

HR Rendement

Dit artikel wordt u aangeboden door HR Rendement

HR Rendement is hét nieuws- en adviesmagazine voor human resources professionals bij (middel)grote, kennisintensieve organisaties. De insteek is: hoe kan een HR-manager, unitmanager of HR-specialist bijdragen aan een beter rendement van de factor arbeid in zijn organisatie.

HR Rendement behandelt voornamelijk de 'harde' kant van human resources, zoals wijzigingen in wet- en regelgeving, ontwikkelingen in het arbeidsrecht, fiscaal voordelige beloningsvormen, werktijden en arbeidsomstandigheden, kosten van opleidingen en werving & selectie, implementatie van personeelsinformatiesystemen.

HR Rendement biedt u:

- veel signalerend nieuws over veranderende wet- en regelgeving;
- beknopte artikelen met veel tips die de lezer direct in de dagelijkse praktijk kan gebruiken;
- elke keer een gedegen vergelijkend warenonderzoek onder HR-dienstverleners;
- wekelijkse e-mailservice met het allerlaatste HR-nieuws;
- een aanvulling op de inhoud van elke uitgave met praktische, online tools.

© 2020 Rendement Uitgeverij. Alle rechten voorbehouden.

Niets uit deze uitgave mag, noch geheel, noch gedeeltelijk, worden overgenomen en/of vermenigvuldigd zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever. Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden auteur(s), redacteur(en) en uitgever geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor de gevolgen hiervan.

Niet kunnen of willen werken tijdens de coronacrisis: wie betaalt dat?

Stel, uw werknemer weigert naar het werk te komen omdat hij bang is besmet te worden door het coronavirus. Bij wie ligt dan het risico voor het niet verrichten van de werkzaamheden, bij u of bij de werknemer? Hoewel sinds 1 januari 2020 in principe geldt 'geen arbeid, wel loon', is deze vraag niet zo makkelijk te beantwoorden.

Maar liefst 113 jaar lang gold het uitgangspunt 'geen arbeid, geen loon', tenzij het niet kunnen verrichten van de arbeid voor rekening van de werkgever moest komen. Sinds 1 januari 2020 geldt echter het principe 'geen arbeid, wel loon, tenzij'. Ook al verricht de werknemer geen arbeid, dan zult u alsnog het loon moeten doorbetalen, tenzij de oorzaak van het niet werken in redelijkheid voor risico van de werknemer komt. Dit betekent feitelijk een omkering van de bewijslast. Immers, sinds 1 januari 2020 moet u, en niet de werknemer, bewijzen dat het niet werken voor risico van de werknemer komt. Een interessant vraagstuk, met mogelijk grote gevolgen voor werkgevers en werknemers. Vooral nu het tijdens de coronacrisis steeds vaker voorkomt dat werknemers om diverse redenen niet kunnen of willen werken.

Staking

Met de wijziging van het uitgangspunt is artikel 7:627 van het Burgerlijk Wetboek (BW) komen te vervallen en is artikel 7:628 BW aangepast. Hoewel de bewijslast wordt omgekeerd, blijft volgens de wetgever de rechtspraak van vóór 1 januari 2020 nog steeds relevant. Denk daarbij aan het niet hoeven te betalen van loon bij een georganiseerde staking of gevangenisstraf. Tege-

lijkertijd betekent 'geen arbeid, wel loon, tenzij' dat u moet bewijzen dat de werknemer niet kan of wil werken en dat dit voor rekening van de werknemer moet komen. Bij een gevangenisstraf is dat misschien makkelijk te bewijzen, maar hoe bijvoorbeeld om te gaan met een onvoorzienbare omstandigheid die niet tot het normale bedrijfsrisico behoort?

Voor nu, tijdens een buitengewone en onvoorzienbare pandemie, is de vraag relevant hoe 'geen arbeid, wel loon, tenzij' moet worden toegepast. Immers, u noch de werknemer kunnen er iets aan doen dat het coronavirus het werk beïnvloedt.

