arbeid in redelijkheid voor rekening van werknemer behoort te komen.⁷ De kantonrechter Alkmaar voerde eenzelfde redenering⁸ en de kantonrechter Amsterdam overwoog dat het sluiten van de horeca een omstandigheid is die in beginsel voor rekening en risico komt van de werkgever.⁹

Een muzikante verbonden aan het balletorkest deed een beroep op het rechtsvermoeden en stelde met succes dat de referte-periode van drie maanden geen recht doet aan de situatie, onder andere omdat een productie niet doorging in verband met COVID-19.¹⁰ Het aannemelijk maken dat de onderneming van werkgever veel last heeft van de coronamaatregelen en daardoor minder omzet heeft, was voor de kantonrechter Alkmaar geen reden de loonvordering van een werknemer af te wijzen, maar wel om de tevens gevorderde wettelijke verhoging te matigen tot nihil.¹¹ Een tabakswinkel stelde als gevolg van de coronamaatregelen inkomsten te derven. Dit waren volgens de kantonrechter Rotterdam omstandigheden die in de risicosfeer van de werkgever liggen. Ook hier werd de loonvordering toegewezen en omdat de werknemer van deze tabakswinkel in korte tijd een tweede procedure had moeten voeren om haar loon tijdens ziekte uitbetaald te krijgen, werd 25% wettelijke verhoging toegewezen.¹² De kantonrechter Rotterdam wees niet alleen de loonvordering van een oproepkracht toe, maar tevens de volledige wettelijke verhoging van 50%. De door de werkgever aangevoerde omstandigheid dat hij als gevolg van de coronacrisis in financiële problemen verkeerde, vormde ook hier geen rechtvaardiging om geen loon te betalen.¹³ In een als gevolg van de coronapandemie inhoudsloos geworden arbeidsovereenkomst werd de loonvordering van de werknemer tegen een eetcafé/ijssa-

lon toegewezen, maar de gevorderde wettelijke verhoging achtte de kantonrechter Enschede niet passend.¹⁴

Ondanks dat de sluiting van een restaurant in verband met corona volgens de kantonrechter Rotterdam¹⁵ voor risico van de werkgever komt, was de rechter van oordeel dat de door werkgever opgedragen werkzaamheden in het afhaalgedeelte van het restaurant redelijk waren. Van de werknemer die door werkgever was verzocht om in het afhaalgedeelte werkzaamheden te verrichten of maaltijden te bezorgen, en die daarop antwoordde: *'Je houdt me voor de gek, afhalen?'*, had volgens de rechter mogen worden verwacht dat zij die werkzaamheden zou verrichten. Dit betekende dat werkgever uitsluitend gehouden was het loon van werknemer te betalen voor de uren die zij wel had gewerkt.

In verschillende procedures oordeelden rechters dat corona een bijzondere of onvoorziene omstandigheid is, maar vervolgens werd die omstandigheid wel in alle gevallen voor rekening en risico van de werkgever geacht. Hierop was één uitzondering. De kantonrechter Haarlem¹⁶ oordeelde in een procedure tussen Transavia en een groep gepensioneerd vliegers namelijk dat het intreden van de coronacrisis meebrengt dat er sprake is van zodanig onvoorzienbare omstandigheden dat het naar de maatstaven van redelijkheid onaanvaardbaar zou zijn wanneer de vliegers nakoming van de doorvliegovereenkomsten zouden mogen verwachten. De vorderingen tot betaling van een voorschot op het salaris werden afgewezen.

Ten slotte kwam er ook nog een zaak voorbij waarin de werknemer met een neusverkoudheid op grond van de RIVM-richtlijnen vanaf 16 maart 2020 thuisbleef. De werkgever begreep de melding van werknemer in eerste instantie als ziekmelding, maar werknemer wilde zich niet ziek melden. De kantonrechter Den Haag¹⁷ overwoog dat begrijpelijk is dat in de eerste weken van de lockdown er nog veel onduidelijkheid bestond over hoe een en ander beoordeeld moest worden, maar dat naarmate de neusverkoudheid aanhield, uiteindelijk zelfs langer dan zes weken, een formele ziekmelding door de werknemer wel in beeld kwam. Omdat werknemer zich pas op 1 mei 2020 ziek meldde, terwijl werkgever hem op 16 april 2020 drie opties voorhield (werken, vrijnemen of ziekmelden), achtte de kantonrechter een korting van de helft van het salaris over de maand april op zijn plaats.

Vakantie-, over- en min-uren

In een van de eerste corona-arbeidsuitspraken oordeelde de kantonrechter Rotterdam¹⁸ al dat een enkele verwijzing naar de coronacrisis onvoldoende was om werknemers te

4 Rb. Noord-Holland 26 november 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:10211.

5 Rb. Rotterdam 15 december 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:13213 en Rb. Rotterdam 14 april 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:3974.

6 Rb. Noord-Holland 25 januari 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:1248.

7 Rb. Gelderland 26 januari 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:542.

8 Rb. Noord-Holland 24 februari 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:1782.

9 Rb. Amsterdam 20 april 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:1924.

10 Rb. Amsterdam 9 februari 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:545.

11 Rb. Noord-Holland 22 maart 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:3149.

12 Rb. Rotterdam 22 april 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:7160.

13 Rb. Rotterdam 21 januari 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:557.

14 Rb. Overijssel 29 oktober 2021, ECLI:NL:RBOVE:2021:4063.

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

16 Rb. Noord-Holland 8 oktober 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:8631.

17 Rb. Den Haag 9 november 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:12290.

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

verplichten 20% van de vakantiedagen op te nemen. Deze redenering is daarna ook in andere uitspraken terug te lezen. Zo oordeelde de kantonrechter Rotterdam circa een jaar later ook dat het verzoek aan werknemers om in verband met COVID-19 vakantie op te nemen of te doneren, er niet aan af doet dat COVID-19 niet als grondslag kan dienen om een werknemer te verplichten verlofuren in te leveren.¹⁹ Volgens de kantonrechter Alkmaar was de stelling van een werkgever dat vakantie-uren waren opgenomen en er een afspraak was gemaakt dat overuren waren opgenomen tijdens de coronalockdown, niet aannemelijk gemaakt.²⁰ De kantonrechter Arnhem oordeelde in een ontbindingsprocedure dat de door werkgever aan werknemer voorgehouden keuze om als gevolg van de lockdown óf verlof op te nemen óf de volgende dag te verschijnen voor vervangende werkzaamheden, niet van goed werkgeverschap getuigt.²¹ De werkgever die een periode van bijna drie weken als onbetaald vakantieverlof van werknemer aanmerkte, werd door de kantonrechter Eindhoven teruggefloten. Betreffende werknemer was voor vakantie/familiebezoek naar Turkije afgereisd en werd geconfronteerd met het annuleren van de terugvlucht vanwege de coronapandemie. Nadat het internationaal luchtverkeer weer was hervat en werknemer weer kon terugvliegen, moest hij nog twee weken in quarantaine. De rechter oordeelde dat het niet-werken in beginsel voor rekening van werkgever behoort te komen en dat er in dit geval onvoldoende aanleiding was daarvan af te wijken.²² Een bekende zaak tijdens de coronacrisis was die tussen Wibra en FNV. Nadat op 15 december 2020 een lockdown werd ingesteld die onder meer een winkelsluiting inhield, had Wibra zijn werknemers vanaf 1 januari 2021 minder uren ingeroosterd om de gevolgen van de winkelsluiting te overbruggen. FNV vorderde onder andere Wibra te verbieden om ten laste van werknemers min-uren te schrijven en reeds geschreven min-uren te schrappen. De voorzieningenrechter Zutphen²³ wees de vordering van FNV af. De rechter oordeelde dat de cao-bepaling over min-uren ook tijdens de coronapandemie mag worden toegepast. Het enerzijds gebruikmaken van NOW-subsidies en anderzijds de geregistreerde min-uren bij de werknemers ‘in rekening brengen’, waardoor, volgens FNV, de werknemers geheel of gedeeltelijk ‘gratis’ voor Wibra werken, was volgens de rechter evenmin in strijd met goed werkgeverschap. FNV miskende hiermee volgens de rechter namelijk dat de subsidies door Wibra volledig waren aangewend voor betaling van de lonen van de werknemers, ook in de periode dat deze niet hadden gewerkt, overeenkomstig de bedoeling van de NOW-regeling. In een andere zaak oordeelde de kantonrechter Arnhem overigens dat er geen sprake was van een in redelijkheid voor rekening van de werknemer komende oorzaak van de min-uren. Deze waren volgens die kantonrechter eigen aan het werken in een seizoensbedrijf

(het ging hier om een ijssalon/lunchroom, waarbij op de arbeidsovereenkomst de Horeca-cao van toepassing was) en tevens te wijten aan de coronacrisis.²⁴

In een procedure waarin onderwerp van debat was of werkgever gerechtigd was om min-uren uit de urenbank te laten inhalen, oordeelde de rechter dat het gegeven dat de werkgever genoodzaakt was in verband met de coronapandemie zijn werkwijze aan te passen, waardoor werknemers verhinderd werden hun volledige arbeid te verrichten, een omstandigheid is die ligt in de risicosfeer van de werkgever.²⁵

Wijzigen van arbeidsvoorwaarden

Twee handen vol uitspraken over het eenzijdig wijzigen van arbeidsvoorwaarden in verband met de coronapandemie. Een aantal speelde zich af op de Antillen.²⁶ De eerste daarvan op Curaçao en de andere drie op Aruba. In de Arubaanse zaken oordeelde de rechter dat het in beginsel niet is uitgesloten dat de negatieve bedrijfseconomische gevolgen die een werkgever ondervindt ten gevolge van de COVID-19-pandemie gewijzigde omstandigheden kan opleveren waarin die werkgever aanleiding kan vinden om een voorstel tot aanpassing van de salarissen te doen. Deze gevolgen behoren dus volgens de Arubaanse rechter niet zonder meer tot de exclusieve risicosfeer van de werkgever. De kantonrechter Rotterdam²⁷ oordeelde in een geschil waarbij sprake was van een tijdelijke functieonthefving, dat de werkgever daartoe redelijke grond en een gerechtvaardigd belang had. Dierentuin Artis kreeg de kantonrechter niet mee bij het eenzijdig wijzigen van een aantal arbeidsvoorwaarden. De kantonrechter Amsterdam²⁸ oordeelde namelijk dat het door Artis gedane voorstel niet redelijk was. Van belang daarbij was dat het om een definitieve wijziging van primaire arbeidsvoorwaarden ging en Artis onvoldoende had toegelicht waarom bijvoorbeeld een tijdelijk offer niet was voorgesteld of besproken. In een procedure voor de kantonrechter Dordrecht²⁹ werd geoordeeld dat voor het uitstellen van een loonsverhoging een zwaarwegend belang aanwezig werd geacht, waarvoor de belangen van werknemers naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moeten wijken, maar dat dit niet geldt voor de opbouw en het verplicht opnemen van vakantiedagen. Dit mede gelet op het belang van recuperatie. De werknemer die bij indiensttreding was toegezegd een opleiding te krijgen, die vervolgens als gevolg van de coronacrisis niet kon worden gestart, vorderde om die reden een billijke vergoeding. De kantonrechter Roermond³⁰ wees dit af omdat een en ander de werkgever niet (ernstig) viel te verwijten. In

19 Rb. Rotterdam 23 april 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:3869.

20 Rb. Noord-Holland 23 juni 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:6722.

21 Rb. Gelderland 5 november 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:7057.

22 Rb. Oost-Brabant 20 januari 2022, AR 2022-0138.

23 Rb. Gelderland 5 juli 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:3414.

24 Rb. Gelderland 29 december 2021, AR 2022-0001.

25 Rb. Midden-Nederland 6 mei 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:1826.

26 Gerecht in eerste aanleg van Curaçao 1 juli 2020, ECLI:NL:OGEAC:2020:161, Gerecht in eerste aanleg van Aruba 30 september 2020, ECLI:NL:OGEAA:2020:383 en 384 en Gerecht in eerste aanleg van Aruba 6 oktober 2020, ECLI:NL:OGEAA:2020:480.

