

Is een ontslag wegens ongezonde levensstijl mogelijk en tot hoever gaat de instructiebevoegdheid van de werkgever met betrekking tot de levensstijl van de werknemer?

Eindhoven, 7 januari 2012

Dagmar Groothoff anr 510924

Is een ontslag wegens ongezonde levensstijl mogelijk en tot hoever gaat de instructiebevoegdheid van de werkgever met betrekking tot de levensstijl van de werknemer?

Dagmar Groothoff

Anr: 510924

Afstudeerscriptie Nederlands Rechtsgeleerdheid, accent sociaal recht

Eerste lezer: mr. dr. J. van Drongelen

Tweede lezer: mr. A.D.M. van Rijs

Afstudeerdatum: 23 januari 2013

Voorwoord

Voor u ligt mijn afstudeerscriptie welke ik geschreven heb in het kader van het afronden van mijn studie Nederlands Rechtsgeleerdheid accent sociaal recht aan de Universiteit van Tilburg.

Aanvankelijk had ik een ander onderwerp in gedachten om mijn scriptie over te schrijven. Toen ik op het nieuws hoorde dat meer dan de helft van de MKB-bedrijven voorstander zijn voor een ontslag wegens ongezonde levensstijl, vroeg ik me meteen af of een dergelijk ontslag überhaupt wel mogelijk is en of de werkgever het recht heeft om een werknemer aan te spreken op zijn levensstijl. Ik heb diezelfde dag nog besloten om mijn scriptie te schrijven over het ontslag wegens ongezonde leefstijl.

Allereerst wil ik mijn broer bedanken voor de dagen dat we samen aan onze scripties hebben geschreven en tussendoor ook wat ontspanning hadden door het kijken van filmpjes. Mijn vriend voor het eindeloos herhalen dat het de laatste loodjes waren terwijl het stiekem steeds langer duurde. Mama voor de steun, mijn oma voor het nalopen van mijn spelling en als laatste mijn afstudeerbegeleider voor de commentaren en het geruststellen.

Inhoud

Voorwoord	3
Samenvatting.....	5
Hoofdstuk 1: Inleiding.....	8
Hoofdstuk 2: Welke mogelijkheden tot het beëindigen van de arbeidsovereenkomst kent het Nederlandse rechtstelsel en hoe past een eventueel ontslag wegens ongezonde levensstijl in dit rechtstelsel?	10
2.1. Beëindiging met wederzijds goedvinden.....	10
2.2. Beëindiging van rechtswege	10
2.3. Opzegging	11
2.3.1. <i>Opzegging tijdens proeftijd</i>	11
2.3.2 <i>Opzegging wegens een dringende reden</i>	11
2.3.3 <i>Opzegging met een opzegtermijn en voorafgaande toestemming van het UWV-WERKbedrijf</i>	12
2.4 Opzegverboden.....	16
2.5. Ontslagprocedure bij de kantonrechter	16
Hoofdstuk 3: Tot hoever gaat de instructiebevoegdheid van de werkgever met betrekking tot het privéleven van de werknemer?	18
3.1 De gezagsverhouding en het instructierecht.....	19
3.1.1 <i>Artikel 7:610 BW: de arbeidsovereenkomst en de gezagsverhouding</i>	19
3.1.2 <i>Artikel 7:660 BW: het directierecht</i>	21
3.1.3 <i>Disciplinaire maatregelen</i>	25
3.2 Instructierecht van de werkgever in combinatie met artikel 10 Grondwet en artikel 8 EVRM...27	
3.3 Goed werkgeverschap en goed werknemerschap	30
3.3.1 <i>Invulling van het goed werknemerschap</i>	31
3.3.2 <i>Kapstokartikel en schakelbepaling</i>	33
3.3.3 <i>Zorgplicht werkgever</i>	33
Hoofdstuk 4: Is een ontslag wegens ongezonde levensstijl mogelijk?	35
4.1 Wettelijke regeling ontslag wegens ongezonde levensstijl.....	36
4.1.1 <i>Ontslagverbod</i>	36
4.1.2 <i>Loondoorbetaling tijdens ziekte</i>	37
4.2 Jurisprudentie betreffende ontslag wegens ongezonde levensstijl in praktijk	39
Conclusie	46
Bronvermelding	47

Samenvatting

Hoofdstuk 2: Welke mogelijkheden tot het beëindigen van de arbeidsovereenkomst kent het Nederlandse rechtstelsel en hoe past een eventueel ontslag wegens ongezonde levensstijl in dit rechtstelsel?

Het Nederlandse rechtstelsel kent de volgende mogelijkheden tot het beëindigen van de arbeidsovereenkomst:

- Beëindiging met wederzijds goedvinden
- Beëindiging van rechtswege
- Opzegging
- Ontbinding door de kantonrechter

Opzegging valt weer onder te verdelen in: opzegging tijdens proeftijd, opzegging wegens dringende reden (ook wel ontslag op staande voet) en opzegging met voorafgaande toestemming van het UWV.

De gronden waarop een arbeidsovereenkomst kan worden opgezegd met toestemming van het UWV zijn wegens bedrijfseconomische motieven en andere dan bedrijfseconomische motieven zoals; ongeschiktheid/disfunctioneren, ernstig gewetensbezwaar, ontslag als gevolg van ziekte en gebreken, verwijtbaar handelen aan de zijde van de werknemer en de verstoorde arbeidsrelatie. Het UWV dient na te gaan of er geen sprake is van een opzegverbod. Ook de kantonrechter dient zich hier van te vergewissen.

Een ontslag wegens ongezonde levensstijl zou kunnen met toestemming van het UWV op andere dan bedrijfseconomische motieven en zou dan kunnen vallen onder ongeschiktheid/disfunctioneren, verwijtbaar handelen aan de zijde van de werknemer en de verstoorde arbeidsrelatie. De werkgever kan ook een ontslag op staande voet geven. Als laatste zou de werkgever een ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens ongezonde levensstijl bij de kantonrechter kunnen afdwingen.

Hoofdstuk 3: Tot hoever gaat de instructiebevoegdheid van de werkgever met betrekking tot het privéleven van de werknemer?

De werkgever heeft op grond van de gezagsverhouding voortvloeiende uit artikel 7:610 BW het recht op de werknemer functiegerelateerde instructies te geven. Dit zijn instructies op grond van de arbeidsovereenkomst of overeengekomen arbeidsvoorwaarden. Daarnaast heeft de werkgever het directierecht op grond van artikel 7:660 BW. Op grond van het directierecht mag de werkgever instructies geven omtrent de werkzaamheden of ter bevordering van de goede orde. Het instructierecht van beide artikelen strekken zich in principe tot de uitoefening van de werkzaamheden. In sommige gevallen kan het instructierecht echter ook strekken tot het privéleven van de werknemer wanneer de ongezonde levensstijl dusdanig uitwerking heeft op de werkzaamheden van de werknemer dat deze niet meer naar de eisen van de werkgever kan functioneren. In gevallen waarin de werkgever de werknemer instructies geeft die niet voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst, kan de werkgever deze onder artikel 7:660 BW scharen, ter bevordering van de goede onderneming. Hoofdregel is dat instructies in principe geen betrekking mogen hebben op het privéleven van de werknemer. In jurisprudentie worden echter ook regelmatig uitzonderingen

gemaakt zoals in het Hyatt-arrest, waarin werd geoordeeld dat het gehanteerde “drug free policy” een gerechtvaardigde inbreuk op het privéleven van de werknemers was.

De werkgever kan echter niet zo maar iemand wegens ongezonde levensstijl ontslaan. De werkgever kan verschillende disciplinaire maatregelen treffen om de werknemer te stimuleren weer naar behoren te functioneren zoals een berisping of een loonsanctie.

Het goed werknemer- en het goed werkgeverschap zijn van belang bij het instructierecht. De werkgever dient zich als goed werkgever te gedragen en daarbij rekening te houden met het geven van instructies. De werknemer dient zich echter ook als goed werknemer te gedragen en dus zich te houden aan de regels van de werkgever. Door jurisprudentie wordt er aan de begrippen goed werknemer en goed werkgever invulling gegeven. Met name de arresten Van der Lely/Taxi Hofman en Stoof/Mammoet zijn hiervan goede voorbeelden.

De zorgplicht van de werkgever is van groot belang. De werkgever kan de werknemer zoals gezegd niet zomaar ontslaan. Indien er bijvoorbeeld sprake is van disfunctioneren als gevolg van de ongezonde levensstijl, zoals bij obesitas, dient de werkgever zich in te spannen om de werknemer weer goed te laten functioneren. Bijvoorbeeld de werknemer de kans geven om af te vallen door naar een diëtist te gaan etc.

Bij het instructierecht kan er strijd zijn met het recht op privacy zoals neergelegd in artikel 10 Grondwet en artikel 8 EVRM. Het gaat hier bijvoorbeeld om het verbod tot het gebruik van drank of drugs. Uit de voorbeelden blijkt dat een inbreuk op het recht op privacy gerechtvaardigd is indien het de algemene veiligheid betreft en dat er aan bepaalde personen (zoals een CBR-medewerker die onder invloed een verkeersongeluk veroorzaakte) hogere eisen mogen worden gesteld die doorgetrokken mogen worden tot het privéleven. Waar de grens ligt wordt door de rechter ingevuld. Allereerst wordt door de rechter gekeken of een beperking contractueel is vastgelegd. Indien de beperking contractueel is vastgelegd houdt dit nog niet in dat de rechter hier in mee gaat. Het kan zijn dat als alle omstandigheden van het geval worden meegewogen, de contractuele beperking niet meer van belang is. Daarnaast wordt gekeken naar de aard van het desbetreffende grondrecht en of de inbreuk op het grondrecht evenredig is in verhouding met het geschonden belang en of de werkgever het doel ook op een andere (minder ingrijpende wijze) kon bereiken.

Het instructierecht van de werkgever beperkt zich in principe tot de werkzaamheden van de werknemer. Indien de werknemer als gevolg van de ongezonde levensstijl niet (meer) functioneert overeenkomstig de eisen die de werkgever aan de werkzaamheden door stelt, dan kan de werkgever op grond van het instructierecht instructies geven die uitwerking kunnen hebben op de privésfeer van de werknemer.

De werkgever kan ook op grond van het instructierecht de werknemer tot de orde roepen door het toepassen van disciplinaire maatregelen. Deze maatregelen zijn: de boete, berisping, loonsanctie, overplaatsing, schorsing en als uiterste maatregel kan er een ontslag op staande voet gegeven worden.

Op grond van het goed werkgever- en het goed werknemerschap mag van beiden verwacht worden dat zij hun plichten op dusdanige wijze nakomen dat zij de ander niet belemmeren in het uitvoeren van zijn taken of procedures. Op grond hiervan zou je kunnen zeggen dat de werknemer op grond

van het goed werknemerschap er voor moet zorgen dat hij zijn gezondheid niet schaadt door bijvoorbeeld het uitoefenen van nevenactiviteiten of het hebben van een ongezonde levensstijl.

Bij het goedwerkgeverschap is de zorgplicht van de werkgever bij een werknemer met ongezonde levensstijl van belang. Van de werkgever wordt verwacht dat deze zich inspent om de werknemer te helpen zijn functioneren weer op orde te brengen.

Hoofdstuk 4: Is een ontslag wegens ongezonde levensstijl mogelijk?

Bij het ontslag wegens ongezonde levensstijl zijn de algemene regels voor ontslag van toepassing. Als een werknemer als gevolg van de ongezonde levensstijl ziek wordt, gelden de regels voor zieke werknemers en dus ook regels zoals het opzegverbod tijdens ziekte en de loondoorbetalingverplichting tijdens ziekte.

Zowel werkgever als werknemer dienen zich te houden aan de re-integratiemaatregelen. De werkgever dient daarnaast het loon door te betalen tijdens ziekte, tenzij de ziekte met opzet veroorzaakt is. De opzet van de werknemer moet gericht zijn (geweest) op het veroorzaken van de ziekte/arbeidsongeschiktheid, maar deze opzet wordt door de rechters niet snel aangenomen.

Uit de praktijkvoorbeelden van verschillende uitspraken blijkt dat een ontslag wegens ongezonde levensstijl in principe niet mogelijk is, tenzij deze ongezonde levensstijl leidt tot het niet functioneren van de werknemer en er geen andere oplossingen zijn. Ook hier geldt weer de grote zorgplicht van de werkgever. In bijvoorbeeld de zaak van de te dikke scheepskok, is uiteindelijk de arbeidsovereenkomst ontbonden nadat de kok diverse keren in de gelegenheid was gesteld op af te vallen en deze niet meer goed kon functioneren door zijn overgewicht. De arbeidsovereenkomst is uiteindelijk op grond van een verstoorde arbeidsrelatie ontbonden. Bij andere zaken werd de ongezonde levensstijl (drankverslaving, obesitas) aangemerkt als een ziekte waarbij het opzegverbod van toepassing was.

Een ontslag wegens ongezonde levensstijl is dus in zeer uitzonderlijke gevallen mogelijk, indien de levensstijl dusdanige invloed heeft op de werkzaamheden van de werknemer, dat deze niet meer naar de vereisten van de werkgever kan functioneren terwijl er aan de vereisten van goed werkgever, re-integratieverplichtingen en de grenzen van het instructierecht is voldaan.

Hoofdstuk 1: Inleiding

Op 10 februari 2012 kwam in het nieuws dat busmaatschappij Connexxion werknemers met een ongezonde levensstijl zou willen kunnen ontslaan.¹ Het ging om de chauffeurs die te dik zijn, roken en/of te veel alcohol drinken. Connexxion hanteert al een preventiebeleid, maar ondanks dit beleid blijft het ziekteverzuim bij Connexxion hoog en daar wil de busmaatschappij wat aan doen. Nu gaat het niet alleen om Connexxion, de helft van de MKB-bedrijven vindt dat een ongezonde levensstijl zou mogen leiden tot een ontslag.² Het voorstel van Connexxion krijgt veel weerstand van werkgeversorganisaties VNO-NCW, MKB-Nederland en vakbond FNV. Zij geven aan dat het aan de werknemer zelf is om op zijn gezondheid en levensstijl te letten, maar dat werkgevers wel hun werknemers kunnen stimuleren om een andere levensstijl aan te nemen.³ Ook uit een artikel uit het Arbo Magazine over het aanspreken op de levensstijl van de werknemer, blijkt dat bedrijven steeds meer bezig zijn met de gezondheid van de werknemers in combinatie met een verzuimbeleid.⁴

Het is een veel voorkomend probleem. De werkgever draait namelijk op voor de kosten indien werknemers bewust een ongezonde levensstijl hanteren en als gevolg van deze levensstijl ziek worden. De werkgever kan preventiemaatregelen treffen zoals fitnessprogramma's etc., maar mag een werkgever de werknemer ook verplichten om deel te nemen aan deze maatregelen en hoever gaat de bevoegdheid van de werkgever tot het geven van instructies met betrekking tot het privéleven van de werknemer? Zou de werkgever als uiterste maatregel de werknemer kunnen ontslaan indien deze niet meewerkt aan de preventiemaatregelen of geen vorderingen laat zien met betrekking tot zijn levensstijl? Het lastig weer te geven waar de grens getrokken moet worden tussen het privéleven van de werknemer en tot hoever de instructiebevoegdheid van de werkgever mag gaan. Hier komen ook artikel 8 EVRM en artikel 10 Grondwet om de hoek kijken, het recht op eerbiediging van het privéleven moet gewaarborgd worden.⁵ Een ontslag wegens ongezonde levensstijl en de instructiebevoegdheid van de werkgever met betrekking tot de levensstijl zou hier mee in strijd kunnen raken. De werkgever heeft namelijk in beginsel geen recht tot het geven van aanwijzingen met betrekking tot privé zaken. De vraag is of dit anders is indien de ongezonde levensstijl uitwerking heeft op de werkzaamheden en de werkgever voor een eventuele ziekte zou moeten opdraaien terwijl dit in wezen door de werknemer zelf kan zijn veroorzaakt. Het gaat hier zowel om werknemers die te dik zijn, te veel roken, te veel drinken en/of drugs gebruiken.

Het voorgaande leidt tot de volgende **Centrale onderzoeksvraag**;

Is ontslag wegens een ongezonde levensstijl mogelijk en tot hoever gaat de instructiebevoegdheid van de werkgever met betrekking tot de levensstijl van de werknemer?

1 www.intermediairpw.nl/artikel/vakinformatie/308497/connexxion-wil-ongezonde-medewerkers-ontslaan.html geraadpleegd 25-02-2012, om 17:06 uur.

2 www.volkskrant.nl/vk/nl/2686/Binnenland/article/detail/3167362/2012/02/09/Ongezonde-levensstijl-mag-leiden-tot-ontslag.dhtml.

3 www.rendement.nl/arbo/nieuws/id6776-ontslag-om-ongezonde-levensstijl.html.

4 Arbo Magazine, Gezondheid; *aanspreken op leefstijl wordt steeds normaler*, nummer 7/8 Juli/Augustus 2012, pag. 16 + 17.

5 www.akd.nl/media/273296/de_invloed_van_de_werkgever_op_de_levensstijl.pdf

Subvragen

De centrale onderzoeksvraag zal beantwoord worden aan de hand van de volgende deelvragen.

Deelvragen

Welke mogelijkheden tot het beëindigen van de arbeidsovereenkomst kent het Nederlandse rechtstelsel en hoe past een eventueel ontslag wegens ongezonde levensstijl in dit rechtstelsel?

In de eerste deelvraag zal uiteengezet worden welke verschillende mogelijkheden er in Nederland zijn voor ontslag en hoe deze in zijn werk gaan. Aan het einde van deze deelvraag zal worden beschreven waar een ontslag wegens ongezonde leefstijl in het Nederlandse rechtstelsel onder zou kunnen vallen.

Tot hoever gaat de instructiebevoegdheid van de werkgever met betrekking tot het privéleven van de werknemer?

Deze vraag is van belang omdat het ontslag wegens een ongezonde levensstijl als uiterste middel moet worden gezien. De werkgever zal de werknemer eerst mogelijkheden bieden om zijn levensstijl aan te passen. Indien de werknemer hieraan niet voldoende meewerkt, kan de werkgever als uiterste sanctie tot ontslag overgaan. Van belang is hier wel tot hoever de instructiebevoegdheid van de werkgever mag gaan in verband met het goed werkgever- en goed werknemerschap en of dit niet in strijd is met het recht op eerbiediging van het privéleven ex artikel 8 EVRM en artikel 10 Grondwet.

Is een ontslag wegens ongezonde levensstijl mogelijk?

Aan de hand van de beantwoording van de eerste twee deelvragen kan worden aangegeven of er al een mogelijkheid tot ontslag wegens ongezonde levensstijl in Nederland mogelijk is en of de instructiebevoegdheid van de werkgever zo ver gaat dat deze invloed heeft op de levensstijl van de werknemer, ook als deze niet aan het werk is. In de derde deelvraag zal worden aangegeven of een ontslag wegens ongezonde levensstijl in praktijk mogelijk is.

Hoofdstuk 2: Welke mogelijkheden tot het beëindigen van de arbeidsovereenkomst kent het Nederlandse rechtstelsel en hoe past een eventueel ontslag wegens ongezonde levensstijl in dit rechtstelsel?

In dit inleidende hoofdstuk zal de eerste deelvraag beantwoordt worden; welke mogelijkheden kent het Nederlandse rechtstelsel en hoe past een eventueel ontslag wegens ongezonde levensstijl in dit rechtstelsel? Het weergeven van de verschillende mogelijkheden voor ontslag is van belang om aan het einde van deze deelvraag vast te kunnen stellen op welke grond en op welke wijze een eventueel ontslag wegens een ongezonde levensstijl mogelijk zou zijn.

Allereerst zullen de mogelijkheden om een arbeidsovereenkomst te beëindigen worden weergegeven, vervolgens zullen de mogelijkheden voor ontslag worden uitgediept om een zo compleet mogelijk beeld weer te geven over het ontslagstelsel in Nederland.

Het Nederlands ontslagstelsel kent een aantal verschillende mogelijkheden om een arbeidsovereenkomst te beëindigen.⁶

- Beëindiging met wederzijds goedvinden
- Beëindiging van rechtswege
- Opzegging
- Ontbinding door de kantonrechter

2.1. Beëindiging met wederzijds goedvinden

De eerste grond is beëindiging met wederzijds goedvinden. Hierbij wordt overeenstemming bereikt tussen werkgever en werknemer om de arbeidsovereenkomst tot een einde te brengen. Het voorstel om de overeenkomst niet voort te zetten kan zowel door de werkgever als door de werknemer gedaan worden.⁷ Het ontslag met wederzijds goedvinden en de overige afspraken die worden gemaakt worden vastgelegd in een beëindigingsovereenkomst. Indien het initiatief bij de werkgever ligt en de werknemer daarmee akkoord gaat, hoeft dit geen nadelige gevolgen te hebben voor het recht op een werkloosheidsuitkering van de werknemer.⁸ Belangrijk bij deze beëindiging is de onderzoeksplicht van de werkgever.⁹ De werkgever moet onderzoeken of de wil van de werknemer ook daadwerkelijk is gericht op het beëindigen van de overeenkomst. De werknemer dient daartoe een duidelijke en ondubbelzinnige verklaring te geven die gericht is op het beëindigen van de arbeidsovereenkomst.¹⁰

2.2. Beëindiging van rechtswege

De tweede grond is de beëindiging van rechtswege. Dit is het geval indien de termijn waarvoor de arbeidsovereenkomst is afgesloten is verstreken of het intreden van een ontbindende voorwaarde zich voor doet.¹¹ Artikel 7:667 lid 1 BW geeft aan dat een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd van rechtswege eindigt indien de bij overeenkomst aangegane duur is verstreken of bij wet of gebruik is aangegeven. Van belang bij beëindiging van rechtswege is dat de duur van de overeenkomst of de ontbindende voorwaarden objectief in de arbeidsovereenkomst is opgenomen. Bij de ontbindende voorwaarde gaat het om een onzekere gebeurtenis, men weet nog niet of de

⁶ J. van Drongelen, *Ontslagrecht*, individueel arbeidsrecht deel 3, derde druk, uitgeverij Paris, Zutphen 2011, pag. 24.

⁷ www.werk.nl/werk_nl/werkgever/meerweten/ontslag/wederzijdsgoedvinden, geraadpleegd op 9-04-2012 om 15:35 uur.

⁸ www.werk.nl/werk_nl/werkgever/meerweten/ontslag/wederzijdsgoedvinden, geraadpleegd op 9-04-2012 om 15:42 uur.

⁹ J. van Drongelen, *Ontslagrecht*, individueel arbeidsrecht deel 3, derde druk, uitgeverij Paris, Zutphen-2011, pag. 29.

¹⁰ J. van Drongelen, *Ontslagrecht*, individueel arbeidsrecht deel 3, derde druk, uitgeverij Paris, Zutphen- 2011, pag. 31.

¹¹ J. van Drongelen, *Ontslagrecht*, individueel arbeidsrecht deel 3, derde druk, uitgeverij Paris, Zutphen-2011 pag. 39.

ontbindende voorwaarde zich zal voordoen en/of wanneer deze zich voordoet.^{12 13} Een voorbeeld van een ontbindende voorwaarde is het geval waarin een werknemer een diploma niet haalt, die vereist is voor het vervullen van zijn of haar functie.¹⁴

2.3. Opzegging

Vooraf de derde en de vierde grond voor het beëindigen van een arbeidsovereenkomst zijn van belang voor dit onderzoek. Door de grond opzegging en de ontslagprocedure bij de rechtbank te beschrijven wordt duidelijk op welke wijzen een werknemer ontslagen kan worden en welke voorwaarden daar aan gesteld worden.

Een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd kan, zoals blijkt uit par. 2.1 en 2.2, eindigen door middel van een beëindiging van rechtswege of door middel van wederzijds goedvinden. Uit artikel 7:667 lid 3 BW blijkt dat een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd slechts kan worden opgezegd indien ieder der partijen dat recht schriftelijk is overeengekomen. Om een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd te beëindigen is voorafgaande opzegging vereist op grond van artikel 7:667 lid 6 BW. Opzegging kan zowel door de werkgever als de werknemer. Op grond van artikel 6 van het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945 (BBA) is voor opzegging voorafgaande toestemming van het UWV-WERKbedrijf vereist, ook wel het opzeggingsverbod. In artikel 6 lid 2 BBA worden twee uitzonderingen gemaakt op de vereiste toestemming; opzegging tijdens de proeftijd en ontslag op staande voet.¹⁵

Opzegging op grond van artikel 7:669 BW kan worden onderverdeeld in opzegging met onmiddellijke beëindiging of opzegging waarvoor toestemming van het UWV-WERKbedrijf is vereist en dus met inachtneming van een opzegtermijn.

