

beschikking

RECHTBANK DEN HAAG

Zittingsplaats Den Haag

AP/C

Rep.nr.: 9231228 / RP VERZ 21-50356

Datum: 13 augustus 2021

Beschikking van de kantonrechter in de zaak van:

[REDACTED]
gevestigd te [REDACTED]
verzoekende partij in de zaak van het verzoek,
verwerende partij in de zaak van het tegenverzoek,
gemachtigde: mr. D.J. Nelson,

tegen

[REDACTED]
wonende te [REDACTED],
verwerende partij in de zaak van het verzoek,
verzoekende partij in de zaak van het tegenverzoek,
gemachtigde: mr. K. ten Broek.

Partijen worden aangeduid als “de werkgever” en “de werknemer”.

1. Het procesverloop

- 1.1. De werkgever heeft op 19 mei 2021 een verzoekschrift ingediend met producties 1 tot en met 14. De werknemer heeft een verweerschrift met productie 1 tot en met 9 ingediend.
- 1.2. Op 1 juli 2021 heeft een zitting plaatsgevonden. Namens de werkgever is de heer [REDACTED] verschenen bijgestaan door mr. D.J. Nelson. De werknemer is in persoon verschenen bijgestaan door mr. K ten Broek. De griffier heeft aantekeningen gemaakt van wat partijen ter toelichting van hun standpunten naar voren hebben gebracht. Voorafgaand aan de zitting heeft de werknemer een aanvullende productie met geluidsopname ingediend. De werkgever heeft ter zitting beeldopnamen laten zien.

2. De feiten

in de zaak van het verzoek en het voorwaardelijk tegenverzoek

- 2.1. De werknemer, is op 15 februari 2020 in dienst getreden bij de werkgever op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Aansluitend is tussen partijen een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd voor 24 uur per week overeengekomen. De functie van de werknemer is die van medewerker verkoop op het tankstation Esso Zuiderpark met een salaris van € 1.272,98 per maand. Op de arbeidsovereenkomst is de cao Tankstations en Wasbedrijven van toepassing. De opzegtermijn voor de werkgever bedraagt op grond van artikel 18 cao Tankstations en Wasbedrijven één

maand.

- 2.2. Op 9 maart 2020 heeft de werknemer een afspraak gemaakt om zich door de GGD te laten testen op Corona.
- 2.3. Op 10 maart 2021 is de werknemer door de GGD getest op besmetting met het Coronavirus.
- 2.4. Op 11 maart 2021 heeft de werknemer van de GGD bericht ontvangen dat de uitslag van de test positief is en dat dit betekent dat zij Corona heeft.
- 2.5. De werknemer heeft de werkgever op 11 maart 2021 om 09.14 uur via whatsapp laten weten dat zij positief is getest op Corona.