Quarantaine

Er zijn verschillende situaties denkbaar waarin de werknemer het werk (gedeeltelijk) niet verricht en een discussie tussen u en de werknemer kan ontstaan voor wiens rekening dat moet komen:

- 1 Een gezinslid of huisgenoot van de werknemer is ziek, maar de werknemer zelf heeft geen klachten.
- 2 De werknemer moet in quarantaine, omdat hij in een gebied is geweest met een oranje of rood reisadvies.
- 3 De werknemer wil niet naar zijn werk uit angst (al dan niet onderweg) besmet te raken.
- 4 Er is geen werk beschikbaar voor de werknemer om uit te voeren.

Deze verschillende situaties vragen om andere benaderingen. Zo zal in de eerste situatie van de werknemer worden verwacht dat hij tien dagen in quarantaine blijft. Dat is immers de RIVM-richtlijn. Komt het dan voor rekening van de werknemer dat hij een huisgenoot heeft met klachten? De

kantonrechter in Maastricht heeft in juni geoordeeld dat dit niet een omstandigheid is die in de risicosfeer van de werknemer ligt en de werknemer daarom recht blijft houden op loon (zie kader). Lastig, aangezien ook de werkgever er uiteraard niets aan kan doen dat de werknemer niet kan werken. Daarbij geldt overigens wel dat als de werknemer thuis kan werken, hij daartoe verplicht is.

Oranje

Reist de werknemer naar een gebied met een oranje of rood reisadvies en moet hij daardoor in quarantaine, dan valt het kwartje juist weer naar uw kant, op voorwaarde dat de werknemer niet vanuit huis kan werken. De werknemer neemt hiermee namelijk bewust het risico dat bij terugkomst hij zijn werk niet kan uitvoeren. Het zou allerm minst redelijk zijn als u daarvoor moet opdraaien. Maar wat als het land waar de werknemer naartoe is gereisd ineens van kleur verandert en een oranje reisadvies krijgt? In dit geval geldt als maatstaf of de werknemer in alle redelijkheid van tevoren had kunnen voorzien dat dit zou gebeuren. Dit kan uiteraard een uitvoerige discussie opleveren.

Huisgenoot

Mogelijk nog ingewikkelder is de derde situatie waarbij de werknemer niet naar het werk wil gaan uit angst voor besmetting en niet thuis werkzaamheden kan verrichten. In deze situatie is de werknemer in principe niet ziek. Moet de angst van de werknemer voor uw rekening komen? In de literatuur wordt deze situatie ook wel vergeleken met die van de situatieve arbeidsongeschikt-

heid. Volgens het Mak/SGBO-arrest uit 2008 kunnen (dreigende) psychische of lichamelijke klachten ertoe leiden dat de werknemer niet in staat is zijn werkzaamheden te verrichten. Dit terwijl er geen sprake is van medische beperkingen. Op basis van dit arrest zou de werknemer in de derde situatie moeten aantonen dat in alle redelijkheid niet van hem verwacht mag worden dat hij op het werk verschijnt. Een argument kan misschien zijn dat een zieke huisgenoot een lage immuniteit heeft.

NOW

De laatste situatie begon een rol te spelen toen Nederland in een lockdown kwam. Horecagelegenheden moesten sluiten, hetgeen zou betekenen dat de werknemers thuis kwamen te zitten. Om ontslagen te voorkomen, ook al was er tijdelijk geen werk voorhanden, is destijds de NOW ingevoerd. Inmiddels is de NOW 3.0 ingegaan. Bij een omzetsdaling van 20% (in de NOW 3.0 vanaf 1 januari 2021 30%) konden werkgevers een compensatie van de loonkosten aanvragen.