2.3.1. Opzegging tijdens proeftijd

Als werkgever en werknemer een arbeidsovereenkomst aangaan kunnen zij in de arbeidsovereenkomst een proeftijd overeenkomen op grond van artikel 7:652 lid 1 BW. De proeftijd kan maximaal 2 maanden duren. In deze periode kunnen partijen met elkaar en met de werkzaamheden (en de uitvoering daarvan) kennismaken. Tijdens deze proeftijd gelden de opzegverboden niet en is er geen toestemming vereist. Zowel werkgever als werknemer kunnen tijdens de proeftijd de arbeidsovereenkomst onverwijld opzeggen zonder dat er nadere eisen voor deze opzegging gelden (artikel 7:676 lid BW). De proeftijd moet schriftelijk zijn overeengekomen, indien deze niet schriftelijk is overeengekomen is het proeftijdsbeding nietig (artikel 7:652 lid 2 BW).¹⁶ Indien de opgezegde partij er om vraagt, dient de opzeggende partij een reden van opzegging te geven.¹⁷

2.3.2 Opzegging wegens een dringende reden

Onverwijld opzegging kan niet alleen tijdens de proeftijd maar kan ook op grond van een dringende reden, ook wel het ontslag op staande voet artikel 7:667 BW. Om als werkgever een werknemer op staande voet te kunnen ontslaan, dient er sprake te zijn van een dringende reden, dient deze

¹² J. van Drongelen, *Ontslagrecht*, individueel arbeidsrecht deel 3, derde druk, uitgeverij Paris, Zutphen-2011 pag. 40.

¹³ www.arbeidsrechter.nl/voorwaardelijk-arbeidscontract-werkgever-werknemer, geraadpleegd op 09-04-2012, om 16:06 uur.

¹⁴ www.arbeidsrechter.nl/voorwaardelijk-arbeidscontract-werkgever-werknemer, geraadpleegd op 08-07-2012, om 14:31 uur.

¹⁵ H.L. Bakels, *Schets van het Nederlandse arbeidsrecht*, 21^e druk, Kluwer, Deventer-2011, pag. 139.

¹⁶ www.arbeidsrechter.nl/proeftijd-in-de-arbeidsovereenkomst, geraadpleegd op 21-05-2012, om 12:31 uur.

¹⁷ www.ontslag-krijgen.nl/proeftijd.html, geraadpleegd op 21-05-2012, om 12:31 uur.

dringende reden aan de werknemer te worden medegedeeld en het ontslag op staande voet moet onverwijld gegeven worden.¹⁸

Bij een ontslag op staande voet gaat het om zodanige daden, eigenschappen of gedragingen van de werknemer (of van de werkgever als de werknemer ontslag op staande voet neemt) dat van de werkgever redelijkerwijs niet kan gevergd worden de arbeidsovereenkomst te laten voortduren (artikel 7:678 lid 1 BW). De verschillende gronden die worden aangemerkt als een dringende reden zijn voor de werkgever opgesomd in artikel 7:678 lid 2 BW en voor de werknemer in artikel 7:679 lid 2 BW. Dit zijn gronden zoals het schuldig maken aan diefstal of ondanks waarschuwing overgeven aan dronkenschap etc.

Bij de dringende reden wordt er gekeken naar de objectiviteit (de aangevoerde reden voor het ontslag moet door ieder normaal mens als een dringende reden worden gezien) en de subjectiviteit (degene die de arbeidsovereenkomst onverwijld opzegt moet de grond voor het ontslag zelf ook dusdanig dringend vinden dat ontslag op staande voet niet kan uitblijven) van de reden.¹⁹ Pas wanneer deze beide vast gesteld kunnen worden is er sprake van een dringende reden.

Een ongezonde levensstijl zou kunnen leiden tot een ontslag op staande voet. Bijvoorbeeld het op andere wijze grovelijk plichten veronachtzamen, welke door de arbeidsovereenkomst worden opgelegd (artikel 7:678 lid 2 sub K BW). Uit de tekst en commentaar behorende bij artikel 7:678 lid 2 sub K BW blijkt dat een werknemer met alcoholproblemen hier ook onder kan vallen.

2.3.3 Opzegging met een opzegtermijn en voorafgaande toestemming van het UWV-WERKbedrijf

Indien de werkgever de arbeidsovereenkomst wil opzeggen, dient deze een ontslagvergunning aan te vragen bij het UWV-WERKbedrijf.²⁰ Dit op grond van artikel 6 Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945; de werkgever heeft voor de opzegging van de arbeidsverhouding voorafgaande toestemming van het Uitvoeringsinstituut Werknemers Verzekeringen. Geen toestemming is nodig bij een ontbindingsprocedure bij de rechtbank, een beëindigingsovereenkomst of wanneer de ontbindende voorwaarde in gaat.²¹ De overige uitzonderingen op deze toestemming staan opgesomd in artikel 6 lid 2 BBA; een toestemming is niet vereist bij ontslag op staande voet, ontslag tijdens de proeftijd of ontslag ten gevolge van faillissement van de werkgever. Indien er een ontslag wordt gegeven zonder de toestemming vereist als in artikel 6, is de opzegging vernietigbaar op grond van artikel 9 lid 1 BBA. Op bepaalde groepen is het BBA niet van toepassing zoals werknemers bij een publiekrechtelijk lichaam of onderwijzend- en docerend personeel (artikel 2 BBA).

Het UWV-WERKbedrijf hanteert op grond van artikel 3.1 Ontslagbesluit een algemene toetsingsmaatstaf om na te gaan of het ontslag wat de werkgever wil geven wel redelijk is.²² Het UWV-WERKbedrijf doet dit door de mogelijkheden en de belangen van zowel de werkgever als de werknemer na te gaan. Voornamelijk redelijkheid en billijkheid zijn van belang bij deze toetsingsmaatstaf. Daarnaast wordt ieder van de aangevoerde gronden getoetst aan het toetsingskader dat geldt voor die specifieke reden voor ontslag.²³

¹⁸ www.ontslag.nl/werknemers/ontslagreden/ontslag-op-staande-voet/artikel/32/wanneer-kan-een-werknemer-op-staande-voet-ontslagen-worden%3F-, geraadpleegd op 21-05-2012, om 13:25 uur.

¹⁹ J. van Drongelen, *Ontslagrecht*, individueel arbeidsrecht deel 3, derde druk, uitgeverij Paris, Zutphen- 2011, pag. 212-213.

²⁰ J. van Drongelen, *Ontslagrecht*, individueel arbeidsrecht deel 3, derde druk, uitgeverij Paris, Zutphen- 2011, pag. 91.

²¹ H.L. Bakels, *Schets van het Nederlandse arbeidsrecht*, 21^e druk, Kluwer, Deventer-2011, pag. 140.

²² J. van Drongelen, *Ontslagrecht*, individueel arbeidsrecht deel 3, derde druk, uitgeverij Paris, Zutphen- 2011, pag. 118.

²³ Beleidsregels Ontslagtaak UWV- versie december 2009, hoofdstuk 27 verstoorde arbeidsrelatie, www.werk.nl/pucs/groups/public/documents/document/ptl187218.pdf, geraadpleegd op 04-07-2012, om 12:44 uur.

Een ontslagvergunning kan voor twee verschillende gronden worden aangevraagd;

1. Ontslag wegens bedrijfseconomische redenen (artikel 4.1. Ontslagbesluit).

Bij bedrijfseconomische redenen gaat het om de slechte financiële positie van de werkgever, sterke werkvermindering, organisatorische veranderingen, technologische veranderingen, beëindiging van de bedrijfsactiviteiten, bedrijfsverhuizing of het vervallen van subsidie.^{24, 25, 26} Aangezien een ontslag wegens ongezonde levensstijl niet onder een van de bedrijfseconomische redenen valt, zal deze grond niet verder worden uitgewerkt.

2. Ontslag wegens andere dan bedrijfseconomische motieven.

Een ontslagvergunning kan niet alleen aangevraagd worden wegens bedrijfseconomische redenen, maar ook wegens andere dan bedrijfseconomische motieven, ook wel persoonsgebonden motieven. Deze persoonsgebonden motieven zijn opgesomd in artikel 5.1 Ontslagbesluit. Een ontslag wegens ongezonde levensstijl valt onder het ontslag wegens andere dan bedrijfseconomische motieven. Hieronder worden de verschillende motieven weergegeven.

- Ongeschiktheid werknemer/disfunctioneren

Het hebben van een ongezonde levensstijl kan leiden tot het disfunctioneren van de werknemer. Wanneer er precies sprake is van disfunctioneren is niet wettelijk vastgelegd. Het disfunctioneren kan worden gedefinieerd als; het in onvoldoende mate voldoen aan de gestelde functie-eisen of het niet op juiste wijze vervullen van taken door een werknemer, artikel 5.1 Ontslagbesluit.²⁷ In principe geldt voor de werknemer dat deze zich als goed werknemer dient te gedragen op grond van artikel 7:611 BW en dat deze instructies moet nakomen. Als de ongezonde levensstijl een negatieve uitwerking heeft op het functioneren van de werknemer kan dit leiden tot disfunctioneren. De werkgever kan een werknemer echter niet zomaar ontslaan wegens disfunctioneren. In dit geval worden er ook aan de werkgever bepaalde eisen gesteld om te zorgen dat de werknemer weer naar behoren gaat functioneren. Dit op grond van de zorgplicht van de werkgever die voortvloeit uit het goed werkgeverschap.²⁸ De werkgever kan invloed uitoefenen op de levensstijl van de werknemer indien deze levensstijl leidt tot disfunctioneren tijdens de werkzaamheden. Het disfunctioneren is het beste aan te tonen als de werknemer zich niet houdt aan de voorwaarden zoals overeengekomen in de individuele arbeidsovereenkomst, collectieve arbeidsovereenkomst, of door het bedrijf gehanteerde gedragscode.²⁹ De werkgever kan niet zo maar het loon van de werknemer opschorten, maar de werkgever kan en mag bijvoorbeeld eerst de werknemer een waarschuwing geven.

De werkgever moet de ongeschiktheid of het disfunctioneren aannemelijk maken aan het UWV-WERKbedrijf. Dit kan bijvoorbeeld door beoordelingen van functionering- en /of beoordelingsgesprekken te overleggen.³⁰ Deze gesprekken kunnen het beste schriftelijk worden vastgelegd. Tijdens een gesprek kan aangegeven worden dat de werknemer niet meer naar behoren functioneert en dat hij zijn gedrag zal moeten aanpassen. Het disfunctioneren volgt uit onkunde of

²⁴ J. van Drongelen, *Ontslagrecht*, individueel arbeidsrecht deel 3, derde druk, uitgeverij Paris, Zutphen- 2011, pag. 120.

²⁵ www.uwv.nl/Werkgevers/ik_wil_mijn_medewerker_ontslaan/ontslag_aanvragen/ontslag_om_bedrijfseconomische_redenen.aspx, geraadpleegd op 22-05-2012, om 13:48 uur.

²⁶ Beleidsregels Ontslagtaak UWV- versie september 2011, hoofdstuk 7 bedrijfseconomische redenen.

www.werk.nl/pucs/groups/public/documents/document/ptl137446.pdf, geraadpleegd op 03-07-2012, om 12:03 uur.

²⁷ D.J.B. de Wolff, *Goedwerknemerschap*, Monografieën sociaal recht, Kluwer, Deventer-2007, pag.12.

²⁸ Zie nadere toelichting over goed werknemer paragraaf 3.3.

²⁹ S.C. Kuit, *De invloed van privégedrag op de werksfeer; de ambtenaar zwaarder bestraft?* ArbeidsRecht, maandblad voor de praktijk Kluwer, 01-01-2009, via

www.boekel.com/media/87260/de_invloed_van_priv_gedrag_op_de_werksfeer_de_ambtenaar_zwaarder_bestaft.pdf, geraadpleegd op 27-08-2012, om 10:31 uur.

³⁰ www.werk.nl/werk_nl/werknemer/meer_weten/ontslag/ontslagprocedureviacwi/grondenontslagaanvraag, geraadpleegd op 24-05-2012, om 12:01 uur.

onmacht.³¹ De werkgever moet voldoende met de werknemer hebben gesproken met als doel verbetering te brengen in de ongeschiktheid voor de functie. Als laatste is van belang dat de ongeschiktheid voor de functie niet te wijten is aan onvoldoende zorg voor de arbeidsomstandigheden door de werkgever.³²

- Ernstig gewetensbezwaar

De tweede grond voor ontslag wegens andere dan bedrijfseconomische redenen is ernstig gewetensbezwaar (artikel 5.1. van het Ontslagbesluit). In dit geval wil de werknemer zijn werk niet verrichten en doet daarbij beroep op ernstig gewetensbezwaar, bijvoorbeeld vanwege religieuze of morele redenen.³³ De grond ernstig gewetensbezwaar is niet van toepassing bij een ontslag wegens ongezonde levensstijl en zal dan ook niet verder worden uitgewerkt.

- Ontslag als gevolg van ziekte en gebreken

De werkgever kan ook als opzeggingsgrond aanvoeren dat de werknemer ten gevolge van ziekte of gebreken niet meer in staat is aan de gestelde functie eisen te voldoen, op grond van artikel 5.2 Ontslagbesluit. Uit de toelichting van het ontslagbesluit blijkt dat artikel 5.2 Ontslagbesluit toe ziet op twee verschillende situaties: de situatie waarin de werknemer als gevolg van ziekte of gebreken niet meer in staat is om aan de gestelde functie te voldoen, maar ook de situatie wanneer er sprake is van regelmatig ziekteverzuim, wat verstoring werkt op het productieproces of te zware druk legt op collega's dat het niet redelijk is op de arbeidsovereenkomst te laten voortbestaan.³⁴ Ook wel langdurige arbeidsongeschiktheid en regelmatig verzuim als gevolg van ziekte.

- Verwijtbaar handelen aan de zijde van de werknemer

De derde grond voor een ontslagaanvraag wegens andere dan bedrijfseconomische redenen is verwijtbaar handelen. Als de grond verwijtbaar handelen aan de zijde van de werknemer wordt aangevoerd, wordt de ontslagvergunning slechts afgegeven indien de werkgever aannemelijk maakt dat er sprake is van verwijtbaar handelen en indien van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsverhouding te laten voortduren (artikel 5.1 lid 3 Ontslagbesluit). Met name de redelijkheid speelt een grote rol bij deze ontslaggrond.³⁵ Bij verwijtbaar handelen gaat het om verwijtbare gedragingen, maar daarnaast kan het ook gaan om een nalaten van de werknemer.³⁶ In de Beleidsregels Ontslagtaak UWV worden drie verschillende vormen weergegeven van verwijtbaar handelen; regelmatig te laat komen, weigeren een opdracht uit te voeren en onwettig verzuim. Bij alle vormen worden de omstandigheden van dat geval meegenomen. Zoals de frequentie en de houding van de werknemer.³⁷ Ook het niet meewerken door de werknemer aan re-integratie ex artikel 7:660a BW wordt gezien als verwijtbaar handelen of nalaten.³⁸ De werkgever zal eerst een loonmaatregel moeten treffen of de werknemer op non-actief stellen om de werknemer te motiveren zijn verplichtingen na te komen. Een uiterste maatregel is de ontslagaanvraag.

³¹ www.ontslagdossier.nl/index.php/ontslagreden/verwijtbaar-handelen-of-nalaten-wangedrag-werknemer, geraadpleegd op 28-06-2012, om 10:50 uur.

³² Beleidsregels Ontslagtaak UWV- versie december 2009, hoofdstuk 25 disfunctioneren.

www.werk.nl/pucs/groups/public/documents/document/ptl137499.pdf, geraadpleegd op 03-07-2012, om 12:17 uur.

³³ www.uwv.nl/Werkgevers/ik_wil_mijn_medewerker_ontslaan/ontslag_aanvragen/ontslag_bij_ernstig_gewetensbezwaar.aspx, geraadpleegd op 25-05-2012, om 11:32 uur.

³⁴ Staatscourant 1998, nr. 238 / pag. 12, Toelichting ontslagbesluit,

www.werk.nl/pucs/groups/public/documents/document/ptl140022.pdf, geraadpleegd op 06-07-2012 om 12:08 uur.

³⁵ Beleidsregels Ontslagtaak UWV- versie december 2009, hoofdstuk 26 verwijtbaar handelen of nalaten.

www.werk.nl/pucs/groups/public/documents/document/ptl137501.pdf, geraadpleegd op 03-07-2012, om 16:01

³⁶ www.ontslagdossier.nl/index.php/ontslagreden/verwijtbaar-handelen-of-nalaten-wangedrag-werknemer, geraadpleegd op 28-06-2012, om 10:51 uur.

³⁷ Beleidsregels Ontslagtaak UWV- versie december 2009, hoofdstuk 26 verwijtbaar handelen of nalaten.

www.werk.nl/pucs/groups/public/documents/document/ptl137501.pdf, geraadpleegd op 04-07-2012, om 12:27 uur.

³⁸ J. van Drongelen, *Ontslagrecht*, individueel arbeidsrecht deel 3, derde druk, uitgeverij Paris, Zutphen- 2011, pag. 157

- Verstoorde arbeidsverhouding

De voorgaande gronden kunnen resulteren in de laatste ontslaggrond: de verstoorde arbeidsverhouding (artikel 5.1 lid 4 Ontslagbesluit). De relatie tussen werknemer en werkgever dient ernstig en duurzaam verstoord te zijn. Een ontslag op grond van verstoorde arbeidsverhouding kan alleen indien de werkgever aantoont dat een eventueel herstel van de arbeidsrelatie niet meer mogelijk is, ook niet door het overplaatsen van de werknemer binnen de organisatie.³⁹ Van belang dat is dat werkgever op verschillende wijzen heeft geprobeerd om de arbeidsverhouding te herstellen.

³⁹ Staatscourant 1998, nummer 238, Toelichting ontslagbesluit artikel 5.1, pag. 12.
www.werk.nl/pucs/groups/public/documents/document/ptl140022.pdf, geraadpleegd op 03-07-2012, om 10:43 uur.

2.4 Opzegverboden

Een arbeidsovereenkomst kan niet opgezegd worden indien er sprake is van een van de opzegverboden. In paragraaf 2.3. werd al verwezen naar het opzegverbod geregeld in artikel 6 BBA. Dit algemeen opzegverbod houdt in dat de werkgever niet mag opzeggen als deze geen toestemming heeft van het UWV-WERKbedrijf. Lid 2 vormt een uitzondering op het verbod dat geregeld is in lid 1 artikel 6 BBA; deze toestemming is niet vereist indien het een ontslag op staande voet betreft, een ontslag tijdens de proeftijd of een ontslag als gevolg van faillissement. Andere uitzonderingen op het opzegverbod zijn de gevallen waarin de werknemer ziek wordt nadat het UWV-WERKbedrijf de ontslagvergunningaanvraag heeft ontvangen of indien de werknemer weigert mee te werken aan re-integratie.^{40 41}

De bijzondere opzegverboden zijn geregeld in artikel 7:670 en 7:670a BW. Daarnaast ook de artikelen 7:646, 7:647, 7:648, 7:649 BW, artikel 5 Algemene Wet Gelijke Behandeling, artikel 4 Wet Gelijke Behandeling op grond van Handicap of Chronische ziekte, artikel 3 Wet Gelijke Behandeling op grond van Leeftijd bij arbeid en als laatste artikel 3 Wet aanpassing arbeidsduur.⁴² De genoemde artikelen geven een limitatieve opsomming van de opzegverboden. Deze opzegverboden gelden bij opzegging van de arbeidsovereenkomst, de opzegverboden gelden dus ook bij het een beëindigingsovereenkomst, ontbinding door de kantonrechter of beëindiging van rechtswege.⁴³

Als eerste bijzonder opzegverbod genoemd in artikel 7:670 BW geldt dat de werkgever de arbeidsovereenkomst niet mag opzeggen tijdens ziekte van de werknemer, tenzij de arbeidsongeschiktheid wegens ziekte ten minste twee jaar heeft geduurd, of toestemming heeft gekregen om de arbeidsovereenkomst op te zeggen in de zin van artikel 6 BBA. Als tweede geldt dat een arbeidsovereenkomst niet mag worden opgezegd gedurende zwangerschap van de werkneemster (artikel 7:670 lid 2 BW). Andere opzegverboden genoemd in artikel 7:670 zijn; gedurende tijd van militaire dienst, leden van ondernemingsraden, ontslag wegens lidmaatschap van een vakbond, wegens het bijwonen van een vergadering van de eerste kamer e.d., wegens het opnemen van ouderschapsverlof, wegens de overgang van onderneming en indien een werknemer zondagarbeid weigert.

In artikel 7:670b BW wordt aangegeven wanneer de opzegverboden van artikel 7:670 en 7:670a niet van toepassing zijn: in het geval van een opzegging gedurende de proeftijd of bij een ontslag op staande voet. Artikel 7:670b BW Lid 2 geeft aan dat deze opzegverboden niet van toepassing zijn indien de werknemer schriftelijk met de opzegging instemt of indien er sprake is van opzegging wegens beëindiging van werkzaamheden in de onderneming.

2.5. Ontslagprocedure bij de kantonrechter

Naast de opzegging van de arbeidsovereenkomst kan de arbeidsovereenkomst ook ontbonden worden door de rechter op grond van artikel 7:685 BW. Werkgever en werknemer zijn te allen tijde bevoegd zicht tot de kantonrechter te wenden met het verzoek de arbeidsovereenkomst te ontbinden wegens gewichtige redenen. De kantonrechter kan slechts de arbeidsovereenkomst ontbinden indien er geen sprake is van een van de opzegverboden (zie par. 2.4). De rechter ontbindt de arbeidsovereenkomst in plaats van deze op te zeggen dus formeel is de rechter er niet aan

⁴⁰ www.uwv.nl/Werkgevers/ik_wil_mijn_medewerker_ontslaan/ontslag_aanvragen/opzegverbod.aspx, geraadpleegd op 07-07-2012, om 11:09 uur.

⁴¹ De re-integratieverplichting van de werknemer is geregeld in artikel 7:660a BW.

⁴² H.L. Bakels, *Schets van het Nederlandse arbeidsrecht*, 21^e druk, Kluwer, Deventer-2011, pag. 148.

⁴³ H.L. Bakels, *Schets van het Nederlandse arbeidsrecht*, 21^e druk, Kluwer, Deventer-2011, pag. 148.

gebonden.⁴⁴ De rechter is echter toch verplicht om na te gaan of het ontbindingsverzoek geen verband houdt met een opzegverbod, dit is de reflexwerking van de opzegverboden.⁴⁵

De bevoegdheid tot het wenden tot de kantonrechter mag niet worden beperkt bij overeenkomst, indien dit het geval is, dan is het desbetreffende beding nietig.⁴⁶ Van belang bij de ontbindingsprocedure bij de rechtbank is dat er sprake is van een gewichtige reden. Artikel 7:685 lid 2 BW geeft aan wat er moet worden verstaan onder gewichtige redenen; omstandigheden die een dringende reden op zouden leveren in de zin van artikel 7:677 lid BW (ook wel omstandigheden die een ontslag op staande voet rechtvaardigen) en verandering in omstandigheden. De dringende reden/ontslag op staande voet is verder uitgewerkt in paragraaf 2.3.2. De werkgever kan in geval van een dringende reden toch kiezen voor ontbinding bij de kantonrechter in plaats van ontslag op staande voet, indien er bijvoorbeeld niet voldaan is aan de vereisten voor ontslag op staande voet zoals het onverwijld opzeggen.⁴⁷ Bij verandering van omstandigheden gaat het om omstandigheden die op het moment van het aangaan van de overeenkomst onvoorzienbaar waren. Om te toetsen of deze omstandigheden voorzienbaar waren spelen de verwachtingen van de partijen over en weer een grote rol.⁴⁸ Bij de grond verandering in omstandigheden kan er weer een onderverdeling worden gemaakt: ontbinding op grond van bedrijfseconomische redenen, een verstoorde arbeidsverhouding, disfunctioneren van de werknemer maar ook het handelen in strijd met goed werknemer/werkgeverschap ex artikel 7:611 BW.⁴⁹

⁴⁴ www.ontslagdossier.nl/index.php/ontslagwijze/ontbinding-arbeidsovereenkomst-door-de-rechter, geraadpleegd op 22-08-2012, om 11:09 uur.