3. Het verzoek

- 3.1. De werkgever verzoekt de arbeidsovereenkomst met de werknemer te ontbinden op grond van artikel 7:671b lid 1, onderdeel a, van het Burgerlijk Wetboek (BW), in verbinding met primair artikel 7:669 lid 3, onderdeel e BW, subsidiair artikel 7:669 lid 3 onderdeel g BW en meer subsidiair artikel 7:669 lid 3 onderdeel d BW zonder toekenning van een (transitie)vergoeding.
- 3.2. Aan dit verzoek legt de werkgever ten grondslag dat sprake is van – kort gezegd – primair verwijtbaar handelen zodanig dat van de werkgever redelijkerwijs niet gevergd kan worden de arbeidsovereenkomst te laten voortduren, subsidiair een verstoorde arbeidsverhouding en meer subsidiair disfunctioneren. Ter onderbouwing daarvan heeft de werkgever het volgende naar voren gebracht. De functie van de medewerker houdt onder meer de verantwoordelijkheid over het afrekenen van transacties en het maken van maaltijden voor de verkoop in. Dat is een verantwoordelijke baan waarbij zij veelvuldig in contact komt met klanten en collega's. Op 9 maart 2021 heeft de werknemer een nachtdienst gedraaid van 22.00 uur tot 06.00 uur. Omdat zij zich op 10 maart 2021 op Corona heeft laten testen moet er op dat moment bij de werknemer sprake zijn geweest van Corona gerelateerde klachten of nauw contact met een persoon die positief is getest op Corona. Door niet in thuisquarantaine te gaan heeft de werknemer gehandeld in strijd met de Corona regels. Hiermee nam zij bewust het risico om andere collega's en bezoekers van het tankstation te besmetten. Op 10 maart 2021 is de werknemer op het werk verschenen zonder een mondkapje te dragen. Zij heeft hierbij langere tijd op korte afstand met haar collega's en een klant gesproken. Een collega heeft haar aangegeven dat zij de regels overtrad, desondanks heeft zij het tankstation pas geruime tijd later verlaten. Op 11 maart 2021 heeft de werknemer van de GGD het bericht ontvangen dat zij positief was getest op Corona. Zij heeft de werkgever daarover op 11 maart 2021 om 09.14 uur ingelicht. Op 11 maart om 22.26 uur heeft de werknemer een pakje sigaretten gekocht op het tankstation. De bezoeken van 10 en 11 maart 2021 zijn vastgelegd op de camerabeelden van het tankstation. De werknemer heeft met haar gedragingen bewust de levens van alle bezoekers van het tankstation en haar collega's in gevaar gebracht. Deze gevaarzetting is ook tot uiting gekomen toen nadien bleek dat twee collega's waarmee zij in de voorgaande dagen in contact is geweest, besmet bleken te zijn met het Coronavirus. Ook de partners van deze collega's zijn besmet geraakt. De gedragingen van de werknemer zijn ernstig verwijtbaar. De collega's die zijn besmet rekenen de werknemer haar gedragingen ook

ernstig aan, zoals volgt uit hun overgelegde schriftelijke verklaringen. De werknemer heeft door haar gedragingen tevens de relatie tussen haar en de werkgever onherstelbaar verstoord. Twee collega's hebben laten weten dat zij niet meer met de werknemer willen samenwerken. Bovendien was al voor de gedragingen sprake van een verstoorde arbeidsverhouding. Ook is sprake van ernstig disfunctioneren. Dit is onder andere ter sprake gekomen in het gesprek van 20 januari 2021. Ten eerste wegens het veelvuldig gebruiken van de telefoon tijdens werktijd. Ten tweede wegens het roken in de pantry, in de shop en zelfs op het voorterrein van het tankstation op enkele meters afstand van de brandstofpompen. Roken is op het tankstation op basis van de huisregels ten strengste verboden. Ten derde heeft de werknemer zich tegenover collega's meermalen negatief uitgelaten over haar werkgever. En tot slot heeft de werknemer een onbevoegde toegelaten tot de afgesloten kassarimte.

