

Corona blijft invloed hebben op de rechtspraak (III)

A.W. JONGBLOED*

Zoals verwacht is de coronapandemie nog niet tot een einde gekomen. Integendeel, naar verwachting zal corona, nu een grote groep mensen niet is gevaccineerd of min of meer immuun voor het vaccin is, als een soort verkoudheid c.q. griep onder ons blijven. De verwachting is daarmee gewettigd dat ook de rechtspraak nog lange(re) tijd moet oordelen over coronagerelateerde zaken. Zo zullen nieuwe vragen worden opgeworpen (zie hieronder) en zal ook de Hoge Raad nog diverse kwesties moeten beoordelen, wat weer invloed zal hebben op bij de feitenrechter gevoerde en te voeren procedures.

1. Huurrecht

Het leek erop dat bij de huur van middenstandsbedrijfsruimte de nodige duidelijkheid was ontstaan. Uit de rechtspraak viel als hoofdlijn op te maken: de pijn moet bij helfte worden gedeeld, waarbij uitgegaan moet worden van de helft van de omzetvermindering (met inachtneming van overheidssteun, zowel de Tegemoetkoming Vaste Lasten (TVL) als de Noodmaatregel Overbrugging Werkgelegenheid (NOW), vgl. Rb. Rotterdam (ktr.) 16 juli 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:6652, NJF 2021/322 (*Herbel I/Kadine*)). Uiteraard moeten verhuurder en huurder daarmee instemmen en kunnen ze andere afspraken maken. In veel gevallen bestond en bestaat verschil van mening hoe geoordeeld moet worden over de periode van de tweede lockdown (half december 2020 tot eind april 2021 met winkelen op afspraak vanaf begin maart). Knelpunt is dat de verhuurder soms inzet op uitstel van huurbetaling, waar de huurder kwijtschelding voor ogen heeft. Een ander punt is dat de huurder niet altijd (voldoende) inzicht geeft in de omzetsdaling of de ontvangen financiële overheidssteun voor vaste lasten. Ook kan een knelpunt zijn de onlineverkoop. Weliswaar is de huur gerelateerd aan de fysieke winkel, maar soms heeft een dusdanige verschuiving plaatsgevonden naar de onlineverkoop dat de ondernemer slechts een geringe omzetsdaling heeft. De kantonrechter Rotterdam oordeelde op 16 juli 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:6652, NJF 2021/322 (*Herbel I/Kadine*) dat de omzet van de webshop en winkels in Scandinavië irrelevant was en dat het 'slechts' ging om Kadine als huurder van de genoemde bedrijfsruimte. Een week eerder (op 9 juli 2021) werd ook door de kantonrechter te Rotterdam (ECLI:NL:RBROT:2021:6738 (*Scotch & Soda/Herbel I*)) geoordeeld in een zaak met dezelfde verhuurder Herbel I dat de onlineomzet van Scotch & Soda gedeeltelijk

betrokken moest worden bij het omzetverlies van Scotch & Soda.

2. Arbeidsrecht

In een arbeidsrechtelijk geschil rees de vraag welk bedrag aan transitievergoeding moest worden betaald aan een werknemer die arbeidsongeschikt was geworden, maar wiens loon in het verleden was verlaagd omdat de arbeidsovereenkomst in 2017 was aangepast van 36 naar 12 uur per week omdat de werknemer door het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen (UWV) voor 77,74% arbeidsongeschikt was bevonden. De werkgever berekende daarom de transitievergoeding op basis van een 12-urige werkweek. De rechtbank Midden-Nederland (zp. Utrecht) 30 april 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:2232, oordeelde anders. De werkgever moest de transitievergoeding betalen op basis van het volledige loon van de werknemer. De kantonrechter baseerde zich daarbij op HR 14 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1617, waar in r.o. 3.4.3 was geoordeeld dat door een voortzetting van de bestaande arbeidsovereenkomst in aangepaste vorm sprake is van een in feite gedeeltelijke beëindiging. De Hoge Raad verbindt daar meteen het gevolg aan dat daarom naar evenredigheid van de omvang van die beëindiging een transitievergoeding verschuldigd is, maar alleen in de bijzondere gevallen dat, door omstandigheden gedwongen, wordt overgegaan tot een substantiële en structurele vermindering van de arbeidstijd, zoals een blijvende gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid van de werknemer. De facto kwam het er op neer dat de arbeidsovereenkomst als het ware in twee gedeelten is beëindigd, zodat het billijk is dat de werknemer uiteindelijk de transitievergoeding ontvangt over zijn hele loon. Vergelijkbaar hieraan zal de situatie zijn dat de werkgever in verband met corona eerst besluit tot arbeidstijdverkorting resulterend in een aangepaste ar-

* Prof. mr. A.W. Jongbloed is hoogleraar Executie- en beslagrecht aan de Universiteit Utrecht en hoofdredacteur van dit tijdschrift.

beidsovereenkomst (bijvoorbeeld in de hoop dat hij de werknemer die ook elders werk heeft gevonden niet hoeft te ontslaan en deze later weer voltijds kan gaan werken) en later alsnog de resterende arbeidsovereenkomst beëindigt omdat de omzet zodanig is gedaald dat minder personeel nodig is.