27 Rb. Rotterdam 19 februari 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:1425.

28 Rb. Amsterdam 2 april 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:1668.

29 Rb. Rotterdam 15 april 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:3754.

30 Rb. Limburg 12 juli 2021, ECLI:NL:RBLIM:2021:5539.

een procedure tussen een ov-bedrijf en de OR werden, door het teruglopen van de reizigersaantallen sinds het uitbreken van de coronapandemie, de roosters van een aantal chauffeurs gewijzigd. De OR verleende geen instemming voor dit besluit. De kantonrechter Utrecht oordeelde echter dat de vervoerder de nieuwe roosters mocht invoeren.³¹ De voorzieningenrechter Amsterdam oordeelde overigens dat een rooster geen arbeidsvoorwaarde is. Aannemelijk werd geacht dat door de coronapandemie de uitvraag van Schiphol sinds december 2020 in sterke mate had gefluctueerd, zodat het roosteren nog lastiger was geweest dan gebruikelijk. De vordering van CNV om de roostersystematiek ongewijzigd toe te passen werd afgewezen.³²

Ontslag

Corona heeft ook tot de nodige ontslagzaken geleid. Ontbindingen, met in dat kader de vraag of en zo ja, welke vergoedingen verschuldigd waren, bedrijfseconomische ontslagen en ook nog zo'n vijftien ontslag op staande voet-procedures.

Ontbinding

Een onderneming die vanuit negen filialen op Aruba luxe parfumerie artikelen verkoopt, verzocht in drie zaken ontbinding van de arbeidsovereenkomst. De Arubaanse rechter wees die verzoeken toe en achtte het voldoende aannemelijk dat de omzet van werkgever sterk was gedaald en zij genooddaakt was om de kosten te verlagen om op die wijze de continuïteit van de onderneming te waarborgen.³³ Het meest creatieve 'coronaverweer' in een ontbindingsprocedure werd gevoerd door een vrachtwagenchauffeur die tijdens de uitoefening van zijn werkzaamheden betrokken was bij een eenzijdig ongeval en bij wie een alcoholpromillage van 1,77 werd gemeten. Hij stelde namelijk dat hij vanwege zijn medische situatie tot een coronariscogroep behoorde, bang was besmet te raken en dat zijn angst leidde tot dwangmatig gedrag, inhoudende dat hij de vrachtwagen en zichzelf extreem grondig desinfecteerde. Zodanig dat hij elke vijf tot tien minuten zijn handen én gezicht met desinfectiemiddel (dat 80% alcohol bevatte) insmeerde. De kantonrechter Arnhem³⁴ achtte dit verweer niet geloofwaardig en ontbond de arbeidsovereenkomst zonder vergoeding en veroordeling van werknemer in de proceskosten. Ook geen vergoeding kreeg de werknemer die richting zijn werkgever had gelogen over zijn vakantiebestemming en een vals document had overgelegd.³⁵ De arbeidsovereenkomst met een manager van een sportschool werd ontbonden op grond van een verstoorde arbeidsverhouding, mede omdat hij werk had geweigerd in de belangrijke periode waarin het personeel alle zeilen bij moest zetten om van de herope-

ning een succes te maken na de sluiting van de sportschool in verband met de coronamaatregelen.³⁶ Een werknemersverzoek werd weliswaar toegewezen,³⁷ maar niet de daarbij verzochte transitie- en billijke vergoeding vanwege de financiële situatie van werkgever wegens de coronacrisis en 'de perikelen omtrent het verkrijgen van een NOW-uitkering'. Een ontbindingsverzoek van H&M werd afgewezen, waarbij de kantonrechter Amsterdam³⁸ overwoog dat H&M van de werknemer verwachtte dat hij aangepaste werkzaamheden in de winkel zou verrichten, hetgeen werknemer niet wilde uit angst (vanwege zijn hartconditie) om daar met corona besmet te raken. Dat gold ook voor het ontbindingsverzoek van een werkgever wiens werknemer niet tijdig kon terugkeren na een vakantie in een code oranje-land en de aansluitende quarantaineperiode.³⁹ Een werknemer had gepland eind december 2020 vakantie op te nemen en dan naar Oostenrijk af te reizen. In verband met de dreigende lockdown besloot hij eerder naar Oostenrijk te vertrekken. Juist door die lockdown nam hij het risico dat terugkeer naar Nederland niet mogelijk zou zijn. Het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden⁴⁰ oordeelde in een ontbindingsprocedure dat dit gedrag verwijtbaar, maar niet ernstig verwijtbaar was. Ten slotte werd voor een directielid van een onderneming een ontbindingsverzoek ingediend omdat hij, in strijd met de *Code of Conduct*, bij herhaling en met gebruikmaking van zijn zakelijke e-mailadres, intern en extern anti-coronastandpunten had verkondigd, waaronder aan leden van de Eerste Kamer. Ook zou hij de door werkgever opgestelde corona-instructies meerdere keren hebben genegeerd, door zonder toestemming te reizen of door op kantoor te verschijnen zonder zich te testen, terwijl hij wel klachten had. De kantonrechter Amsterdam⁴¹ overwoog dat de werknemer het recht op vrije meningsuiting toekomt, maar dat dit niet betekent dat de werkgever niet van hem mag vragen en zelfs eisen dat hij zijn uitgesproken opvattingen over de coronamaatregelen niet steeds aan de orde stelt, zeker niet extern. De rechter ontbond de arbeidsovereenkomst met veroordeling van de werkgever tot betaling van de transitievergoeding.

Vergoedingen

In twee zaken bepaalde de rechter dat de transitievergoeding niet als bedrag ineens, maar – op grond van artikel 7:673c lid 2 BW – in termijnen mocht worden betaald, omdat werkgever als gevolg van corona in de financiële problemen was gekomen.⁴² En bij bepaling van de transitievergoeding van een directielid van het Van Gogh Museum werd geen rekening gehouden met de bonus, omdat werknemer hier vanwege de coronacrisis vrijwillig afstand van

31 Rb. Midden-Nederland 21 juli 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:3538.

32 Rb. Amsterdam 6 december 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:7113.

33 Gerecht in eerste aanleg van Aruba 28 september 2020, ECLI:NL:OGEEA:2020:373, 374 en 375.

34 Rb. Gelderland 30 november 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:6307.

35 Rb. Overijssel 21 december 2020, ECLI:NL:ROVE:2020:4497.

36 Rb. Amsterdam 24 december 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:6658.

37 Rb. Gelderland 26 januari 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:542.

38 Rb. Amsterdam 4 mei 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:2184.

39 Rb. Amsterdam 29 juni 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:3278.

40 Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 17 januari 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:281.

41 Rb. Amsterdam 24 februari 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:801.

42 Rb. Noord-Holland 9 december 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:10371 en Rb. Amsterdam 6 mei 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:2209.

had gedaan.⁴³ Het Gerechtshof Amsterdam⁴⁴ oordeelde, net zoals de kantonrechter in eerste aanleg, dat er reden was om de billijke vergoeding enigszins te matigen nu aanmerkelijk was geworden dat werkgever had geleden onder de coronacrisis.

Bedrijfseconomisch ontslag

Een transportbedrijf dat zich bezighoudt met het transport van onder andere brandstoffen voor wegverkeer en luchtvaart verzocht het UWV om toestemming de arbeidsovereenkomst met werknemer op te zeggen. Werkgever voerde daartoe aan dat er sprake was van werkvermindering in de functie van werknemer, ontstaan door de crisis in de luchtvaartsector als gevolg van de coronacrisis. UWV verleende die toestemming en werkgever zegde de arbeidsovereenkomst op. Werknemer verzocht de kantonrechter Dordrecht⁴⁵ vervolgens de arbeidsovereenkomst te herstellen. De rechter overwoog dat sinds het begin van de coronacrisis de 'aviation-omzet' aanzienlijk is teruggelopen en dat de vooruitzichten niet rooskleurig zijn. Vervolgens vond er echter debat plaats over de herplaatsingsverplichting en werd door werkgever bewijs opgedragen dat werknemer een aangeboden functie had geweigerd op een moment dat het voor haar duidelijk was dat bij weigering haar arbeidsovereenkomst zou worden beëindigd.

Coronamaatregelen, lockdowns en het niet of minder voorhanden zijn van werken komen voor rekening van de werkgever

TUI kreeg van UWV geen toestemming de arbeidsovereenkomst op grond van bedrijfseconomische redenen op te zeggen. TUI diende daarop een ontbindingsverzoek in bij de kantonrechter Den Haag,⁴⁶ die oordeelde dat TUI onweersproken had aangevoerd dat zij zich door het uitbreken van de coronacrisis geconfronteerd zag met een enorme terugval in omzet en dat de organisatie daarom verder zou moeten worden aangepast. Er had vanwege de coronacrisis inmiddels al een reorganisatie plaatsgevonden. Als gevolg daarvan waren er (nagenoeg) geen vacatures binnen TUI. Daar waar UWV toestemming weigerde, ontbond de kantonrechter de arbeidsovereenkomst wel met veroordeling van TUI tot betaling van de transitievergoeding. Ook de kantonrechter Rotterdam⁴⁷ ontbond een arbeidsovereenkomst nadat het UWV de werkgever aanvankelijk geen toestemming verleende de arbeidsovereenkomst op te zeggen. De rechter overwoog dat werkgever voldoende (met stukken) had onderbouwd dat de coronacrisis had geleid tot een sterke daling in de resultaten van werkgever

en dat om te mogen reorganiseren het niet nodig was dat het resultaat daadwerkelijk negatief is. Dat de impact van de coronacrisis misschien tijdelijk was, omdat inmiddels was gestart met het vaccineren en de voorspellingen van economen van banken positief waren, maakte volgens de rechter niet dat werkgever geen kostenbesparende maatregelen meer mocht nemen. Alles afwegend was de kantonrechter, anders dan het UWV, van oordeel dat er een redelijke grond voor het ontslag van werknemer was, namelijk vanwege bedrijfseconomische redenen.