4. Het verweer en het voorwaardelijk tegenverzoek

- 4.1. De werknemer verweert zich tegen het verzoek en stelt dat de verzochte ontbinding moet worden afgewezen. Zij voert daartoe – samengevat – het volgende aan. De werknemer beroept zich op de reflexwerking van het opzegverbod tijdens ziekte. Zij heeft ernstige medische klachten als gevolg van een Corona besmetting. Van arbeidsongeschiktheid was reeds sprake ruim voor indiening van het onderhavige ontbindingsverzoek. De werknemer bestrijdt met klem dat zij zich zo heeft gedragen dat zij collega's heeft besmet of heeft kunnen besmetten met Corona. Deze stelling is door de werkgever niet onderbouwd. De werknemer heeft haar collega [REDACTED] die op 9 maart de dienst voor haar had en die zij ging aflossen er van op de hoogte gebracht dat zij een testafpraak had gemaakt. [REDACTED] gaf aan dat hem dat niks uitmaakte omdat hij al besmet was geweest met Corona. Bij de aflossing heeft zij voldoende afstand gehouden en droeg zij handschoenen. Collega [REDACTED] die haar afloste 's ochtends op 10 maart na de nachtdienst hield ook voldoende afstand en bleef buiten het kassahok staan. Collega [REDACTED] heeft zij in deze periode helemaal niet gezien en kan zij niet besmet hebben. De werknemer betwist dat zij op 10 maart 2021 om 13.45 uur op het werk is geweest en lage tijd op korte afstand van collega's en een klant heeft gesproken. Zij is die middag helemaal niet op het tankstation geweest. Zij was bij een vriendin. Zij heeft 20 minuten voor het tijdstip dat de opname is gemaakt in een telefoongesprek met haar echtgenoot gezegd dat zij naar de vriendin zou gaan. Op 11 maart 2021 kreeg zij de positieve uitslag. In de late avond van 11 maart 2021 is zij naar het tankstation gereden. Haar inwonende kleindochter had ernstige ademhalingsproblemen en moest naar het ziekenhuis worden gebracht. Niemand anders kon dat doen. Zij mocht uiteraard niet mee naar binnen en vanwege de stresssituatie had zij grote behoefte om te roken, zodat zij [REDACTED] heeft gevraagd of zij een pakje sigaretten mocht halen. Zij is buiten blijven staan met mondkapje op en [REDACTED] heeft met mondkapje op en handschoenen aan de sigaretten overhandigd en haar pinpas aangepakt. Zij is niet in het tankstation geweest en heeft haar collega's en de klanten niet in gevaar gebracht. [REDACTED] heeft het zelf eerder niet zo nauw genomen met de richtlijnen van het RIVM. De werknemer bestrijdt dat door haar handelen de relatie met de werkgever (ernstig en duurzaam) is verstoord. Het gespreksverslag waar de werkgever zich op beroept heeft zij nooit gezien. Het gebruik van haar telefoon is in het gesprek op 20 januari 2021 niet ter sprake geweest het roken wel. Zij heeft om camerabeelden gevraagd en [REDACTED] is er niet meer op terug gekomen. De onbevoegde derde was een goede vriendin. De stelling van disfunctioneren is niet onderbouwd. Sinds indiensttreding zijn er geen formele functionerings- of beoordelingsgesprekken gevoerd. Na het gesprek van 20 januari

2021 is er geen “follow-up” geweest.

- 4.2. Voor zover de arbeidsovereenkomst wordt ontbonden, verzoekt de werknemer om toekenning van de transitievergoeding van € 706,49 bruto op grond van artikel 7:673 BW en een billijke vergoeding van € 10.000,-. De werkgever heeft daartegen verweer gevoerd.

5. De beoordeling

in de zaak van het verzoek

- 5.1. Het gaat in deze zaak om de vraag of de arbeidsovereenkomst tussen partijen moet worden ontbonden. In geval van ontbinding moet ook worden beoordeeld of aan de werknemer een billijke vergoeding dient te worden toegekend.
- 5.2. De kantonrechter neemt tot uitgangspunt dat in zaken die voortvloeien uit Titel 10 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek, zoals deze zaak, het bewijsrecht in beginsel van toepassing is, tenzij de aard van de zaak zich hiertegen verzet. In dit geval verzet de aard van de zaak zich niet tegen toepassing van het bewijsrecht.
- 5.3. Op grond van artikel 7:671b lid 2 BW kan de kantonrechter een ontbindingsverzoek van de werkgever slechts inwilligen indien aan de voorwaarden voor opzegging van de arbeidsovereenkomst (zoals bedoeld in artikel 7:669 BW) is voldaan en er geen opzegverboden (zoals bedoeld in artikel 7:670 BW) gelden. Artikel 7:671b lid 6, onderdeel a, BW bepaalt evenwel dat indien de werkgever ontbinding verzoekt op grond van artikel 7:669, lid 3, onderdelen b tot en met h, BW, de kantonrechter het verzoek kan inwilligen indien het verzoek geen verband houdt met omstandigheden waarop die opzegverboden betrekking hebben.
- 5.4. De werkgever heeft het verzoek ingediend vanwege het gedrag van de werknemer op 9 en 10 maart 2021, te weten het overtreden van de Coronaregels waardoor zij haar collega's en klanten heeft blootgesteld aan het risico om besmet te raken met het Coronavirus. Het verzoek is niet gedaan vanwege de Coronabesmetting op zichzelf beschouwd en vanwege de ziekte van de werknemer. Het opzegverbod staat daarom gezien artikel 7:671b lid 6 BW niet in de weg aan de ontbinding.
- 5.5. De kantonrechter kan de arbeidsovereenkomst op grond van artikel 7:671b lid 2 BW in verbinding met artikel 7:669 lid 1 BW alleen ontbinden indien daar een redelijke (ontslag)grond voor is en herplaatsing van de werknemer binnen een redelijke termijn niet mogelijk is of niet in de rede ligt. In artikel 7:669 lid 3 BW is nader omschreven wat onder een redelijke grond moet worden verstaan. Volgens artikel 7:669 lid 3 onderdeel e BW is een redelijke grond voor ontbinding ‘verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer, zodanig dat van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren’. Het hiervoor genoemde wetsartikel definieert het begrip ‘verwijtbaar handelen’ niet en ook in de parlementaire geschiedenis is geen duidelijke omschrijving van het begrip te vinden. Wel is tijdens de parlementaire behandeling van de WWZ opgemerkt dat als het gedrag van een werknemer aanleiding vormt voor ontslag, het een werknemer, behoudens uiteraard evidente zaken zoals diefstal, van tevoren duidelijk moet zijn geweest wat wel of niet door de werkgever als toelaatbaar wordt gezien (zie: *Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3, p. 45*).

