

Privégedragingen en ontslag

ArbeidsRecht 2018/39

Begin dit jaar oordeelde de Rechtbank Amsterdam dat een piloot van luchtvaartmaatschappij Transavia, die met zijn vader een 'straatrace' hield waarbij een dodelijk slachtoffer viel, niet mocht worden ontslagen.² Dit doet – opnieuw – de vraag rijzen in hoeverre privégedragingen van de werknemer kunnen leiden tot ontslag. Deze bijdrage plaatst deze vraag in een juridisch kader.

1. De privésfeer van de werknemer: wat valt daar onder?

Op bepaalde terreinen wordt het recht van de werknemer op privacy expliciet erkend. De op 25 mei 2018 in werking getreden Algemene Verordening Gegevensbescherming beperkt bijvoorbeeld de werkgever in het verwerken van persoonsgegevens die de werknemers betreffen, hetgeen onder meer gevolgen heeft voor cameratoezicht op de werkvloer en het monitoren van (privé) internet- en social media-gebruik.³ Tegelijkertijd lijken de tentakels van de werkgever steeds verder door te dringen in de privésfeer van de werknemer, waar het gaat om ontslag van de werknemer wegens gedragingen in die privésfeer. We leven ten slotte in een tijd waarin elke escapade van de werknemer binnen de kortste keren op het internet te vinden is. Is er anno 2018 nog wel een heldere grens tussen werk en privé, en zo ja, waar ligt deze dan? En welke rol speelt bijvoorbeeld een code of conduct of een personeelshandboek in deze discussie? Ter beantwoording van deze vragen, volgt hieronder eerst een bespreking van de huidige stand van de rechtspraak.⁴

2. De rechtspraak

Wij bespreken situaties die zich op het snijvlak tussen privé en arbeidsrelatie bevinden (paragraaf 2.2) en situaties die op het eerste gezicht niets te maken hebben met de arbeidsrelatie (paragraaf 2.3).

2.1 Opmerkingen vooraf

De rechtspraak over dit onderwerp is casuïstisch. Niettemin kan grofweg de volgende lijn worden onderscheiden in de wijze waarop rechters beoordelen in hoeverre een privégedraging mag leiden tot een ontslag.

Allereerst dient sprake te zijn van een link tussen de privégedraging en de werksfeer. Deze link kan gevonden worden

in de aard van de gedraging (bijv. frequent social media- of internetgebruik op de werkvloer) waarbij bij voorkeur ook een reglement wordt overtreden, en ook in de omstandigheden waaronder die gedraging heeft plaatsgevonden (het personeelsuitje dat niet zo privé blijkt te zijn als men vooraf dacht). In het geval dat de gedraging van de werknemer volstrekt privé is, kan de link er toch zijn vanwege de aard van de taakvervulling en/of verantwoordelijkheden binnen de functie van de werknemer.

Vervolgens dient sprake te zijn van een door de werknemer overtreden norm. Dit kan een norm zijn die is neergelegd in de arbeidsovereenkomst of een gedragscode of een norm die direct voortvloeit uit de door de werknemer (ex artikel 7:611 BW) in acht te nemen zorgvuldigheid.

2.2 De gedraging doet zich voor in de privésfeer van de werknemer maar er is toch een relatie met het werk

Veel gedragingen van de werknemer vinden weliswaar plaats in de privésfeer maar hebben een directe relatie met het werk, namelijk met de werkzaamheden die worden verricht of met de arbeidsverhouding. Deze gedragingen zijn onder te verdelen in de navolgende subcategorieën:

- A. De gedraging vindt plaats binnen werktijd, maar is privé.
- B. De gedraging vindt plaats buiten werktijd, maar heeft een directe relatie met het werk.
- C. De gedraging vindt plaats buiten werktijd en heeft op zichzelf niets met het werk te maken, maar de gedraging vindt plaats in een werkgerelateerde situatie.