In een procedure voor de kantonrechter Haarlem⁴⁸ verzocht werknemer herstel van de arbeidsovereenkomst dan wel een billijke vergoeding na opzegging van de arbeidsovereenkomst door de werkgever na toestemming daartoe van het UWV. Dat verzoek werd afgewezen. Overwogen werd dat de stelling van werknemer dat ten tijde van de beslissing van het UWV al duidelijk was dat de COVID-19-maatregelen vanwege het gestarte vaccinatieprogramma niet lang meer zouden duren, niet strookte met de werkelijke gang van zaken. Hoewel het vaccinatieprogramma in januari 2021 inderdaad van start was gegaan, was de situatie in het voorjaar van 2021 niet dusdanig dat grote versoepelingen op korte termijn in lijn der verwachting lagen. Met werkgever was de rechter van oordeel dat er ook in maart 2021 nog veel onduidelijk was. De besmettingen liepen nog op, de situatie in de zorg was nijpend en er werd besloten de lockdown voort te zetten. Aldus enkele bespiegelingen van de kantonrechter die uiteindelijk meespeelden bij het oordeel het verzoek van werknemer af te wijzen. Ook de kantonrechter Rotterdam⁴⁹ wees de verzoeken van twee werknemers van Blijdorp tot herstel van de arbeidsovereenkomsten af, nadat het UWV toestemming voor opzegging aan Blijdorp verleende. Volgens de Rotterdamse kantonrechter had Blijdorp voldoende aanmerkelijk gemaakt dat er een bedrijfseconomische noodzaak was om de arbeidsplaatsen van de twee werknemers te laten vervallen. Dit mede gelet op het feit dat als gevolg van de coronamaatregelen het aantal bezoekers in 2020 ruim 40% lager was dan begroot, de NOW, TVL en Tijdelijke regeling subsidie dierenhuizen COVID-19 het verlies niet dekten en de aan de gemeente terug te betalen lening.

Ontslag op staande voet/onregelmatige opzegging

Na de in de eerste kroniek, en daarna ook nog op tal van andere plekken, veelbesproken ontslag op staande voet-zaken bij Kwik-Fit en Burger King en die van de trouwambtenaar van de gemeente Nijmegen,⁵⁰ volgden er afgelopen anderhalf jaar nog ruim vijftien uitspraken waarin sprake was van een ontslag op staande voet gerelateerd aan corona. Een opmerkelijke casus was die van een kok bij een chinees restaurant die zich had opgesloten in de kelder van het restaurant omdat hij bang was besmet te raken

43 Rb. Amsterdam 17 juni 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:3182.

44 Gerechtshof Amsterdam 7 december 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:3872.

45 Rb. Rotterdam 2 november 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:9761.

46 Rb. Den Haag 25 februari 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:1662.

47 Rb. Rotterdam 21 april 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:3785.

48 Rb. Noord-Holland 28 oktober 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:10074.

49 Rb. Rotterdam 2 november 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:10455.

50 Rb. Rotterdam 14 augustus 2021, ECLI:NL:RBROT:2020:7517, Rb. Rotterdam 28 augustus 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:7567 en Rb. Gelderland 17 juli 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:3599.

met corona en volgens zijn werkgever zou hebben gezegd niet meer voor hem te werken, maar zou wachten op door hem bestelde mondkapjes en daarna te zullen vertrekken. Werknemer stelde in de procedure op staande voet te zijn ontslagen, maar werkgever betwistte te hebben opgezegd. De kantonrechter Rotterdam wees de vorderingen over en weer af.⁵¹ Een beachclub die de arbeidsovereenkomst met een eventmanager al na acht dagen opzegde in verband met de coronacrisis, in de veronderstelling verkerend dat er een rechtsgeldige proeftijd was overeengekomen, werd door de kantonrechter Haarlem⁵² veroordeeld tot betaling van een vergoeding wegens onregelmatige opzegging van bijna € 20.000 bruto. En een onderneming in de entertainmentbranche die een werknemer op staande voet ontsloeg nadat de emoties over en weer hoog opliepen toen de werkgever in verband met de coronacrisis een beëindigingsvoorstel deed (dat de werknemer afwees), werd door de kantonrechter Haarlem⁵³ niet alleen veroordeeld tot betaling van de transitievergoeding en een vergoeding in verband met onregelmatige opzegging, maar ook nog tot een billijke vergoeding. De door werkgever verzochte betaling in termijnen werd afgewezen.

Een opmerkelijke zaak is die van een werknemer wiens vriendin, nadat werknemer wegens verdenking van een strafbaar feit was aangehouden, de werkgever telefonisch doorgaf dat werknemer in niet al te beste toestand met het coronavirus aan de beademing in het ziekenhuis zou liggen. Na onderzoek door werkgever bleek dit niet juist te zijn en werd werknemer op staande voet ontslagen vanwege ongeoorloofde afwezigheid en het (laten) aandragen van valse redenen voor die afwezigheid. De kantonrechter Amsterdam⁵⁴ liet het ontslag op staande voet in stand. Werknemer kon zich volgens de rechter niet verschuilen achter de omstandigheid dat zijn vriendin een onware afmelding had gedaan.

Het ontslag op staande voet gegeven aan een salesmanager die in de VS verbleef en volgens de werkgever daardoor ongeoorloofd afwezig was, bleef wel in stand. De kantonrechter Arnhem⁵⁵ overwoog dat de redenen die werknemer had gesteld om niet aan zijn terugkeer te kunnen voldoen (geldende coronamaatregelen, dure vluchtartieven, geen ID en ziekte van zijn zoon), hoe begrijpelijk ook, in de risicosfeer van werknemer liggen en niet maken dat hij gedurende een lange periode van twee maanden kon blijven weigeren aan het verzoek van werkgever te voldoen.

De opzegging met onmiddellijke ingang van een winkel in de Markthal die in verband met de coronamaatregelen werd gesloten, werd door de Rotterdamse kantonrechter⁵⁶ als onregelmatig gekwalificeerd onder toewijzing van een billijke vergoeding ter hoogte van circa zes keer de transitievergoeding.

Ook het afreizen naar code oranje-gebieden leidde in een aantal gevallen tot ontslag op staande voet. Zo oordeelde de kantonrechter Rotterdam⁵⁷ dat er sprake was van een dringende reden omdat werknemer, zonder toestemming van zijn werkgever, eerder op vakantie ging naar Turkije, dat op dat moment werd gekwalificeerd als ‘oranje land’. Het ontslag op staande voet van een werknemer die op vakantie ging naar code oranje-land Polen, nadat hij zich ziek had gemeld en zijn verlof was ingetrokken, achtte de kantonrechter Maastricht⁵⁸ rechtsgeldig, maar het Gerechtshof 's-Hertogenbosch⁵⁹ in hoger beroep niet. Het hof oordeelde dat werkgever het verlof niet had mogen intrekken. Het feit dat werknemer niet bij de bedrijfsarts was verschenen omdat hij op vakantie was in Polen, leverde volgens het hof geen dringende reden op. Het ontslag op staande voet aan een werknemer die voor een begrafenis naar Iran moest afreizen, maar langer weg bleef dan de periode die de werkgever vrijaf had gegeven, waarbij werd verwezen naar de corona-omstandigheden en het personeelstekort, hield ook geen stand.⁶⁰ In een ontslag op staande voetzaak die in hoger beroep door het Gerechtshof Den Haag⁶¹ werd behandeld, werd geoordeeld dat het door de coronacrisis bemoeilijken van het vinden van een nieuwe baan de werkgever niet valt aan te rekenen en aldus niet leidt tot een hogere billijke vergoeding, terwijl de kantonrechter Arnhem⁶² in de bekende ‘plastic tasje-zaak’ bij Action, corona juist wél in het voordeel van de werknemer liet meespelen door te oordelen dat het zoeken naar aan andere baan (onder andere) door corona lastig is geworden.

In een andere procedure bij het Gerechtshof Den Haag waarin de werkgever van een ‘bankzitter’ eiste dat deze tijdens de coronaperiode dagelijks naar het kantoor van de detacheerder ging en hem uiteindelijk op staande voet ontsloeg wegens ongeoorloofd verzuim, werd dit ontslag niet-rechtsgeldig geacht⁶³.

In een geschil tussen een vervoerder en een taxichauffeur was tijdens de eerste lockdown, in maart 2020, discussie ontstaan over de hoeveelheid werkzaamheden die werkgever werknemer kon aanbieden nadat er geen kinderen meer waren te vervoeren en werkgever niet in aanmerking kwam voor de NOW-regeling. Die discussie liep volledig uit de hand. Er volgde een beëindigingsvoorstel dat door de werknemer werd afgewezen, een ziekmelding en uiteindelijk een ontslag op staande voet dat door de kantonrechter Gouda⁶⁴ niet-rechtsgeldig werd geacht.

De uitsmijter van dit onderwerp betrof een zaak waarin een werknemer niet op het spreekuur van de bedrijfsarts verscheen omdat hij positief op corona zou zijn getest en zijn werkgever vervolgens een vervalst coronatestbe-

51 Rb. Rotterdam 28 augustus 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:7880.

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

53 Rb. Noord-Holland 6 november 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:9219.

54 Rb. Amsterdam 4 december 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:6046.

55 Rb. Gelderland 22 december 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:7003.

56 Rb. Rotterdam 25 februari 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:1540.

57 Rb. Rotterdam 27 januari 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:4731.

58 Rb. Limburg 1 april 2021, ECLI:NL:RBLIM:2021:3110.

59 Gerechtshof 's-Hertogenbosch 6 januari 2022, ECLI:NL:GHSHE:2022:22.

60 Rb. Rotterdam 26 juli 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:6888.

61 Gerechtshof Den Haag 11 juni 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:1544.

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

63 Gerechtshof Den Haag 27 juli 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:1373.

64 Rb. Den Haag 7 december 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:13704.

wijs verstrekte. De kantonrechter Rotterdam⁶⁵ overwoog dat het valselijk opmaken of vervalsen van een geschrift dat bestemd is om bewijs van enig feit te dienen, met het oogmerk om het als echt en onvervalst te gebruiken, geldt als valsheid in geschrifte en strafbaar is gesteld. Deze handelwijze leverde een dringende reden op.