⁴⁵ www.ontslagdossier.nl/index.php/ontslagwijze/ontbinding-arbeidsovereenkomst-door-de-rechter, geraadpleegd op 22-08-2012, om 11:10 uur.

⁴⁶ J. van Drongelen, *Ontslagrecht*, individueel arbeidsrecht deel 3, derde druk, uitgeverij Paris, Zutphen- 2011, pag. 281.

⁴⁷ J. van Drongelen, *Ontslagrecht*, individueel arbeidsrecht deel 3, derde druk, uitgeverij Paris, Zutphen- 2011, pag. 283.

⁴⁸ J. van Drongelen, *Ontslagrecht*, individueel arbeidsrecht deel 3, derde druk, uitgeverij Paris, Zutphen- 2011, pag. 286.

⁴⁹ J. van Drongelen, *Ontslagrecht*, individueel arbeidsrecht deel 3, derde druk, uitgeverij Paris, Zutphen- 2011, pag. 286 en 292.

Hoofdstuk 3: Tot hoever gaat de instructiebevoegdheid van de werkgever met betrekking tot het privéleven van de werknemer?

In dit hoofdstuk zal de volgende deelvraag worden beantwoordt: *Tot hoever gaat de instructiebevoegdheid van de werkgever met betrekking tot het privéleven van de werknemer?*

Het ontslag wegens een ongezonde levensstijl wordt als uiterste redmiddel gezien. De werkgever zal de werknemer mogelijkheden moeten bieden om zijn levensstijl aan te passen. Van belang is hier tot hoever de instructiebevoegdheid van de werkgever eigenlijk mag gaan in verband met het goed werkgever- en werknemerschap en of er geen strijd is met het recht op eerbiediging van het privéleven ex artikel 10 van de Grondwet en artikel 8 van het EVRM. Is een gezonde levensstijl iets dat valt onder goed werknemerschap of werkgeverschap en mag de werkgever de werknemer zeggen hoe hij zijn leven moet leiden in zijn eigen tijd?

Uit advies van SER van 17 april 2009, blijkt het belang van een gezonde levensstijl in combinatie met werk en een preventiebeleid van werkgever om een ongezonde levensstijl te voorkomen. Daarbij wordt wel de nadruk gelegd op de privacywetgeving, omdat een werknemer vertellen wat hij wel of niet mag buiten werktijd, in strijd met de Grondwet en het EVRM komt. Daarnaast is het vrijwillig deelnemen van de werknemer aan bepaalde (preventie)maatregelen belang.⁵⁰

De relatie tussen werkgever en werknemer start bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst op grond van artikel 7:610 BW; de arbeidsovereenkomst is de overeenkomst waarbij de ene partij, de werknemer, zich verbindt in dienst van de andere partij, de werkgever, tegen loon gedurende zekere tijd arbeid te verrichten. Om vast te stellen dat er een arbeidsovereenkomst bestaat moet er worden voldaan aan vier factoren: de werknemer moet in dienst zijn van de werkgever (ofwel sprake van een gezagsverhouding), er is sprake van loon, sprake van arbeid en gedurende een zekere tijd.⁵¹ Bij de arbeidsovereenkomst is ook van belang dat de werknemer persoonlijk arbeid verricht (artikel 7:659 BW). Dit houdt in dat de werknemer verplicht is de arbeid zelf te verrichten en zich alleen door een ander kan laten vervangen indien de werkgever daartoe toestemming geeft. Het gaat er dus om dat de overeengekomen arbeid wordt verricht door de werknemer waarmee de arbeidsovereenkomst is aangegaan.

Uit de arbeidsovereenkomst vloeien verschillende rechten en plichten voort voor zowel de werkgever als de werknemer. Deze rechten en plichten zijn voor een deel opgenomen in de wet, zoals het betalen van loon door de werkgever aan de werknemer (artikel 7:616 BW). Daarnaast zijn er ook een hoop verplichtingen die uit jurisprudentie of redelijkheid en billijkheid of goed werknemer- werkgeverschap voortvloeien. De werkgever kan de werknemer instructies geven op grond van de gezagsverhouding die voortvloeit uit de arbeidsovereenkomst (artikel 7:610 BW), maar daarnaast is er ook nog het directierecht geregeld in artikel 7:660 BW waarop de werkgever een beroep kan doen.

⁵⁰ www.convenantgezondgewicht.nl/actueel/nieuws/ser_stelt_advies_over_preventie_en_gezondheid_vast, geraadpleegd op 17-08-2012, om 12:06 uur.

⁵¹ J. van Drongelen, *De overeenkomsten tot het verrichten van arbeid/vakantie en verlof*, Individueel arbeidsrecht, deel 1, vierde druk, uitgeverij Paris – Zutphen, 2011, pag. 31.

3.1 De gezagsverhouding en het instructierecht

De arbeidsrelatie tussen twee personen kan op verschillende vormen worden weergegeven. Allereerst bestaat er de arbeidsovereenkomst op grond van artikel 7:610 BW. Daarnaast zijn er nog twee andere vormen opgenomen in de wet, namelijk; de overeenkomst van opdracht in de zin van artikel 7:400 BW en aanneming van werk in de zin van artikel 7:750 BW. Voor het bepalen van het soort overeenkomst is vooral de gezagsverhouding van belang. Voor dit onderzoek zal alleen de arbeidsovereenkomst nader worden uitgewerkt.

De arbeidsovereenkomst is de overeenkomst waarbij de ene partij, de werknemer, zich verbindt in dienst van de andere partij, de werkgever, tegen loon gedurende zekere tijd arbeid te verrichten (artikel 7:610 BW). Het onderscheidende criterium tussen de arbeidsovereenkomst en de twee andere bovengenoemde arbeidsrelatie is de gezagsverhouding tussen werkgever en werknemer. Op grond van de gezagsverhouding kan de werkgever de werknemer functiegerelateerde instructies geven.⁵² De begrippen “gezagsverhouding” of “ondergeschiktheid” staan niet letterlijk in de wet, maar zijn afgeleid uit de wettekst.⁵³ Daarbij is wel van belang dat deze instructies ten behoeve van de te verrichten arbeid en/of de omstandigheden betreffende die arbeid worden gegeven.⁵⁴ Daarnaast kan de werkgever de werknemer instructies geven op grond van artikel 7:660 BW; het directierecht van de werkgever. Beide zullen hieronder beschreven worden.

3.1.1 Artikel 7:610 BW: de arbeidsovereenkomst en de gezagsverhouding

De relatie tussen de werkgever en de werknemer start bij de arbeidsovereenkomst. De arbeidsovereenkomst is geregeld in artikel 7:610 BW. De arbeidsovereenkomst is de overeenkomst waarbij de ene partij, de werknemer, zich verbindt in dienst van de andere partij, de werkgever, tegen loon gedurende zekere tijd arbeid te verrichten. Indien er voldaan is aan deze vereisten is er sprake van een arbeidsovereenkomst.

- In dienst van: het eerste vereiste voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst is “in dienst van”. Door dit vereiste wordt de arbeidsovereenkomst onderscheiden van andere overeenkomsten zoals de overeenkomst van opdracht en aanneming van werk. Een werknemer is in dienst indien de werkgever op grond van de aangegane overeenkomst de werknemer instructies mag geven omtrent de te verrichten werkzaamheden of ter bevordering van de goede orde in de onderneming.⁵⁵ De werknemer is in dienst indien er een gezagsverhouding bestaat tussen werknemer en werkgever, de werknemer is ondergeschikt aan de werkgever.⁵⁶ De instructies die de werkgever mag geven op grond van de arbeidsovereenkomst moeten te maken hebben met de te verrichten arbeid zoals de plaats, de werktijden of het dragen van werkkleding. Om voldaan te hebben aan het vereiste “in dienst van” is niet noodzakelijk dat er daadwerkelijk instructies worden gegeven, genoeg is dat de mogelijkheid tot het geven van instructies bestaat.⁵⁷ Uit het vereiste in dienst van blijkt dus dat hiervan sprake is indien er een gezagsverhouding bestaat tussen werknemer en

⁵² J. van Drongelen, *De overeenkomsten tot het verrichten van arbeid/vakantie en verlof*, Individueel arbeidsrecht, deel 1, vierde druk, uitgeverij Paris – Zutphen, 2011, pag. 32.

⁵³ G.J.J. Heerma van Voss, 2002 (T&C BW) artikel 7:610 BW.

⁵⁴ J. van Drongelen, *De overeenkomsten tot het verrichten van arbeid/vakantie en verlof*, Individueel arbeidsrecht, deel 1, vierde druk, uitgeverij Paris – Zutphen, 2011, pag. 32.

⁵⁵ H.L. Bakels, *Schets van het Nederlandse arbeidsrecht*, 21^e druk, Kluwer, Deventer-2011, pag. 13.

⁵⁶ www.arbeidsrechter.nl/is-er-een-arbeidsovereenkomst, geraadpleegd op 10-09-2012, p, 12:08 uur.

⁵⁷ J. van Drongelen, *De overeenkomsten tot het verrichten van arbeid/vakantie en verlof*, Individueel arbeidsrecht, deel 1, vierde druk, uitgeverij Paris – Zutphen, 2011, pag. 32.

werkgever en de werknemer op grond van deze gezagsverhouding instructies kan geven aan de werknemer omtrent zijn functie, ook wel het bevoegdheid tot gezagsuitoefening.⁵⁸

- Loon: het tweede vereiste voor het bestaan van de arbeidsovereenkomst is loon. Loon is de door de werkgever aan de werknemer krachtens arbeidsovereenkomst verschuldigde vergoeding ter zake van de bedongen arbeid.⁵⁹ De verschillende vormen van loon zijn vastgelegd in artikel 7:617 BW.
- Gedurende zekere tijd: het derde vereiste voor het bestaan van de arbeidsovereenkomst is gedurende zekere tijd. De arbeidsovereenkomst wordt aangegaan voor een bepaalde tijd, bijvoorbeeld voor een jaar, voor objectief bepaalde duur zoals de duur van een bepaald project, of het aangaan onder ontbindende voorwaarde (wat wil zeggen dat indien de ontbindende voorwaarde zich voordoet, de arbeidsovereenkomst wordt beëindigd).⁶⁰
- Verplichting tot het verrichten van arbeid: het laatste vereiste voor het bestaan van de arbeidsovereenkomst is de verplichting tot het verrichten van de arbeid. Bij het beschikbaar zijn van de werknemer is er al sprake van arbeid. In principe is het vereiste van arbeid gericht op de overeengekomen arbeid, maar steeds meer ook op andere arbeid zoals vervangende/passende arbeid in geval van ziekte.⁶¹ Een extra vereiste van het verrichten van de arbeid is het persoonlijk verrichten van de arbeid op grond van artikel 7:659 BW. De werknemer is verplicht de arbeid zelf te verrichten; hij kan zich daarin niet dan met toestemming van de werkgever door een derde doen vervangen. Dit houdt in dat de arbeidsovereenkomst is aangegaan met een specifieke persoon en dat de persoon waarmee de overeenkomst is gesloten ook daadwerkelijk de werkzaamheden zal moeten uitvoeren. De werknemer kan zich met toestemming van de werkgever door een ander laten vervangen.

Op grond van artikel 7:610 BW is er dus sprake van een arbeidsovereenkomst indien er voldaan is aan de vier bovengenoemde eisen. Uit jurisprudentie blijkt echter dat er nog meer wordt meegewogen indien het gaat om het vaststellen van het soort overeenkomst. Er wordt ook gekeken naar de bedoeling van partijen bij het sluiten van de overeenkomst en hoe er in praktijk invulling wordt gegeven aan de overeenkomst.⁶² Dit vloeit mede voort uit het arrest Groen/Schoevers.⁶³ In deze zaak gaf Groen les bij Schoevers en achtte het belastingtechnisch gunstiger dat Schoevers hem uitbetaalde via zijn commanditaire vennootschap. Er werd geen arbeidsovereenkomst aangegaan. Groen wordt ontslagen waarbij Groen zegt dat er sprake zou zijn van een arbeidsovereenkomst en beschermd zou worden door het ontslagrecht. De Hoge Raad oordeelde hier dat er voldaan was aan de vereisten loon, arbeid en zekere tijd, maar dat hechtte veel waarde aan het feit of partijen met het sluiten van de overeenkomst het sluiten van een arbeidsovereenkomst voor ogen hebben gehad. Nu Groen op zijn verzoek geen arbeidsovereenkomst wilde overeenkomen was de Hoge Raad van mening dat er geen sprake was van een arbeidsovereenkomst en de bescherming van het ontslagrecht niet van toepassing was.⁶⁴ Uit deze uitspraak blijkt dat er niet alleen naar de wettelijke vereisten wordt gekeken om vast te stellen of er sprake is van een arbeidsovereenkomst, maar ook naar de bedoeling van de partijen.

Met de term “in dienst van” wordt de gezagsverhouding tussen werkgever en werknemer aangegeven, ook wel de ondergeschiktheid van de werknemer. Op grond van de arbeidsrelatie heeft

⁵⁸ C.J. Loonstra en W.A. Zondag, 2012 (T&C BW) artikel 7:660 BW.

⁵⁹ H.L. Bakels, *Schets van het Nederlandse arbeidsrecht*, 21^e druk, Kluwer, Deventer-2011, pag. 59.

⁶⁰ J. van Drongelen, *De overeenkomsten tot het verrichten van arbeid/vakantie en verlof*, Individueel arbeidsrecht, deel 1, vierde druk, uitgeverij Paris – Zutphen, 2011, pag. 213.

⁶¹ J. van Drongelen, *De overeenkomsten tot het verrichten van arbeid/vakantie en verlof*, Individueel arbeidsrecht, deel 1, vierde druk, uitgeverij Paris – Zutphen, 2011, pag. 171.

⁶² www.stibbe.nl/upload/591aa81f0112c2b0f079066f5.pdf, geraadpleegd op 10-09-2012, om 12:31 uur.

⁶³ HR 14 november 1997, JAR 1997,263, Groen/Schoevers.

⁶⁴ Asser/Heerma van Voss 7-v*, *Bijzondere overeenkomsten, arbeidsovereenkomst, collectieve arbeidsovereenkomst en ondernemingsovereenkomst*, Mr. C. Assers handleiding tot beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Kluwer, Deventer-2008, pag. 19.

de werkgever het recht om de werknemer instructies omtrent zijn werkzaamheden te geven. De gezagsverhouding tussen werkgever en werknemer geeft de werkgever het recht om toezicht uit te oefenen, leiding te geven en door aanwijzingen of instructies een nadere taakomschrijving te geven.⁶⁵ Daarbij is het zo dat de werkgever het recht heeft op grond van de gezagsverhouding instructies te geven, niet vereist is dat deze instructies ook daadwerkelijk worden gegeven.

Uit de toelichting bij artikel 7:610 BW blijkt dat de (te geven) instructies functiegerelateerde instructies moeten zijn. Het gaat om aanwijzingen over de manier waarop de functie wordt ugeoefend. Het betreffen aanwijzingen of instructies die een nadere invulling geven aan de afspraken die zijn gemaakt in het kader van de arbeidsovereenkomst tussen werkgever en werknemer. Als het gaat om instructies die invloed hebben op het privéleven van de werknemer zullen deze niet snel gebaseerd zijn op artikel 7:610 BW. Dit betreffen zoals gezegd functiegerelateerde instructies. Indien een werknemer een ongezonde levensstijl heeft, heeft dit niet direct uitwerking op zijn functioneren. Pas indien de ongezonde levensstijl een dusdanige uitwerking heeft op zijn functioneren dat de werknemer niet meer de afgesproken arbeidsvoorwaarden kan nakomen, zou een werkgever op grond van artikel 7:610 BW instructies kunnen geven die de privésfeer van de werknemer kunnen raken.

De functiegerelateerde instructies vloeien dus voort uit de gezagsverhouding tussen werkgever en werknemer. De instructies vinden hun grondslag in de gemaakte afspraken in het kader van de arbeidsovereenkomst en de arbeidsvoorwaarden, waarvan de instructies zich kunnen richten tot de wijze waarop de functie door de werknemer wordt ugeoefend.

3.1.2 Artikel 7:660 BW: het directierecht

Naast de gezagsverhouding tussen werkgever en werknemer bestaat ook de instructiebevoegdheid van de werkgever, oftewel het directierecht op grond van artikel 7:660 BW. De werknemer is verplicht zich te houden aan de voorschriften omtrent het verrichten van de arbeid alsmede aan die welke strekken ter bevordering van de goede orde in de onderneming van de werkgever, door of namens de werkgever binnen de grenzen van de algemeen verbindende voorschriften, of overeenkomst aan hem, al dan niet tegelijk met andere werknemers, gegeven. Een voorbeeld van een instructie die de werkgever zou kunnen geven is het dragen van bepaalde werkkleding. Er kan dus onderscheid worden gemaakt tussen het directierecht gericht op voorschriften omtrent het verrichten van arbeid en voorschriften die strekken ter bevordering van de goede orde in de onderneming van de werkgever.⁶⁶ Waar het bij de instructies op grond van de gezagsverhouding voornamelijk gaat om voorschriften die voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst en de arbeidsvoorwaarden, kunnen instructies op grond van het directierecht ook voorschriften betreffen die niet als zodanig onder de arbeidsovereenkomst vallen (ter bevordering van de goede onderneming).⁶⁷ Instructies die worden gegeven ter bevordering van de goede onderneming en die niet onder de instructies op grond van de arbeidsovereenkomst vallen, kunnen dus worden gegeven op grond van het directierecht vastgelegd in artikel 7:660 BW.

Het artikel strikt gelezen, strekt het directierecht alleen tot de voorschriften over de te verrichten arbeid en niet tot voorschriften die uitwerking hebben op de uren buiten de werktijd. De wet kent nog geen specifieke definitie van het begrip arbeidstijd. Arbeidstijd is de tijd waarin de werknemer arbeid verricht.⁶⁸ Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid geeft in zijn wetsvoorstel tot wijziging van de Arbeidstijdenwet een definitie van arbeidstijd; de tijd dat de werknemer onder het

65 G.J.J. Heerma van Voss, 2002 (T&C BW) artikel 7:610 BW.

66 C.J. Loonstra en W.A. Zondag, 2012 (T&C BW) artikel 7:660 BW.

67 C.J. Loonstra en W.A. Zondag, 2012 (T&C BW) artikel 7:660 BW.

68 J. van Drongelen, *De overeenkomsten tot het verrichten van arbeid/vakantie en verlof, Individueel arbeidsrecht*, deel 1, vierde druk, uitgeverij Paris – Zutphen, 2011, pag. 188.

gezag van de werkgever arbeid verricht.⁶⁹ Naast het stellen dat het directierecht strekt tot slechts de uren waarin de werkzaamheden worden verricht, zou je ook kunnen stellen dat instructies ter bevordering van de goede orde in de onderneming ook instructies zouden kunnen impliceren die betrekking hebben op de levensstijl van de werknemer die uitwerking heeft op zijn werkzaamheden. Dit zou inhouden dat de werkgever op grond van het directierecht ook instructies zou kunnen geven aan de werknemer om zijn levensstijl in zijn privé-tijd aan te passen. Instructies kunnen uitwerking hebben op de manier van leven door de werknemer in zijn privé-tijd, indien er voldoende verband bestaat met de werkzaamheden. Daarnaast is dit ook afhankelijk van de functie van de werknemer en het soort bedrijf.⁷⁰ Hoe minder er over de instructiebevoegdheid op grond van het gezagselement is opgenomen in individuele arbeidsovereenkomst en collectieve arbeidsovereenkomst, hoe meer de werkgever de mogelijkheid heeft om het directierecht toe te passen. Andersom is het dat het directierecht van de werkgever beperkt wordt als daar veel over is opgenomen in de arbeidsovereenkomst of cao.⁷¹

De instructies van de werkgever kunnen gericht zijn tot een werknemer persoonlijk of tot een groep werknemers. Deze instructies mogen ook mondeling worden gegeven. Vereist is dat de gegeven instructies door de werkgever redelijk zijn. Ook hier wordt aan de redelijkheid weer invulling gegeven door de jurisprudentie. De instructiebevoegdheid van de werkgever kan bij individuele arbeidsovereenkomst of bij collectieve arbeidsovereenkomst beperkt worden, maar de omstandigheden van het geval spelen ook een rol bij het instructierecht.⁷²

De werkgever dient bij het geven van instructies te blijven binnen de grenzen van de overeenkomst tussen werkgever en werknemer en andere algemeen verbindende voorschriften.⁷³ De werkgever kan bijvoorbeeld instructies geven hoe de werknemer zijn taken dient uit te voeren, het gaat hier om functie gebonden instructies. De belangrijkste vraag die hier gesteld moet worden is of de instructiebevoegdheid ook gaat tot de wijze waarop een werknemer zich in zijn privé-leven gedraagt of dat de werkgever slechts deze bevoegdheid heeft tot gedragingen op de werkvloer zelf. Het geven van instructies die geen betrekking hebben op het verrichten van de arbeid of ter bevordering van de goede orde in de onderneming zijn in principe niet toegestaan, maar ook hier wordt door de Hoge Raad wel eens uitzondering gemaakt.⁷⁴ Een bekend voorbeeld van een dergelijke uitzondering is het arrest Dirksz/Hyatt.⁷⁵

In het arrest Dirksz/Hyatt wordt er onder andere een beroep gedaan op artikel 8 EVRM: recht op eerbiediging van het privé-leven. Het betreft hier het hotel Hyatt op Aruba waar de serveerster in dienst is.⁷⁶ Het Hyatt hotel hanteert een antidrugsbeleid en organiseert drug-free workplace policy trainingen. Het Hyatt hotel heeft zijn werknemers gewezen op een eventueel ontslag indien de medewerkers positief getest zouden worden op het gebruik van drugs. De desbetreffende serveerster in deze casus heeft de drug-free workplace policy ontvangen en ondertekend. De serveerster is getest op het gebruik van cocaïne en marihuana en is daarbij als positief getest. Vervolgens is de serveerster weer getest op het gebruik van drugs, maar ook deze gaf een positief resultaat aan. Vervolgens kon de serveerster uit drie verschillende routes kiezen: zich aanmelden bij een rehabilitatieprogramma, zelf ontslag nemen of ontslagen worden. De werknemer wilde zich

⁶⁹ www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/kamerstukken/2012/04/26/voorstel-van-wet-wijziging-arbeidstijdenwet.html, geraadpleegd op 19-11-2012, om 15:13 uur.

⁷⁰ Van der Grinten, *Arbeidsovereenkomstenrecht*, 22^e druk, Kluwer, Deventer-2008, pag. 263.

⁷¹ D.J.B. de Wolff, *Goedwerknemerschap*, Monografieën sociaal recht Kluwer, Deventer-2007, pag. 11.

⁷² C.J. Loonstra en W.A. Zondag, 2012 (T&C BW) artikel 7:660 BW.

⁷³ D.J.B. de Wolff, *Goedwerknemerschap*, Monografieën sociaal recht Kluwer, Deventer-2007, pag. 11.

⁷⁴ Ruth van Andel, Hein van den Hout, Hand-outs College arbeidsrecht week 4, 12 oktober 2011.

⁷⁵ HR 14 september 2007, LJN: BA5802, Dirksz/Hyatt.