2.2.1 Categorie A – binnen werktijd maar privé

Anno 2018 hebben – vanwege de toegang tot het internet – lang niet alle gedragingen van de werknemer op de werkvloer betrekking op het werk. Zo werd de arbeidsovereenkomst van een werknemer van de Hogeschool van Arnhem en Nijmegen ontbonden wegens een dringende reden, vanwege het frequent bezoeken van seksueel getinte websites en Unibet (een gokwebsite) gedurende werktijd.⁵ De link met de arbeidsverhouding werd in deze zaak gelegd door middel van het ICT-reglement dat de werknemer overtrad. Dit was doorslaggevend voor de kantonrechter, tezamen met de aard van de bezochte websites en de frequentie van het bezoek. Kennelijk waren de aard en de frequentie van het bezoek belangrijk voor de kantonrechter om daadwerkelijk van een door de werknemer overtreden norm te kunnen spreken.

Een gedragscode was ook doorslaggevend in een zaak waarin een vermenging van privé en werk speelde die we vaker op de werkvloer tegenkomen: een liefdesrelatie. In

1 Mr. T.J. Vlot en mr. A.H. Arntz zijn advocaat bij Citius Advocaten te Amsterdam.

2 Ktr. Amsterdam 12 februari 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:694.

3 Privacy-aspecten binnen de arbeidsrelatie vallen buiten het bestek van dit artikel. Zie voor een overzicht van de gevolgen van de AVG voor de arbeidspraktijk: P.A. Nabben & E.C. Post Uiterweer, 'De Europese privacy verordening: werkgever, bent u er klaar voor?', *ArbeidsRecht* 2017/21.

4 Wij bekeken relevante rechtspraak over de periode 2010-2018.

5 Ktr. Nijmegen 27 maart 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BW0238.

dit geval ging het om een medewerker van een AZC die een liefdesrelatie met een asielzoeker kreeg.⁶ Het ontbindingsverzoek wegens gewichtige redenen van de werkgever werd afgewezen. Hoewel er sprake was van een link met de arbeidsverhouding overtrad de medewerker geen norm. De medewerker handelde conform de gedragscode door de relatie te melden bij de werkgever. Zou deze gedraging zo onaanvaardbaar zijn dat ontslag zou moeten volgen, dan diende dit vooraf (in de gedragscode) te zijn vermeld.

Een verstoorde liefdesrelatie tussen de directeur-groootaandeelhouder en één van de medewerkers van zijn bedrijf betekent niet per definitie een verstoorde arbeidsrelatie, zo oordeelde de kantonrechter te Almere.⁷ De kantonrechter maakte in de beoordeling een duidelijk onderscheid tussen de relatie werkneemster – directeur-groootaandeelhouder en de relatie werkneemster – werkgever. De medewerker had niet de belangen van de onderneming dan wel de directeur-groootaandeelhouder geschaad door gesprekken die zij over het einde van de liefdesrelatie met cliënten of collega's heeft gevoerd. Ook overigens stonden de spanningen tussen de ex-echtgenoten volgens de kantonrechter niet in de weg aan een vruchtbare samenwerking tussen de vrouw en haar werkgever.

Het onderscheid tussen deze zaken en de zaak waarin bij een affectieve relatie tussen twee medewerkers van DAF sprake is geweest van bedreiging/intimidatie, is duidelijk. In deze laatste zaak was wel sprake van een norm die door de medewerker werd overtreden. Dit werd door de kantonrechter als volgt verwoord:

“De problemen zijn wel degelijk werkgerelateerd, niet omdat ze door het werk veroorzaakt zijn, maar wel omdat ze zich op het werk zo sterk deden gelden dat [werknemer DAF] zich op het werk heel onveilig is gaan voelen, zodat DAF zich dit diende aan te trekken.”⁸

DAF heeft vervolgens de medewerker volgens de kantonrechter terecht op staande voet ontslagen, hetgeen in hoger beroep is bevestigd.⁹