Coronarichtlijnen

Over de corona- en RIVM-richtlijnen en het bieden van een veilige werkplek werden de afgelopen twee jaar ook verschillende procedures gevoerd. Zo werd de werkgever die onvoldoende COVID-19-beschermingsmaatregelen voor een tot de risicogroep behorende werknemer had getroffen (de bedrijfsarts had onder andere een balieplek met plexiglas geadviseerd) en geen passend werk had aangeboden om thuis te kunnen werken, door de kantonrechter Maastricht⁶⁶ veroordeeld het loon door te betalen. De werkgever die de coronarichtlijnen niet goed toepaste met een verstoorde arbeidsverhouding als gevolg, werd bij ontbinding van de arbeidsovereenkomst veroordeeld tot betaling van een billijke vergoeding. De kantonrechter Rotterdam⁶⁷ overwoog dat werkgever anders met de situatie om had kunnen gaan door onder andere begripvol te zijn voor de angst om besmet te raken met het coronavirus. In weerwil van de RIVM-richtlijnen de werknemer ervan weerhouden werkzaamheden vanuit huis te verrichten, een etentje organiseren waarbij onvoldoende afstand werd gehouden en het niet consequent toepassen van een coronaprotocol, leidde tot een verstoorde arbeidsverhouding tussen een bouwbedrijf en een manager en een ontbindingsprocedure op die grond. Ook hier ontbond de kantonrechter de arbeidsovereenkomst onder toekenning van een billijke vergoeding (waaronder pensioenschade) naast de transitievergoeding, achterstallig loon en een bonus.⁶⁸ Een junior fiscalist bij een accountants- en belastingadvieskantoor meldde zich ziek na een arbeidsconflict. Hierop stopte werkgever de loonbetaling omdat werknemer volgens hem onvoldoende zou meewerken aan oplossing van het conflict. De oorsprong van het conflict lag in een discussie over het niet ingewerkt willen worden op de kantoorlocatie omdat de moeder van werknemer tot een coronariscogroep behoorde en er volgens werknemer onvoldoende coronamaatregelen waren getroffen. De kantonrechter Zwolle⁶⁹ oordeelde dat werknemer had geweigerd aan een redelijk voorschrift van werkgever te voldoen. Door de wens van werknemer om vooraf kennis te maken met de derde die een bemiddelingsgesprek zou gaan begeleiden en die kennismaking uit de weg te gaan, konden partijen volgens de rechter geen stap verder zetten naar een oplossing van het conflict. De loonvordering werd afgewezen. De werkgever die een werknemer onder druk zette om naar haar werk te komen, terwijl er geen veilige werkplek was gerealiseerd en werknemer

behoorde tot de COVID-19-risicogroep, handelde volgens de kantonrechter Maastricht⁷⁰ ernstig verwijtbaar.

Niet alleen werkgevers moeten zich aan de corona-richtlijnen houden, maar ook werknemers. De werknemer die met verkoudheidsklachten op het werk verscheen en niet naar huis ging, ondanks dat meerdere collega's hem dat hadden geadviseerd, en de volgende dag positief op corona testte, handelde volgens de kantonrechter Rotterdam⁷¹ verwijtbaar, maar niet ernstig verwijtbaar, zodat hij bij ontbinding van de arbeidsovereenkomst nog wel aanspraak had op de transitievergoeding. In een zaak die speelde op Sint Maarten had een collega die met een werknemer in de auto zat aan haar werkgever, een hotel, gemeld dat werknemer er ziek uitzag maar desgevraagd mededeelde dat hij zich goed voelde. Enkele dagen later bleek hij positief getest op COVID-19, werd hij in het ziekenhuis opgenomen en na enkele dagen weer ontslagen uit het ziekenhuis. De werkgever ontsloeg de werknemer op staande voet. Dat hield geen stand, maar de arbeidsovereenkomst werd door het Gerecht in eerste aanleg van Sint Maarten⁷² wel ontbonden. Volgens de kantonrechter Den Haag⁷³ handelde een werknemer van een tankstation, die in afwachting van een coronatest en na een positieve uitslag niet in quarantaine ging en gewoon ging werken dan wel op het werk verscheen, niet (ernstig) verwijtbaar. Dit leidde tot afwijzing van het ontbindingsverzoek.

In een procedure die ging over grensoverschrijdend gedrag van een werknemer overwoog de kantonrechter Utrecht⁷⁴ dat op grond van de binnen de onderneming van werkgever geldende COVID-19-maatregelen nauw contact sowieso niet was toegestaan. Een werknemer bij een vleesverwerkend bedrijf hield zich volgens zijn werkgever niet aan de strenge coronamaatregelen die de werkgever had ingesteld om tijdelijke sluiting en andere negatieve gevolgen te voorkomen. De door de werknemer gemaakte fout door zich na zijn terugkomst uit Kaapverdië niet aan de thuisquarantaine regels te houden, waarop hij vervolgens werd aangesproken en geschorst, was volgens de kantonrechter Gouda⁷⁵ te gering om de beëindiging van zijn arbeidsovereenkomst te rechtvaardigen. De arbeidsovereenkomst van een werknemer die volgens zijn werkgever de coronamaatregelen niet zou naleven omdat hij met klachten naar het werk was gekomen, werd door de kantonrechter Rotterdam⁷⁶ wel ontbonden, maar wel onder toekenning van een billijke vergoeding omdat de handelwijze van werkgever ernstig verwijtbaar was. De vergelijking die de werkgever in de ontbindingsprocedure maakte met twee eerdere corona-arbeidsrechtuitspraken⁷⁷ ging volgens de rechter niet op.

65 Rb. Rotterdam 7 januari 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:89.

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

67 Rb. Rotterdam 14 januari 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:255.

68 Rb. Midden-Nederland 15 maart 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:1170.

69 Rb. Overijssel 12 mei 2021, ECLI:NL:RBOVE:2021:1984.

70 Rb. Limburg 10 juni 2021, ECLI:NL:RBLIM:2021:5203.

71 Rb. Rotterdam 6 augustus 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:7670.

72 Gerecht in eerste aanleg van Sint Maarten 11 augustus 2021, ECLI:NL:OGEAM:2021:80.

73 Rb. Den Haag 13 augustus 2021, AR 2021-1117.

74 Rb. Midden-Nederland 17 september 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:4495.

75 Rb. Den Haag 19 oktober 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:11616.

76 Rb. Rotterdam 28 december 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:13190.

77 Rb. Rotterdam 28 augustus 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:7567 en Rb. Limburg 1 april 2021, ECLI:NL:RBLIM:2021:3110.

Thuiswerken

Ondanks dat thuiswerken nog nooit zo'n actueel thema is geweest als de afgelopen twee jaren, is er relatief weinig geprocedeerd over thuiswerkdebatten. Inclusief de twee in de eerste kroniek al besproken uitspraken zijn er acht gepubliceerde uitspraken met betrekking tot dit onderwerp te tellen. Zo oordeelde de kantonrechter Den Haag⁷⁸ dat het besluit van de werkgever om de betaling van de reiskostenvergoeding aan werknemers op te schorten voor de duur van de periode dat het personeel hoofdzakelijk vanuit huis werkt niet instemmingsplichtig was, omdat de betreffende reiskostenvergoeding niet valt onder een van de regelingen die in artikel 27 WOR worden genoemd. Een geschil tussen werknemer en zijn leidinggevende naar aanleiding van de weigering van een thuiswerkverzoek in verband met corona, leidde tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst⁷⁹ en een conflict over de wens van een werknemer om thuis te werken liep zo hoog op dat de werknemer zou hebben geroepen: 'Jullie zoeken het maar uit, ik vertrek!' De rechter oordeelde dat die verklaring niet kon worden aangemerkt als een duidelijke en ondubbelzinnige verklaring gericht op beëindiging van de arbeidsovereenkomst.⁸⁰ De instructie van de werkgever aan werknemer, die in verband met corona thuiswerkte in het Verenigd Koninkrijk, om terug naar Nederland te komen omdat werkgever anders premies moest betalen in zowel Nederland als het Verenigd Koninkrijk, achtte de kantonrechter Utrecht⁸¹ niet-redelijk. En een werknemer die vanuit Italië (thuis)werkte voor een in Nederland gevestigde werkgever had volgens de kantonrechter Utrecht⁸² hoofdverblijf in Italië, met als gevolg dat de Nederlandse kantonrechter onbevoegd was kennis te nemen van een ontbindingsverzoek. Een werknemer die conform het overheidsadvies anderhalf jaar thuiswerkte stelde dat, op grond van artikel 100 Rv, de rechter van de plaats waar de arbeid laatstelijk of gewoonlijk werd verricht bevoegd was. De kantonrechter Utrecht⁸³ zag dit anders en achtte zich bevoegd. Dat werknemer inmiddels geruime tijd vanuit zijn woning werkte was vooralsnog van tijdelijke aard en een noodmaatregel om het coronavirus te bestrijden. Werkgever had geen standplaatswijziging doorgevoerd, noch haar thuiswerkbeleid structureel aangepast.

Mondkapjesplicht

Op 13 januari 2021 werd de eerste uitspraak gedaan over het instellen van een mondkapjesplicht op de werkvloer. In een procedure tussen een patisserie en een chauffeur/bezorger stelde de werkgever op 13 oktober 2020 een mondkapjesplicht in, beperkt tot de tijd waarin de werknemer in de bedrijfspanden is. Werknemer gaf hier geen gehoor aan en weigerde een mondkapje te dragen, waarop werkgever hem op non-actief stelde en de loonbetaling opschortte. In

kort geding overwoog de kantonrechter Utrecht⁸⁴ als eerste dat werkgever eenzijdig een instructie heeft kunnen geven aan haar werknemers en dat dit slechts anders kan zijn als het instructierecht een inbreuk maakt op een grondrecht van de werknemer. De kantonrechter oordeelde vervolgens dat de verplichting tot het dragen van een mondkapje in de panden van de werkgever twee legitieme doelen dient, te weten het zorgdragen voor een gezonde en veilige werkomgeving en bescherming van haar bedrijfsbelang omdat zij onder meer een loondoorbetalingsverplichting heeft bij ziekte. Hoewel over de effectiviteit van het mondkapje wordt getwist, was het volgens de rechter een maatschappelijk aanvaardbaar middel. Omdat de bezorgers het mondkapje niet hoefden te dragen gedurende de tijd dat ze in de transportbus reden (in het geval van werknemer ging het om 80 tot 90% van zijn werktijd) was de inbreuk op de persoonlijke levenssfeer zeer beperkt. Bovendien was niet gebleken van medische of psychologische beperkingen op grond waarvan werknemer het mondkapje niet zou kunnen dragen. Concluderend oordeelde de rechter dat werkgever in redelijkheid de instructie tot het dragen van een mondkapje aan zijn werknemers heeft mogen geven en dat werknemer gehouden was deze instructie op te volgen.

Deze kwestie kreeg echter nog een vervolg. Na het kortgedingvonnis van 13 januari 2021 had werknemer zich bereid verklaard om een mondkapje te dragen tijdens zijn aanwezigheid en werkzaamheden op de vestigingen van werkgever. De gemachtigde van werkgever liet de gemachtigde van werknemer echter weten dat het feit dat hij daartoe pas bereid was ná de uitspraak van de voorzieningenrechter had geleid tot schade bij werkgever. Voorgesteld werd om de arbeidsovereenkomst te beëindigen. Partijen bereikten hier geen overeenstemming over, waarna werkgever een ontbindingsverzoek indiende. De kantonrechter⁸⁵ overwoog dat werkgever onvoldoende had gedaan om na de uitspraak van de voorzieningenrechter de onderlinge verhoudingen te herstellen en te zorgen voor verdere de-escalatie van het conflict. De arbeidsovereenkomst werd ontbonden onder toekenning van de transitievergoeding én een billijke vergoeding.