Eén van de voorwaarden van de NOW was dat de werknemers in dienst bleven en hun loon doorbetaald kregen. Het risico van loondoorbetaling is hier dus duidelijk bij de werkgever gelegd, hoewel de NOW niet eens alle loonkosten compenseerde (maximaal 90% van de loonsom). De vraag is wat er gebeurt als de NOW-regelingen afgelopen en er nog steeds geen werk is. Is dat dan een aanleiding om werknemers zonder loon naar huis te sturen? Op basis van het uitgangspunt 'geen arbeid, wel loon, tenzij' lijkt het van niet. Juristen pleiten inmiddels wel voor een 50/50-verdeling van het loon. De werkgever, noch de werknemer kan immers iets aan de coronacrisis doen.

Joost Kokje, advocaat bij TaylorWessing, tel. (088) 024 30 20, e-mail: j.kokje@taylorwessing.com, www.taylorwessing.com

Rechter verbiedt inhouden verlofdagen

Tussen een werknemer en zijn werkgever, een internationaal bagger- en waterbouwbedrijf, ontstond een geschil over het eenzijdig afschrijven van verlofdagen, voorafgaand aan de wachtgeldregeling in de cao. Het lukte de werkgever soms niet om werk aan te bieden aan zeevarenden door een gebrek aan opdrachten. Daarnaast waren er roostertechnische problemen met zeevarenden, waardoor de werkgever niet uitkwam met hun uren. De werkgever wilde deze problemen oplossen door eenzijdig verlofdagen van de zeevarenden af te schrijven.

Eenzijdig

Volgens vakbond FNV, die de werknemers vertegenwoordigde, handelde de werkgever in strijd met de cao. Aangezien

verlofdagen ook arbeidsvoorwaarden zijn, heeft de kantonrechter artikel 7:628 BW bij zijn oordeelvorming betrokken. De rechter overwoog dat het feit dat er geen werk beschikbaar was en er organisatorische problemen waren, voor rekening en risico van de werkgever moesten komen. Dit gold volgens de kantonrechter ook voor de wachtgeldregeling, zoals opgenomen in de cao. Volgens de kantonrechter had de werkgever die wachtgeldregeling moeten volgen, in plaats van eenzijdig te besluiten verlofdagen in te houden. Dit oordeel werd nog eens bekrachtigd door Gerechtshof Den Haag.

Rechtbank Rotterdam, 2 februari 2018,

ECLI (verkort): 1553

Gerechtshof Den Haag, 10 december 2019,

ECLI (verkort): 3207

Thuisquarantaine valt onder risico werkgever

In de ochtend van 26 maart 2020 liet een werknemer aan zijn werkgever weten niet naar werk te komen, omdat zijn partner coronaverschijnselen vertoonde, waaronder koorts. Conform de RIVM-richtlijnen moest hij daarom thuisblijven.

Wachtdagen

De werkgever vroeg de werknemer alsnog naar het werk te komen, maar de werknemer gaf hier geen gehoor aan. De werkgever meldde de werknemer vervolgens ziek en hield twee wachtdagen in op het loon van de werknemer. Hij betaalde in maart 70% van het loon van de werknemer en in april 50%. De werknemer vorderde in een kort geding volledige uitbetaling van zijn loon. Volgens de kantonrechter

in Maastricht was er echter geen sprake van ziekte, maar van het opvolgen van overheidsmaatregelen. Als een huisgenoot klachten heeft, moeten de andere gezinsleden immers in thuisquarantaine blijven, tenzij ze werkzaam zijn in een cruciaal beroep of vitaal proces. Kan de werknemer niet thuis werken, dan is dat een omstandigheid die volgens de rechter niet in de risicosfeer van de werknemer ligt. De rechter oordeelde dat de werkgever in dit geval dus het volledige loon moest doorbetalen. Omdat er in deze situatie geen sprake is van ziekte, mag de werkgever ook geen wachtdagen op het loon inhouden.

Rechtbank Limburg, 23 juni 2020, ECLI (verkort): 4465