2.2.2 *Categorie B – buiten werktijd maar directe relatie met het werk*

In deze categorie kan men onder meer denken aan de social media-gebruikende werknemer. De medewerker van Blokker die zijn werkgever op Facebook een hoerenbedrijf noemde, stelde onder meer dat Facebook tot het privé domein van de werknemer behoorde.¹⁰ Hier ging de kantonrechter niet in mee, overwegende dat het privé karakter van Facebook betrekkelijk is en het posten van een

bericht op Facebook het risico van “re-tweeten” (aldus de kantonrechter) met zich meebrengt. Verder bevond zich onder de vrienden op Facebook in ieder geval één collega, waarmee de link naar de arbeidsrelatie werd gelegd. Omdat de werknemer grovelijk in strijd handelde met de uit artikel 7:611 BW voortvloeiende verplichting zich als een goed werknemer te gedragen, ontbond de kantonrechter de arbeidsovereenkomst wegens een dringende reden.

Dat een werknemer pauze houdt, betekent niet dat het hem vrijstaat om kinderpornografisch materiaal aan collega's te laten zien. Hij heeft volgens de kantonrechter die het hierop gegeven ontslag op staande voet moest beoordelen, een situatie laten ontstaan waarin zijn collega's ongewenst werden blootgesteld aan kinderpornografische beelden en – aangezien niet is gebleken dat deze collega's geen pauze hadden – het risico in het leven geroepen dat zijn collega's zouden worden afgeleid van hun beveiligings-taken.¹¹ Het ontslag op staande voet was terecht gegeven.

2.2.3 *Categorie C – buiten werktijd, geen directe relatie met het werk maar wel werk gerelateerd*

Als het gaat om personeelsfeesten is de werknemer meestal van mening dat er sprake is van een privésituatie, maar denkt de werkgever daar anders over. De door een manager buiten het verplichte programma van een teamuitje georganiseerde activiteit met de naam ‘Ondeugd op de Wallen’, werd door de kantonrechter aangemerkt als niet louter een privéactiviteit.¹² De arbeidsovereenkomst werd wegens gewijzigde omstandigheden ontbonden omdat de werkgever terecht het vertrouwen in de manager verloren was.

De kantonrechter te Eindhoven heeft in een serie uitspraken geoordeeld over drugsgebruik door medewerkers van een GGZ-instelling tijdens een feest.¹³ Bij de bepaling of het drugsgebruik kan leiden tot ontslag, stelde de kantonrechter eerst vast dat het feest een werk-gerelateerd karakter had, nu het enkel toegankelijk was voor medewerkers van een bepaalde afdeling en omdat het merendeel van de werknemers dit zo ervaren had. Vervolgens is volgens de kantonrechter van belang in hoeverre sprake is van grensoverschrijdend gedrag. Dit laatste motiveerde de kantonrechter in één zaak door te overwegen dat sprake is van schending van een beroepscode en de werknemer ermee bekend moest zijn dat het niet acceptabel is om tijdens een werk gerelateerde bijeenkomst onder invloed van drugs te verkeren. Voor zover er geen sprake is van schending van een gedragscode, is er volgens de kantonrechter minst-genomen sprake van handelen in strijd met goed werknemerschap.

6 Ktr. Den Helder 6 mei 2010, ECLI:NL:RBALK:2010:BN1637. Zie ook over dit onderwerp: C.C. Oberman & S.M. Stam, ‘Liefde in de werksfeer: waar ligt de grens?’, *ArbeidsRecht* 2009/58.

7 Ktr. Almere 17 februari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:971.

8 Ktr. Eindhoven 22 maart 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:7510.

9 Hof 's-Hertogenbosch 3 november 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:4918.

10 Ktr. Arnhem 21 maart 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BV9483.

11 Ktr. Den Haag 10 april 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:6113.

12 Ktr. Eindhoven 26 juni 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:4256.

13 Zie de uitspraken van de Kantonrechter Eindhoven van 31 juli 2015 via de volgende vindplaatsen: ECLI:NL:RBOBR:2015:4675; ECLI:NL:RBOBR:2015:4652; ECLI:NL:RBOBR:2015:4674; ECLI:NL:RBOBR:2015:4653; ECLI:NL:RBOBR:2015:4649; ECLI:NL:RBOBR:2015:4651; ECLI:NL:RBOBR:2015:4654.