In een geschil tussen een scholengemeenschap en een onderwijsassistente ontstond een discussie over het dragen van een mondkapje op school. De onderwijsassistente schreef haar werkgever onder andere dat zij ziek wordt van het dragen van een mondkapje en ook veel stress krijgt van het zien van een groot deel van de leerlingen door de gangen 'snakkend naar adem'. Na escalatie zegde werknemer de arbeidsovereenkomst op, maar kwam hier ook weer op terug. In een kort geding moest de kantonrechter Alkmaar⁸⁶ oordelen of werknemer haar arbeidsovereenkomst had opgezegd. Die vraag werd ontkennend beantwoord. De rechter overwoog dat in aanmerking moet worden genomen dat de (emotionele) impact van de corona-uitbraak en daarmee gepaard gaande maatregelen voor veel mensen

78 Rb. Den Haag 22 januari 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5312.

79 Rb. Oost-Brabant 12 februari 2021, ECLI:NL:RBOBR:2021:840.

80 Rb. Noord-Nederland 7 april 2021, ECLI:NL:RBNNE:2021:1949.

81 Rb. Midden-Nederland 4 juni 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:2362.

82 Rb. Midden-Nederland 13 december 2021, AR 2021-1576.

83 Rb. Midden-Nederland 26 oktober 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:5142.

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

85 Rb. Midden-Nederland 5 maart 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:863.

86 Rb. Noord-Holland 30 juli 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:6179.

groot is. Werkgever wist volgens de rechter dat werknemer heftig op die maatregelen reageerde, in het bijzonder op de mondkapjesplicht. Werkgever had hier rekening mee moeten houden. Geoordeeld werd dat de opzegging van werknemer niet eenduidig en ondubbelzinnig op beëindiging was gericht.

Een hoog opgelopen conflict over een door de werkgever opgelegde plicht om een mondkapje te dragen leidde tot een ontbindingsprocedure bij de kantonrechter Alkmaar.⁸⁷ In die procedure kwam vast te staan dat werknemer begin december 2020 een ook voor derden zichtbaar bericht op Facebook had geplaatst waarin zij onder andere schreef: *'Ik vergeet het nooit.. 04-12-2020 de dag dat ik GEDWONGEN werd mijn gezicht te bedekken, tegen mijn wil (&grondrecht!), door notabene een man'*. En in een e-mail van werknemer van 25 januari 2021 aan haar collega's meldde zij onder meer: *'(...) De reden dat ik thuiswerk is omdat ik vanwege een medische reden geen mondkapje kan dragen. Helaas is dit verplicht gesteld door [werkgever]. (...)'*. De rechter oordeelde dat vaststaat dat werknemer zich heeft verzet tegen de verplichting om een mondkapje te dragen en zich daartegen is blijven verzetten. Ook stond vast dat zij bij herhaling had geweigerd een mondkapje te dragen op de werkplek en dat daarover conflicten waren ontstaan met de directeur en een collega. De noodzakelijke vertrouwensbasis was komen te ontbreken omdat werknemer zich onder andere in een Facebookbericht en e-mails aan de bestuurder en collega's negatief had uitgelaten over werkgever. De stelling dat werknemer om medische redenen geen mondkapje kon dragen had zij niet onderbouwd of willen onderbouwen. De arbeidsovereenkomst werd ontbonden onder toekenning van de transitievergoeding.

Geen recht op transitievergoeding had de werknemer wiens arbeidsovereenkomst door de kantonrechter Haarlem⁸⁸ werd ontbonden omdat hij stelselmatig weigerde een mondkapje te dragen tijdens zijn werkzaamheden. Werknemer was in dienst bij een schoonmaakbedrijf dat zich bezighoudt met de reiniging van vliegtuigen op Schiphol. Nadat werknemer bij herhaling had geweigerd een mondkapje te dragen, hier gesprekken met hem over waren gevoerd, een waarschuwing was gegeven en hij op non-actief was gesteld waarbij de loonbetaling werd stopgezet, verzocht werkgever uiteindelijk ontbinding van de arbeidsovereenkomst vanwege (ernstig) verwijtbaar handelen. De rechter oordeelde dat werkgever aan zijn werknemers de verplichting mocht opleggen om tijdens de werkzaamheden een mondkapje te dragen, in lijn met de op dat moment geldende richtlijnen van de luchthaven Schiphol en het RIVM. Door hardnekkig niet te voldoen aan de instructie van werkgever om een mondkapje te dragen had werknemer volgens de rechter verwijtbaar gehandeld. Geoordeeld werd dat er zelfs sprake was van ernstige verwijtbaarheid. De houding van werknemer leidde er namelijk niet alleen toe dat hij zelf niet aan het werk kon, maar hij belemmerde daarmee ook de werkzaamheden van zijn collega's waar-

door werkgever problemen kreeg, althans risico's liep, bij het uitvoeren van haar werk. Geen transitievergoeding dus, maar wel een proceskostenveroordeling voor deze mondkapjesweigeraar.

Vaccineren en testen

Het 'by far' meest gevoelige coronavraagstuk op de werkvloer is wel of de werkgever zijn werknemers kan verplichten of ertoe bewegen zich te laten testen, vaccineren of een coronatoegangsbewijs te tonen.⁸⁹ Tot veel rechtspraak heeft dit vraagstuk nog niet geleid. In vier procedures (waarvan twee zich afspeelden op Curaçao) moesten rechters zich uitspreken over het test- en vaccinatievraagstuk op de werkvloer.

Niet alleen werkgevers moeten zich aan de corona-richtlijnen houden, maar ook werknemers

In de eerste zaak⁹⁰ vroeg een werkgever op Curaçao werknemer zich te laten vaccineren tegen het COVID-19-virus. Werknemer weigerde, waarop werkgever haar op staande voet ontsloeg. De rechter oordeelde dat een algemene vaccinatieplicht niet bestaat en dergelijke verplichtingen evenmin passen binnen de arbeidsverhouding. Vaccineren raakt immers het grondrecht van burgers op onaantastbaarheid van het menselijk lichaam en het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer. Werkgevers dienen deze grondrechten te respecteren.⁹¹ Een inbreuk op een grondrecht door de werkgever kan onder omstandigheden gerechtvaardigd zijn. Er moet dan sprake zijn van noodzakelijkheid, proportionaliteit en subsidiariteit. De rechter oordeelde dat de bedrijfsvoering en wijze van werken (de werkzaamheden van werknemer beperkten zich tot het verwerken van gegevens achter de computer en bezoek door derden aan het kantoor was minimaal) geen legitiem doel oplevert om inbreuk te maken op de grondrechten van werknemer. Daar kwam bij dat er geen overleg met werknemer was gevoerd noch samen was gekeken naar de mogelijkheden om bij voortzetting van de werkzaamheden het besmettingsrisico te beperken. Mede omdat een ontslag op staande voet als *ultimum remedium* moet worden beschouwd en de weigering tot vaccineren zonder wettelijke vaccinatieplicht niet kwalificeert als dringende reden, hield het ontslag op staande voet geen stand. Wel werd de arbeidsovereenkomst

89 Zie hierover: A. Olsthoorn en D. Schwartz, 'Een prik-kelbaar onderwerp: vaccinatieplicht voor de werknemer?', *TAP* 2021/52; L. van Baarsel en D.J. Kolk, 'Dit p(r)ik ik niet! Een (indirecte) vaccinatieplicht op de werkvloer?', *TRA* 2021/83; B. Barentsen, G.C. Boot, M.Y.H.G. Erkens, G.J.J. Heerma van Voss, S.F. Sagel, E.W. Schenck en B. Schouten, 'Coronatoegangsbewijzen op de werkvloer en botsende grondrechten', *ArbeidsRecht* 2022/1; R. Pie-rik en E. Verhulp, 'Kan de wetgever de werknemers een vaccinatieplicht opleggen?', *TvO* 2022/2.

90 Gerecht in eerste aanleg van Curaçao 16 juli 2021, ECLI:NL:OGEAC:2021:132.

91 HR 14 september 2007, *NJ* 2008/334 (Dirks/Hyatt I).

87 Rb. Noord-Holland 21 september 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:8121.

88 Rb. Noord-Holland 5 november 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:10055.

ontbonden, mede omdat de COVID-19-pandemie op meerdere fronten de verhoudingen op scherp had gezet.

De tweede zaak speelde zich eveneens af op Curaçao.⁹² Een casino verzocht ontbinding van de arbeidsovereenkomst met een croupier. Op één andere dealer na waren alle werknemers van het casino gevaccineerd. De dealers brachten de pauzes door in een ruimte van zo'n 16 m². Een andere passende ruimte om te pauzeren was niet voorhanden. Het casino had, mede gelet op de wens van een groot deel van haar werknemers, gemeend zijn beleid aldus te moeten inrichten dat er geen ongevaccineerden op de werkvoer werden opgesteld. De rechter oordeelde dat het casino, gelet op de maatregelen die hij in verband met de situatie op de werkvloer heeft gemeend te moeten treffen en gelet op zijn bedrijfsbelang bij het voldoen aan de door de overheid aangekondigde regels, werknemer niet meer kon inzetten op de werkvloer. En omdat er geen alternatieve werkzaamheden voorhanden waren, in combinatie met het verlies van het vertrouwen van werkgever in werknemer, werd de verzochte ontbinding op grond van verandering in de omstandigheden⁹³ toegewezen.

De eerste 'vaccinatie-zaak' in Nederland was die tussen een Amsterdams dansgezelschap en een danser.⁹⁴ Werkgever deelde de artiesten, onder wie de danser, op 22 oktober 2021 mee dat ook artiesten een coronatoegangsbewijs/QR-code moesten hebben om het theater in te mogen. De danser liet werkgever weten geen QR-code te hebben. Op 26 oktober 2021 vond een gesprek hierover plaats en op 28 oktober 2021 werd werknemer verzocht niet op het werk te verschijnen. Aangekondigd werd dat de betaling van het loon vanaf 1 december 2021 werd gestaakt. De danser was het hier niet mee eens en vorderde in kort geding wedertewerkstelling en loon. De rechter overwoog dat het verplichten tot testen en het moeten meedelen van de uitslag ervan aan de werkgever een schending van de privacy en van de lichamelijke integriteit van werknemer oplevert. De rechter oordeelde echter dat de bestreden inbreuk op de grondrechten van werknemer gerechtvaardigd was en de Algemene verordening gegevensbescherming (AVG) in dit geval niet van toepassing was. Vervolgens werd nog overwogen dat, tegen de achtergrond van het feit dat de werkzaamheden van werknemer voor vrijwel 100% contact op minder dan 1,5 meter met zich brengt, het testbeleid van werkgever redelijk was. Werkgever vroeg om zelftesten waarmee hij een groot beroep deed op de verantwoordelijkheid van zijn werknemers, terwijl hij anderzijds de inbreuk op hun integriteit daardoor minimaliseerde. En gezien de prominente rol van werknemer bij het dansgezelschap zou werkgever een structureel inzetbare vervanger voor hem moeten zoeken hetgeen risicovol voor hem was en geld zou vergen, aldus de rechter die oordeelde dat werkgever in deze tijd dubbele salariskosten zeker niet

kan dragen. Dit alles maakte dat het belang van werkgever zwaarder werd gewogen dan dat van werknemer en de vorderingen van de danser werden afgewezen.

