

Mondkapjesplicht op de werkvloer?

Onlangs deed de kantonrechter, in kort geding, uitspraak over de vraag of een werknemer verplicht is een mondkapje te dragen. Mocht hij geen mondkapje dragen, wat zou dan daarop de sanctie kunnen zijn? Een beschouwing.

Inleiding

Sedert 1 december 2020, in navolging van een dringend advies van de overheid vanaf 30 september 2020, geldt er een mondkapjesplicht in alle openbare en overdekte ruimten, in het onderwijs, het openbaar vervoer en bij contactberoepen. De invloed die deze mondkapjesplicht heeft op de verspreiding van het coronavirus is echter niet bekend. Het is echter nog niet wetenschappelijk bewezen dat deze plicht wezenlijk bijdraagt aan een vermindering van het aantal coronabesmettingen.

Casus

Werknemer is ruim 6 jaren werkzaam als chauffeur bij een werkgever met een patisserie/chocolaterie/ijssalon. Conform de cao voor het Bakkersbedrijf gaat het om een ambachtelijke bakkerij. De werknemer vervoert goederen tussen de verschillende vestigingen, afnemers en leveranciers. Op 13 oktober 2020 laat de werkgever per app weten, dat hij het dragen van mondkapjes binnen het bedrijf verplicht stelt. De werknemer weigert echter een mondkapje te dragen. Hij wordt daarop door zijn leidinggevende aangesproken. Er volgt zelfs een heftige discussie met een collega. Op 29 oktober 2020 vindt er met de eigenaren van de bakkerij en de werknemer een gesprek plaats. Omdat de werknemer blijft weigeren een mondkapje tijdens de werkzaamheden te dragen, wordt hij met ingang van 30 oktober 2020 op non-actief gesteld met opschorting van de salarisbetaling. Een en ander wordt schriftelijk bevestigd.

In kort geding vordert de werknemer toelating tot zijn normale werkzaamheden tegen betaling van het correcte loon.

De kantonrechter

De kantonrechter is het met de werkgever eens dat de plicht tot het dragen van een mondkapje is ingegeven door het instructierecht ex artikel 7:660 BW. Met het instructierecht geeft de werkgever aan dat de werknemer in een gezagsrelatie tot hem staat. Met dat instructierecht mag de werkgever echter geen grondrecht, zoals het schenden van de persoonlijke levenssfeer, van de werknemer schenden. Het verplicht stellen van een mondkapje is een inbreuk op die levenssfeer, maar is de inbreuk misschien niet gerechtvaardigd? Daartoe onderzoekt de kantonrechter of er een legitiem doel voor de inbreuk is en of het een geschikt middel is om dat doel te bereiken. Tevens moet de inbreuk evenredigheid zijn en niet op een minder ingrijpende wijze bereikt worden.

De kantonrechter ziet twee legitieme doelen, te weten: het beschermen van de gezondheid van de andere werknemers en het betalen van loon bij ziekte en/of quarantaine. Ook al wordt over de effectiviteit van het mondkapje getwist, de kantonrechter gaat ervan uit dat het een maatschappelijk geaccepteerd middel is en dat het dragen bijdraagt aan de veiligheid van de gezondheid. Daarbij volgde de werkgever ook het advies van de branchevereniging op.

De werknemer stelt vervolgens dat er gedifferentieerd had moeten worden naar functie. Hij is namelijk veel onderweg en hij komt maar incidenteel in pandig. Als hij in pandig is, hoeft hij weinig tot geen contact met de andere collega's te hebben. Het zou in zijn ogen dus niet nodig zijn een mondkapje te dragen.

Daarop geeft de kantonrechter aan dat het dragen van een mondkapje pas effectief is als iedereen het draagt. Tevens miskent de werknemer daarmee dat hij een deel is van een werkgemeenschap en dat hij geen solitaire medewerker is die volledig zijn eigen plan mag trekken. Nu de werknemer aangeeft dat hij veel onderweg is, en in de auto hoeft hij het mondkapje niet te dragen, wordt er al onderscheid gemaakt in functie. Daarnaast volgt hieruit dat de inbreuk voor deze werknemer op zijn persoonlijke integriteit gering is.

Alles overwegend komt de kantonrechter tot het oordeel dat de werkgever de werknemer aan de instructie een mondkapje te dragen mocht houden. Nu de werknemer weigert het mondkapje te dragen, mag de werkgever de werknemer de toegang tot het werk weigeren. Daar er samenhang

bestaat tussen de werkinstructie en de loonbetaling is het ook mogelijk de loonbetaling op te schorten, aldus de kantonrechter.