2.3 **De gedraging speelt zich af in de privésfeer van de werknemer en er is geen directe relatie met het werk**

Hier valt bijvoorbeeld te denken aan een situatie waarin de werknemer gedetineerd is. De Hoge Raad heeft in 2010 bevestigd dat er geen algemene regel bestaat die meebrengt dat werkverzuim als gevolg van een onherroepelijke strafrechtelijke veroordeling in beginsel een dringende reden vormt die ontslag op staande voet rechtvaardigt.¹⁴ Primair vereiste voor een rechtsgeldig ontslag vanwege een gedraging die zich volledig in de privésfeer van de medewerker heeft voorgedaan, is dat een relatie kan worden gezien tussen die gedraging en de werkzaamheden.

De detentie van een werknemer wegens veroordeling voor seksueel misbruik, terwijl die werknemer pleegzorgbegeleider is van kinderen, is een voorbeeld van een situatie waarin er sprake is van privégedrag waarbij de relatie met het werk voldoende is voor ontslag.¹⁵ De werknemer die IT-diensten verleent aan justitiële instellingen en organisaties, en die verdacht werd van het exploiteren van een hennepkwekerij, mocht ook ontslagen worden.¹⁶ Overwogen werd dat gelet op de functie van de medewerker waarin hij toegang had tot gevoelige informatie van die klanten, een vertrouwensrelatie tussen werkgever en werknemer belangrijk was en voorts dat buiten twijfel stond dat bij het bekend worden van de illegale activiteiten dergelijke klanten zouden kunnen vertrekken. Hierbij was van belang dat onduidelijk was gebleven hoe de werknemer in het illegale circuit was beland en welke risico's van niet te verwaarlozen betekenis daaruit zouden kunnen voortvloeien. Dit betekende dat de werkgever onbesproken gedrag van zijn werknemers kon eisen, wat ook was neergelegd in het door de werknemer geaccordeerde personeelshandboek.

In de al aangehaalde 'straatrace-zaak' oordeelde de kantonrechter dat de piloot zich schuldig heeft gemaakt aan ernstige gedragingen die de verkeersveiligheid betreffen 'en er zeker een relatie was met de werkzaamheden van [verweerder] als piloot'. Toch ging de kantonrechter niet over tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Er was namelijk geen sprake van 'onverenigbaarheid met (de aard van) de functie van piloot', nu het ging om eenmalig gevaarzettend gedrag in het verkeer wat beperkt is gebleven tot overtreding van artikel 5 Wegenverkeerswet, hetgeen een overtreding is en geen misdrijf.

Wij lezen de uitkomst van de *straatrace*-zaak zo, dat er onvoldoende sprake was van overtreding van een door de werknemer na te leven norm tegenover zijn werkgever.¹⁷ Er

was weliswaar sprake van een link met de werkzaamheden, maar de werkgever kan van de werknemer niet verwachten dat hij zich niet schuldig maakt aan verkeersovertredingen in privétijd. In dit verband achtte de kantonrechter van belang dat er geen beleid was binnen Transavia waaruit blijkt dat ernstige verkeersovertredingen gevolgen kunnen hebben voor het beroep van piloot. Interessant is dat een dergelijke norm wel werd aangenomen bij de werknemer die een hennepkwekerij exploiteerde, waarbij onduidelijk is in hoeverre een rol speelde dat onbesproken gedrag als norm in het personeelshandboek was neergelegd. Dit is door de kantonrechter in ieder geval in zijn oordeel meegenomen.