In de ontbindingsprocedure tussen een naschoolse opvang en een groepsleerkracht concludeerde de kantonrechter Amsterdam⁹⁵ dat de instructie van werkgever om in bepaalde situaties een PCR-test van werknemer te verlangen weliswaar een inbreuk vormt op het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer en onaantastbaarheid van het lichaam, maar toch redelijk is omdat aan de voorwaarden om grondrechten in te perken *in casu* was voldaan. Het doel van werkgever om door instructie een veilige (werk)omgeving te scheppen woog naar het oordeel van de rechter zwaarder dan het bezwaar van werknemer tegen het moeten ondergaan van een PCR-test. De inbreuk op de grondrechten van werknemer achtte de kantonrechter dan ook gerechtvaardigd. Door stelselmatig niet te voldoen aan de redelijke instructie van werkgever, had werknemer naar het oordeel van de kantonrechter verwijtbaar gehandeld. De arbeidsovereenkomst werd ontbonden onder toekenning van de transitievergoeding.

Uitingen op social media

Social media zijn niet meer weg te denken in de maatschappij. Het doen van uitingen op die verschillende social media speelt ook steeds vaker een grote rol in arbeidsverhoudingen.⁹⁶ En als het dan gaat om gevoelige onderwerpen, zoals vaccineren, zet dat die verhoudingen soms flink op scherp, zo leerden twee uitspraken in een procedure tussen een stafmedewerker kennismanagement en een zorginstelling onder andere gespecialiseerd in (ouderen)zorg. Deze werkgever gaf werknemer op 22 januari 2021 een officiële waarschuwing omdat zij, ondanks herhaalde oproepen om geen berichten te delen/ liken/posten op LinkedIn die haaks staan op de visie van werkgever omtrent corona/vaccinatie, hiermee onverkort doorging. Werknemer vocht vervolgens de op non-actiefstelling van haar werkgever aan. De kantonrechter Nijmegen⁹⁷ oordeelde in kort geding dat het ervoor moest worden gehouden dat het enkele feit dat werknemer haar opvatting over vaccinatie op haar persoonlijke account deelde voor werkgever al redengevend is geweest om, nu zij doorging met het posten van berichten, haar op non-actief te stellen. Dit kon volgens de rechter een non-actiefstelling echter niet dragen. Ook het feit dat werknemer weigerde een mondkapje te dragen, kon haar volgens de rechter niet worden tegengeworpen, nu zij dat om medische redenen naliet en zij daaromtrent ter mondelinge behandeling een uitzonderingskaart had getoond. Werkgever moest werknemer weer toelaten tot haar eigen werk. Ondertussen had werkgever een ontbindingsverzoek ingediend. In de ontbindingsprocedure overwoog de kantonrechter Nijmegen⁹⁸ dat werknemer twee soorten LinkedIn berichten had geplaatst

92 Gerecht in eerste aanleg van Curaçao 1 december 2021, ECLI:NL:OGAAC:2021:226.

93 Art. 7:669 lid 3 BW kent een dergelijke grond niet. In Nederland zal ontbinding op die grond dus niet kunnen worden verzocht/toegewezen.

94 Rb. Amsterdam 14 december 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:7321.

95 Rb. Amsterdam 11 februari 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:418.

96 Zie voor een actueel overzicht: M. Hurks, 'Het gebruik van social media in de arbeidsrelatie: een zegen of een last?', *ArbeidsRecht* 2020/20.

97 Rb. Gelderland 25 mei 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:5857.

98 Rb. Gelderland 24 augustus 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:4701.

en/of gedeeld. Enerzijds berichten waarin zij in zijn algemeenheid waarschuwde voor de gevaren van vaccineren tegen COVID-19. Anderzijds berichten die specifiek gericht waren tegen mensen die meewerken aan het landelijke, en ook door werkgever (uit)gevoerde, (vaccinatie)beleid, waarin zij deze mensen (oorlogs)misdadigers noemde, vaccineren als genocide werd bestempeld en/of waarbij zij vergelijkingen trok met de Tweede Wereldoorlog/jodenvervolg. Met het plaatsen van die berichten had werknemer een grens overschreden. De rechter kwalificeerde een aantal uitingen van werknemer – het recht op vrijheid van meningsuiting in aanmerking genomen – in strijd met goed werknemerschap. De arbeidsovereenkomst werd ontbonden op grond van verwijtbaar handelen⁹⁹.

De post van een werknemer op LinkedIn: *‘Four tank container truck drivers in Rotterdam are infected by the Corona Virus’*, was voor zijn werkgever mede reden voor het geven van een officiële waarschuwing. Na die waarschuwing bleef werknemer berichten delen die de werkgever onwelgevallig waren. Werknemer werd mede op grond hiervan op staande voet ontslagen. De kantonrechter Rotterdam¹⁰⁰ vernietigde dat ontslag, maar achtte het wel begrijpelijk dat bepaalde gedragingen van werknemer voor werkgever onacceptabel waren.

Ook onacceptabel vond een ziekenhuis het gedrag van een IC-verpleegkundige die zich op Twitter en Facebook negatief uitliet over artsen en zich vervolgens in een één uur durend interview, dat op verschillende internetfora wordt uitgezonden, kritisch uitliet over het coronabeleid. Hij zei in dat interview onder andere: *‘We laten dus eigenlijk heel veel mensen ernstig ziek worden terwijl dat niet nodig is.’* De kantonrechter Tilburg¹⁰¹ oordeelde dat werknemer was gewezen op de *Gedragscodes telefonie, e-mail, internet waaronder social media*, maar werknemer er geen blijk van heeft gegeven de code te hebben geschonden. De rechter achtte zijn gedrag verwijtbaar (maar niet ernstig, zodat wel aanspraak bestond op de transitievergoeding) en ontbond de arbeidsovereenkomst.

In de onder het kopje ‘Mondkapjes’ besproken uitspraak van de kantonrechter Alkmaar¹⁰² was een post van werknemer op Facebook mede grond voor de kantonrechter om te oordelen dat de arbeidsovereenkomst ernstig was verstoord en de arbeidsovereenkomst te ontbinden.

3. Analyse

Na het bespreken van de circa honderd uitspraken wordt in deze paragraaf die rechtspraak per onderwerp geanalyseerd. Daarbij wordt dezelfde volgorde gehanteerd als in paragraaf 2. Daar waar mogelijk zullen rode lijnen worden beschreven en conclusies na twee jaar corona-arbeidsrechtspreek worden getrokken.

Loon en risicoverdeling

Net zoals de in de eerste kroniek¹⁰³ besproken rechtspraak is de lijn, onverkort, dat in nagenoeg alle loonvorderingszaken die vorderingen zijn gebaseerd op artikel 7:628 BW én ook, op een enkele uitzondering na, allemaal zijn toegevoegd. In de verschillende loonvorderingszaken is (in de gevoerde verweren) geen beroep gedaan op artikel 7:611 of 613 BW. Zoals in de eerste kroniek reeds uiteen gezet, zal dit te maken hebben met het feit dat artikel 7:628 BW per 1 januari 2020 is gewijzigd, artikel 7:627 BW per die datum is geschrapt 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 risico dient te komen. Na twee jaar corona-arbeidsrechtspreek moet worden geconcludeerd dat de coronacrisis niet een omstandigheid is die volgens rechters voor rekening en risico van de werknemer dient te komen. In verschillende uitspraken speelt daarbij een rol dat de werkgever loonkosten op grond van een van de NOW-regelingen door de overheid (gedeeltelijk) gesubsidieerd heeft gekregen. Vraag is of de loonvorderingen anders beoordeeld zouden zijn, wanneer die loonkostensubsidies niet zouden zijn verstrekt. En die vraag speelt nog meer wanneer lockdowns langer duren. De Graaf en Dekker¹⁰⁴ stellen, mijns inziens terecht, dat voor zover artikel 7:628 BW in zo’n situatie geen ruimte zou laten voor een correctie of proportionaliteit binnen het kader van de contractuele afspraak, een al dan niet tijdelijke wijziging van die afspraak in de vorm van verlaging van het loon via artikel 6:258 BW plaats zou moeten kunnen maken teneinde het verstoorde evenwicht in de waardeverhouding te herstellen. Verwezen wordt naar een uitspraak van de kantonrechter Groningen¹⁰⁵ waarin de tijdelijke bedrijfssluiting van vier dagen van een pluimveebedrijf als gevolg van het uitbreken van de vogelgriep niet als exceptioneel risico werd gekwalificeerd. De werknemers hielden aanspraak op loon, maar dit had volgens de kantonrechter anders kunnen zijn als de bedrijfssluiting langer had geduurd.¹⁰⁶

Rechters oordelen dat de werkgever op grond van het instructierecht gerechtigd is een mondkapjesplicht op te leggen

Ondanks dat rechters in verschillende uitspraken overwegen dat corona een bijzondere of onvoorziene omstandigheid is, is telkens slotsom dat dit risico niet voor rekening en risico van de werknemer dient te komen. Aan de dezer-

99 Tegen de beschikking is hoger beroep ingesteld bij het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden.

100 Rb. Rotterdam 8 oktober 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:10816.

101 Rb. Zeeland-West-Brabant 25 januari 2022, ECLI:NL:RBZWB:2022:523.

102 Rb. Noord-Holland 21 september 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:8121.

103 P.J.B.M. Besselink, ‘Kroniek corona-arbeidsrechtspreek’, TAP 2020/190, p. 8-9.

104 L.B. de Graaf en F.M. Dekker, ‘Corona en wijziging van de individuele en collectieve arbeidsovereenkomst via artikel 6:258’, *Tijdschrift voor Arbeidsrecht in Context* 2020/3.

105 Rb. Noord-Nederland, 4 mei 2016, ECLI:NL:RBNNE:2020:2540.

106 Zie in dat verband ook: Rb. Noord-Holland 12 januari 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:150.

zijds in de eerste kroniek gesuggereerde risicoverdeling, met bijvoorbeeld als uitgangspunt een 70/30-verdeling, is in de rechtspraak geen opvolging gegeven. Op het door De Graaf en Dekker genoemde *'share the pain'*-principe, dat in het algemene verbintenissenrecht en het huurrecht¹⁰⁷ wel wordt tegengekomen, lijkt door werkgevers in de verschillende hier besproken loonvorderingsprocedures overigens geen beroep te zijn gedaan zodat de rechter ook niet aan beoordeling hiervan heeft kunnen toekomen.