Tot slot wijst de kantonrechter er uitdrukkelijk op dat wanneer de werknemer wel onvoorwaardelijk het mondkapje gaat dragen de grond aan de op-non-actief-stelling en de opschorting van het loon komt te vervallen. Er volgt vervolgens afwijzing van de vordering van de werknemer.

Beschouwing

Instructierecht

Dat het, in corona tijd, verplicht stellen om een mondkapje op de werkvloer te dragen onder het instructierecht valt, zal niet verbazen. Allerlei veiligheidsvoorschriften vallen onder het instructierecht van de werknemer. Denk daarbij aan de veiligheidshelm en de veiligheidsschoenen in de bouwsector. Op grond van artikel 7:658 BW en artikel 3 van de Arbeidsomstandighedenwet is de werkgever verplicht om te zorgen voor een veilige werkplek. Daar hoort ook bij dat hij er voor zorgt dat zijn werknemers niet ziek worden. Dat hij instructies gebruikt om aan die zorgplicht te voldoen, lijkt niet meer dan logisch.

Met ingang van 1 december 2020 is het Arbeidsomstandighedenbesluit aangescherpt met maatregelen in coronatijd. Dat betekent dat de zorgplicht van de werkgever ook is aangescherpt. In de toelichting bij deze wijziging wordt door de regering aangegeven dat met inachtneming van de Wet publieke gezondheid op de werkplek mondkapjes verplicht zijn.(3)

Grondrecht

De werknemer beroept zich op zijn grondrecht ex artikel 8 EVRM. Door de mondkapjesplicht wordt hij in zijn persoonlijke levenssfeer beperkt. De rechter vraagt zich op grond van artikel 8 lid 2 EVRM af of die inbreuk gerechtvaardigd is. De toetsing is echter niet helemaal conform lid 2 van artikel 8 EVRM. De rechter bekijkt de zaak echter zoals de Hoge Raad het eerder deed.(4)

De toetsing van artikel 8 lid 2 EVRM kent drie cumulatieve vereisten:

1. er moet zich een doel voordoen zoals in lid 2 omschreven,
2. de inbreuk moet noodzakelijk zijn om het doel te bereiken. Daarbij moet er een belangenafweging plaatsvinden tussen de belangen van de werkgever en het belang van de werknemer, waarbij het middel evenredig moet zijn. Dat laatste wil zeggen dat het middel niet disproportioneel en subsidiabel moet zijn,
3. de inbreuk moet "bij wet voorzien" zijn.

Ad 1. Aan het vereiste onder sub c is volgens de kantonrechter voldaan. Er is immers sprake van een gezondheidsbelang en de rechten van derden. De rechter benoemt de rechten specifiek: 1. de werkgever moet zorgen voor de gezondheid van de werknemers, en 2. de werkgever moet bij ziekte of quarantaine het loon doorbetalen.

Aansluitend bij de zorgplicht voor de gezondheid van de werknemers kan nog gesteld worden dat in het geval de werkgever die zorgplicht veronachtzaamt hij aansprakelijk is of gesteld kan worden ex artikel 7:658 BW door zijn werknemers.

Over de quarantaine kan nog gesteld worden, dat in het geval een werknemer in nauw contact is geweest met een andere werknemer, die corona blijkt te hebben, deze werknemer uit voorzorg in principe tien dagen in quarantaine moet. Hij moet zich zo snel mogelijk laten testen. Tevens moet hij zich na vijf dagen wederom laten testen. Als de uitslag bij beide testen negatief is, dan mag hij al na vijf dagen uit quarantaine. Hoe dan ook, de werknemer is niet ziek en de werknemer verricht door de quarantaine ook geen werkzaamheden (tenzij thuiswerk mogelijk is). Op grond van artikel 7:628 lid 1 BW dient de werkgever het loon door te betalen, ook al verricht de werknemer zijn werk niet. Dat is pas anders als het niet-werken voor rekening van de werknemer komt. In de rechtspraak tot op heden wordt de coronapandemie niet voor rekening van de werknemer geacht, dus komt het niet werken voor rekening van de werkgever en dient de werkgever het loon door te betalen, ook bij een quarantaine (vijf of tien dagen).(5)

Ad 2. Het tweede vereiste is de noodzakelijkheidstoets. Is het middel, het mondkapje, nodig om de veiligheid van het personeel te garanderen? De kantonrechter constateert dat het niet

wetenschappelijk is bewezen, maar dat het wel alleszins plausibel is, dat een mondkapje werkt tegen de coronavirusverspreiding. Het is maatschappelijk aanvaard en de kantonrechter houdt het erop dat het aan de veiligheid en gezondheid kan bijdragen. De belangenafweging wordt niet expliciet gemaakt, maar de twee doelen van de werkgever worden wel genoemd en het belang van de werkgever wordt ook besproken. Het gaat over gezondheid en financiën en een lichte inbreuk, omdat de chauffeur, volgens eigen zeggen, zeker 80% van zijn tijd alleen in de auto zit en geen mondkapje hoeft te dragen.