Ontbreekt een link met de werkzaamheden van de medewerker, dan tracht de werkgever regelmatig door het aanvoeren van additionele omstandigheden toch een link met de arbeidsrelatie te bewerkstelligen. De vraag is dan echter welke norm er door de werknemer wordt overtreden. De vrees voor negatieve reclame bij een werkgever die een hotel runt is in ieder geval onvoldoende om een medewerker die had meegewerkt aan een erotische film te ontslaan.¹⁸ Dat de veroordeling van de werknemer voor het in bezit hebben van kinderporno dan wel ontucht op de werkvloer tot onrust leidt, is ook niet voldoende.¹⁹ Sterker nog, van een werkgever wordt verwacht dat hij al het mogelijke doet om die onrust te voorkomen en de terugkeer van de werknemer op de werkvloer in goede banen te leiden.²⁰

3. **De reikwijdte van de instructiebevoegdheid van de werkgever**

Op basis van een analyse van de relevante rechtspraak is onze conclusie in ieder geval dat voor een rechtsgeldig ontslag van een werknemer wegens een gedraging in de privésfeer, sprake moet zijn van overtreding van een door deze werknemer jegens zijn werkgever na te leven norm. Een dergelijke norm kan voortvloeien uit artikel 7:611 BW, waarbij de functie van de medewerker een rol speelt, of uit de arbeidsovereenkomst dan wel aanvullende gedragscodes of reglementen. Het belang van het opstellen van een gedragscode is eerder in dit tijdschrift ook al benadrukt.²¹ Dit riep bij ons de vraag op hoever een werkgever nu kan gaan bij het opstellen van gedragscodes: tot welk huis mag het huisreglement reiken?

Daarvoor is artikel 7:660 BW van belang. Dat artikel bevat de bevoegdheid voor de werkgever tot het uitvaardigen van instructies 'omtrent het verrichten van de arbeid alsmede (...) welke strekken ter bevordering van de goede orde in de onderneming van de werkgever'. Deze bepaling omvat echter niet het gehele instructierecht van de werkgever. De kantonrechter in Rotterdam bepaalde in 2004 dat een re-

14 HR 17 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO1821.
 15 Rb. Rotterdam 28 december 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BU9501.
 16 Ktr. Zwolle (vzr.) 10 januari 2012, ECLI:NL:RBZLY:2012:BV1755.
 17 Zie voetnoot 2. Overige omstandigheden die meespeelden bij de afwijzing van het ontbindingsverzoek waren dat Transavia al langer op de hoogte was van de feiten, daarna niettemin een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd met de werknemer is aangegaan en ook dat zij de werknemer niet nader heeft getoetst op veiligheidsrisico's die verbonden waren met zijn inzet. De toetsen die wel waren gedaan leverden positieve scores op.

18 Rb. Leeuwarden 1 februari 2011, ECLI:NL:RBLEE:2011:BP4009.
 19 Rb. Leeuwarden 12 mei 2010, ECLI:NL:RBLEE 2010:BM5493 en Rb. Groningen 25 januari 2010, ECLI:NL:RBGRO:2010:BL0395.
 20 Idem.
 21 O.J. Rote, 'Handelingen in de privésfeer en mogelijke gevolgen daarvan op de werkvloer', *ArbeidsRecht* 2013/53.

glement dat ziet op de privébeleggingen door medewerkers van een advocatenkantoor in de regel juist geen betrekking heeft op ordevoorschriften dan wel voorschriften omtrent het verrichten van de arbeid.²² Wij menen dat het uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende werkgeversgezag de basis vormt voor een dergelijke – aanvullende – instructiebevoegdheid, en deze instructiebevoegdheid – net als de bevoegdheid die kan worden gebaseerd op artikel 7:660 BW – wordt begrensd door de (collectieve) arbeidsovereenkomst en goed werkgeverschap. Dat de arbeidsovereenkomst de grenzen van de instructiebevoegdheid bevat, betekent bijvoorbeeld dat van een medewerker aan de lopende band in de regel niet kan worden verlangd dat deze medewerker in de vakanties bereikbaar blijft.