Waar de loonvorderingen uiteindelijk dus allemaal volledig op het bordje van de werkgever terecht kwamen is in een aantal uitspraken, als pleister op de wonde, de werkgever nog wel tegemoet gekomen door de tevens gevorderde wettelijke verhogingen af te wijzen, op nihil te stellen of in ieder geval te matigen.¹⁰⁸

Vakantie-, over- en min-uren

Corona biedt geen grondslag werknemers te verplichten vakantiedagen in te leveren of op te nemen. Zo kan de rechtspraak over dit onderwerp in één zin worden samengevat. Omdat het verplichten vakantiedagen op te nemen werknemers veel minder raakt dan het niet of maar gedeeltelijk uitbetalen van loon lijkt mij, desondanks, nog steeds goed verdedigbaar dat in geval van onvoorziene omstandigheden (de coronacrisis is door verschillende rechters als zodanig gekwalificeerd) een andere uitkomst denkbaar is. Als de werkgever namelijk gemotiveerd kan aantonen een gerechtvaardigd belang te hebben bij het opnemen van vakantiedagen door werknemers 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) nog steeds mogelijk moeten zijn werknemers toch te dwingen (een gedeelte van de) vakantiedagen op te nemen.¹⁰⁹

Uit de min-urenuitspraken, die tussen FNV en Wibra in het bijzonder,¹¹⁰ kan worden geconcludeerd dat cao's ook tijdens de coronapandemie onverkort worden toegepast.¹¹¹

Wijzigen van arbeidsvoorwaarden

Ondanks dat (ook bij dit onderwerp) in de meeste uitspraken rechters de coronacrisis niet voor rekening en risico van de werknemer brengen, wordt ook wel geoordeeld dat de gevolgen van de pandemie niet zonder meer tot de exclusieve risicosfeer van de werkgever behoren. Er is voor werkgevers dus wel ruimte, alhoewel deze beperkt is. Bepalend zijn de aard, omvang en duur van de door de werkgever gewenste wijziging en of het wijzigingsvoorstel volgens het *'Stoof/Mammoet-boekje'* is gedaan. In verschillende uitspraken is terug te lezen dat de stap een redelijk voorstel te doen wordt overgeslagen en er dus, zonder overleg, een

eenzijdige wijziging wordt doorgevoerd. Dit vindt dan in de ogen van de rechter weinig genade. Interessant is bijvoorbeeld de overweging van de kantonrechter Amsterdam¹¹² dat Artis onvoldoende heeft toegelicht waarom bijvoorbeeld een tijdelijk offer niet is voorgesteld of besproken. De rechter oordeelde dat een wijziging van primaire arbeidsvoorwaarden niet snel redelijk is en er daarnaast ook nog eens sprake is van een definitieve wijziging. Mogelijk dat wanneer de wijziging niet had toegezien op primaire arbeidsvoorwaarden en/of deze van tijdelijke aard in plaats van definitief was geweest, dit tot een andere uitkomst had geleid. Het verschil in benadering tussen definitief en tijdelijk wijzigen valt ook terug te lezen in de uitspraak van de kantonrechter Dordrecht.¹¹³ Deze oordeelt namelijk dat voor het uitstellen van een loonsverhoging een zwaarwegend belang aanwezig wordt geacht, maar voor het (definitief) laten inleveren van vakantiedagen niet. Wijzigen van arbeidsvoorwaarden als gevolg van de coronacrisis is dus niet onmogelijk, mits zorgvuldig voorbereid en voorgesteld én wanneer deze van tijdelijke aard is.¹¹⁴

Ontslag

De gepubliceerde corona-ontslagrechtspraak is zeer casuïstisch. Rode lijnen zijn hier moeilijk te ontdekken. Dat geldt ook voor de verschillende ontslag op staande voet-zaken waarin corona een rol speelde. Afhankelijk van de financiële situatie van de werkgever is wel terug te zien dat de rechter soms meegaat met het verzoek van de werkgever om de transitievergoeding in termijnen te laten betalen¹¹⁵ en de verzochte billijke vergoeding af te wijzen of te matigen.¹¹⁶ Uit een aantal procedures valt op te maken dat het voor werkgevers kan lonen om, nadat UWV een verzoek om toestemming arbeidsovereenkomsten op te zeggen heeft afgewezen, de zaak nog eens voor te leggen aan de kantonrechter die de arbeidsovereenkomst dan alsnog kan ontbinden.¹¹⁷

Interessant punt om nog kort aan te stippen is dat Gerechtshof Den Haag¹¹⁸ oordeelde dat het door de coronacrisis bemoeilijken van het vinden van een nieuwe baan de werkgever niet valt aan te rekenen, terwijl de kantonrechter Arnhem¹¹⁹ corona juist wél in het voordeel van de werknemer liet meespelen door te oordelen dat het zoeken naar aan andere baan (onder andere) door corona lastig is geworden. Dit laatste lijkt mij overigens juist nu dit is te kwalificeren als één van de persoonlijke omstandigheden van de werknemer, zoals door de Hoge Raad bepaald in het arrest Schrijver/Van Essen.¹²⁰

107 Zie o.a. HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1974.

108 Zie o.a. Rb. Noord-Holland 22 maart 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:3149 en Rb. Overijssel 29 oktober 2021, ECLI:NL:RBOVE:2021:4063.

109 Over dit onderwerp: J.R. Vos, 'Vakantie in tijden van corona', TAP 2020/131.

110 Zie ook: Rb. Overijssel 8 maart 2022, ECLI:NL:RBOVE:2022:708.

111 De Graaf en Dekker zien overigens onvoldoende grond om te concluderen dat het karakter van de cao principieel aan wijziging via art. 6:258 BW in de weg zou staan.

112 Rb. Amsterdam 2 april 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:1668.

113 Rb. Rotterdam 15 april 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:3754.

114 Zie hierover: S.R. Scripal, 'Wijziging van primaire arbeidsvoorwaarden in tijden van crises op grond van art. 7:613 BW', TAP 2021/86.

115 Zie o.a. Rb. Noord-Holland 9 december 2021, ECLI:NL:RBNHO:2020:10371 en Rb. Amsterdam 6 mei 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:2209.

116 Gerechtshof Amsterdam 7 december 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:3872.

117 Zie o.a. Rb. Den Haag 25 februari 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:1662 en Rb. Rotterdam 21 april 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:3785.

118 Gerechtshof Den Haag 11 juni 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:1544.

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

120 HR 12 februari 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2849.

Coronarichtlijnen

Het niet (goed) of onvolledig naleven van de coronarichtlijnen – waaronder niet alleen de RIVM-richtlijnen, maar ook de reeds bestaande bepalingen uit de Arbeidsomstandighedenwet en het Arbeidsomstandighedenbesluit – door óf werkgever óf werknemer, leidde de afgelopen twee jaar tot verschillende procedures. Niet eerder stond de plicht van werkgevers een gezonde en veilige werkplek te bieden zo in de aandacht als in die periode. COVID-19 leidde zelfs tot een tijdelijke nieuwe bepaling in het Arbeidsomstandighedenbesluit. Artikel 3.2a bepaalt dat de werkgever tijdig noodzakelijke maatregelen en voorzieningen treft ter voorkoming of beperking van de kans op besmetting van werknemers en derden met SARS-CoV-2 op arbeidsplaatsen. Hiertoe behoren in ieder geval het in acht nemen van voldoende hygiënische voorzieningen, het geven van doeltreffende voorlichting en het houden van adequaat toezicht op de naleving. In verschillende zaken werd geconcludeerd dat de werkgever onvoldoende maatregelen had getroffen. Dit leidde dan tot het oordeel dat de loonstopzetting ten onrechte was doorgevoerd¹²¹ of de conclusie dat de werkgever ernstig verwijtbaar had gehandeld met toekenning van een billijke vergoeding als gevolg.¹²² Werknemers die de richtlijnen niet opvolgden of negeerden kwamen hier vaker mee weg. In een aantal ontbindingsprocedures werden de verzoeken afgewezen¹²³ en waar het verzoek weliswaar werd toegewezen werd vervolgens wel geoordeeld dat het niet-naleven van de coronaregels geen ernstige verwijtbaarheid opleverde, zodat de werknemer wel de transitievergoeding toekwam.¹²⁴ De ongelijkheidscompensatie is bij dit onderwerp duidelijk waarneembaar. De lat ligt voor de werkgever hoger dan voor de werknemer, zo kan, op basis van de ongeveer tien uitspraken over dit onderwerp, voorzichtig worden geconcludeerd.

Thuiswerken

Acht uitspraken rondom thuiswerken is de (schrale) oogst in twee jaar corona-arbeidsrechtspraak. Omdat het om casuïstiek gaat zijn er (ook hier) lastig algemene conclusies uit te trekken of een rode lijn in te ontdekken. Onder de Wet flexibel werken (art. 2 lid 6 Wfw) bestaat in ieder geval geen absoluut recht op thuiswerken. Het overheidsadvies (*‘Werk zo veel als mogelijk thuis’*) kwalificeerde de kantonrechter Nijmegen¹²⁵ als een algemeen geformuleerd overheidsadvies waaruit de werknemer geen recht op thuiswerken kan putten. Omdat de werkgever echter wel moet zorgdragen voor een gezonde en veilige werkplek, hetgeen we in een aantal uitspraken zien terugkomen,¹²⁶ kan dit onderwerp echter nog wel via de band van goed werkge-

verschap in de zin van artikel 7:611 BW, de Arbeidsomstandighedenwet en het Arbobesluit tot de conclusie leiden dat van de werknemer niet kan worden gevergd naar de werklocatie te komen en deze het werk thuis kan (blijven) doen. Akopova en Van den Heuvel concluderen terecht dat de werkgever nog altijd de bevoegdheid heeft zijn personeel te instrueren op kantoor te verschijnen, maar dat deze bevoegdheid wordt begrensd door de voorwaarde dat er sprake is van een veilige en gezonde werkplek.¹²⁷

Op 27 januari 2021, dus midden in de coronapandemie, werd het wetsvoorstel Wet werken waar je wilt¹²⁸ ingediend.¹²⁹ Met dit initiatiefwetsvoorstel willen de initiatiefnemers ervoor zorgen dat werknemers meer vrijheid krijgen in hoe zij de balans tussen het werken op werklocatie en het werken thuis willen organiseren. De Wfw wordt, als het aan de initiatiefnemers ligt, gewijzigd om het zo mogelijk te maken dat een verzoek om aanpassing van de arbeidsplaats op eenzelfde manier wordt behandeld als een verzoek om aanpassing van de werktijd of arbeidsduur. Na een kritisch advies van de Afdeling advisering van de Raad van State werd het voorstel gewijzigd. Het voorstel moet nog in de Tweede Kamer worden behandeld. Zolang het voorstel niet (ongeschonden) door de Tweede en Eerste Kamer is gekomen blijft bij beoordeling van thuiswerkenverzoeken de Wfw het uitgangspunt. En daar waar het coronadiscussies betreft zullen artikel 7:611 BW, de Arbowet en het Arbobesluit een rol blijven spelen. Door Houweling is, ten slotte, nog opgemerkt dat in thuiswerkdebatten inspiratie kan worden opgedaan uit de (oude) re-integratijurisprudentie van de Hoge Raad.¹³⁰