⁷⁶ E. Verhulp en W.A. Zondag, *Disfunctioneren en wangedrag van werknemers*, Monografieën sociaal recht, tweede druk, Kluwer- Deventer 2008, pag. 202.

niet aanmelden bij het rehabilitatieprogramma en is vervolgens op staande voet ontslagen. Om te beoordelen of de inbreuk door Hyatt op artikel 8 EVRM gerechtvaardigd is, door beleid te hanteren dat het gebruik van drugs in de weekenden of buiten werktijd onmogelijk maakt, dient er een toets plaats te vinden of de inbreuk een legitiem doel dient en of het een geschikt middel is om het doel te bereiken.⁷⁷ In deze casus oordeelde de Hoge Raad dat het beleid inderdaad een geschikt middel is om het doel te bereiken nu in de vrije tijd gebruikte drugs negatieve uitwerking kan hebben op de werkzaamheden en de inbreuk is toegestaan gezien de belangen van de werkgever bij het handhaven van een smetteloze reputatie van het hotel.^{78 79}

Voor het afnemen van dergelijke testen zoals in het voorbeeld over de cocaïne gebruikende serveerster dient beoordeeld te worden of dit is toegestaan. De werkgever kan er nadeel van ondervinden indien zijn personeel drank of drugs gebruikt als dit invloed heeft op het uitvoeren van de werkzaamheden en zou daarom zijn personeel willen testen op het gebruik hiervan. Het testen op het gebruik van drank of drugs in zijn privéleven komt in het gedrang met het recht op privacy. Juist hierom is toestaan van het afnemen van een dergelijke test afhankelijk van een belangenafweging.⁸⁰ Op grond van artikel 4 lid 1 Wet op de medische keuringen mag een dergelijke keuring alleen uitgevoerd worden indien er voor de arbeidsovereenkomst speciale medische geschiktheid worden gesteld. Bij dergelijke testen kunnen werkgevers zich beroepen op het goed werknemerschap op grond van artikel 7:611 BW om deel te nemen aan deze controles.⁸¹ Van belang is dat werknemers weten dat er een antidrugs- of antidrank beleid wordt gevoerd zoals het geval was in het Hyatt-arrest en dat werknemers ook op de hoogte zijn van de mogelijkheid om getest te worden op het gebruik daarvan. De werkgever kan dus intern zijn werknemer toetsen op het gebruik van drank of drugs, maar dit dient wel gebaseerd te zijn op het gevoerde beleid van de werkgever of andere gehanteerde voorschriften en de werknemers dienen ook op de hoogte te zijn van dit beleid.^{82 83}

Behalve het Dirksz/Hyatt-arrest zijn er nog meer uitspraken waarin de rechter zich heeft moeten buigen over de vraag of het gevoerde antidrugsbeleid in ondernemingen is toegestaan in combinatie met recht op eerbiediging van het privé leven. In een artikel geplaatst in het Tijdschrift Recht en Arbeid worden twee arresten weergegeven op dit gebied.⁸⁴ In het arrest Madsen werd bij het bedrijf een anti- drugs en alcoholbeleid gevoerd waarbij de werknemers een paar keer per jaar onaangekondigd moesten deelnemen aan testen om het gebruik van drugs of alcohol te controleren.⁸⁵ Een van de medewerkers klaagde dat het afnemen van deze testen in strijd was met artikel 8 EVRM; het recht op eerbiediging van het privéleven en dat er geen sprake zou zijn van een uitzonderingsgrond in lid 2 van artikel 8. Het EHRM achtte deze klacht ongegrond aangezien het bedrijf voldeed aan het toegankelijkheidscriterium en het voorzienbaarheidscriterium nu de medewerkers op de hoogte waren van het bestaan van het gehanteerde antidrugsbeleid en deze hebben moeten ondertekenen. Het EHRM achtte dat er wel sprake was van de uitzonderingsgronden neergelegd in artikel 8 lid 2 EVRM, vanwege de publieke veiligheid en de bescherming van rechten en vrijheden van anderen. Daarnaast ging het EHRM na of de inbreuk gerechtvaardigd is in verhouding tot het doel van de inbreuk. Het EHRM oordeelde dat er sprake was van een inbreuk, maar dat deze

⁷⁷ HR 14 september 2007, LJN: BA5802, Dirksz/Hyatt.

⁷⁸ E. Verhulp en W.A. Zondag, *Disfunctioneren en wangedrag van werknemers*, Monografieën sociaal recht, tweede druk, Kluwer- Deventer 2008, pag. 203.

⁷⁹ P. de Jong, *Leefstijl werknemers, Bemoei je er (niet) mee!*, Advisie juli 2010.

⁸⁰ E. Verhulp, *Grondrechten in het arbeidsrecht*, Kluwer, Deventer- 1999, pag. 157.

⁸¹ nvab.artsennet.nl/web/show/search?searchstring=testen+drugs+alcohol&id=119856&from=0&to=10&googlefilter=&q=testen+drugs+alcohol&domain=NVAB, geraadpleegd op 12-08-2012, om 15:29 uur.

⁸² www.bureauapoort.nl/subpaginas/publicaties/arbo2008nr4.htm, geraadpleegd op 17-08-2012, om 11:52 uur.

⁸³ nvab.artsennet.nl/web/show/search?searchstring=testen+drugs+alcohol&id=119856&from=0&to=10&googlefilter=&q=testen+drugs+alcohol&domain=NVAB, geraadpleegd op 17-08-2012, om 12:23 uur.

⁸⁴ A.H. Pool, *antidrugsbeleid in ondernemingen en het recht op respect voor het privéleven van werknemers*, Tijdschrift Recht en Arbeid, nummer 5/2012, pag. 5-10.

⁸⁵ EHRM 7 november 2002, nr. 58341/00, Madsen/Denemarken.

gerechtvaardigd is op grond van het voorzienbaarheids criterium en sprake van uitzonderingsgronden op grond van artikel 8 lid 2 EVRM.

In 2004 heeft het EHRM ook een uitspraak gedaan over het gehanteerde drugsbeleid in de zaak Wretlund/Zweden.⁸⁶ Hierbij ging het om een werknemer die verplicht werd om controletesten op drugs te ondergaan toen de werkgever daarom vroeg. Ook hier gaf het EHRM aan dat er sprake was van een inbreuk maar dat deze kenbaar was voor de werknemer en voorzienbaar. Daarnaast was de inbreuk gerechtvaardigd in verhouding tot het doel dat het dient, aangezien het hier ging om een kernenergiecentrale en dan de veiligheid van de medewerkers voorop staat.

Bij de arresten Madsen en Wretlund was er sprake van een nationale wettelijke basis die het mogelijk maakte om drugstesten af te nemen. Een dergelijke wettelijke basis bestaat niet in het Nederlandse recht. In Nederland zou het afnemen van drugstesten gebaseerd zijn op artikel 7:660 BW, op grond van het instructierecht van de werkgever, maar daarnaast ook op de arbeidsovereenkomst tussen werknemer en werkgever. Indien het afnemen van een controletest op drugs gebaseerd is op artikel 7:660 BW, dient er ook aan de gestelde eisen van dit artikel voldaan te zijn; het dienen voorschriften te zijn ter bevordering van de goede orde in de onderneming, omtrent het verrichten van de arbeid of binnen de grenzen van algemeen verbindende voorschriften.

Uit zowel de arresten Madsen en Wretlund als het Dirksz/Hyatt-arrest blijkt dat indien de werkgever controletesten bij zijn werknemers wil uitvoeren, er aan bepaalde criteria voldaan moet zijn. Er moet zijn voldaan aan het voorzienbaarheids criterium en het moet kenbaar zijn voor de werknemers. Daarnaast moet de inbreuk op het grondrecht gerechtvaardigd zijn in verhouding tot het doel. Het gehanteerde antidrugsbeleid zal duidelijk aan de werknemers kenbaar moeten worden gemaakt en in Nederland dient een dergelijk beleid instemming te krijgen van de ondernemingsraad op grond van artikel 27 WOR.⁸⁷

Het instructierecht van de werkgever betreft voornamelijk zoals gezegd het verrichten van de arbeid en de bevordering van de goede orde in de onderneming (artikel 7:660 BW). Het instructierecht strekt dus niet alleen tot de werkzaamheden, maar ook tot de goede orde. Daaronder vallen ook een rookverbod, drankverbod etc.⁸⁸ Een werkgever kan bijvoorbeeld ook bepaalde eisen stellen aan kleding, uiterlijk en het uitoefenen van nevenactiviteiten. Voornamelijk het verbod op nevenactiviteiten, het gebruik van alcohol en drugs en het uitoefenen van extreme sporten kan van belang zijn voor instructies met betrekking tot het privéleven. Indien door middel van deze nevenactiviteiten een ongezonde levensstijl in de hand wordt gewerkt of als gevolg hier van ziekte wordt veroorzaakt, is het dan rechtvaardig dat de werkgever hier voor moet opdraaien omdat de werknemer arbeidsongeschikt is geraakt? De werkgever kan zijn werknemer bijvoorbeeld een verbod opleggen tot het uitvoeren van nevenactiviteiten. Een dergelijk verbod is vaak vastgelegd in een CAO of individuele arbeidsovereenkomst. Een verbod op nevenactiviteiten dient te voldoen aan de eisen van de redelijkheid en billijkheid.⁸⁹ Indien er geen verbod op nevenactiviteiten in de overeenkomst is opgenomen, kan het niet vermelden van nevenactiviteiten leiden tot ontbinden van de arbeidsovereenkomst vanwege strijd met het goed werknemerschap, blijkt uit oordeel van de kantonrechter op 4 april 2012.⁹⁰ Op grond van het directierecht kan de werkgever dus ook instructies geven die niet als zodanig voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst, maar meer strekken tot bevordering van de goede orde en dus het privéleven van de werknemer kunnen raken.

⁸⁶ EHRM 9 maart 2004, nr. 46210/99, Wretlund/Zweden.

⁸⁷ A.H. Pool, *Antidrugsbeleid in ondernemingen en het recht op respect voor het privéleven van werknemers*, Tijdschrift Recht en Arbeid, nummer 5/2012, pag. 5-10.

⁸⁸ E. Verhulp, 2011 (T&C BW) artikel 7:660 BW.

⁸⁹ S.W.G. Wolters, *De grenzen en mogelijkheden van het verbod van nevenactiviteiten*, Tijdschrift arbeidsrechtpraktijk, SDU uitgevers, nummer 3, april 2010, pag. 106, 107.

⁹⁰ Kantonrechter Amsterdam, 4 april 2012, JAR 2012, 118.

3.1.3 Disciplinaire maatregelen

Zoals uit de voorgaande paragrafen blijkt heeft de werkgever op grond van de arbeidsovereenkomst het recht om zijn gezag uit te oefenen en instructies te geven aan de werknemer. De werkgever kan ook op grond van het instructierecht bepaalde disciplinaire maatregelen nemen om de werknemer tot de orde te roepen. Een werkgever kan een werknemer niet zo maar ontslaan. Indien de ongezonde levensstijl uitwerking heeft op het functioneren van de werknemer, bijvoorbeeld disfunctioneren, zich regelmatig ziek melden of gedrag op het werk vertonen waarop een straf is gesteld in de arbeidsovereenkomst, kan de werkgever maatregelen nemen. Dit worden ook wel disciplinaire maatregelen genoemd, het schorsen van de werknemer is hiervan een voorbeeld. Veel van de disciplinaire maatregelen zijn niet wettelijk geregeld.⁹¹ Een van de disciplinaire maatregelen die wel wettelijk is geregeld, is de boete. Een ander voorbeeld van een disciplinaire maatregel is de berisping.⁹² Als uiterste maatregel kan een ontslag op staande voet volgen. Vaak bevatten de individuele arbeidsovereenkomst of de CAO regels met betrekking tot de sancties op overtredingen of niet naleven van voorschriften gegeven door de werkgever. Indien er in de arbeidsovereenkomst of cao niets is geregeld over het treffen van maatregelen, kunnen er toch disciplinaire maatregelen genomen worden. Dit op grond van artikel 7:610 BW; de aangegane arbeidsovereenkomst tussen werknemer en werkgever waar uit blijkt dat er een gezagverhouding bestaat, of uit artikel 7:660 BW op grond van het directierecht van de werkgever.⁹³ De disciplinaire maatregelen vinden dus hun grondslag in de wet (de boete), op grond van het directierecht van de werkgever en op grond van de arbeidsovereenkomst tussen werkgever en werknemer. De verschillende disciplinaire maatregelen die een werkgever kan nemen worden hier onder beschreven.

- Boete:

De werkgever kan de boete op grond van artikel 7:650 lid 1 BW slechts stellen op de overtreding van de voorschriften van de arbeidsovereenkomst. Daarbij is vereist dat in de arbeidsovereenkomst een boete is gesteld op de overtreding van de voorschriften en waarbij de hoogte van de boete is vast gesteld. De boete dient in de overeenkomst schriftelijk te zijn aangegaan op grond van 7:650 lid 2 BW. Daarnaast is op grond van artikel 7:650 lid 3 BW vereist dat niet alleen de hoogte van de boete maar ook de bestemming van de boete is vastgelegd, waarbij dit niet mag leiden tot persoonlijk voordeel van de werkgever.

- Berisping:

Als tweede kan de werkgever de werknemer een berisping geven. Een berisping is een waarschuwing aan de werknemer gericht, waarbij wordt aangegeven dat de gedraging van de werknemer zich niet meer mag voordoen. De werkgever kan in deze berisping gevolgen verbinden wanneer de werknemer zich weer schuldig maakt aan het gedrag. Bij de berisping kan er onderscheid worden gemaakt tussen de openbare en de niet-openbare berisping. Bij een niet-openbare berisping wordt het voorval tussen werkgever en werknemer gehouden waarbij de berisping schriftelijk wordt vastgelegd eventueel ondertekend door de werknemer.⁹⁴ De openbare berisping wordt gezien als zwaardere maatregel, omdat de werknemer hier niet de keus heeft om de berisping naar buiten te

⁹¹ Asser/Heerma van Voss 7-v*, *Bijzondere overeenkomsten, arbeidsovereenkomst, collectieve arbeidsovereenkomst en ondernemingsovereenkomst*, Mr. C. Assers handleiding tot beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Kluwer, Deventer-2008, pag. 121.

⁹² Asser/Heerma van Voss 7-v*, *Bijzondere overeenkomsten, arbeidsovereenkomst, collectieve arbeidsovereenkomst en ondernemingsovereenkomst*, Mr. C. Assers handleiding tot beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Kluwer, Deventer-2008, pag. 121.

⁹³ E. Verhulp en W.A. Zondag, *Disfunctioneren en wangedrag van werknemers*, Monografieën sociaal recht, tweede druk, Kluwer- Deventer 2008, pag. 9.

⁹⁴ www.arbeidsrechter.nl/toepassen-verschillende-soorten-disciplinaire-maatregelen, geraadpleegd op 29-08-2012, om 11:30 uur.

brengen of voor zich zelf te houden. Bij een openbare berisping wordt dus het schadelijke gedrag of de overtreding van de werknemer naar buiten gebracht.

- Loonsanctie:

De werkgever kan de werknemer een loonsanctie geven op grond van artikel 7:629 lid 3 en lid 6 BW. In lid 1 van artikel 7:629 BW wordt het recht op loon weergegeven in het geval van ziekte of zwangerschap. Een uitzondering daarop wordt gemaakt in lid 3: de werknemer heeft geen recht op doorbetaling van het loon indien de ziekte door de werknemer met opzet is veroorzaakt of dat de ziekte een gevolg is van het verstrekken van valse informatie zodat hij zijn functie niet juist kon uitvoeren, dat de werknemer zijn ziekte belemmert of dat de werknemer weigert passende arbeid te verrichten. Daarnaast kan de werkgever op grond van lid 6 het loon opschorten indien de werknemer niet voldoet aan de vraag van de werkgever de juiste inlichtingen te geven. Indien de werknemer deze vereisten niet nakomt kan de werkgever door middel van het opschorten van loon of het verminderen van loon de werknemer sanctioneren. Een voorbeeld van een loonsanctie die de werkgever kan opleggen is het enkel uitkeren van de wettelijke 70% van het loon tijdens ziekte, maar niet de aanvulling tot 100% op grond van de toepasselijke CAO (zie ook het zaalvoetbalarrest in paragraaf 4.1.2).

- Overplaatsing:

Overplaatsing of degradatie is niet wettelijk geregeld. Overplaatsing komt voor indien er sprake is van onvoldoende functioneren of als er bijvoorbeeld een conflict is tussen collega's.⁹⁵ Het overplaatsen kan als disciplinaire maatregel gelden, indien de werknemer zich schuldig heeft gemaakt aan een bepaalde gedraging die niet wordt getolereerd. Daarbij is van belang dat indien er in de cao een vermelding is gemaakt van de mogelijke disciplinaire maatregelen en overplaatsing daar niet bij staat, overplaatsing in principe niet mogelijk is. Op deze regel wordt een uitzondering gemaakt indien er een dringende reden waardoor de werkgever de werknemer ook op staande voet had kunnen ontslaan. Indien er een dergelijke dringende reden bestaat is een demotie ook toegestaan ondanks dat dit niet in de desbetreffende CAO zou zijn opgenomen.⁹⁶ De werkgever dient bij de overplaatsing na te gaan of er sprake is van een dringende reden of een deugdelijke grond, waarbij de werkgever ook met de belangen van de werknemer rekening moet houden.⁹⁷

- Schorsing:

Ook de schorsing is niet wettelijk geregeld. Bij schorsing kan er een onderscheid worden gemaakt tussen schorsing met behoud van loon en schorsing zonder behoud van loon. De werkgever mag schorsing als maatregel alleen opleggen indien de werknemer ernstig te kort is geschoten, waarbij een werknemer ook geschorst mag worden indien dit niet is overeengekomen bij CAO of individuele arbeidsovereenkomst.⁹⁸ Bij de schorsing moet ook het goed werkgeverschap in aanmerking worden genomen en worden nagegaan of de genomen maatregel wel evenredig is in verhouding tot de gedraging van de werknemer.⁹⁹ Bij schorsing kan er het onderscheid worden gemaakt tussen schorsing met behoud van loon of schorsing zonder het behoud van loon. Over het algemeen zal er bij schorsing het loon worden behouden. Bij schorsing zonder behoud van loon is vereist dat in de

⁹⁵ D.J.B. de Wolff, *Goedwerknemerschap*, Monografieën sociaal recht Kluwer, Deventer-2007, pag.95.

⁹⁶ E. Verhulp en W.A. Zondag, *Disfunctioneren en wangedrag van werknemers*, Monografieën sociaal recht, tweede druk, Kluwer- Deventer 2008, pag. 26.

⁹⁷ D.J.B. de Wolff, *Goedwerknemerschap*, Monografieën sociaal recht Kluwer, Deventer-2007, pag.100.

⁹⁸ Asser/Heerma van Voss 7-v*, *Bijzondere overeenkomsten, arbeidsovereenkomst, collectieve arbeidsovereenkomst en ondernemingsovereenkomst*, Mr. C. Assers handleiding tot beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Kluwer, Deventer-2008, pag. 124.

⁹⁹ Asser/Heerma van Voss 7-v*, *Bijzondere overeenkomsten, arbeidsovereenkomst, collectieve arbeidsovereenkomst en ondernemingsovereenkomst*, Mr. C. Assers handleiding tot beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Kluwer, Deventer-2008, pag. 124.

CAO of de individuele arbeidsovereenkomst is opgenomen onder welke omstandigheden een werknemer geschorst kan worden en dat het loon dan niet doorbetaald wordt.¹⁰⁰ Indien er niets in de overeenkomst is vastgelegd dient er sprake te zijn van bijzondere omstandigheden dat het niet redelijk zou zijn het loon door te betalen. Dit is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Het komt vaak voor dat de werknemer eerst geschorst wordt waarna deze ontslagen wordt.¹⁰¹

- Ontslag op staande voet:

Het ontslag op staande voet is de meest ingrijpende disciplinaire maatregel die een werkgever zou kunnen nemen. Wil er ontslag op staande voet gegeven kunnen worden moet er voldaan zijn aan de dringende reden zoals neergelegd in artikelen 7:677 en 7:678 BW. Het dient hier te gaan om dusdanige daden, eigenschappen of gedragingen dat redelijkerwijs niet van de werkgever (of werknemer) gevergd kan worden de arbeidsovereenkomst voort te laten duren.

Bij het nemen van de disciplinaire maatregelen wordt er allereerst gekeken of er een wettelijke grondslag is voor deze maatregelen. Dit kan in de individuele arbeidsovereenkomst, een collectieve arbeidsovereenkomst of een wettelijke regeling zijn. Vervolgens moeten de maatregelen voldoen aan de toets van het goed werkgeverschap, aan de evenredigheid en redelijkheid. De werknemer moet bijvoorbeeld duidelijk worden gemaakt dat het gedrag niet toelaatbaar is en dat er een sanctie wordt gesteld op herhaling (berisping). Daarnaast moet de genomen maatregelen in verhouding staan tot de gedraging van de werknemer.

3.2 Instructierecht van de werkgever in combinatie met artikel 10 Grondwet en artikel 8 EVRM

Zoals uit het bovenstaande is gebleken, heeft een werkgever instructierecht wanneer het gaat om de te verrichten arbeid en voorschriften ter bevordering van de goede orde in de onderneming. Waar precies de grens ligt met betrekking tot het instructierecht is niet in de wet opgenomen en wordt voornamelijk door jurisprudentie ingevuld. Het geven van instructies met betrekking tot de ongezonde levensstijl kunnen in eerste instantie onder artikel 7:660 BW worden geschaard, omdat het hier gaat om instructies die in principe de arbeidsovereenkomst of de arbeidsvoorwaarden niet raken. Zodra de ongezonde levensstijl dusdanige invloed heeft op de werkzaamheden dat de werknemer niet meer voldoende functioneert naar de door de werkgever gestelde eisen, verschuift de instructiebevoegdheid meer naar artikel 7:610 BW. Een andere zaak is het als in de overeenkomst is vastgelegd dat er sprake is van (zoals in het Dirksz/Hyatt-arrest) een drug-free policy. Indien een werknemer dan gebruik maakt van verdovende middelen kan een werkgever instructies geven op grond van artikel 7:610 BW, omdat dit uit de arbeidsovereenkomst/arbeitsvoorwaarden voortvloeit.

Wanneer het instructies betreffen die ook uitwerking hebben op de levensstijl in de privétijd kunnen deze instructies strijd leveren met het recht op privacy neergelegd in artikel 10 van de Grondwet en artikel 8 EVRM. Artikel 10 Grondwet luidt: ieder heeft, behoudens bij of krachtens de wet te stellen beperkingen, recht op eerbiediging van zijn persoonlijke levenssfeer. Dit houdt in dat in principe het recht op privacy geldt, maar dat in speciale gevallen zoals in de wet neergelegd, dit recht beperkt kan worden. Een voorbeeld hiervan is in het strafrecht ter bevordering van de opsporing van misdaden.¹⁰² Wat er precies onder het recht op privacy moet worden verstaan is niet helemaal duidelijk. De artikelen 11, 12 en 13 Grondwet vallen in ieder geval onder artikel 10 Grondwet

¹⁰⁰ www.arbeidsrechter.nl/toepassen-verschillende-soorten-disciplinaire-maatregelen, geraadpleegd op 28-08-2012, om 12:52 uur.

¹⁰¹ E. Verhulpen en W.A. Zondag, *Disfunctioneren en wangedrag van werknemers*, Monografieën sociaal recht, tweede druk, Kluwer- Deventer 2008, pag. 29.

¹⁰² www.denederlandsegrondwet.nl/9353000/1/j9vviHf299q0sr/vgmb16ah4zz, geraadpleegd op 08-08-2012, om 10:54 uur.