Rechters moeten soms lastige vragen beantwoorden. Hoe te oordelen als een werknemer ernstig hoest, zijn collega's hem adviseren naar huis te gaan (wat hij weigert) en hij enkele dagen later corona blijkt te hebben? Heeft hij verwijtbaar gehandeld en heeft hij met zijn gedrag het vertrouwen van zijn collega's beschaamd? Ja, oordeelt kantonrechter Rotterdam 6 augustus 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:7670, die de arbeidsovereenkomst ontbindt. Zijn collega's hadden verklaard dat zij hem niet eerder zo ernstig hadden horen hoesten als op die dag en dat betekent dat de werknemer thuis had moeten blijven c.q. naar huis had moeten gaan toen hem dat door diverse collega's werd geadviseerd. Dit is echter onvoldoende voor de conclusie dat de arbeidsovereenkomst niet kan voortduren, want de werknemer heeft zich de volgende dag wel ziek gemeld en heeft zich bij de GGD laten testen, zodat hij de gedragsregels uiteindelijk wel heeft nageleefd. Ook speelt mee dat de werknemer weinig direct contact had met andere collega's en daardoor niet veel collega's heeft blootgesteld aan een mogelijke coronabesmetting. Maar met zijn verwijtbare gedrag heeft de werknemer wel het vertrouwen van zijn collega's beschaamd. Het vertrouwen is bovendien nog meer verstoord geraakt doordat de werknemer zich de volgende dag toch heeft ziekgemeld en zich heeft laten testen, waarna deze test positief bleek te zijn. De vrees van de collega's dat hij mogelijk corona had, was dus uitgekomen. Door in de procedure vervolgens vol te houden dat de verklaringen van zijn collega's niet geloofwaardig zijn, dat ze dus in feite liegen, heeft de werknemer de vertrouwensbreuk nog groter gemaakt. Er is sprake van een verstoorde arbeidsverhouding die dusdanig is dat niet in redelijkheid van de werkgever gevergd kan worden dat hij de arbeidsovereenkomst laat voortduren.

Al geruime tijd in discussie is of de werkgever een vaccinatie mag eisen. Enerzijds gaat het om het recht op privacy en lichamelijke integriteit, anderzijds moet ook gezorgd worden voor een veilige werkomgeving. GEA Curaçao 16 juli 2021, ECLI:NL:OGEAC:2021:132, NJF 2021/333 (*Century Trust Curaçao/X*), moest oordelen over een zaak waarbij een 25-jarige administratief medewerkster van een trustkantoor (daar werkzaam vanaf september 2016) weigerde zich te laten vaccineren. De werkneemster moest in een beperkte ruimte in een privéwoning kantoorruimte delen met onder meer twee werknemers van 69 en 64 jaar die erg bang waren om ziek te worden. Het Gerecht oordeelde dat dit in casu geen dringende reden opleverde voor ontslag op staande voet. De arbeidsovereenkomst werd wel ontbonden, omdat het de werkgever in dit geval vrijstond vaccinatie, in het kader van het treffen van maatregelen ter beperking van blootstellingsrisico's, verplicht te stellen.

Zie ook K. van Duivendijk, *Aansprakelijkheid van werkgevers bij COVID-19; Causaliteit en de zorgplicht in de zorg*, Weert: Celsus 2021. COVID-19 roept nieuwe vragen op binnen het aansprakelijkheidsrecht. Besmetting met het coronavirus kan immers leiden tot gezondheidsschade. Die gezondheidsschade kan verschillende schadeposten tot gevolg hebben, zoals medische kosten en verlies van verdienvermogen doordat degene die besmet is geraakt niet in staat is zijn of haar werkzaamheden (volledig) uit te voeren. De vraag rijst of een medewerker zijn of haar werkgever via artikel 7:658 Burgerlijk Wetboek (BW) aansprakelijk kan stellen wegens besmetting met het coronavirus. Het antwoord op de vraag hangt allereerst af van de bewijslastverdeling van artikel 7:658 BW. Daarbij is van belang de problematiek omtrent causaliteitsonzekerheid bij beroepsziekten en de bewijsnood die daarmee samenhangt. In dat kader zijn relevant de arbeidsrechtelijke omkeringsregel en het leerstuk proportionele aansprakelijkheid. Ook is van belang de omvang van de zorgplicht van de werkgever.