Mondkapjesplicht

In verschillende uitspraken is door rechters geoordeeld dat de werkgever, op grond van zijn instructierecht (art. 7:660 BW), gerechtigd is een mondkapjesplicht¹³¹ op te leggen. De kantonrechter Haarlem¹³² oordeelde dat dit mede mocht in lijn met de op dat moment geldende richtlijnen van de luchthaven Schiphol en RIVM en de kantonrechter Utrecht¹³³ overwoog: *‘(...) hoewel over de effectiviteit van het mondkapje kan worden getwist, is het een maatschappelijk aanvaardbaar middel. De kantonrechter houdt het er voorlopig bij dat het dragen van een mondkapje gedurende de coronapandemie aan de veiligheid en gezondheid kan bijdragen.’*

Uit de verschillende uitspraken binnen dit onderwerp kan worden geconcludeerd dat de afweging tussen het belang

121 Zie o.a. Rb. Limburg 1 oktober 2020, ECLI:NL:RBLIM:2020:7495 en Rb. Limburg 10 juni 2021, ECLI:NL:RBLIM:2021:5203.

122 Rb. Rotterdam 14 januari 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:255 en Rb. Midden-Nederland 15 maart 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:1170.

123 Zie Rb. Den Haag 13 augustus 2021, AR 2021-1117 en Rb. Den Haag 19 oktober 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:11616.

124 Zie o.a. Rb. Rotterdam 6 augustus 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:7670.

125 Rb. Gelderland 18 juni 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:2954.

126 Zie o.a. Rb. Limburg 1 oktober 2020, ECLI:NL:RBLIM:2020:7495.

127 E. Akopova en L. van den Heuvel, ‘Arbeidsrecht in tijden van corona’, *ArbeidsRecht* 2021/13 p. 18.

128 Inmiddels werd de naam van het wetsvoorstel gewijzigd in ‘Wet werken waar je wilt’.

129 *Kamerstukken II* 2020/21, 35714, nr. 2.

130 A.R. Houweling, ‘Corona en arbeidsrecht: hoe NOW verder met loon en werkplek?’, *MvV* 2020/9. Zie ook: S. Drost en W. Bosman, ‘De werkplek thuis, bezien in het licht van COVID-19’, *TvO* 2021/3.

131 Het Gerechtshof Den Haag oordeelde overigens dat de Staat in redelijkheid een mondkapjesplicht heeft mogen invoeren en uitbreiden. Zie: Gerechtshof Den Haag 14 december 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:2453.

132 Rb. Noord-Holland 5 november 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:10055.

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

van de werkgever zorg te dragen voor een gezonde en veilige werkplek en zijn bedrijfsbelang aan de ene kant, en het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de werknemer aan de andere kant, (snel) in het voordeel van de werkgever uitvalt. Ondanks dat hier (nog) geen rechtspraak over is, is wel voor te stellen dat het oordeel anders kan uitvallen wanneer de werknemer op medische gronden kan aantonen geen mondkapje te kunnen/mogen dragen. Daar zal de werkgever dan rekening mee moeten houden en dit ook moeten betrekken in het mondkapjes-beleid.

Als uitingen op social media kwalificeren als strijdig met goed werknemerschap kan dit leiden tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst

Opmerkelijk in de Utrechtse mondkapjes-zaak is overigens dat de werkgever ervoor koos de loonbetaling te schorsen in plaats van stop te zetten. Vraagtekens kunnen worden geplaatst bij de juistheid van de beslissing van de kantonrechter de loonvordering van de werknemer af te wijzen. Bij schorsing behoudt de werknemer immers, op grond van het arrest Van der Gulik/Vissers,¹³⁴ recht op loon. Het zou zuiverder zijn geweest wanneer de werkgever de loonbetaling had stopgezet, in welk geval de rechter op grond van de ‘tenzij’ in artikel 7:628 BW de loonvordering (eenvoudiger) had kunnen afwijzen.

Vaccineren en testen

In de literatuur zijn inmiddels verschillende interessante bespiegelingen gewijd aan de vraag of de werkgever werknemers kan verplichten zich te laten testen of vaccineren, dan wel arbeidsrechtelijke gevolgen mag verbinden aan het feit dat de werknemer dit weigert. Ik volsta hier met een verwijzing naar die diverse, lezenswaardige publicaties.¹³⁵ Niet onvermeld kan blijven dat op 22 november 2021 het wetsvoorstel Tijdelijke wet verbreding inzet coronatoegangsbewijzen¹³⁶ aanhangig is gemaakt. Dit wetsvoorstel zou het mogelijk moeten maken dat het coronatoegangsbewijs in sommige gevallen ook op de werkvloer kan worden ingezet als dat noodzakelijk is met het oog op de vermindering van de overdracht van het coronavirus. De inbrengdatum is ondertussen tot nader order uitgesteld. Vooralsnog zal er dus geen coronatoegangsbewijs op het werk gelden. De vier uitspraken waarin het test- en vaccinatievraagstuk speelde zijn allemaal zeer casuïstisch. Desondanks zijn er wel, voorzichtig, enkele lijnen in te ontdekken. Zo oordelen rechters onverdeeld dat een algemene vaccinatieplicht niet bestaat en dergelijke verplichtingen evenmin passen binnen de arbeidsverhouding. Ook volgt uit die rechtspraak dat een inbreuk op grondrechten onder omstandigheden gerecht-

vaardigd kan zijn. En als die rechtvaardiging er is kunnen arbeidsrechtelijke maatregelen worden getroffen. In de zaak van de danser leidde dit tot het oordeel van de rechter dat de werkgever gerechtigd was de werknemer niet tot het werk toe te laten en ook geen loon te betalen, en in de kwestie van de groepsleerkracht volgde zelfs een ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Het niet willen laten ondergaan van een PCR-test wordt door de rechter echter niet gekwalificeerd als ernstig verwijtbaar handelen of nalaten, zodat de werknemer wel gewoon recht heeft op de transitievergoeding. Ik meen dat de werknemer die weigert zich te laten vaccineren, testen of een coronatoegangsbewijs te tonen, met als gevolg dat de werkgever uiteindelijk ontbinding van de arbeidsovereenkomst verzoekt (waarbij geldt dat werkgever wel eerst voldoende herplaatsingsinspanningen moet verrichten), niet snel ernstig verwijtbaar handelt en dus aanspraak behoudt op de transitievergoeding.

Uitingen op social media

De uitspraken van kantonrechters waarin moest worden geoordeeld over uitlatingen van werknemers op social media met betrekking tot het corona- en vaccinatiebeleid maken maar weer eens duidelijk dat het recht op vrijheid van meningsuiting weliswaar een groot goed is, maar tegelijkertijd niet onbegrensd.¹³⁷ De aard van de uiting, de persoon van de werknemer en de link met de werkgever zijn uiteindelijk bepalend voor het antwoord op de vraag of de uiting in strijd is met goed werknemerschap of (ernstig) verwijtbaar handelen oplevert. Allerbelangrijkste zijn volgens Sagel¹³⁸ de inhoud en de toon van de boodschap. ‘Ik ben geen voorstander van vaccineren’ zal tot minder problemen leiden dan ‘vaccineren is een NSB-praktijk’, aldus Sagel. Ook speelt volgens hem een rol waar je werkt en wat je doet. Het is problematischer als een RIVM-medewerker zich kritisch uitlaat over het overheidsbeleid dan wanneer een bakkersknecht dat doet. De eerste ondermijnt het belang van zijn werkgever. ‘Het maakt ook uit of je een vaandeldrager van de organisatie bent of ergens driehoogachter zit en nooit een klant ziet’, stelt Sagel.

Als uitingen op social media dan kwalificeren als strijdig met goed werknemerschap kan dit leiden tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Net zoals in de corona-arbeidsrechtspraak rondom vaccineren, is het echter ook bij dit onderwerp zo dat uitingen niet snel als *ernstig* verwijtbaar handelen of nalaten worden aangemerkt en de werknemer (ook hier) bij ontbinding van de arbeidsovereenkomst wel recht heeft op de transitievergoeding.

4. Conclusie

Twee jaar corona op de werkvloer leverde ruim honderd gepubliceerde uitspraken op over tal van onder-

¹³⁴ Hoge Raad 21 maart 2003, ECLI:NL:HR:AF3057.

¹³⁵ Zie voetnoot 89.

¹³⁶ Kamerstukken II 2021/22, 35971, nr. 2.

¹³⁷ Zie EHRM 5 november 2019, «JAR» 2020/18 (Herbai) en conclusie van A-G De Bock 11 maart 2022, ECLI:NL:PHR:2022:231.

¹³⁸ S.F. Sagel, ‘Gepeperde mening, tweet, baan kwijt’, *de Volkskrant* 13 november 2021, <https://www.volkskrant.nl/nieuws-achtergrond/wie-op-sociale-media-kritiek-op-het-coronabeleid-uit-kan-de-baas-tegenover-zich-vinden-het-overkwam-deze-zorgmedewerker~ba402a56/>.

werpen. In de corona-arbeidsrechtspraak komt de ongelijkheidscompensatie zoals die in het arbeidsrecht bestaat volop tot uiting. Corona wordt door veel rechters gezien als bijzondere of onvoorziene omstandigheid. Maar in veruit de meeste gevallen blijven de financiële gevolgen van corona op het bordje van de werkgever liggen. Loonvorderingen zijn nagenoeg allemaal toegewezen. Het wijzigen van arbeidsvoorwaarden in verband met corona is lastig gebleken en als een werkgever al een ontslag kon doorvoeren in verband met corona, dan hield de werknemer hier bijna altijd (minimaal) de transitievergoeding aan over. Het moeten bieden van een gezonde en veilige werkplek was de afgelopen twee jaar een groot thema. Nieuw waren thema's als de mondkapjesplicht, vaccineren en testen. Maar ook die nieuwe arbeidsrechtelijke vraagstukken konden door

rechters uitstekend worden beslecht met de reeds geldende regelgeving. Al met al waren de afgelopen twee jaar arbeidsrechtelijk buitengewoon interessant. Desondanks hoop ik dat er geen tweede vervolg op deze kroniek hoeft te komen.

Dit artikel is afgesloten op 14 maart 2022.

Over de auteur



Mr. P.J.B.M. (Pascal) Besselink CPL
Advocaat bij DAS