- 5.6. Als sprake is van een redelijke grond voor ontslag, dan bepaalt de kantonrechter op grond van artikel 7:671b lid 8, onderdeel a, BW het einde van de arbeidsovereenkomst – kort gezegd – op het tijdstip waarop de arbeidsovereenkomst bij regelmatige opzegging zou zijn geëindigd. Onderdeel b van hetzelfde wetsartikel bepaalt evenwel dat de kantonrechter, in afwijking van onderdeel a, het einde van de arbeidsovereenkomst kan bepalen op een eerder tijdstip. Dat kan alleen als de ontbinding van de arbeidsovereenkomst het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer. De parlementaire geschiedenis geeft geen sluitend antwoord op de vraag wanneer sprake is van ernstig verwijtbaar handelen van de werknemer. Door een aantal Kamerleden is wel uitgedrukt dat de werknemer ‘fors de fout’ in moet zijn gegaan voordat sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten (*Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 7, p. 80 (NrvI)*).
- 5.7. Tussen partijen staat vast dat de werknemer op 9 maart 2021 een afspraak heeft gemaakt bij de GGD om zich te laten testen op Corona en dat zij die dag gedurende de avonddienst (van 22.00 uur tot 06.00 uur op 10 maart) heeft gewerkt. Ook staat tussen partijen vast dat de werknemer op 11 maart 2021, nadat zij wist dat ze positief getest was, in de avond een pakje sigaretten heeft gekocht en dat ze daarbij niet in het tankstation is geweest. Ze is buiten blijven wachten tot haar collega [REDACTED] haar het pakje is komen brengen.
- 5.8. De werkgever stelt dat de werknemer op 10 maart 2021 om 13.45 uur op het tankstation is geweest en daar zonder mondkapje en op korte afstand van een klant en een werknemer heeft gesproken. De werkgever ter onderbouwing van deze stelling ter zitting camerabeelden getoond waarop te zien is dat de werknemer in het tankstation op enige afstand met mensen praat zonder dat zij een mondkapje op heeft. Wat opvalt is dat de collega en de klant beiden geen mondkapje dragen.
- 5.9. Op de beelden is als datum- en tijdaanduiding van de opname 10 maart 2021 om 13.45 uur vermeld. De werkgever heeft tevens een verklaring van werknemer [REDACTED] overgelegd waarin staat dat de werknemer na het testen een bezoek heeft gebracht aan het tankstation voor een kop koffie en dat hij haar er op heeft gewezen dat ze de uitslag in quarantaine heeft af moest wachten maar dat zij dit heeft genegeerd.
- 5.10. De werknemer betwist niet dat zij op de camerabeelden te zien is maar wel dat zij op 10 maart 2021 op het tankstation is geweest. Zij stelt dat zij op 10 maart 2021 na het testen bij een vriendin op bezoek is gegaan. Ter onderbouwing heeft zij een geluidopname van een telefoongesprek met haar echtgenoot van 02.07 minuten overgelegd en een screenshot van de tijds aanduiding van de telefoongesprekken met haar echtgenoot. Daaruit volgt dat op 10 maart om 13.26 uur een gesprek van 02.07 minuten met haar echtgenoot heeft plaatsgevonden. In het telefoongesprek vertelt de werknemer aan haar echtgenoot dat zij is getest en aan het einde van het gesprek zegt ze dat ze bij een vriendin koffie gaat drinken. Ook heeft de werknemer een schriftelijke verklaring van haar vriendin overgelegd waarin de vriendin verklaart dat zij met de werknemer op 10 maart 2021 na het afnemen van de test heeft afgesproken.
- 5.11. Naar het oordeel van de kantonrechter staat met de door de werknemer overgelegde geluidopname en de schriftelijke verklaring van de vriendin niet vast dat de werknemer niet om 13.45 uur op het tankstation kan zijn geweest. In het