(ontastbaarheid van het menselijk lichaam, huisrecht en het briefgeheim). Het doel van de wetgever om geen specifieke definitie te geven aan wat artikel 10 Grondwet precies omvat, is net als bij de redelijkheid & billijkheid, om hier voldoende ruimte over te laten aan de rechtsontwikkeling en nadere invulling door jurisprudentie.¹⁰³ Het grondrecht vastgelegd in artikel 10 kan slechts bij of krachtens de wet beperkt worden. Daar niet in de wet is vastgelegd wat er precies onder persoonlijke levenssfeer moet worden verstaan, is het aan de rechter om dit begrip nader in te vullen en het begrip ruim uit te leggen.¹⁰⁴ Doordat er geen specifieke definitie is van artikel 10 Grondwet kun je je indenken dat het hebben van een bepaalde levensstijl door bijvoorbeeld het gebruik van drank of drugs ook onder dit artikel valt. Artikel 8 EVRM luidt: een ieder heeft recht op respect voor zijn privé leven, zijn familie- en gezinsleven, zijn woning en zijn correspondentie. Op grond van artikel 8 EVRM zijn beperkingen alleen toelaatbaar indien dit bij de wet is voorzien en dit noodzakelijk is in het belang van de nationale veiligheid, openbare veiligheid of het economisch welzijn van het land, voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen. Artikel 10 Grondwet en artikel 8 EVRM bieden beide bescherming voor de eerbiediging van het privé leven. Verschil is dat artikel 8 EVRM weergeeft wat er nog meer onder het artikel valt, terwijl er bij de Grondwet aparte artikelen voor zijn opgenomen (zoals het briefgeheim). Daarnaast geeft artikel 8 EVRM de uitzonderingsgronden aan in lid 2, terwijl artikel 10 Grondwet slechts aangeeft dat het recht ingeperkt kan worden bij of krachtens de wet te stellen beperkingen. Naast artikel 8 EVRM en artikel 10 Grondwet is het recht op privacy ook nog in andere wettelijke regelingen vastgelegd, zoals in artikel 17 IVBPR: niemand mag worden onderworpen aan willekeurige of onwettige inmenging in zijn privéleven, zijn gezinsleven, zijn huis en zijn briefwisseling, noch aan onwettige aantasting van zijn eer of goede naam. Daarnaast is de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer ook vastgelegd in de artikelen 7, 8 en 9 Handvast van de EU.¹⁰⁵

Bij de werking van grondrechten dient er een verschil te worden gemaakt tussen de horizontale werking en de verticale werking van grondrechten. De verticale werking van grondrechten geldt tussen overheid en burger, in dit geval hebben de grondrechten directe werking.¹⁰⁶ Het doel van de klassieke grondrechten zoals het recht op privacy is om het de overheidbemoeienis zo veel mogelijk te beperken. Bij de sociale grondrechten zoals het recht op gezondheidszorg is het juist het doel dat de overheid hier actie onderneemt.¹⁰⁷ Naast de verticale werking tussen overheid en burger is er ook de horizontale werking tussen burgers onderling, maar verschil met de verticale werking is dat bij horizontaal de grondrechten niet altijd doorwerking hebben, dit omdat de grondrechten met name op de overheid gericht zijn.¹⁰⁸ Van deze horizontale werking is bijvoorbeeld sprake bij de doorwerking van grondrechten in de arbeidsovereenkomst. Bij de horizontale werking kan weer een onderscheid worden gemaakt tussen directe en indirecte werking. Van directe werking is sprake bij grondrechten die rechtstreeks bij de rechter afgedwongen kunnen worden, van indirecte horizontale werking is sprake bij grondrechten die doorwerken via privaatrechtelijke normen zoals het goed werkgeverschap.¹⁰⁹ Grondrechten zijn niet alleen neergelegd in de Nederlandse Grondwet, maar ook in internationale verdragen zoals het EVRM. De internationale grondrechten hebben doorwerking op grond van artikel 93 en 94 Grondwet, als ze zijn bekendgemaakt en naar hun inhoud een ieder kunnen verbinden. Dit houdt in dat ze niet eerst naar Nederlands recht hoeven te worden omgezet

¹⁰³ Bunschoten, 2009 (T&C GW) artikel 10 Grondwet.

¹⁰⁴ E. Verhulp, *Grondrechten in het arbeidsrecht*, Kluwer, Deventer- 1999, pag. 135.

¹⁰⁵ Bunschoten, 2009 (T&C GW) artikel 10 Grondwet.

¹⁰⁶ E. Verhulp, *Grondrechten in het arbeidsrecht*, Kluwer, Deventer- 1999, pag. 9.

¹⁰⁷ www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/grondwet-en-statuut/grondwet/grondrechten, geraadpleegd op 14-08-2012, 10:46 uur.

¹⁰⁸ E. Verhulp, *Grondrechten in het arbeidsrecht*, Kluwer, Deventer- 1999, pag. 15.

¹⁰⁹ P.W.C. Akkermans, *Grondrechten; grondrechten en grondrechtsbescherming in Nederland*, vierde druk, Kluwer, Deventer-2005, pag. 177.

maar rechtstreeks doorwerken.¹¹⁰ De internationale grondrechten kunnen ook hun doorwerking hebben op de horizontale verhoudingen tussen werkgever en werknemer op grond van open normen zoals de redelijkheid en billijkheid.¹¹¹

De bescherming van de privacy geldt als uitgangspunt bij de belangenafweging bij artikel 8 EVRM. In geval van een inbreuk op artikel 8 EVRM dient er voldaan te zijn aan het noodzakelijkheidvereiste. Dit noodzakelijkheidvereiste kan weer opgesplitst worden in; de dringende noodzaak tot het beperken van het grondrecht en de beperking moet evenredig zijn tot het beoogde doel, ook wel proportioneel.¹¹² Bij een inbreuk op artikel 10 Grondwet wordt er getoetst aan de proportionaliteit waarbij ook het belang van de maatregel wordt afgewogen tegen de inbreuk op de persoonlijke levenssfeer. Bij een belangenafweging tussen burgerburger of het grondrecht beperkt mag worden dienen alle omstandigheden van het geval in acht te worden genomen.¹¹³ Uit jurisprudentie blijkt dat er enigszins een soort richtlijn wordt gebruikt om af te wegen of een inbreuk gerechtvaardigd is; er wordt gekeken of een beperking contractueel is vastgelegd. Indien de beperking contractueel is vastgelegd houdt dit nog niet in dat de rechter hier in mee gaat.¹¹⁴ Het kan zijn dat als alle omstandigheden van het geval worden meegewogen de contractuele beperking niet meer van belang is. Daarnaast wordt gekeken naar wat de aard van het betreffende grondrecht is en of de inbreuk op het grondrecht evenredig is in verhouding met het geschonden belang en of de werkgever het doel ook op een andere (minder ingrijpende wijze) kon bereiken.^{115 116}

Een voorbeeld van een uitspraak uit 2002 waarin het instructierecht van de werkgever in het gedrang kwam, is het arrest waarin artikel 10 Grondwet voldoende grondslag bood om een militair een drankverbod op te leggen.¹¹⁷ In deze zaak is de militair een drankverbod opgelegd nadat deze op een werkdag om half negen in de ochtend dronken en bierdrinkend was aangetroffen. De militair stelde dat het drankverbod een inbreuk maakt op artikel 10 Grondwet, artikel 8 EVRM en op artikel 17 IVBPR.¹¹⁸ Het ging hier om een drankverbod zowel tijdens als buiten werktijd aan boord. Het drankverbod was gebaseerd op algemene scheepsveiligheid en de ordelijke gang van zaken op het schip. Daarnaast was de militair verplicht zijn taken naar zijn beste kunnen uit te voeren en de orders van de gezaghebbende op te volgen, op grond hier van bleek er voldoende grond om de inbreuk op het grondrecht vastgelegd in artikel 10 van de Grondwet te rechtvaardigen.

Een ander voorbeeld is een uitspraak uit 2010 over een CBR-medewerker die ontslagen werd na een verkeersongeval waarbij deze dronken medewerker betrokken was. De medewerker veroorzaakte in beschoonen toestand een ongeluk waarbij uit een blaastest bleek dat hij meer dan de toegestane hoeveelheid alcohol had genuttigd. De medewerker heeft dit ongeval niet aan het CBR doorgegeven. De medewerker zegt dan ook dat het ongeval buiten werktijd heeft plaatsgevonden en dat het CBR geen beleid voert met betrekking tot verkeerssituaties in de privé-tijd van de werknemer.¹¹⁹ De kantonrechter oordeelde in deze zaak (met in achtneming van de andere omstandigheden die van belang waren in deze zaak) dat de werknemer in dienst was bij een instantie die tot doel heeft om de verkeersveiligheid te bevorderen en juist mensen er op attent te maken dat alcohol en verkeer een

¹¹⁰ W.L. Roozendaal, *Werk en Privé, de strijd om tijd in het arbeidsovereenkomstenrecht*, proefschrift, 2011, pag. 432.

¹¹¹ E. Verhulp, *Grondrechten in het arbeidsrecht*, Kluwer, Deventer- 1999, pag. 22.

¹¹² www.overkleeft-

verburg.nl/PDFs/Het%20grondrecht%20op%20eerbiediging%20van%20de%20persoonlijke%20levenssfeer.pdf, geraadpleegd op 05-09-2012, om 15:56 uur.

¹¹³ E. Verhulp, *Grondrechten in het arbeidsrecht*, Kluwer, Deventer- 1999, pag. 26.

¹¹⁴ E. Verhulp, *Grondrechten in het arbeidsrecht*, Kluwer, Deventer- 1999, pag. 44.

¹¹⁵ E. Verhulp, *Grondrechten in het arbeidsrecht*, Kluwer, Deventer- 1999, pag. 26.

¹¹⁶ Van der Grinten, *Arbeidsovereenkomstenrecht*, 22^e druk, Kluwer, Deventer-2008, pag. 71.

¹¹⁷ Centrale Raad van Beroep, 3 mei 2002, LJN AE4696.

¹¹⁸ Centrale Raad van Beroep, 3 mei 2002, LJN AE4696.

¹¹⁹ www.juridischkennisportaal.nl/wiki/arbeidsrecht/ontbinding-door-kantonrechter/verkeersongeval-na-overmatig-drankgebruik-levert-dringende-reden-op-ontslag-cbr-medewerker.htm, geraadpleegd op 12-08-2012, om 12:37 uur.

gevaarlijke combinatie zijn, dat op grond hiervan hogere eisen aan de werknemers in het verkeer mogen worden gesteld en daarbij ook in het privéleven van de werknemer. De werknemer zou niet aan deze hogere eisen hebben voldaan en zou daarnaast ook nog eens hebben nagelaten het CBR op de hoogte te stellen van zijn ongeval. In dit geval werd dan ook de dringende reden voor ontslag aangenomen en zo ook de inbreuk op het desbetreffende grondrecht toegestaan.¹²⁰

Als de werkgever de privacy artikelen zoals neergelegd in de Grondwet of het EVRM waarborgt, kan deze ook handelen in strijd met het goed werkgeverschap. Dit omdat de het goed werkgeverschap ook fungeert als schakelbepaling.¹²¹ De genoemde artikelen over de bescherming van de privacy gelden tussen zowel staat en burger, als tussen personen onderling. Daarom kan een werknemer deze rechten ook invoeren tegenover zijn werkgever.¹²² Daarbij is het niet uitgesloten dat de werkgever geen controle maatregelen zou mogen uitvoeren, zoals in het arrest van de cocaïne gebruikende serveerster, maar de werkgever dient daarbij wel de grondrechten van de werknemer in acht te nemen.

3.3 Goed werkgeverschap en goed werknemerschap

Artikel 7:611 BW geeft aan dat zowel werkgever als werknemer zich als goed werkgever en goed werknemer dienen te gedragen. Dit houdt in dat beide partijen op dusdanige wijze invulling moeten geven aan de arbeidsovereenkomst zoals verwacht door de partijen. Werkgever en werknemer zullen beide hun plichten moeten nakomen zodat zij de ander niet belemmeren in het uitvoeren van hun taken of procedures. De werkgever dient bij het geven instructies aan de werknemer zich als goed werkgever te gedragen. Daarnaast dient de werknemer zich als goed werknemer te gedragen tijdens het uitvoeren van zijn werkzaamheden, maar ook buiten zijn werkzaamheden. Een werknemer mag bijvoorbeeld niet door nevenactiviteiten zijn gezondheid schaden.¹²³ Het schaden van de gezondheid zou weer uitwerking kunnen hebben op het functioneren van de werknemer. Hier zou je uit af kunnen leiden dat een werknemer ook in zijn privétijd gehouden is zich als goed werknemer te gedragen door zich te onthouden van bepaalde gedragingen die invloed uit kunnen oefenen op het functioneren tijdens werktijd, zoals het beoefenen van gevaarlijke sporten, het gebruik van drugs etc.

Dit artikel ziet niet alleen toe op de bedoeling van partijen onderling, maar ook voor het arbeidsrecht relevante ontwikkelingen en verhoudingen.¹²⁴ Het kan bijvoorbeeld zijn wat nu redelijk wordt geacht, dit een aantal jaar geleden niet voor redelijk werd gezien. Voor het invullen van de begrippen goed werknemer- en goed werkgeverschap moet er van uit worden gegaan van de uitleg van de begrippen redelijkheid & billijkheid.¹²⁵ De redelijkheid en billijkheid zijn in verschillende wetsartikelen neergelegd zoals in de artikelen 6:2, 6:248 en 3:12 BW. De redelijkheid en billijkheid komen volgens de Hoge Raad tot uiting in artikel 7:611 BW, zodat op deze manier de artikelen van goed werknemerschap- en werkgeverschap samen hangen met de redelijkheid en billijkheid.¹²⁶ Artikel 3:12 BW geeft dan ook aan waar bij het vaststellen van de redelijkheid en billijkheid rekening mee dient te worden gehouden; met de algemeen erkende rechtsbeginselen, met de in Nederland

¹²⁰ www.juridischkennisportaal.nl/wiki/arbeidsrecht/ontbinding-door-kantonrechter/verkeersongeval-na-overmatig-drankgebruik-levert-dringende-reden-op-ontslag-cbr-medewerker.htm, geraadpleegd op 12-08-2012, om 12:47 uur.

¹²¹ M.C.A. Hollants, *Praktijkgids arbeidsrecht*, Kluwer, Alphen aan den Rijn-2009, pag. 165.

¹²² M.C.A. Hollants, *Praktijkgids arbeidsrecht*, Kluwer, Alphen aan den Rijn-2009, pag. 165.

¹²³ D.J.B. de Wolff, *Goedwerknemerschap*, Monografieën sociaal recht Kluwer, Deventer-2007, pag. 4.

¹²⁴ E. Verhulp, 2011 (T&C BW) artikel 7:611 BW.

¹²⁵ M.C.A. Hollants, *Praktijkgids arbeidsrecht*, Kluwer, Alphen aan den Rijn-2009, pag. 157.

¹²⁶ openaccess.leidenuniv.nl/bitstream/handle/1887/14845/V%202004-1%20Kroniek%20van%20het%20sociaal%20recht%20maart%202004.pdf?sequence=2, geraadpleegd op 31_07-2012, om 14:47 uur.

algemeen erkende rechtsbeginselen en met de maatschappelijke en persoonlijke belangen die in een gegeven geval zijn betrokken. Er wordt dus bij het vaststellen van de redelijkheid en billijkheid gekeken naar alle omstandigheden van dat specifieke geval.

3.3.1 Invulling van het goed werknemerschap

Het goed werknemer- werkgeverschap zijn zogenoemde open normen. De wetgever heeft deze norm bewust niet letterlijk ingevuld, omdat deze niet de veranderingen op het terrein van het arbeidsrecht kan voorzien. Het is aan de rechter om door middel van jurisprudentie invulling te geven aan deze open normen. Er worden verschillende definities weergegeven van wat onder goed werkgever- en goed werknemerschap zou kunnen worden verstaan. Een voorbeeld van een definitie die TNO geeft voor het goed werkgeverschap is het gedrag van werkgevers dat optimaal rekening houdt met de belangen van de werknemers vanuit de overtuiging dat dit voordeel heeft voor hen allen.¹²⁷ Andersom zou goed werknemerschap volgens de definitie van TNO moeten zijn: het gedrag van werknemers dat optimaal rekening houdt met de belangen van de werkgevers (en leidinggevend) vanuit de overtuiging dat dit voordeel heeft voor hen allen.¹²⁸

Uit jurisprudentie blijkt vaak wat er in de praktijk onder dit begrip mag worden verstaan. Twee bekende uitspraken over de inhoud van het begrip goed werknemerschap zijn de zaken Van der Lely/Taxi Hofman en Stoof/Mammoet.^{129 130} In deze uitspraken wordt aangegeven wanneer een werknemer akkoord dient te gaan met de eenzijdige wijziging van de arbeidsovereenkomst door de werkgever. Zowel werknemer als werkgever dienen zich als goed werknemer en goed werkgever te gedragen op grond van artikel 7:611 BW en alle omstandigheden van het geval dienen in acht te worden genomen bij de bepaling of een wijziging redelijk is of niet.¹³¹ Deze twee zaken zullen hieronder besproken worden om een voorbeeld te geven aan de invulling van het goed werknemerschap.

Van der Lely/Taxi Hofman: aanbod van de werkgever aanvaarden

In 1998 werd uitspraak gedaan in de zaak Van der Lely/Taxi Hofman.¹³² In deze casus ging het om een taxichauffeur die arbeidsongeschikt was. Als vervangende arbeid ging deze chauffeur als administratief medewerker en centralist aan de slag. Inmiddels werkte een andere werknemer op de administratie en was er sprake van vermindering van de administratieve werkzaamheden. De chauffeur werd dan ook een nieuw voorstel gedaan om een aantal uur als centralist en verder weer als taxichauffeur te gaan werken, waarbij er geen gevolgen voor het salaris zouden zijn. De werknemer weigerde om weer als chauffeur te gaan werken. In dit arrest werd kort gezegd bepaald dat de werknemer in principe positief dient in te gaan op redelijke voorstellen van de werkgever in verband met gewijzigde omstandigheden, tenzij dit redelijkerwijs niet van de werknemer kan worden gevergd.¹³³ De Hoge Raad acht dat het niet uit maakt of de gewijzigde omstandigheden in de risicosfeer van de werkgever of de werknemer liggen.¹³⁴

¹²⁷ www.vhg.org/site.php?id=1277, geraadpleegd op 31-07-2012, om 13:56 uur.

¹²⁸ www.vhg.org/site.php?id=1277, geraadpleegd op 31-07-2012, om 13:58 uur.

¹²⁹ HR 14 maart 2008, JAR 2008/204, Mammoet/Stoof.

¹³⁰ HR 26 juni 1998, JAR 1998/199 Van der Lely/Taxi Hofman.

¹³¹ HR 14 maart 2008, JAR 2008/204, Mammoet/Stoof.

¹³² HR 26 juni 1998, JAR 1998/199 Van der Lely/Taxi Hofman.

¹³³ www.banning.nl/1618/home-nl/publicaties/archief/functiewijziging-acceptatie-verplicht.html, geraadpleegd op 31-07-2012, om 14:53 uur.

¹³⁴ H.L. Bakels, *Schets van het Nederlandse arbeidsrecht*, 21^e druk, Kluwer, Deventer-2011, pag. 77.

Stoof/Mammoet: aanbod van de werkgever moet ook redelijk zijn

In het arrest Stoof/Mammoet ging werd er verwezen naar de rechtsregel uit Van der Lely/Taxi Hofman en betrof ook of het onder het goed werknemerschap valt om een aanbod tot functiewijziging van de werkgever te aanvaarden. Het ging in Stoof/Mammoet om een statutair directeur van bedrijf Stotra en beheerde 50% van de aandelen. De andere 50% van de aandelen beheerde het bedrijf Mammoet. Mammoet en de statutair directeur (verder werknemer) zijn vervolgens een overeenkomst aangegaan waarbij de directeur zijn aandelen verkocht aan Mammoet, zou aftreden als statutair directeur en voor een periode van 10 jaar zou gaan werken bij Mammoet als technisch directeur. Nadat de aandelen zijn overgedragen werd de directeur verteld dat hij niet als technisch directeur zou komen te werken, maar als adviseur van de directeur van Mammoet Global B.V., dit als gevolg van wijzigingen in de organisatie waardoor de functie van technisch directeur niet meer bestaat. De werknemer stelt een aantal eisen die Mammoet niet wil inwilligen waarna de werknemer niet akkoord gaat met de functiewijziging, zijn werkzaamheden staakt maar zich wel beschikbaar houdt voor het uitoefenen van de functie van technisch directeur, waarna Mammoet de loonbetaling staakt. Mammoet geeft aan dat door de overname van Mammoet er een aanpassing van de functie noodzakelijk was en dat zij redelijke voorstellen heeft gedaan maar werknemer deze weigerde. Er werd ingegaan op de rechtsregel van Van der Lely/Taxi Hofman, dat een werknemer in principe positief behoort in te gaan op redelijke voorstellen van de werkgever in verband met gewijzigde omstandigheden. De werknemer zou daar in dit geval niet aan hebben voldaan aangezien de werknemer zich niet positief heeft opgesteld ten aanzien van de gedane voorstellen. Het Gerechtshof Amsterdam is nagegaan of er sprake was van gewijzigde omstandigheden, wat vastgesteld werd. Het Hof heeft de redelijkheidstoets toegepast: is er voldaan aan de formele zorgvuldigheidseisen (het voorstel tot functiewijziging op een open manier gedaan en met de werknemer besproken) en is het voorstel zelf ook redelijk?

Het Hof geeft aan dat hier aan voldaan is aangezien Mammoet in een brief heeft aangeboden nog verder te praten over de inhoud van de functie en wat partijen van elkaar mogen verwachten. Daarnaast werd nagegaan of het voorstel inhoudelijk redelijk is.¹³⁵ Het voorstel werd redelijk bevonden aangezien het voorstel geen gevolgen voor het salaris zou hebben en het niet onredelijk is om onder de leiding van een andere persoon te worden geplaatst. Als laatste stelde het Hof vast of het aanvaarden van de nieuwe functie redelijkerwijs niet van de werknemer gevergd kon worden. De werknemer stelt cassatie in omdat het Hof de onaanvaardbaarheidstoets op grond van artikel 6:248 lid 2 BW had moeten toepassen en niet de redelijkheidstoets.

De Hoge Raad oordeelde dat bij de beoordeling of het voorstel redelijk is, alle omstandigheden van het geval moeten worden meegewogen;

- de aard van de gewijzigde omstandigheden
- de aard en ingrijpendheid van het voorstel
- het belang van de werkgever en de door hem gedreven onderneming
- de positie van de werknemer
- het belang van de werknemer bij het ongewijzigd blijven van zijn arbeidsvoorwaarden.¹³⁶

Na de beoordeling of het gaat om een redelijk voorstel van de werkgever moet worden vastgesteld of aanvaarding van het voorstel van de werknemer kan worden verwacht. De Hoge raad oordeelde dat de rechtsregel uit Van der Lely/Taxi Hofman een redelijkheidstoets inhoudt en niet een onaanvaardbaarheidstoets en stelde de werknemer in het ongelijk.¹³⁷ De uitspraak Stoof/Mammoet

¹³⁵ www.stibbe.nl/upload/3620370c011eca75e6e102a56.pdf, geraadpleegd op 05-09-2012, om 14:34 uur.

¹³⁶ Productenblad: eenzijdige wijziging arbeidsvoorwaarden, via hbo-kennisbank.uvt.nl/cgi/av/show.cgi?fid=4300, geraadpleegd op 05-09-2012, om 11:51 uur. Behorende bij scriptie; eenzijdige wijziging arbeidsvoorwaarden, onder welke voorwaarden mag dat? Auteur: K. Haya.

¹³⁷ www.banning.nl/1618/home-nl/publicaties/archief/functiewijziging-acceptatie-verplicht.html, geraadpleegd op 05-09-2012, om 11:43 uur.

biedt aanvulling op de uitspraak in Van der Lely/Taxi Hofman, in die zin dat het gedane voorstel zelf ook redelijk moet zijn.

Samenvattend kan worden gezegd dat het goed werknemerschap invulling krijgt door onder andere de arresten Van der Lely/Taxi Hofman en Mammoet/Stoof. Bij wijziging van een functie dient de werknemer over het algemeen positief in te gaan op een voorstel van de werkgever indien deze wijziging gevolg is van gewijzigde omstandigheden, tenzij aanvaarding redelijkerwijs niet van de werknemer kan worden gevergd. Daarbij dient het voorstel van de werkgever redelijk te zijn waarbij het voorstel en de aanvaarding getoetst te worden aan de redelijkheid, waarbij alle omstandigheden van het geval worden meegewogen.