Uit die laatste overweging kan ook de proportionaliteit worden afgeleid. Het gaat niet over een hele werkdag, maar over slechts een klein deel van de werkdag. Over de subsidiariteit wordt geen specifieke overweging geweid. Weliswaar wordt gesteld dat een mondkapje wellicht zal bijdragen aan de gezondheid, maar er wordt niet gekeken naar de stelling van de werknemer dat met het afstand houden voldoende veiligheid bereikt wordt. De werkgever heeft dat bestreden en de stelling van de werknemer is, aldus de kantonrechter, onvoldoende aannemelijk geworden. Toegegeven, een kort geding is natuurlijk niet bedoeld voor een uitgebreide bewijsvoering, maar een nadere motivering van het subsidiariteitsbeginsel ware wel op zijn plaats geweest.

Ad 3. Het derde vereiste is "bij wet voorzien". Na 1 december 2020 is het Arbeidsomstandighedenbesluit gewijzigd.(6) Hoewel niet met zoveel woorden genoemd, valt in de combinatie met de Wpg te verdedigen dat voldoende concreet is, dat de weknemer een mondkapje moet dragen tijdens zijn inspannende werkzaamheden. Maar de kwestie speelt zich voornamelijk af in de maand oktober 2020. Toen was het een dringend advies om een mondkapje te dragen. Het nut van het mondkapje staat ook wetenschappelijk niet onomstotelijk vast. Was het dus kenbaar of voorzienbaar dat de werknemer een mondkapje moest dragen? Gelet op de jaarlijkse terugkerende griepvirussen zou je als werkgever op een pandemie hebben kunnen anticiperen door er iets over op te nemen in de arbeidsovereenkomst. Gelet op de uitspraak van de Hoge Raad in de kwestie van een brandwacht en diens verplichte bloed- en urinetest, waarin de rechter stelde dat de werknemer een bloedtest had kunnen verwachten, zou je kunnen stellen dat deze werknemer ook een mondkapjesplicht had kunnen of behoren te verwachten. (7)

Op grond van het Köpke-arrest valt bij de toepassing van artikel 8 EVRM in horizontale verhoudingen onder het begrip "bij wet voorzien" ook de vaste jurisprudentie. Je zou kunnen stellen dat het vaste jurisprudentie is, dat de Nederlandse rechters het "bij wet voorzien" criterium niet uitdrukkelijk toetsen. De kantonrechter verwijst in deze zaak ook expliciet naar het Hyatt-arrest. Maar daarmee wordt miskend dat het voor een werknemer voldoende kenbaar en voorzienbaar moet zijn dat er een inbreuk op zijn recht kan worden gemaakt. Een rechter dient in zijn uitspraak, naar mijn kennelijke overtuiging, te beargumenteren waarom aan die kenbaarheid en voorzienbaarheid voor de werknemer voldaan is. (8)

Opschorting

Tot slot nog een opmerking over de opschorting van het loon. Conform het arrest Van der Gulik-Vissers houdt een op-non-actief stelling van de werknemer in dat de werkgever toch het loon door moet betalen. (9) In deze uitspraak staat de kantonrechter toe dat er opschorting van het loon plaatsvindt bij een op-non-actief-stelling. De werkgever had ook in de correspondentie gesproken over opschorting en niet over stopzetting van het loon. De kantonrechter overweegt aan het eind van zijn uitspraak echter uitdrukkelijk dat wanneer de werknemer onvoorwaardelijk accepteert dat hij het mondkapje moet dragen de grond onder de op-non-actief-stelling alsmede de grondslag onder de opschorting komt te vervallen en het loon alsnog met teugwerkende kracht moet worden betaald. Het lijkt erop dat tijdens de mondelinge behandeling nog discussie is geweest over het woordgebruik opschorting of stopzetting. De woordkeuze stopzetting of opschorting leidt nog wel eens tot misverstanden. Als de werkgever opschorting schrijft, maar stopzetting bedoelt, dan wordt de woordkeuze ten gunste van de werknemer uitgelegd. (10)

Volgens vaste jurisprudentie zou dus stopzetting van het loon bij een op-non-actief-stelling niet kunnen. Het lijkt immers teveel op een verkapte vorm van ontslag. Opschorting van het loon zou een betere mogelijkheid zijn. Zodra de werknemer het mondkapje zou dragen, zou hij weer toegelaten kunnen worden tot zijn werkzaamheden en zou alsnog het loon met terugwerkende kracht uitbetaald

worden. De kantonrechter overweegt ten aanzien van de opschorting dat er voldoende samenhang is tussen de wederzijds contractuele verplichtingen: de instructie een mondkapje te dragen aan de ene kant en het betalen van loon aan de andere kant. In dat geval is het opschorten van het loon toegestaan als de andere partij niet voldoet aan de verplichting een mondkapje te dragen.