telefoongesprek heeft de werknemer geen tijdstip genoemd en de vriendin verklaard evenmin iets over het tijdstip waarop de werknemer bij haar op bezoek is geweest. De werknemer heeft bovendien desgevraagd niet kunnen aangeven wanneer de betreffende beeldopname in het tankstation dan wel zou zijn gemaakt. Naar het oordeel van de kantonrechter moet het er dan ook voor worden gehouden dat de werknemer op 10 maart 2021 nadat zij op corona is getest in het tankstation is geweest en daar op enige afstand een gesprek heeft gevoerd met een medewerker en een klant zonder een mondkapje te dragen.

- 5.12. De werknemer moet zich er op 9 en 10 maart 2021 van bewust zijn geweest dat zij daadwerkelijk Corona zou kunnen hebben en dat zij - als dat het geval blijkt te zijn - een ander met het Coronavirus zou kunnen besmetten wanneer zij zich niet aan de van overheidswege ingestelde Coronaregels zou houden. Eén van de regels is om in quarantaine te gaan in zo'n situatie en dat heeft de werknemer niet gedaan. De werknemer is toch gaan werken en heeft haar werkgever niet ingelicht.
- 5.13. De werknemer heeft verklaard dat ze haar collega [REDACTED] die zij op 10 maart heeft afgelost, wel heeft ingelicht en dat die heeft gezegd dat het hem niet uitmaakte omdat hij toch al corona had gehad. Naar het oordeel van de kantonrechter is dat geen excuus om toch te gaan werken. De werknemer heeft immers niet alleen met [REDACTED] te maken maar ook met klanten en de collega die haar later zou aflossen.
- 5.14. De werkgever stelt dat de werknemer twee collega's en hun partners heeft besmet. De werknemer stelt dat zij op voldoende afstand is gebleven van collega [REDACTED] en collega [REDACTED] in die periode helemaal niet heeft gezien. Het lag vervolgens op de weg van de werkgever om haar stelling te onderbouwen waaraan niet is voldaan. Naar het oordeel van de kantonrechter is niet vast komen te staan dat de werknemer twee collega's en hun partners heeft besmet.
- 5.15. De werkgever heeft ter zitting desgevraagd verklaard dat er op de werkvloer overal instructies met betrekking tot de Coronaregels zijn opgehangen. Niet gesteld of gebleken is dat de werkgever aan de werknemers ook concrete instructies heeft gegeven hoe te handelen als zij zich hebben laten testen en nog in afwachting van de uitslag zijn. Verder is op de beeldopname van 10 maart te zien dat de collega en de klant ook geen mondkapje droegen. Er kan daarom niet uitgesloten worden dat het Corona beleid op het tankstation niet zo strikt was als de werkgever doet voorkomen.
- 5.16. Al met al is de kantonrechter van oordeel dat het gedrag van de werknemer op 9 en 10 maart 2021 wel verwijtbaar is maar niet ernstig verwijtbaar zoals voor een ontbinding op de e-grond is vereist.
- 5.17. Voor een ontbinding op de g-grond is vereist dat de arbeidsverhouding ernstig en duurzaam is verstoord. De werkgever heeft de stelling dat de arbeidsrelatie al voor 9 en 10 maart 2021 was verstoord niet onderbouwd.
- 5.18. Op zichzelf is begrijpelijk dat de gedragingen van de werknemer op 9 en 10 maart 2021 de relatie met de werkgever en de collega's onder druk heeft gezet. Dat sprake is van een ernstig verstoorde arbeidsverhouding en dat die verstoring duurzaam is heeft de werkgever niet of in ieder geval onvoldoende onderbouwd. Dat twee collega's aangeven niet meer met haar te willen werken is onvoldoende. Bovendien heeft ook