Een andere relevante begrenzing van het instructierecht van de werkgever vormt artikel 8 EVRM. Dit artikel bepaalt dat een *'ieder recht heeft op respect voor zijn privéleven, zijn familie- en gezinsleven, zijn woning en zijn correspondentie'*. Een inbreuk op dit recht dient te worden getoetst aan de voorwaarden die in het tweede lid van dat artikel worden gesteld. De inbreuk dient (i) bij wet te zijn voorzien; (ii) in een democratische samenleving noodzakelijk te zijn; (iii) vanwege één van de legitieme doelen die staan opgesomd in het tweede lid van artikel 8. Op basis van dit artikel heeft het EHRM tweemaal het antidrugsbeleid van een onderneming uit de private sector beoordeeld als een gerechtvaardigde inbreuk op het recht op een privéleven van de werknemer.²³

De Hoge Raad heeft in 2007 in *Hyatt/Dirksz* aan de hand van het noodzakelijkheids criterium, het proportionaliteitscriterium en het subsidiariteitscriterium bepaald dat het antidrugsbeleid van het Hyatt-hotel geen ongerechtvaardigde inbreuk maakte op de persoonlijke levenssfeer van de werknemster die na een onaangekondigde positieve urinetest werd ontslagen op staande voet.²⁴ De Hoge Raad toetste niet aan het criterium dat de inbreuk bij wet moet zijn voorzien, opgenomen in artikel 8 lid 2 EVRM. In de literatuur wordt betoogd dat indien het drugsbeleid van Hyatt aan de vereisten van artikel 8 lid 2 EVRM zou zijn getoetst, de inbreuk op het privéleven van de werknemster als ongerechtvaardigd zou moeten worden beschouwd omdat dat niet zou hebben voldaan aan het criterium dat die inbreuk bij de wet moet zijn voorzien.²⁵

Artikel 8 EVRM kan voor werknemers een handige tool zijn in de discussie of een privégedraging moet leiden tot een ontslag op staande voet. Voor zover een voorschrift van een

werkgever inbreuk maakt op het privéleven van de werknemer, kan dat voorschrift worden getoetst aan de voorwaarden neergelegd in artikel 8 lid 2 EVRM. Afgezien van de fundamentele vraag of dergelijke voorschriften wel bij wet zijn voorzien, leidt dit ook tot een proportionaliteits- en subsidiariteitstoetsing van het voorschrift. Een rechter wordt hiermee gedwongen vragen te beantwoorden als:

“is het wel noodzakelijk dat een medewerker die IT-diensten verleent van volledig onbesproken gedrag dient te zijn?”

4. Belang van gedragscodes en goed werknemerschap

Uit de rechtspraak blijkt dat wanneer er een relatie met de arbeidsverhouding dan wel de arbeid bestaat en er wordt een norm overtreden die de werknemer jegens de werkgever dient na te leven, iedere gedraging van de werknemer kan leiden tot ontslag (voor zover natuurlijk de overtreding ernstig genoeg is).

Dit leidt in ieder geval tot de conclusie dat er duidelijk een belang voor werkgevers bestaat om gedragscodes op te stellen. De daarin vervatte normen vormen dan immers een extra 'meetlat' voor de werkgever om het gedrag van de werknemer aan te toetsen. Zonder dergelijke codes moet de werkgever het doen met de algemene norm van art. 7:611 BW.

Wat opvalt is dat het ontslag van een werknemer wegens een gedraging in de privésfeer vrijwel nooit via de band van artikel 8 EVRM wordt beoordeeld. Voor zover het binnen de onderneming van de werkgever geldend beleid de grondslag vormt voor de link met de arbeidsverhouding en de overtreden norm, is het nog maar de vraag of dat ontslag de toets van artikel 8 EVRM doorstaat.

22 Ktr. Rotterdam (vzr.) 28 september 2004, JAR 2004/268 (*Simmons & Simmons/Korbijn*).

23 Zie EHRM 7 november 2002, nr. 58431/00 (*Madsen*) en EHRM 9 maart 2004, nr. 46210/00 (*Wretlund*) en daarover A.H. Pool, 'Antidrugsbeleid in ondernemingen en het recht op respect voor het privéleven van werknemers', *TRA* 2012/44.

24 HR 14 september 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA5802.

25 Zie A.H. Pool, 'Antidrugsbeleid in ondernemingen en het recht op respect voor het privéleven van werknemers', *TRA* 2012/44. Deze kwestie wordt tevens benoemd in: I.J. de Laat, 'Alcohol- en drugstesten, een gemiste kans?', *ArbeidsRecht* 2018/6.