3.3.2 Kapstokartikel en schakelbepaling

Artikel 7:611 BW wordt gezien als zowel een kapstokartikel als een schakelbepaling.¹³⁸ Een schakelbepaling omdat bepaalde rechtsregels die normaal geen rechtstreekse doorwerking hebben, via de redelijkheid en billijkheid wel een doorwerking kunnen hebben. Een voorbeeld hiervan is artikel 10 Grondwet: eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer. Op grond van het Agfa-arrest dienen algemeen erkende rechtsbeginselen in aanmerking te worden genomen bij het toepassen van artikel 7:611 BW, op deze manier kunnen dus rechtsbeginselen die niet direct werking hebben, wel doorwerken op grond van het goed werkgever- en het goed werknemerschap.¹³⁹ Daarnaast is artikel 7:611 BW een kapstokartikel omdat zowel werkgever als werknemer bepaalde rechten en/of plichten aan dit artikel kunnen ontleen die niet in de wet zijn opgenomen.¹⁴⁰

3.3.3 Zorgplicht werkgever

Bij de arbeidsrelatie tussen werkgever en werknemer en het toepassen van disciplinaire maatregelen geldt er een zorgplicht van de werkgever. Op de werkgever rust de zorgplicht ex artikel 7:658 BW; waarbij de werkgever verplicht is zodanige maatregelen te treffen dat de werknemer beschermd is tegen gevaar. Het gaat hier om voorschriften en maatregelen betreffende de werkzaamheden maar ook met betrekking tot het inrichten van lokalen etc. Daarnaast rust er op de werkgever ook een algemene zorgplicht op grond van artikel 7:611 BW; het goed werkgeverschap. Het gaat hier bijvoorbeeld om gevallen waarin er sprake is van een alcoholverslaving of drugsverslaving, waarbij er niet alleen grote inspanning van de werknemer wordt verwacht, maar ook van de werkgever om de werknemer te helpen zijn functioneren weer op orde te krijgen. Een voorbeeld hiervan is een zaak waarbij de werknemer extreem overgewicht had.^{141, 142} De werkgever heeft werknemer meerdere malen aangesproken op zijn ziekmeldingen als gevolg van het overgewicht. De werknemer viel af en kwam vervolgens weer al het gewicht aan, waarna de werknemer door het UWV arbeidsongeschikt werd geacht. De kantonrechter achtte in deze zaak de werknemer inderdaad arbeidsongeschikt omdat deze niet meer volledig kon functioneren, maar oordeelde dat de werkgever beter aan de werknemer duidelijk had moeten maken dat hij wat aan zijn overgewicht moest doen en daarbij had moeten ondersteunen.¹⁴³ De werkgever had eerst andere maatregelen moeten treffen in plaats van

¹³⁸ M.C.A. Hollants, *Praktijkgids arbeidsrecht*, Kluwer, Alphen aan den Rijn-2009, pag. 157.

¹³⁹ openaccess.leidenuniv.nl/bitstream/handle/1887/14845/V%202004-1%20Kroniek%20van%20het%20sociaal%20recht%20maart%202004.pdf?sequence=2, geraadpleegd op 31-07-2012, om 14:24 uur.

¹⁴⁰ M.C.A. Hollants, *Praktijkgids arbeidsrecht*, Kluwer, Alphen aan den Rijn-2009, pag. 158.

¹⁴¹ www.wieringa-advocaten.nl/nl/weblog/2012/01/09/ontbinding-wegens-morbide-obesitas-afgewezen, geraadpleegd op 29-08-2012, om 12:21 uur.

¹⁴² Kantonrechter Zwolle, 22 april 2011, JAR 2011/309.

¹⁴³ www.advokatenkollektief.nl/publicaties_2012___pagina9_594.html, geraadpleegd op 29-08-2012, om 12:25 uur.

het ontbinden van de arbeidsovereenkomst, waardoor de ontbinding werd afgewezen. Uit dit voorbeeld blijkt dat ondanks de werkgever de werknemer heeft aangesproken op zijn overgewicht, dit niet voldoende is. De werkgever zal de werknemer moeten waarschuwen, meedenken en mogelijkheden bieden om van zijn alcohol- of drugsprobleem of van zijn overgewicht af te komen. De zorgplicht van de werkgever strekt erg ver.

Indien er sprake is van disfunctioneren is het niet alleen aan de werknemer om zijn gedrag aan te passen op grond van het goed werknemerschap, maar de werkgever zal hem hier ook moeten ondersteunen en de mogelijkheden bieden om zijn gedrag te verbeteren en bijvoorbeeld af te vallen door middel van een coach of naar een afkickkliniek. Indien de werkgever zich tijdens dit verbetertraject onvoldoende heeft ingespannen om de werknemer te helpen en de arbeidsovereenkomst wil beëindigen, dan zal een hoge ontbindingsvergoeding voor de werknemer kunnen volgen.¹⁴⁴ Indien dit verbetertraject weinig vruchten afwerpt kan de werkgever een van de disciplinaire maatregelen treffen zoals het overplaatsen of een loonsanctie toepassen.¹⁴⁵ Een laatste optie is de overeenkomst te ontbinden op grond van het disfunctioneren aan de zijde van de werknemer.

Indien er sprake is van disfunctioneren is het niet alleen aan de werknemer om zijn gedrag aan te passen op grond van het goed werknemerschap, maar de werkgever zal hem hier ook moeten ondersteunen en de mogelijkheden bieden om zijn gedrag te verbeteren en bijvoorbeeld af te vallen door middel van een coach of naar een afkickkliniek

¹⁴⁴ D.J.B. de Wolff, *Goedwerknemerschap*, Monografieën sociaal recht Kluwer, Deventer-2007, pag.13.

¹⁴⁵ D.J.B. de Wolff, *Goedwerknemerschap*, Monografieën sociaal recht Kluwer, Deventer-2007, pag.14.

Hoofdstuk 4: Is een ontslag wegens ongezonde levensstijl mogelijk?

In hoofdstuk twee is er antwoord gegeven op de vraag welke mogelijkheden het Nederlandse rechtsstelsel kent tot het beëindigen van de arbeidsovereenkomst. In hoofdstuk drie is beschreven tot hoever de instructiebevoegdheid van de werkgever gaat, of het instructierecht van de werkgever zich ook kan strekken tot het privéleven van de werknemer. In deze derde deelvraag zal, als verdere uitwerking op de eerste twee deelvragen, beantwoord worden of een ontslag wegens ongezonde levensstijl in praktijk mogelijk is.

Allereerst zal ik een definitie geven van wat een ongezonde levensstijl is. In boeken, internet en wet is er geen specifieke definitie te vinden over wat een ongezonde levensstijl inhoudt. De Van Dale geeft als definitie voor ongezond: een slechte gezondheid hebben, nadelig voor lichaam en geest.¹⁴⁶ Van Dale geeft daarnaast als definitie voor levensstijl: manier van leven, leefstijl.¹⁴⁷ Hieruit zou je af kunnen leiden dat een ongezonde levensstijl een manier van leven is die nadelig is voor lichaam en geest. Voor dit onderzoek zal ik als definitie hanteren dat het hebben van een ongezonde levensstijl een manier van leven is die nadelig is voor lichaam en geest en die uitwerking heeft op de werkzaamheden van de werknemer. Dit houdt bijvoorbeeld in; het gebruik van drugs of alcohol dat uitwerking heeft op de werkzaamheden of het hebben van dusdanig overgewicht dat de werkzaamheden niet meer naar behoren kunnen worden uitgevoerd.

40% van de MKB-werkgever vindt dat een ongezonde levensstijl van de werknemer reden zou moeten kunnen zijn voor ontslag en dat zij de werknemer op hun ongezonde levensstijl zouden mogen aanspreken.¹⁴⁸ Uit een ander artikel blijkt dat Connexxion dat buschauffeurs met een ongezonde levensstijl (inhoudende; roken, drinken of te dik zijn) zorgen voor een hoog percentage aan ziekte verzuim en zouden ook de mogelijkheid willen hebben om medewerkers om die reden te ontslaan.¹⁴⁹ Daarnaast zijn er nog andere voorbeelden te noemen waarin het hebben van een ongezonde levensstijl mee speelt; zoals Britse agenten korten op hun loon indien deze drie keer niet slagen voor een fitness test.¹⁵⁰ Er zijn verschillende artikelen gepubliceerd over de hoge kosten die de werkgever moet dragen voor hun werknemers, hier gaat het vooral om de loondoorbetaling bij ziekte en arbeidsongeschiktheid.¹⁵¹ Daarnaast zijn er onderzoeken naar de prestaties van werknemers met een ongezonde(re) levensstijl zoals het onderzoek waar uit blijkt dat rokers slechter presteren dan niet-rokers. Uit dit onderzoek bleek dat hoe meer een werknemer rookte, hoe slechter de beoordelingen en dat deze rokers vaker verzuimden dan niet-rokers.¹⁵² Het overgewicht vormt ook een groot probleem, ongeveer 57% van de Nederlandse mannen en 42% van de Nederlandse vrouwen heeft te kampen met overgewicht, waarbij mensen met ernstig overgewicht wel zo'n 1.8 keer vaker ziek zijn in vergelijking met mensen zonder overgewicht.¹⁵³

¹⁴⁶ www.vandale.nl/opzoeken?pattern=ongezond&lang=nn, geraadpleegd op 20-08-2012, om 10:54 uur.

¹⁴⁷ www.vandale.nl/opzoeken?pattern=levensstijl&lang=nn, geraadpleegd op 20-08-2012, om 10:58 uur.

¹⁴⁸ nos.nl/artikel/339109-ongezonde-leefstijl-reden-ontslag.html, geraadpleegd op 20-08-2012, om 11:01 uur.

¹⁴⁹ www.intermediairpw.nl/artikel/vakinformatie/308497/connexxion-wil-ongezonde-medewerkers-ontslaan.html%20geraadpleegd%2025-02-2012, geraadpleegd op 20-08-2012, om 11:04 uur.

¹⁵⁰ Eindhovens Dagblad, 16 maart 2012.

¹⁵¹ www.intermediairpw.nl/artikel/vakinformatie/225892/werkgever-ligt-krom-voor-gezondheid-werknemer.html, geraadpleegd op 20-08-2012, om 11:11 uur.

¹⁵² www.ornet.nl/group-nieuws-channel/rokers-presteren-slechter-871.html, geraadpleegd op 20-08-2012, om 15:37 uur.

¹⁵³ P. de Jong, *Leefstijl werknemers, Bemoei je er (niet) mee!*, Advisie juli 2010.

4.1 Wettelijke regeling ontslag wegens ongezonde levensstijl

Zoals uit de voorgaande hoofdstukken blijkt, kan een werknemer niet zomaar ontslagen worden. Bij het aanvragen van een ontslagvergunning van het UWV zal de werkgever moeten motiveren op welke gronden hij het ontslag aanvraagt. Daarnaast kan het zijn dat als de werknemer ziek is als gevolg van een ongezonde levensstijl, dat het ontslagverbod wegens ziekte van toepassing is en dus de algemene regels tijdens ziekte van de werknemer gelden. De werkgever heeft daarbij ook te maken met loondoorbetaling tijdens ziekte. Deze loondoorbetaling tijdens ziekte is echter niet van toepassing als een werknemer de ziekte met opzet veroorzaakt heeft. In deze paragraaf worden de bijkomende zaken van een werknemer met een ongezonde levensstijl en ziekte weergegeven.

4.1.1 Ontslagverbod

Bij een ontslag wegens ongezonde levensstijl dient er rekening te worden gehouden met de opzegverboden zoals weergegeven in hoofdstuk twee. Bij ziekte van een werknemer geldt het opzegverbod op grond van artikel 7:670 BW. Dit houdt in dat de werkgever de werknemer niet kan ontslaan tijdens ziekte, tenzij de arbeidsongeschiktheid langer dan twee jaar heeft geduurd of dat de werknemer ziek is geworden terwijl de werkgever al een ontslagaanvraag bij het UWV-WERKbedrijf heeft ingediend. Het opzegverbod wegens ziekte is voornamelijk van belang in de zaken waar het een werknemer met obesitas betreft of een alcoholverslaving. Obesitas kan, net als een alcohol- of drugsverslaving, als ziekte worden aangemerkt. Indien een werknemer als gevolg van obesitas vaak niet komt werken of zijn functie niet goed kan uitoefenen, maar het wordt gezien als ziekte, is het opzegverbod tijdens ziekte van toepassing.

Naast het opzegverbod dat geldt tijdens ziekte, heeft de werkgever ook nog de plicht de werknemer te integreren tijdens zijn ziekte op grond van artikel 7:685a BW. De werkgever dient dusdanig maatregelen te treffen en aanwijzingen te verstrekken dat de werknemer zo snel mogelijk weer zijn eigen arbeid of aangepaste arbeid kan verrichten.¹⁵⁴ Aan de andere kant geldt voor de werknemer dat deze verplicht is om mee te werken aan de re-integratie op grond van artikel 7:660a BW. Dit houdt in dat de werknemer gehoor geeft aan redelijke voorschriften, meewerkt aan het plan van aanpak en de passende arbeid verricht die de werkgever voorstelt. Indien de werknemer hier niet aan meewerkt, kan de werkgever daar bepaalde gevolgen aan verbinden. Daarbij wordt er onderscheid gemaakt tussen het opschorten van het loon van de werknemer of het stopzetten van het loon. De werkgever kan het loon van de werknemer stopzetten ingeval deze zich niet houdt aan de re-integratieverplichtingen neergelegd in artikel 7:660a BW.¹⁵⁵ Het kan hier bijvoorbeeld gaan om het niet meewerken aan het opstellen van een plan van aanpak of het weigeren passende arbeid te verrichten (artikel 7:660a sub b en c BW). Daarnaast heeft de werkgever ook de mogelijkheid het loon van de werknemer op te schorten. Dit kan de werkgever doen indien de werknemer de gegeven controle voorschriften bij de ziekte niet naleeft.¹⁵⁶ Van belang is dat de werkgever de werknemer schriftelijk aangeeft dat zijn loon wordt stopgezet of opgeschort en wat daarvan de reden is.¹⁵⁷

Een voorbeeld van een zaak waarin de werknemer zich niet hield aan de gedragsregels tijdens ziekte is de zaak van het Gerechtshof Amsterdam 3 mei 2011. In deze zaak heeft het Hof uitspraak gedaan of het handelen in strijd met de gedragsregels bij ziekte een dringende reden voor ontslag op

¹⁵⁴ H.L. Bakels, *Schets van het Nederlandse arbeidsrecht*, 21^e druk, Kluwer, Deventer-2011, pag. 104.

¹⁵⁵ www.advocaten-amsterdam.nl/67/zieke%20werknemer-sancties-loonstop-loonopschorting, geraadpleegd op 23-08-2012, om 13:18 uur.

¹⁵⁶ pellicaanadvocaten.wordpress.com/2012/02/01/opschorten-of-stopzetten-loonbetaling/, geraadpleegd op 23-08-2012, om 13:23 uur.

¹⁵⁷ www.advocaten-amsterdam.nl/67/zieke%20werknemer-sancties-loonstop-loonopschorting, geraadpleegd op 23-08-2012, om 13:29 uur.

staande voet kan opleveren.¹⁵⁸ De gedragsregels bij ziekte zijn vastgelegd in de CAO van de werkgever. Werkgever heeft werknemer vervolgens een brief gestuurd met de mededeling dat zij op staande voet werd ontslagen omdat zij tijdens haar ziekte niet bereikbaar was voor controle door de arbodienst en daarbij de regels die gelden bij ziekte heeft overtreden. De werknemer was echter tijdens het bezoek van de arbodienst en de brieven die deze heeft achter gelaten bij haar familie en heeft dit adres niet aan de werkgever doorgegeven. In een telefoongesprek tussen werknemer en werkgever geeft werknemer aan dat zij psychisch niet in staat was om een gesprek met de werkgever aan te gaan en naar de werkplek af te reizen. Het Hof oordeelde in deze casus dat het gesprek niet aan willen gaan door de werknemer en de overige omstandigheden geen reden vormen voor een dringende reden voor het ontslag op staande voet. De werkgever had in dit geval wel haar loon kunnen opschorten.

4.1.2 Loondoorbetaling tijdens ziekte

Zoals in hoofdstuk twee is gebleken, mag een overeenkomst niet zo maar opgezegd worden en mag er geen strijd zijn met een van de opzegverboden. De kwestie die hier aan de orde is, is dat als gevolg van de ongezonde levensstijl van de werknemer, de werknemer zich ziek meldt en de werkgever vervolgens zijn loon door moet betalen. Op grond van artikel 7:629 lid 1 BW heeft de werknemer twee jaar lang recht op loondoorbetaling tijdens ziekte door de werkgever, of korter indien de overeenkomst eerder eindigt dan de genoemde periode van twee jaar. Uitzonderingen op deze hoofdregel zijn neergelegd in artikel 7:629 lid 3 BW: deze regel geldt bijvoorbeeld niet indien de ziekte door opzet van de werknemer is veroorzaakt of het gevolg is van een gebrek waarover hij in het kader van een aanstellingskeuring valse informatie heeft verstrekt en daardoor de toetsing aan de voor de functie opgestelde eisen niet juist kon worden uitgevoerd.

De vraag hier is dan ook wanneer er sprake is van ziekte met opzet veroorzaakt door de werknemer. Hier kan gelezen worden dat indien de werknemer bewust een ongezonde levensstijl aanhoudt en deze levensstijl ziekte veroorzaakt, hier sprake is van opzet op het veroorzaken van de ziekte. Uit tekst en commentaar behorende bij artikel 7:629 BW blijkt dat de opzet van de werknemer gericht moet zijn geweest op het veroorzaken van de arbeidsongeschiktheid.¹⁵⁹ De werknemer behoudt zijn recht op doorbetaling van het loon, tenzij bijvoorbeeld een bepaalde sport wordt uitgeoefend met het oogmerk om ziek te worden.¹⁶⁰ Het moet gaan om het willens en wetens veroorzaken van de arbeidsongeschiktheid.¹⁶¹ Het nemen van grote risico's moet dan gelijk worden gesteld aan de opzet van de werknemer tot het veroorzaken van de arbeidsongeschiktheid. Hieromtrent zijn verschillende uitspraken te noemen waarbij het opzet van de werknemer niet wordt vastgesteld, maar ook uitspraken waarin wel de opzet van de werknemer wordt vastgesteld wat tot gevolg had dat de werkgever het loon van de werknemer niet door hoefde te betalen. Het uitoefenen van extreme sporten kan bijvoorbeeld niet leiden tot het verlies van de doorbetalingsverplichting, maar er zijn verschillende uitspraken gedaan over een arbeidsongeschikte werknemer die een verkeersongeluk veroorzaakte onder invloed van alcohol.¹⁶² Bijvoorbeeld de zaak van 4 juli 2001, waarin een werknemer in de auto stapte bij iemand die te veel had gedronken en geen rijbewijs bezat.¹⁶³ De werknemer raakt arbeidsongeschikt als gevolg van een ongeluk, waarbij de werkgever aanvoert dat er sprake is van opzet omdat de werknemer op de hoogte was dat de persoon geen rijbewijs bezat en dronken was. De rechter oordeelde in deze zaak dat het loon toch doorbetaald moest worden,

¹⁵⁸ Gerechtshof Amsterdam, 3 mei 2011, JAR 2011, 165, LJN: BQ5705.

¹⁵⁹ B. Barentsen, 2010 (T&C BW) artikel 7:629 BW.

¹⁶⁰ Kamerstukken II1995/96 24 439, nr. 6, pag. 74.

¹⁶¹ E.H. Vogelzang, *Risicovol gedrag en de bovenwettelijke suppletie: eigen schuld dikke bult?* Arbeidsrecht 2010/2, pag. 17-21.

¹⁶² J.M. van Slooten, 2010 (T&C BW) artikel 7:629 BW.

¹⁶³ Kantonrechter Heerlen, 4 juli 2001, JAR 2001/247.

omdat de gedraging niet willens en wetens gericht was op de arbeidsongeschiktheid. Het opzet van de werknemer wordt echter niet snel aangenomen omdat het als werkgever lastig is om het opzet van de werknemer te bewijzen.¹⁶⁴ In een andere zaak uit 2001 werd er wel opzet aangenomen bij de werknemer die te veel had gedronken en vervolgens met zijn auto een ongeluk veroorzaakt.¹⁶⁵ De rechter oordeelde dat de werknemer de aanmerkelijke kans op een ongeluk heeft aanvaardt door na te veel alcohol te hebben gedronken een auto te bestuderen. Daarbij geeft de rechter aan dat hier ook sprake is van een strafbare gedraging en dus er geen recht op doorbetaling van het loon bestaat.

Het opzet van de werknemer bij ziekte wordt zowel bij het uitoefenen van sporten als bij andere gedragingen in de privésfeer van de werknemer bijna niet aangenomen.¹⁶⁶ Een voorbeeld hiervan is ziekte na het ondergaan van een cosmetische ingreep waarbij geoordeeld werd dat de complicaties die ontstonden na de operatie niet konden worden gezien als opzet gericht op de ziekte, waarbij het recht op doorbetaling van het loon bleef bestaan.¹⁶⁷ In de zaak van 23 augustus 2007 nam de kantonrechter juist wel de opzet van de werknemer aan.¹⁶⁸ De werknemer werd opgenomen in een afkickkliniek, waarna de werkgever het loon van de werknemer stop zette. De werknemer geeft aan dat hij door psychische problemen verslaafd is geraakt aan alcohol en drugs en dat hij niet verslaafd wilde raken waarvan de arbeidsongeschiktheid het gevolg is. De kantonrechter oordeelde dat de werknemer met zijn volle bewustzijn voor het gebruik van drank en drugs heeft gekozen en dat de verslaving een opzet opleverde in de zin van artikel 7:629 lid 3 BW en het loon niet door betaald hoefde te worden.¹⁶⁹

Uit het “zaalvoetbalarrest” blijkt dat er bijvoorbeeld ook andere maatregelen genomen kunnen worden indien het gaat om de loondoorbetaling bij ziekte.¹⁷⁰ In deze casus is de werknemer verschillende keren arbeidsongeschikt geraakt door zaalvoetbal. Door het zaalvoetballen is de werknemer meerdere keren geblesseerd /arbeidsongeschikt geraakt waardoor deze niet kon rijden. De werkgever heeft de werknemer hier verschillende keren op aangesproken waarna de werknemer heeft besloten te gaan zaalvoetballen in plaats van buiten voetballen. Na het herstel van beschadigde kruisbanden heeft de werkgever de werknemer verzocht om te stoppen met het voetbal, nu werknemer niet van plan was om te stoppen met voetballen heeft de werkgever de werknemer per brief medegedeeld alleen het basissalaris aan de werknemer te voldoen en niet meer de aanvulling van het salaris tot en met 100% te voldoen.¹⁷¹ In de toepasselijke CAO was namelijk een bepaling opgenomen waarin stond dat de werkgever het loon niet tot 100% hoeft aan te vullen indien de ziekte was veroorzaakt door eigen schuld of toedoen.¹⁷² Hierna volgen nog meerdere ziekmeldingen van de werknemer en verzoeken van de werkgever om te stoppen met voetballen en voert de werkgever aan dat de werknemer door het voortzetten van de zaalvoetbalactiviteiten de werknemer zijn ziekte met opzet heeft veroorzaakt. Het gerechtshof Arnhem ging na of er sprake was van opzet van de werknemer in de zin van artikel 7:629 lid 3 BW en of er sprake was van eigen schuld en toedoen op grond van de CAO Goederenvervoer Nederland.¹⁷³ Het voetballen an sich kan niet leiden

¹⁶⁴ www.arbeidsrechter.nl/Ziekte-werknemer-medewerker-rechten-plichten, geraadpleegd op 20-08-2012, om 13:57 uur.

¹⁶⁵ Kantonrechter Amersfoort, 12 december 2001, JAR 2002/34.

¹⁶⁶ A. Helstone, Geblesseerde werknemer, loondoorbetaling bij ziekte door opzet of eigen schuld en toedoen, *Advocatenblad* 12, 8 september 2006, pag. 562-564.

¹⁶⁷ Kantonrechter Maastricht, 31 augustus 2005, JAR 2005/226.

¹⁶⁸ Kantonrechter Gouda, 23 augustus 2007, JAR 2007/237.

¹⁶⁹ E.H. Vogelzang, *risicovol gedrag en de bovenwettelijke suppletie: eigen schuld dikke bult?* *Arbeidsrecht* 2010/2, pag. 17-21.

¹⁷⁰ Gerechtshof Arnhem, 27 juni 2006, JAR 2006, 209, LJN: AY5993.

¹⁷¹ vorige.nrc.nl/nieuwsthema/privacy/article1890599.ece/Gedrag_in_vrije_tijd_telt_vaker_mee_bij_ontslag, geraadpleegd op 20-08-2012, om 14:08 uur.