(nog) geen gesprek tussen de werknemer en deze collega's plaatsgevonden. Er staat daarom niet vast dat de gestelde verstoring van de relatie niet te herstellen is.

- 5.19. Voor zover de werkgever met het verslag van 20 januari 2021 niet alleen heeft bedoeld het gestelde disfunctioneren te onderbouwen maar ook de verstoorde relatie overweegt de kantonrechter het volgende. De werknemer betwist dat zij dit verslag eerder heeft gezien. Zij stelt verder dat het roken wel ter sprake is gekomen maar het gebruik van de telefoon niet. Zij betwist dat er ooit een vervolg op dit gesprek is geweest. Zelfs als het verslag al zou zijn overhandigd aan de werknemer dan geldt dat de werknemer het in ieder geval niet heeft ondertekend en dat haar geen gelegenheid is geboden om te reageren op het verslag. Verder volgt uit het verslag niet dat er sprake is van een ernstig verstoorde relatie. De in het verslag genoemde punten geven ook geen aanleiding om te veronderstellen dat er sprake is van een ernstig verstoorde arbeidsverhouding. Er blijkt alleen uit dat de werknemer op diverse punten is aangesproken. Ook heeft de werkgever niet aannemelijk gemaakt dat de relatie niet meer te herstellen zou zijn en dus duurzaam verstoord zou zijn.
- 5.20. De werkgever heeft verder nog aangevoerd dat er sprake is van disfunctioneren. Ter onderbouwing verwijst de werkgever naar het verslag van 20 januari 2021. Zoals hiervoor al is overwogen betwist de werknemer dat zij dit verslag ooit heeft gezien. Verder heeft de werkgever niet gesteld en is ook niet gebleken dat de werknemer de kans heeft gekregen om haar functioneren te verbeteren. Voor een ontslag op de d-grond is vereist dat de werkgever duidelijk heeft aangegeven wat er mankeert aan het functioneren van een werknemer en dat er concrete afspraken zijn gemaakt over de gewenste veranderingen. Ook moet de werknemer voldoende tijd zijn gegeven om het functioneren te verbeteren. De werkgever heeft niet aannemelijk gemaakt dat hieraan is voldaan.
- 5.21. De conclusie is dat de kantonrechter het verzoek van de werkgever zal afwijzen en dat de arbeidsovereenkomst dus niet zal worden ontbonden. Dit brengt mee dat het voorwaardelijke tegenverzoek van de werknemer onbesproken kan blijven.
- 5.22. De proceskosten komen voor rekening van de werkgever, omdat de werkgever ongelijk krijgt.

6. De beslissing

De kantonrechter:

- 6.1. wijst de verzochte ontbinding af;
- 6.2. veroordeelt de werkgever tot betaling van de proceskosten, die de kantonrechter aan de kant van de werknemer tot en met vandaag vaststelt op € 498,- voor het salaris van de gemachtigde van de werknemer;
- 6.3. verklaart de proceskostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

Deze beschikking is gegeven door kantonrechter mr. A.M.H. van der Poort-Schoenmakers en uitgesproken ter openbare zitting van 13 augustus 2021.