3. Bouwrecht

Of een beroep op corona als onvoorziene omstandigheid slaagt, hangt af van de omstandigheden van het geval, zo blijkt weer eens uit twee uitspraken op het gebied van het bouwrecht. De Raad van Arbitrage in Bouwgeschillen (tot 8 april 2021: Raad van Arbitrage voor de Bouw) moest oordelen over de vraag of de aannemer terecht naast onwerkbaar werkdagen door weersomstandigheden ook twintig werkdagen als onwerkbaar had aangemerkt vanwege 'onvoorziene omstandigheden ten gevolge van het coronavirus'. De aannemer betoogde dat dit vooral te maken had met een gebrek aan werknemers op de werkvloer bij leveranciers en onderaannemers vanwege de maatregelen tijdens de coronacrisis. De arbiter volgde de aannemer niet en achtte deze stelling onvoldoende onderbouwd en oordeelde dat voor het aannemen van onvoorziene omstandigheden als gevolg van corona méér is vereist dan de blote stelling dat er vanwege de opgelegde maatregelen vertraging is ontstaan. Sterker nog, de bouw was juist een van de weinige sectoren waarin kon worden doorgewerkt! Zie Raad van Arbitrage voor de Bouw 18 februari 2021, zaaknr. 81783 en Raad van Arbitrage voor de Bouw 7 mei 2021, zaaknr. 81925 (vgl. raadvanarbitrage.info).

4. Staats- en bestuursrecht

Op het gebied van het staats- en bestuursrecht valt allereerst te vermelden dat bij 'Besluit van 27 juli 2021 tot wijziging van enkele vervaldata van wettelijke voorzieningen die zijn getroffen in verband met de uitbraak van COVID-19' de geldigheid van de regeling aangaande de feitelijke onmogelijkheid om deurwaardersexploten in persoon uit te reiken in verband met COVID-19, is verlengd van 1 augustus 2021 naar 1 oktober 2021.

Het aantal besmettingen met corona mag inmiddels fors zijn afgenomen in vergelijking met de verschillende coronagolven, maar relevant blijft de vraag of de staat

een negatieve COVID-19-testuitslag mag verlangen van Nederlandse reizigers die terugkeren uit hoogrisicogebied. Hof Den Haag 18 mei 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:868, *NJF* 2021/257 en 31 augustus 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:1603 (*Virus-waarheid/Staat*), oordeelde dat dit inderdaad het geval is. Een succes voor een appellant werd wel geboekt in de uitspraak Hof 's-Hertogenbosch 10 augustus 2021, ECLI:NL:GHSHE:2021:2524 (*Staat/X*). De door de bestuursrechter bepaalde beslistermijn werd van rechtswege opgeschort door overmacht als gevolg van coronamaatregelen in de periode van 16 maart 2020 tot 16 mei 2020.

Het Tweede Kamerlid Van Haga leverde in een interview over de coronamaatregelen kritiek op het door de regering gevoerde beleid. Met zijn uitspraken handelde hij in strijd met het COVID-beleid van YouTube, waarop de video werd verwijderd. Rb. Amsterdam (vzr.) 18 augustus 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:4308, oordeelde dat Google de verwijderde video niet hoeft terug te plaatsen op YouTube. Google mocht de video verwijderen, omdat deze in strijd is met het COVID-beleid van het videoplatform. Het verwijderen van de video vormt bovendien geen onrechtmatige inbreuk op de vrijheid van meningsuiting.

5. Overig

Voor de coronapandemie werden PAO-cursussen op locatie verzorgd en waren de deelnemers daar aanwezig. Dit veranderde na maart 2020: cursussen werden verzorgd via MS Teams, Webex of Zoom. Gedaagde had met Sdu een cursusovereenkomst gesloten die in zes termijnen betaald mocht worden. Er waren drie termijnen voldaan, maar gedaagde wilde de overige drie termijnen niet betalen: de cursus op locatie is niet doorgegaan waardoor hij niet alleen de lunch maar ook contact met collega's miste. Sdu moest de overeenkomst van *dienstverlening* nakomen, maar Sdu heeft de cursussen digitaal aangeboden en dat vormde een goed alternatief, zodat gedaagde ook de resterende drie termijnen moet voldoen, aldus Rb. Noord-Holland (zp. Zaanstad) 17 juni 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:5070, *NJF* 2021/342 (*Sdu/X*).

Ars Aequi publiceerde een themanummer. Daarin is onder meer opgenomen Adriaan Wierenga, 'De ongekende ervaring van het noodrecht in de coronacrisis. Over de inzet van noodverordeningen en staatsnoodrecht ter infectieziektebestrijding' (p. 660-670); Jaap Sijmons, 'Rampenbestrijding en gezondheidszorg' (p. 692-691); Anita Böcker & Tesseltje de Lange, 'Arbeidsmigranten (on)beschermd door de COVID-19-crisismaatregelen' (p. 724-733); Hannah van Kolfschooten, 'Gegevensbescherming in gezondheids crises in de EU: apps in de strijd tegen COVID-19' (p. 766-775) en Anne van der Mei, 'De coronacrisis en de roep om een sterkere Europese gezondheidsunie' (p. 776-783). Ook valt te wijzen op H.N. Schelhaas, 'Contractuele vaccinatieplichten, coronaclausules en wijziging van overeenkomsten; Contractsvrijheid in tijden van corona', *MvO* 2021, p. 195-205.