¹⁷² C.J. Smitskam, *arbeidsongeschiktheid door riskant gedrag: recht op loon?* *PS Documenta*, nummer 15, 13 oktober 2006, pag. 1343-1352.

¹⁷³ A. Helstone, Geblesseerde werknemer, loondoorbetaling bij ziekte door opzet of eigen schuld en toedoen, *Advocatenblad* 12, 8 september 2006, pag. 562-564.

het bewezen verklaarde van opzet gericht op de ziekte. De werknemer beoogde namelijk niet door het voetballen arbeidsongeschikt te raken. Het Hof oordeelde wel dat in dit geval de schuld van de werknemer voldoende bewezen was. De werknemer kon een relevant verwijt worden gemaakt ten aanzien van het ontstaan van de arbeidsongeschiktheid, had moeten voorzien dat het voetballen tot arbeidsongeschiktheid zou kunnen leiden en had voorzorgsmaatregelen moeten treffen. Dat de werknemer meerdere blessures heeft gehad, gewaarschuwd is door de werkgever en dat hij wist dat hij een groter risico liep op blessures heeft tot het oordeel geleid dat de werkgever alleen het loon dient te voldoen op grond van artikel 7:629 BW (70%) en daarbij het loon niet op grond van de CAO hoeft aan te vullen tot 100%.¹⁷⁴

De leden van de SP-fractie geven aan als beantwoording op de vraag wat er moet worden verstaan onder opzet; dat arbeidsongeschiktheid door voetballen in het weekend of wintersport in beginsel niet leidt tot verlies van het recht op loondoorbetaling, tenzij deze sporten zijn uitgeoefend met het oogmerk tot het tot stand komen van arbeidsongeschiktheid.¹⁷⁵ Daarbij wordt in deze uitspraak aangegeven dat voor het beoordelen van opzet er gekeken moet worden naar de specifieke feiten en omstandigheden van dat geval. Er moet sprake zijn van het willens en wetens veroorzaken van de arbeidsongeschiktheid en niet om het enkele risico nemen tot het arbeidsongeschikt raken.¹⁷⁶ De werknemer moet tijdens het uitoefenen van de gevaarlijke sport het oogmerk hebben gehad om ziek te worden.¹⁷⁷

Uit de zaalvoetbal uitspraak blijkt dat de werkgever de werknemer niet kan vertellen wat hij in zijn privétijd wel of niet zou mogen doen, maar dat de werkgever daar wel invloed op heeft en dat de werknemer ook niet zo maar alles in zijn privétijd mag doen als dit uitwerking heeft op zijn werkzaamheden. De SER heeft zich ook uitgelaten over dit standpunt in haar advies in 2009 over gezondheid en preventie.¹⁷⁸ Hierin geeft de SER aan dat indien de levensstijl aantoonbaar leidt tot slechter functioneren tijdens de werkzaamheden, de werkgever de werknemer hier op mag aanspreken en vragen zijn gedrag aan te passen en indien er geen verbeteringen plaatsvinden, wat daar de gevolgen van zullen zijn.¹⁷⁹

4.2 Jurisprudentie betreffende ontslag wegens ongezonde levensstijl in praktijk

In een interview met arbeidsrechtadvocaat Maarten van Gelderen op BNR nieuwsradio wordt de stelling; "Is het ontslaan wegens ongezonde levensstijl mogelijk" toegelicht.¹⁸⁰ Aanleiding voor deze stelling was het congres Gezond ondernemen waarbij er nieuwe ontwikkelingen op het gebied van zorg, preventie en verzuim werden besproken.¹⁸¹ Van Gelderen gaf in het interview aan dat het geregeld ziek melden als gevolg van een ongezonde levensstijl in slechts enkele gevallen tot ontslag zou kunnen leiden. Vervoersbedrijf Connexxion gaf aan dat zij voorstander zijn voor de mogelijkheid tot het ontslaan wegens ongezonde levensstijl vanwege het hoge ziekteverzuim bij het vervoersbedrijf.¹⁸² In Nederland geldt (zoals hierboven toegelicht) een opzegverbod bij ziekte, waardoor iemand twee jaar lang beschermd is tegen ontslag bij ziekte. Uit verschillende uitspraken

¹⁷⁴ A. Helstone, Geblesseerde werknemer, loondoorbetaling bij ziekte door opzet of eigen schuld en toedoen, Advocatenblad 12, 8 september 2006, pag. 562-564.

¹⁷⁵ Gerechtshof Arnhem, 27 juni 2006, JAR 2006, 209, LJN: AY5993.

¹⁷⁶ Gerechtshof Arnhem, 27 juni 2006, JAR 2006, 209, LJN: AY5993.

¹⁷⁷ A. Helstone, Geblesseerde werknemer, loondoorbetaling bij ziekte door opzet of eigen schuld en toedoen, Advocatenblad 12, 8 september 2006, pag. 562-564.

¹⁷⁸ Economische Raad, Advies nr. 2009/02, 17 april 2009.

¹⁷⁹ www.ser.nl/nl/publicaties/adviezen/2000-2007/2009/b27720.aspx, geraadpleegd op 20-08-2012, om 16:16 uur.

¹⁸⁰ www.vangelderen.nl/In-de-media/Ontslag-wegens-slechte-levensstijl-, geraadpleegd op 21-08-2012, om 10:12 uur.

¹⁸¹ www.zilverenkruis.nl/bedrijven/congres-gezond-ondernemen/Pages/default.aspx, geraadpleegd op 22-08-2012, om 09:59 uur.

¹⁸² www.intermediaripw.nl/artikel/vakinformatie/308497/connexxion-wil-ongezonde-medewerkers-ontslaan.html, geraadpleegd op 22-08-2012, om 10:02 uur.

van de rechter blijkt dat een ontslag alleen in de meest uitzonderlijke situaties mogelijk is indien deze ongezonde levensstijl dusdanige uitwerking heeft op de werkzaamheden dat de situatie onwerkbaar is geworden, een onevenredige belasting is geworden voor de werkgever of dat het niet meer gaat op grond van organisatorische redenen. De werkgever zou wel op een andere manier invloed kunnen uit oefenen op de levensstijl van de werknemer, bijvoorbeeld in het geval dat de werknemer zich ziek heeft gemeld. De werkgever kan dan invloed uitoefenen op het herstel van de werknemer door bepaalde maatregelen te treffen zoals het gaan naar een diëtist. In het geval van regelmatige uitval van de werknemer en deze weigert het advies van werkgever en/of arbodienst op te volgen, zou dit een ontslag tot gevolg kunnen hebben.

Hieronder zullen een aantal uitspraken worden besproken om de mogelijkheid van een ontslag wegens ongezonde levensstijl van verschillende kanten te belichten.

Een belangrijke uitspraak over ontslag over ontslag wegens ongezonde levensstijl is de zaak over de te dikke scheepskok.¹⁸³ In deze casus betrof het een scheepskok die jaren goed heeft gefunctioneerd, maar bij de keuring van de scheepskok bleek deze niet meer te voldoen aan de gewichtseisen die gesteld worden aan scheepskoks.¹⁸⁴ De kok mocht niet meer werken en hem werd in de periode dat hij 10 tot 12 kilogram moest afvallen wachtgeld betaald. De volgende keuring is de kok goedgekeurd, maar de keuring daaropvolgende weer afgekeurd. Vervolgens verzoekt de werkgever om ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens dringende reden, omdat de werknemer meerdere malen niet meer goed heeft kunnen functioneren door overgewicht en verzoekt daarbij om ontbinding zonder vergoeding omdat de situatie aan de kok zelf te wijten zou zijn.¹⁸⁵ De kok geeft als verweer dat het overgewicht niet zijn eigen schuld is en dat hij er alles aan gedaan heeft om het overgewicht kwijt te raken. De kok gaf aan dat hij wel recht heeft op een ontbindingsvergoeding vanwege de lange tijd dat hij als werknemer bij werkgever in dienst is geweest (15 jaar) en op grond van de goede beoordelingen over zijn functioneren. De kantonrechter oordeelde dat deze casus geen dringende reden tot ontslag oplevert, maar dat er wel sprake is van een verstoorde arbeidsrelatie en wordt de arbeidsovereenkomst ontbonden op grond van verandering in de omstandigheden.^{186 187} Doordat de kok niet in staat is geweest zijn gewicht onder controle te houden en dit niet te wijten is aan bijzondere omstandigheden (bijvoorbeeld ziekte), acht de kantonrechter het niet noodzakelijk een ontbindingsvergoeding aan de werknemer toe te kennen. Uit deze uitspraak blijkt dat een ontslag wegens ongezonde levensstijl in een uitzonderlijke situatie mogelijk is. In deze zaak heeft het overgewicht uitwerking gehad op het functioneren van de werknemer wat reden is geweest voor het ontslag. Doordat er een beperking is op het aantal kilo's dat de kok mocht wegen, werd er invloed uitgeoefend op zijn privéleven en dus zijn levensstijl. Nu is het ook zo dat in deze zaak de uiteindelijke reden voor ontbinding van de arbeidsovereenkomst de verstoorde arbeidsrelatie tussen werkgever en werknemer is geweest, als gevolg van dat de kok meerdere malen is afgekeurd.

Ook de zaak van 23 september 2011 betrof een werknemer met overgewicht.¹⁸⁸ De huisartsenpost verzoekt om ontbinding van de arbeidsovereenkomst op grond van verandering in de omstandigheden. De werkneemster lijdt aan morbide obesitas en heeft sinds haar maagverkleining niet in staat geweest haar volledige werkzaamheden weer te hervatten. In de afgelopen vier jaar is de werkneemster meerdere keren uitgevallen en zal dit in de toekomst vanwege operaties ook nog doen. Artikel 4 van de Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte

¹⁸³ Kantonrechter Rotterdam, 18 april 2007, JAR 2007/151.

¹⁸⁴ www.endtzco.com/files/comendtzco/file/Scheepskok.pdf, geraadpleegd op 20-08-2012, om 15:04 uur.

¹⁸⁵ www.endtzco.com/files/comendtzco/file/Scheepskok.pdf, geraadpleegd op 20-08-2012, om 15:10 uur.

¹⁸⁶ www.vanboekelnederlof.nl/nieuws-1-overgewicht-en-ontslag.html?archived=1, geraadpleegd op 20-08-2012, om 15:23 uur.

¹⁸⁷ www.endtzco.com/files/comendtzco/file/Scheepskok.pdf, geraadpleegd op 20-08-2012, om 15:23 uur.

¹⁸⁸ Rechtbank Breda, 23 september 2011, JAR 2011/289.

(WGHB/CZ) is van toepassing, maar de kantonrechter geeft aan dat ondanks een bijzonder opzegverbod van toepassing is, dit niet inhoudt dat een arbeidsovereenkomst niet ontbonden mag worden omdat op grond van artikel 7:685 BW partijen te allen tijde het recht hebben om een arbeidsovereenkomst te laten ontbinden bij de kantonrechter. Een ontbinding kan dan ook plaatsvinden als de voorzetting van de arbeidsovereenkomst niet meer in het belang is van de werknemer, dat de situatie ontstaat die niet langer werkbaar is of die een onevenredige belasting voor (in dit geval) de huisartsenpost vormt.¹⁸⁹ In dit geval waren er organisatorische problemen en een onwerkbaar situatie. Op grond hiervan werd de arbeidsovereenkomst, ondanks het bijzonder opzegverbod, ontbonden op grond van verandering in de omstandigheden.

Een zaak waarin een werknemer werd ontslagen wegens disfunctioneren als gevolg van zijn alcoholgebruik is de zaak van 29 oktober 2009.¹⁹⁰ Het ging hier om een leidinggevende met alcoholproblemen. De werkgever en de werknemer hebben een gesprek gehad waarin het functioneren van de werknemer werd besproken in combinatie met zijn alcoholprobleem. Na een incident met het gebruik van alcohol gedurende werktijd, werd de werknemer verzocht contact op te nemen met de personeelsfunctionaris waarna de werknemer een behandeltraject is gestart bij een kliniek. Vervolgens is er sprake geweest van een terugval en is de werknemer wederom aan een behandeltraject begonnen. Na het tweede behandeltraject heeft de werknemer weer een terugval gehad waarna deze op non-actief is gezet en de werknemer zich vervolgens heeft ziek gemeld. De werkgever wil de arbeidsovereenkomst ontbinden op grond van verandering in de omstandigheden nu de werknemer niet meer voldoende functioneert als gevolg van zijn alcoholgebruik. De werknemer voert als verweer aan dat zijn alcoholgebruik moet worden gezien als ziekte en dat er dus sprake is van een opzegverbod. De kantonrechter oordeelde in deze zaak dat er geen sprake is van ziekte in de zin van artikel 7:629 BW nu dit niet dusdanig is gebleken uit de brieven van de huisarts, de kliniek en het bezoek van de bedrijfsarts die de werknemer voor 100% arbeidsgeschikt heeft verklaard. Het disfunctioneren door het alcoholgebruik ligt grotendeels aan de zijde van de werknemer, maar nu deze voldoende inzet heeft getoond om van zijn problemen af te komen en 23 jaar bij de werkgever werkzaam is geweest werd er een ontslagvergoeding toegekend met correctiefactor 0.3 (€60.000).¹⁹¹

In de bovenstaande uitspraak werd de reflexwerking van het opzegverbod wegens ziekte niet aangenomen. Deze reflexwerking houdt in dat de rechter moet nagaan of het verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst te maken heeft met een van de opzegverboden.¹⁹² Probleem bij een alcohol- of drugsverslaving en het opzeggen van de arbeidsovereenkomst, is dat deze verslavingen vaak worden gezien als ziekte en er dus sprake is van een opzegverbod op grond van artikel 7:670 BW. Daarnaast heeft de werkgever een zorgplicht op grond van het goed werkgeverschap op de werknemer de mogelijkheden te bieden om van zijn verslaving af te komen.^{193 194} Een andere zaak waarin een alcoholverslaving wel werd gezien als ziekte is de zaak van 14 september 2011.¹⁹⁵ Het betrof hier een purser van KLM die tijdens een vlucht alcohol had geconsumeerd. In de CAO geldende voor de werknemer zijn duidelijke regels gesteld over het gebruik van alcohol gedurende werktijd en een bepaald aantal uren voorafgaand aan de diensten. Bij een gesprek tussen werkgever en werknemer gaf de werknemer aan dat een aantal jaar geleden met een alcoholverslaving te maken heeft gehad en daarvoor onder behandeling is geweest. Werkgever en werknemer zijn een

¹⁸⁹ Rechtsoverweging 3.4.3 bij Rechtbank Breda, 23 september 2011, JAR 2011/289.

¹⁹⁰ Rechtbank Amsterdam, 29 oktober 2009, LJN: BK2771.

¹⁹¹ www.penoactueel.nl/arbeidsrecht/jurisprudentie/ontslag-wegens-alcoholgebruik-ontslagvergoeding-van-%8060000-4859.html, geraadpleegd op 22-08-2012, om 10:59 uur.

¹⁹² www.ontslagdossier.nl/index.php/ontslagwijze/ontbinding-arbeidsovereenkomst-door-de-rechter, geraadpleegd op 22-08-2012, om 11:04 uur.

¹⁹³ Rechtbank Amsterdam, 29 oktober 2009, LJN: BK2771.

¹⁹⁴ www.jurofoon.nl/nieuws/weblog.asp?id=2788, geraadpleegd op 20-08-2012, om 16:56 uur.

¹⁹⁵ Rechtbank Haarlem, 14 september 2011, LJN BT6776.

anti-alcoholcontract aangegaan met daarin vastgelegd dat de purser op de grond te werk zou worden gesteld, geen alcohol drinkt tijdens of voor het verrichten van de werkzaamheden en dat de werknemer zich onder behandeling stelt. Nadat er drie keer geen sporen van alcohol zijn aangetroffen bij de purser mocht deze weer als cabinemedewerker aan de slag. De werknemer meldt zich vervolgens ziek waarbij KLM de werknemer schorst op grond van het vermoeden van alcohol gedurende diensttijd. Hierna ondergaat de werknemer een behandeling bij een kliniek. KLM verzoekt ontbinding van de arbeidsovereenkomst op grond van verandering in de omstandigheden en voert daarbij aan dat de purser de vliegveiligheid in gevaar heeft gebracht, de werknemer het gevoerde alcoholbeleid van KLM meerdere malen heeft overtreden en het vertrouwen in de samenwerking met de medewerker heeft verloren. Het verweer van de werknemer is dat zijn verslaving te beschouwen is als ziekte en dat dit nauw samenhangt met zijn psychische stoornis. De kantonrechter is van oordeel dat het voldoende vast is komen te staan dat de alcoholverslaving is aan te merken als ziekte, dat dit samenhangt met de psychische stoornis van de werknemer en dat het wegvallen van het vertrouwen van de werkgever voortvloeit uit de ziekte.¹⁹⁶ In deze zaak is er dan ook sprake van reflexwerking van het opzegverbod tijdens ziekte waardoor de overeenkomst niet ontbonden kan worden.

Al eerder is het Dirksz/Hyatt-arrest besproken. Dit arrest betrof een ontslag wegens drugs gebruik in de privésfeer. Dit drugsgebruik heeft geleid tot ontslag, omdat de werkgever een duidelijk antidrugsbeleid voerde, de werknemer hiervan op de hoogte was en de keuze werd gesteld om naar een kliniek te gaan, ontslag te nemen of ontslag te krijgen. De werknemer kreeg vervolgens ontslag omdat drugs een negatieve uitwerking heeft op het functioneren en dat het imago van Hyatt schaadt. Verhulp geeft als commentaar op deze uitspraak dat het schaden van het imago van het Hyatt hotel onvoldoende grond vormde voor de inbreuk op het grondrecht van de werknemer.¹⁹⁷ Daarnaast geeft Pool aan dat er bij het beoordelen of een inbreuk gerechtvaardigd is, er drie dingen na gegaan dienen te worden:¹⁹⁸

- Is er voldaan aan het noodzakelijkheids criterium: dient de inbreuk een noodzakelijk doel en is het gebruikte middel geschikt om dit doel te dienen
- Is er voldaan aan het proportionaliteits criterium: is de inbreuk op het grondrecht in verhouding met het beoogde doel, en
- Is er voldaan aan het subsidiariteits criterium: had het beoogde doel niet op een andere/minder ingrijpende wijze bereikt kunnen worden?

In het commentaar van Pool op het Hyatt-arrest trekt deze ook in twijfel of de gemaakte inbreuk evenredig was in verhouding tot het beoogde doel, waarbij deze aangeeft dat het niet schaden van het imago van Hyatt ook bereikt had kunnen worden zonder de willekeurige drugstesten af te nemen en dat het anders zou zijn indien de werknemer dusdanig gedrag zouden vertonen dat dit de aanleiding zou zijn voor het afnemen van testen.¹⁹⁹ Pool geeft hierbij aan dat de Hoge Raad in deze zaak niet de belangenafweging tussen middel en doel maakt, maar tussen het belang van Hyatt en het belang van de werknemer tot het gebruiken van drugs. Als laatste vraagt mevrouw Kuit zich in haar artikel af of deze inbreuk niet te ver gaat aangezien er geen duidelijk verband was tussen het drugsgebruik en haar functioneren en dat zij geen voorbeeld functie uitoefende.²⁰⁰ Uit de verschillende commentaren op dit arrest kun je afleiden dat de inbreuk op het grondrecht van de

¹⁹⁶ www.banning.nl/4653/home-nl/publicaties/archief/behandelaar-alcoholverslaving-is-een-ziekte-gevolgen-voor-een-ontbindingsverzoek.html, geraadpleegd op 22-08-2012, om 11:42 uur.

¹⁹⁷ vorige.nrc.nl/nieuwsthema/privacy/article1890599.ece/Gedrag_in_vrije_tijd_telt_vaker_mee_bij_ontslag, geraadpleegd op 26-08-2012, om 14:44 uur.

¹⁹⁸ A.H. Pool, *antidrugsbeleid in ondernemingen en het recht op respect voor het privéleven van werknemers*, Tijdschrift Recht en Arbeid, nummer 5/2012, pag. 5-10.

¹⁹⁹ A.H. Pool, *antidrugsbeleid in ondernemingen en het recht op respect voor het privéleven van werknemers*, Tijdschrift Recht en Arbeid, nummer 5/2012, pag. 5-10.

²⁰⁰ www.boekel.com/media/87260/de_invloed_van_priv_gedrag_op_de_werksfeer_de_ambtenaar_zwaarder_bestraft.pdf, geraadpleegd op 29-08-2012, om 10:39 uur.

werkneemster heel ver gaat, terwijl de Hoge Raad oordeelde dat de inbreuk op het grondrecht gerechtvaardigd was. Naar mijn mening is het lastig om te zeggen of de Hoge Raad juist geredeneerd heeft of niet. Het gehanteerde beleid voldoet aan het voorzienbaarheids criterium; de werkneemster heeft het beleid gelezen en ondertekend, wist dat er getest kon worden op drugs en wat de gevolgen daarvan zouden zijn. Het random testen op drugs is de beste manier om drugsgebruik te voorkomen, indien werknemers hier van te voren van op de hoogte zijn heeft het testen geen nut. Het gebruik van drugs kan uitwerking hebben op het functioneren, wat wil zeggen dat dit in de toekomst nog zou kunnen gebeuren. Maar aan de andere kant kan gezegd worden dat de drugs het functioneren nog niet beïnvloedt heeft en dat de werkneemster inderdaad geen voorbeeldfunctie heeft. Naar mijn mening is er dan ook aan het subsidiariteits criterium voldaan, het random testen op drugs is de beste manier om het gebruik van drugs tegen te gaan, maar is de proportionaliteit misschien niet helemaal aanwezig.

In een uitspraak van drie maart 2010 volgde de kantonrechter dezelfde criteria zoals gehanteerd in het Dirksz/Hyatt-arrest om te beoordelen of een blaastest een geoorloofd middel was om werknemers te testen op het gebruik van alcohol.²⁰¹ De werknemer is al sinds 1981 in dienst bij de werkgever. De leidinggevende van de werknemer heeft al meerdere gesprekken gehad met de werknemer over vermeend drankgebruik van de werknemer. De werknemer ontkent een drankprobleem te hebben. De leidinggevende stelde in een van de gesprekken voor de werknemer over te plaatsen naar een functie met een meer constante werkdruk dan in zijn huidige functie waar hij zijn tijden zelf in kan delen. Vervolgens heeft de werknemer een gesprek gehad met de directeur die ook het drankprobleem en de overplaatsing ter sprake bracht. De werknemer is daarna op het parkeerterrein van de werkgever door de politie aangehouden, waarbij wordt vastgesteld dat de werknemer over een te hoog alcoholpromillage beschikt. De werknemer krijgt een officiële waarschuwing en wordt overgeplaatst, waarna de werknemer zich bij de verslavingszorg meldt. De werkgever en werknemer maken afspraken over de werkhervatting; werknemer mag niet tijdens het werk onder invloed van alcohol verkeren en werkgever heeft recht om steekproefsgewijs of bij het vermoeden van het verkeren onder invloed van alcohol, een blaastest bij de werknemer af te nemen. Werknemer is na zijn werkhervatting getest waar een percentage van 0.3 uitkwam. De werknemer heeft een laatste officiële waarschuwing gehad. Een volgende test was 0.0 en de twee testen daarop hadden een promillage van 1.2 en 1.3 waarna de werknemer op staande voet werd ontslagen. De werknemer voert aan dat de blaastesten een ongerechtvaardigde inbreuk op zijn privacy vormen. De kantonrechter verwierpt dit aangezien de werknemer zelf akkoord is gegaan met afnemen van de blaastesten. Om na te gaan of de inbreuk ongerechtvaardigd is gaat de kantonrechter de vereisten van het Hyatt-arrest na en toetste of er voldaan is aan het noodzakelijkheids criterium, het proportionaliteits criterium en het subsidiariteits criterium. De Kantonrechter oordeelde dat aan deze vereisten is voldaan en achtte de inbreuk dus gerechtvaardigd.