De kantonrechter zal hierbij geïnspireerd zijn door de uitspraak van de Hoge Raad van 17 april 2020. (11) De artikelen 6:52 lid 1 en 6:262 lid 1 BW, waarin de opschorting is geregeld voor de verbintenissen in het algemeen en de wederkerige overeenkomsten in het bijzonder, kennen als vereiste voor opschorting dat er samenhang moet zijn tussen de wederzijdse verplichtingen in de overeenkomst. Voor het arbeidsrecht is daarbij steeds de vraag of de algemene regels uit boek 3 en boek 6 van het Burgerlijk Wetboek wel één op één toegepast kunnen en mogen worden op het arbeidsovereenkomstenrecht. In de uitspraak van de Hoge Raad weigerde een werkneemster te voldoen aan de re-integratieverplichting, omdat haar werkgever het loon niet wenste te betalen. De Hoge Raad oordeelde dat tussen het betalen van het loon en het niet verrichten van passende arbeid tijdens ziekte een voldoende samenhang bestond. Als de werkgever het loon niet betaalt, mag de werknemer de re-integratie opschorten. Nu de Hoge Raad de opschorting in het arbeidsrecht op grond van artikel 6:262 lid 1 BW mogelijk achtte, mits er maar voldoende samenhang is tussen loonbetaling en de te verrichten arbeid, kon de kantonrechter naar analogie de opschorting in dit geval rechtmatig achten, omdat er tussen het veilig werken en de loonopschorting voldoende samenhang bestond. (12)

Mogelijk dat deze uitspraak aanleiding geeft tot nieuwe situaties en mogelijk uitspraken over de opschorting van het loon daar waar de werknemer weigert aan de instructies van de werkgever gevolg te geven.

Voetnoten:

- (1). Rechtbank Midden-Nederland 13-1-2021, RBMNE:2021:51. Een kort geding is een spoedprocedure. De procedure leent zich voor een korte, in principe tijdelijke uitspraak. Uitvoerige bewijsvoering is niet mogelijk.
- (2). De werknemer vordert in dezelfde procedure ook een voorschot op een nabetaling van loon, berekend naar het juiste salaris conform de Cao voor het Bakkersbedrijf. Hij zou namelijk in een verkeerde loonschaal zijn ingedeeld. De kantonrechter zou die vordering uiteindelijk toewijzen.
- (3). Zie artikel 58a, eerste lid, Wpg juncto artikel 3.2a lid 2 en lid 3 Arbobesluit.
- (4). Zie Wennekes Lederwaren, HR 274-2001, ECLI:NL:HR:2001:AB1347 en Hyatt, HR 14-9-2007, ECLI:NL:HR:2007:BA5802
- (5). Zoals dat artikel geldt sinds 1 januari 2020. Voor de jurisprudentie zie: Rechtbank Limburg 23-6-2020, RBLIM:2020:4465; RB Midden-Nederland 24-6-2020, RBMNE:2020:2418; Rechtbank Noord-Nederland 27-7-2020, RBNHO:2020:5863; Rechtbank Midden-Nederland 10-8-2020, RBMNE:2020:3281.
- (6). Staatsblad 25-11-2020, Staatsblad 2020, 483.
- (7). HR 30-10-2015, ECL:NL:2015:3193 (G4S Fire & Safety BV).
- (8). Köpke-arrest: EHRM 5-10-2010, 420/07. Voor Hyatt-arrest zie voetnoot no 4.
- (9). Van der Gulik-Vissers, HR 21-3-2003, NJ 2007/332.
- (10). Rechtbank Midden Nederland 26-8-2015, RBMNE:2015:6171. De werkgever bedoelde stopzetting, maar hij schreef opschorting. De rechter stelde dat de werkgever de juiste bewoording moet gebruiken. Als hij opschorting schrijft, dan moet hij zich daar ook aan houden.
- (11). HR 17-4-2020, ECL:NL:HR:2020:723.
- (12). Opgemerkt zij dat er voor de tegenovergestelde situatie van de uitspraak van de Hoge Raad, zie voetnoot 10, namelijk dat er geen werk wordt verricht, terwijl het werk wel passend is, de werkgever op grond van de wet zelfs mag stopzetten. Zie artikel 7:629 lid 3 BW. Daar achtte de wetgever dus samenhang aanwezig.