Een andere uitspraak waarbij het ging om drugsgebruik in de privétijd waarbij ontslag het gevolg was, was in de zaak van de kantonrechter op 22 februari 1993.²⁰² In deze zaak betrof het een werkneemster in een drugshulpverleningscentrum die drugs heeft gebruikt in haar privétijd terwijl er in haar arbeidsovereenkomst een uitdrukkelijk verbod tot het gebruik van verdovende middelen is opgenomen. Tijdens een urine onderzoek bij de werkneemster zijn er sporen van drugs aangetroffen, waarna de werkneemster voor de keuze werd gesteld om op staande voet ontslagen te worden of de overeenkomst met wederzijds goedvinden te beëindigen. De werkneemster gaat met geen van de keuzes akkoord en wordt dan ook ontslagen door de werkgever. De werkneemster voert aan dat het verbod in de arbeidsovereenkomst alleen geldt tijdens werktijd en niet van toepassing is op haar privéleven en dat het onderzoek niet op zorgvuldige wijze had plaatsgevonden. De kantonrechter geeft aan dat de arbeidsovereenkomst geen onderscheid maakt tussen het gebruik van verdovende

²⁰¹ Rechtbank Groningen, 3 maart 2010, LJN: BL6639.

²⁰² Kantonrechter Rotterdam, 22 februari 1993, JAR 1993/103.

middelen in de privésfeer of gedurende werktijd zodat het eerste argument niet opgaat. Daarnaast is het niet van belang of het onderzoek op zorgvuldige wijze heeft plaatsgevonden aangezien de werkneemster het gebruik van drugs heeft bekend. De werkneemster voert daarnaast nog verschillende gronden aan over de toelaatbaarheid van de controletesten. De kantonrechter geeft hier aan dat er van de cliënten wordt geëist dat zij geen verdovende middelen tot zich nemen omdat zij anders niet aan programma's mogen deelnemen. De werkneemster heeft ook als taak om de cliënten te informeren over de gevaren van drugs, waardoor van de werkneemster zelf ook mag worden verwacht dat zij zich onthoudt van drugs. Daarnaast was de werkneemster op de hoogte van het beding wat zij ondertekende in de arbeidsovereenkomst. De kantonrechter oordeelde dat er in dit geval inderdaad sprake was van een dringende reden en voor zover de arbeidsovereenkomst nog niet ontbonden was, dat deze per 22 februari 1993 ontbonden is. In deze uitspraak werd dus geen onderscheid gemaakt tussen het gebruik van drugs in de privésfeer of tijdens werktijd waarbij de gedraging in de privésfeer heeft geleid tot een gerechtvaardigd ontslag op staande voet.

Een recente uitspraak waar een soortgelijke situatie aan de orde was, was de zaak van 20 april 2012. Het ging in deze zaak om een ontbinding van de arbeidsovereenkomst van een werkneemster in de verslavingszorg die een alcoholverslaving had.²⁰³ De werkneemster was werkzaam bij een instelling in de geestelijke gezondheidszorg en verslavingszorg. De werkgever hanteert een alcohol- en middelengebruik protocol waarin staat dat het verboden is onder invloed van alcohol te komen werken. De werkneemster heeft meerdere keren een officiële waarschuwing ontvangen, er is een disfunctioneringstraject gestart waarbij werkneemster zich heeft ziek gemeld. Vervolgens is er nog twee keer een situatie voorgevallen waarbij de werkneemster onder invloed op het werk is verschenen. De kantonrechter oordeelde dat de gedragingen van de werkneemster genoeg reden zijn voor ontbinding van de arbeidsovereenkomst. De werkneemster had het protocol moeten naleven waarbij de werkgever voldoende heeft ondernomen om de werkneemster van haar problematiek af te helpen. Van een werknemer in een functie als van de betreffende werkneemster, waarbij er wordt gewerkt met mensen die zelf problemen hebben op het gebied van alcohol of drugs, mag verwacht worden dat deze zelf met betrekking tot deze problematiek van onberispelijk gedrag is.

Een uitspraak die niet direct van toepassing is op het ontslaan wegens een ongezonde levensstijl maar wel op het ontslaan wegens privé situatie is de uitspraak van 21 december 2011.²⁰⁴ Het ging om een werknemer die een liefdesrelatie had met de echtgenoot van een collega, ook wel de chef van de werknemer. De werknemer heeft een brief ontvangen van de werkgever waarin de werkgever aangeeft dat dit zal leiden tot een onwerkbaar situatie, dat het organisatorisch niet mogelijk is om de chef en werknemer niet samen in te plannen, dat werknemer op non-actief zal worden gesteld en het verzoek de relatie te beëindigen. De werknemer protesteert tegen de non-actief stelling en houdt zich beschikbaar voor arbeid. De werkgever verzoekt om ontbinding van de overeenkomst op grond van verandering in de omstandigheden en dat de arbeidsverhouding ernstig is verstoord. De werknemer geeft als verweer dat het gaat om een privé aangelegenheid en dat de reden voor een onwerkbaar situatie niet ligt in het functioneren van de werknemer. De kantonrechter oordeelt in deze kwestie dat de privé situatie in principe geen aangelegenheid is van de werkgever, maar de werkgever mag de arbeidsovereenkomst wensen te ontbinden als de privé omstandigheden tot disfunctioneren leiden en er redelijkerwijs geen andere oplossing voor handen ligt (bijvoorbeeld overplaatsen). In dit geval was er sprake van gewichtige redenen om de arbeidsovereenkomst te ontbinden.²⁰⁵ In deze zaak ging het dus niet om ontslag wegens ongezonde levensstijl maar valt er wel een lijn te trekken met in hoeverre een ontslag mogelijk is met een privé omstandigheid die zich

²⁰³ Kantonrechter Amsterdam, 20 april 2012, JAR 2012/157.

²⁰⁴ Rechtbank Haarlem, 21 december 2011, LJN: BU9411.

²⁰⁵ www.banning.nl/4618/home-nl/actualiteiten/archief/werkgever-ontslaat-werknemer-wegens-omstandigheden-gelegen-in-de-privésfeer.html, geraadpleegd op 22-08-2012, om 15:40 uur.

ook in de werksfeer uit. De kantonrechter gaf aan dat in principe de werkgever de werknemer niet kan ontslaan wegens privé aangelegenheden, tenzij deze privékwesaties leiden tot het niet functioneren van de werknemer en er geen andere oplossingen mogelijk zijn.

Ook de reeds besproken uitspraak over de zaalvoetballende chauffeur gaf aan dat door het dusdanig vaak ziekmelden van de werknemer wegens privéomstandigheden (regelmatig blessures door het voetballen) die uitwerking hadden op het functioneren van de werknemer, reden kan zijn om het salaris niet tot de volle 100% aan te vullen wat volgens de CAO verplicht was, maar slechts de wettelijk verplichte 70% van het salaris hoefde te voldoen.

Uit de verschillende uitspraken blijkt dat de rechten van de werknemer sterke gelding hebben en dat het lastig is om er inbreuk op te maken als werkgever. Daarnaast blijkt ook dat een gezonde levensstijl van de werknemer van groot belang is voor de werkgever en dat deze steeds meer zal proberen om invloed uit te oefenen op de levensstijl van de werknemer. De werkgever mag invloed uit oefenen op het herstel van de werknemer en is zelfs verplicht het herstel te bevorderen op grond van artikel 7:658a BW. Op grond van lid 2 wordt de werkgever ook verplicht tot het nemen van maatregelen die redelijkerwijs nodig zijn, zodat de werknemer weer in staat wordt gesteld zijn eigen of passende arbeid te verrichten. Uit de tekst en commentaar behorende bij artikel 7:658a BW blijkt dat de maatregelen die redelijkerwijs nodig zijn, afhankelijk zijn van de omstandigheden van het geval.²⁰⁶ De werkgever zou dus bijvoorbeeld de werknemer met ernstig overgewicht naar een diëtist kunnen sturen of een werknemer met een alcoholverslaving naar een afkickkliniek. Een werkgever mag invloed uitoefenen op de (ongezonde) levensstijl van de werknemer indien dit uitwerking heeft op zijn werkzaamheden.²⁰⁷ Het dient hier dan wel te gaan om bijvoorbeeld zeer regelmatige uitval van de werknemer.

²⁰⁶ E. Verhulp, 2012 (T&C BW) artikel 7:658a BW.

²⁰⁷ P. de Jong, *Leefstijl werknemers, Bemoei je er (niet) mee!*, Advisie juli 2010.

Conclusie

Een ontslag wegens ongezonde levensstijl zou in het Nederlandse rechtstelsel geplaatst kunnen worden onder de ontslaggrond disfunctioneren, verwijtbaar handelen of verstoorde arbeidsrelatie. De arbeidsovereenkomst kan ook ontbonden worden bij de kantonrechter, bijvoorbeeld op grond van veranderde omstandigheden.

De werkgever is bevoegd om de werknemer instructies te geven op grond van de arbeidsovereenkomst en op grond van het directierecht van de werkgever. De werkgever kan instructies geven omtrent de werkzaamheden (functiegerelateerde aanwijzingen) en de wijze waarop de functie wordt uitgeoefend. Daarnaast kunnen er ook instructies worden gegeven ter bevordering van de goede orde in de onderneming. In principe zijn instructies die uitwerking hebben op de privésfeer van de werknemer niet toegestaan, tenzij de levensstijl een dusdanige invloed heeft op het functioneren van de werknemer dat deze niet meer naar de vereisten van de werkgever zijn werkzaamheden kan uitoefenen.

Een inbreuk op de grondrechten van de werknemer (door middel van instructies van de werkgever) moet een legitiem doel dienen en er moet worden nagegaan of het een geschikt middel is om het doel te bereiken. Er moet sprake zijn van het voorzienbaarheids criterium (de werknemers moeten op de hoogte zijn van het gevoerde beleid, bv bij een antidrugsbeleid) en het moet kenbaar zijn. Op grond van het directierecht van de werkgever heeft de werkgever de bevoegdheid om instructies te geven die de privésfeer van de werknemer raken, maar hierbij moet wel voldaan zijn aan het noodzakelijkheidsvereiste; de dringende noodzaak tot het beperken van het grondrecht en de beperking moet evenredig zijn tot het beoogde doel, ook wel proportioneel. Bij een inbreuk op een grondrecht wordt er getoetst aan de proportionaliteit waarbij ook het belang van de maatregel wordt afgewogen tegen de inbreuk op de persoonlijke levenssfeer. Daarnaast wordt gekeken naar wat de aard van het betreffende grondrecht is en of de inbreuk op het grondrecht evenredig is in verhouding met het geschonden belang en of de werkgever het doel ook op een andere (minder ingrijpende wijze) kon bereiken.

In principe geldt de hoofdregel loondoorbetaling tijdens ziekte. Uitzondering hierop is indien de werknemer door opzet zijn ziekte heeft veroorzaakt. Hierbij zou gedacht kunnen worden aan het bewust hanteren van een ongezonde levensstijl met als gevolg ziekte. Opzet van de werknemer wordt echter niet snel aangenomen. De werknemer behoudt zijn recht op doorbetaling van het loon, tenzij bijvoorbeeld een bepaalde sport wordt uitgeoefend met het oogmerk om ziek te worden. Het moet gaan om het willens en wetens veroorzaken van de arbeidsongeschiktheid.

Uit verschillende uitspraken blijkt dat een ontslag wegens ongezonde levensstijl in praktijk in zeer uitzonderlijke gevallen mogelijk is (zoals in het geval van de te dikke scheepskok). Dit kan echter alleen indien de ongezonde levensstijl een dusdanige invloed heeft op de werkzaamheden van de werknemer dat deze niet meer naar behoren kan functioneren. Daarnaast geldt een grote zorgplicht van de werkgever om het herstel van de werknemer te bevorderen. Uit de verschillende uitspraken blijkt dat de rechten van de werknemer sterke gelding hebben en dat het lastig is om er inbreuk op te maken als werkgever. Een werkgever mag invloed uitoefenen op de (ongezonde) levensstijl van de werknemer indien dit uitwerking heeft op zijn werkzaamheden. Het dient hier dan wel te gaan om bijvoorbeeld zeer regelmatige uitval van de werknemer.

Bronvermelding

Documenten

Beleidsregels Ontslagtaak UWV- versie december 2009

Beleidsregels Ontslagtaak UWV- versie september 2011

Kamerstukken II1995/96 24 439, nr. 6

Sociaal Economische Raad, Advies nr. 2009/02, 17 april 2009

Jurisprudentie

Kantonrechter Rotterdam, 22 februari 1993, JAR 1993/103

HR 14 november 1997, JAR 1997,263, Groen/Schoevers

HR 26 juni 1998, JAR 1998/199 Van der Lely/Taxi Hofman

Kantonrechter Heerlen, 4 juli 2001, JAR 2001/247

Kantonrechter Amersfoort, 12 december 2001, JAR 2002/34

Centrale Raad van Beroep, 3 mei 2002, LJN AE4696

EHRM 7 november 2002, nr. 58341/00, Madsen/Denemarken

EHRM 9 maart 2004, nr. 46210/99, Wretlund/Zweden

Kantonrechter Maastricht, 31 augustus 2005, JAR 2005/226

Gerechtshof Arnhem, 27 juni 2006, JAR 2006, 209, LJN: AY5993

Kantonrechter Rotterdam, 18 april 2007, JAR 2007/151

Kantonrechter Gouda, 23 augustus 2007, JAR 2007/237

HR 14 september 2007, LJN: BA5802, Dirksz/Hyatt

HR 14 maart 2008, JAR 2008/204, Mammoet/Stoof

Rechtbank Amsterdam, 29 oktober 2009, LJN: BK2771

Rechtbank Groningen, 3 maart 2010, LJN: BL6639

Kantonrechter Zwolle, 22 april 2011, JAR 2011/309,

Gerechtshof Amsterdam 3 mei 2011, JAR 2011, 165, LJN: BQ5705

Rechtbank Haarlem, 14 september 2011, LJN BT6776

Rechtbank Breda, 23 september 2011, JAR 2011/289

Rechtbank Haarlem, 21 december 2011, LJN: BU9411

Kantonrechter Amsterdam, 4 april 2012, JAR 2012, 118

Kantonrechter Amsterdam, 20 april 2012, JAR 2012/157

Literatuur

P.W.C. Akkermans, Grondrechten; *grondrechten en grondrechtsbescherming in Nederland*, vierde druk, Kluwer, Deventer-2005

Arbo Magazine, Gezondheid; aanspreken op leefstijl wordt steeds normaler, nummer 7/8 Juli/Augustus 2012, pag. 16 + 17

Asser/Heerma van Voss 7-v*, *Bijzondere overeenkomsten, arbeidsovereenkomst, collectieve arbeidsovereenkomst en ondernemingsovereenkomst*, Mr. C. Assers handleiding tot beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Kluwer, Deventer-2008

H.L. Bakels, *Schets van het Nederlandse arbeidsrecht*, 21^e druk, Kluwer, Deventer-2011

B. Barentsen, 2010 (T&C BW) artikel 7:629 BW

Bunschoten, 2009 (T&C GW) artikel 10 Grondwet.

J. van Drongelen, *De overeenkomsten tot het verrichten van arbeid/vakantie en verlof*, Individueel arbeidsrecht, deel 1, vierde druk, uitgeverij Paris – Zutphen, 2011

J. van Drongelen, *Ontslagrecht*, individueel arbeidsrecht deel 3, derde druk, uitgeverij Paris, Zutphen-2011

Van der Grinten, *Arbeidsovereenkomstenrecht*, 22^e druk, Kluwer, Deventer-2008

G.J.J. Heerma van Voss, 2002 (T&C BW) artikel 7:610 BW

A. Helstone, *Geblesseerde werknemer*, loondoorbetaling bij ziekte door opzet of eigen schuld en toedoen, Advocatenblad 12, 8 september 2006

M.C.A. Hollants, *Praktijkids arbeidsrecht*, Kluwer, Alphen aan den Rijn-2009

P. de Jong, *Leefstijl werknemers, Bemoei je er (niet) mee!*, Advisie juli 2010

S.C. Kuit, *De invloed van privégedrag op de werksfeer; de ambtenaar zwaarder bestraft?* ArbeidsRecht, maandblad voor de praktijk Kluwer, 01-01-2009

C.J. Loonstra en W.A. Zondag, 2012 (T&C BW) artikel 7:660 BW.

A.H. Pool, *antidugsbeleid in ondernemingen en het recht op respect voor het privéleven van werknemers*, Tijdschrift Recht en Arbeid, nummer 5/2012

W.L. Roozendaal, *Werk en Privé, de strijd om tijd in het arbeidsovereenkomstenrecht*, proefschrift, 2011

J.M. van Slooten, 2010 (T&C BW) artikel 7:629 BW

C.J. Smitskam, *arbeidsongeschiktheid door riskant gedrag: recht op loon?* PS Documenta, nummer 15, 13 oktober 2006

E. Verhulp, *Grondrechten in het arbeidsrecht*, Kluwer, Deventer- 1999

E. Verhulp en W.A. Zondag, *Disfunctioneren en wangedrag van werknemers*, Monografieën sociaal recht, tweede druk, Kluwer- Deventer 2008

E. Verhulp, 2011 (T&C BW) artikel 7:611 BW

E. Verhulp, 2011 (T&C BW) artikel 7:660 BW

E. Verhulp, 2012 (T&C BW) artikel 7:658a BW.

E.H. Vogelzang, *risicovol gedrag en de bovenwettelijke suppletie: eigen schuld dikke bult?* Arbeidsrecht 2010/2, pag. 17-21

D.J.B. de Wolff, *Goedwerknemerschap*, Monografieën sociaal recht Kluwer, Deventer-2007

S.W.G. Wolters, *De grenzen en mogelijkheden van het verbod van nevenactiviteiten*, Tijdschrift arbeidsrechtpraktijk, SDU uitgevers, nummer 3, april 2010

Websites

hbo-kennisbank.uvt.nl/cgi/av/show.cgi?fid=4300

jure.nl/ae4696

nos.nl/artikel/339109-ongezonde-leefstijl-reden-ontslag.html

nvab.artsennet.nl/web/show/search?searchstring=testen+drugs+alcohol&id=119856&from=0&to=10&googlefilter=&q=testen+drugs+alcohol&domain=NVAB

openaccess.leidenuniv.nl/bitstream/handle/1887/14845/V%202004-1%20Kroniek%20van%20het%20sociaal%20recht%20maart%202004.pdf?sequence=2

pellicaanadvocaten.wordpress.com/2012/02/01/opschorten-of-stopzetten-loonbetaling/

vorige.nrc.nl/nieuwsthema/privacy/article1890599.ece/Gedrag_in_vrije_tijd_telt_vaker_mee_bij_ontslag

www.advocaten-amsterdam.nl/67/zieke%20werknemer-sancties-loonstop-loonopschorting

www.advokatenkollektief.nl/publicaties_2012___pagina9_594.html

www.arbeidsdeskundigen.nl

www.arbeidsrechter.nl/is-er-een-arbeidsovereenkomst

www.arbeidsrechter.nl/proeftijd-in-de-arbeidsovereenkomst

www.arbeidsrechter.nl/toepassen-verschillende-soorten-disciplinaire-maatregelen

www.arbeidsrechter.nl/voorwaardelijk-arbeidscontract-werkgever-werknemer

www.arbeidsrechter.nl/Ziekte-werknemer-medewerker-rechten-plichten

www.banning.nl/1618/home-nl/publicaties/archief/functiewijziging-acceptatie-verplicht.html

www.banning.nl/4618/home-nl/actualiteiten/archief/werkgever-ontslaat-werknemer-wegens-omstandigheden-gelegen-in-de-privésfeer.html

www.banning.nl/4653/home-nl/publicaties/archief/behandelaar-alcoholverslaving-is-een-ziekte-gevolgen-voor-een-ontbindingsverzoek.html

www.boekel.com/media/87260/de_invloed_van_priv_gedrag_op_de_werksfeer_de_ambtenaar_zwaarder_bestaft.pdf

www.bureaupoort.nl/subpaginas/publikaties/arbo2008nr4.htm

www.convenantgezondgewicht.nl/actueel/nieuws/ser_stelt_advies_over_preventie_en_gezondheid_vast

www.denederlandsegrondwet.nl/9353000/1/j9vvihlf299q0sr/vgrnbl6ah4zz

www.endtzco.com/files/comendtzco/file/Scheepskok.pdf

www.intermediaripw.nl/artikel/vakinformatie/225892/werkgever-ligt-krom-voor-gezondheid-werknemer.html

www.intermediaripw.nl/artikel/vakinformatie/308497/connexxion-wil-ongezonde-medewerkers-ontslaan.html

www.juridischkennisportaal.nl/wiki/arbeidsrecht/ontbinding-door-kantonrechter/verkeersongeval-na-overmatig-drankgebruik-levert-dringende-reden-op-ontslag-cbr-medewerker.htm

www.jurofoon.nl/nieuws/weblog.asp?id=2788

www.ontslag.nl/werknemers/ontslagreden/ontslag-op-staande-voet/artikel/32/wanneer-kan-een-werknemer-op-staande-voet-ontslagen-worden%3F-

www.ontslagdossier.nl/index.php/ontslagreden/verwijtbaar-handelen-of-nalaten-wangedrag-werknemer

www.ontslagdossier.nl/index.php/ontslagwijze/ontbinding-arbeidsovereenkomst-door-de-rechter

www.ontslag-krijgen.nl/proeftijd.html

www.ornet.nl/group-nieuws-channel/rokers-presteren-slechter-871.html

www.overkleeft-verburg.nl/PDFs/Het%20grondrecht%20op%20eerbiediging%20van%20de%20persoonlijke%20levenssfeer.pdf

www.penoactueel.nl/arbeidsrecht/jurisprudentie/ontslag-wegens-alcoholgebruik-ontslagvergoeding-van-%8060000-4859.html

www.rendement.nl/salaris/nieuws/id7631-wijziging-atw-met-nieuwe-definitie-arbeidstijd.html

www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/kamerstukken/2012/04/26/voorstel-van-wet-wijziging-arbeidstijdenwet.html

www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/grondwet-en-statuuut/grondwet/grondrechten

www.ser.nl/nl/publicaties/adviezen/2000-2007/2009/b27720.aspx

www.stibbe.nl/upload/3620370c011eca75e6e102a56.pdf

www.stibbe.nl/upload/591aa81f0112c2b0f079066f5.pdf

www.uvw.nl/Werkgevers/ik_wil_mijn_medewerker_ontslaan/ontslag_aanvragen/ontslag_bij_ernstige_gewetensbezwaar.aspx

www.uvw.nl/Werkgevers/ik_wil_mijn_medewerker_ontslaan/ontslag_aanvragen/ontslag_om_bedrijfs-economische_redenen.aspx

www.uvw.nl/Werkgevers/ik_wil_mijn_medewerker_ontslaan/ontslag_aanvragen/opzegverbod.aspx

www.vanboekelnederlof.nl/nieuws-1-overgewicht-en-ontslag.html?archived=1

www.vandale.nl/opzoeken?pattern=ongezond&lang=nn

www.vangelderden.nl/In-de-media/Ontslag-wegens-slechte-levensstijl-

www.vhg.org/site.php?id=1277

www.volkskrant.nl/vk/nl/2686/Binnenland/article/detail/3167362/2012/02/09/Ongezonde-levensstijl-mag-leiden-tot-ontslag.dhtml

www.werk.nl/pucs/groups/public/documents/document/ptl137446.pdf

www.werk.nl/pucs/groups/public/documents/document/ptl137499.pdf

www.werk.nl/pucs/groups/public/documents/document/ptl137501.pdf

www.werk.nl/pucs/groups/public/documents/document/ptl140022.pdf

www.werk.nl/pucs/groups/public/documents/document/ptl187218.pdf

[www.werk.nl/werk_nl/werknemer/meer_weten/ontslag/ontslagprocedureviacwi/grondenontslagaa
nvraag](http://www.werk.nl/werk_nl/werknemer/meer_weten/ontslag/ontslagprocedureviacwi/grondenontslagaa
nvraag)

www.werk.nl/werk_nl/werkgever/meerweten/ontslag/wederzijdsgoedvinden

[www.wieringa-advocaten.nl/nl/weblog/2012/01/09/ontbinding-wegens-morbide-obesitas-
afgewezen](http://www.wieringa-advocaten.nl/nl/weblog/2012/01/09/ontbinding-wegens-morbide-obesitas-
afgewezen)

www.zilverenkruis.nl/bedrijven/congres-gezond-ondernemen/Pages/default.aspx