

Binding van werknemers aan complianceregels: maakt het uit hoe?

mr. L.B. de Graaf en mr. F.M. Dekker*

trefwoorden: *instructierecht, contractuele binding, arbeidsrecht*

1. Inleiding

Vrijwel iedere onderneming ziet zich geconfronteerd met branche-gerelateerde regelgeving. Een onderneming bepaalt echter niet het eigen gedrag. Het zijn de mensen, de werknemers, die het gedrag van de onderneming bepalen. Het zijn zodoende de werknemers die ervoor kunnen en moeten zorgen dat de onderneming voldoet aan de betreffende regelgeving. Ondernemingen – lees: werkgevers – moeten hun werknemers daarom verbieden bepaalde handelingen te verrichten of juist opdragen bepaalde handelingen te verrichten en *awareness* te creëren. Sommige wetten verplichten de werkgever daartoe uitdrukkelijk. Vergelijk art. 35 Wwft:

‘Een instelling draagt er zorg voor dat haar werknemers, voor zover relevant voor de uitoefening van hun taken, bekend zijn met de bepalingen van deze wet en periodiek opleidingen genieten die hen in staat stellen een ongebruikelijke transactie te herkennen en een cliëntenonderzoek goed en volledig uit te voeren.’

Van der Mast is hierop uitgebreid ingegaan in de editie van dit tijdschrift van mei 2014.¹

Vaak is echter onduidelijk voor werkgevers in hoeverre één en ander *arbeidsrechtelijk* ingebed moet worden: moeten werknemers contractueel worden gebonden aan (externe en interne) regelgeving of kunnen eenzijdig regels worden gesteld en instructies worden gegeven? Onze indruk is dat het gevoel heerst dat het voor de ‘kracht’ van de binding uitmaakt welke bindingswijze wordt gekozen. Contractuele gedragsregels zouden sterkere binding opleveren dan eenzijdig door de werkgever uitgevaardigde voorschriften. In dit artikel beoordelen wij of dit gevoel terecht is en gaan wij voor diverse arbeidsrechtelijke onderwerpen na in hoeverre de wijze van binding van werknemers aan complianceregels van belang is.

2. Binding werknemers

2.1 Contractuele binding

De werkgever kan de regels die hij in zijn onderneming wil laten gelden, vastleggen in een overeenkomst met de werknemer. In dit geval is voor gebondenheid van de werknemer aan die regels vereist dat hij ermee instemt. De regels kunnen worden opgenomen in de arbeidsovereenkomst zelf, maar dat is niet noodzakelijk. Denkbaar is ook dat zij worden neergelegd in een collectieve regeling (zoals een personeelshandboek of een bedrijfsreglement), die vervolgens in de (individuele) arbeidsovereenkomst wordt geïncorporeerd. Door het incorporatiebeding wordt de betreffende regeling deel van de arbeidsovereenkomst. Evenmin is noodzakelijk dat de regels worden overeengekomen bij aanvang van de arbeidsovereenkomst. Vanzelfsprekend kunnen werkgever en werknemer ook gedurende het dienstverband nog afspraken maken. Deze afspraken kunnen dan bijvoorbeeld worden opgenomen in een addendum bij de arbeidsovereenkomst.

* Laurens de Graaf en Frank Dekker zijn advocaat bij BarentsKrans N.V.

¹ R.N.M. van der Mast, ‘Nut en noodzaak van compliance opleiding, training en awareness’, *Tijdschrift voor Compliance*, mei 2014, p. 69-75.

2.2 Binding via het instructierecht

Wil sprake zijn van een arbeidsovereenkomst, dan zal voldaan moeten zijn aan de vereisten van art. 7:610 lid 1 BW. Eén van deze

vereisten is dat tussen partijen een verhouding van ondergeschiktheid bestaat, ook wel gezagsverhouding genoemd.¹ In de woorden van de wet heet het dat de werknemer 'in dienst' is van de werkgever. Deze ondergeschiktheid van de werknemer brengt mee dat hij onderworpen is aan de instructies van zijn werkgever. Art. 7:660 BW formuleert het als volgt:

'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 algemeen verbindende voorschriften, of overeenkomst aan hem, al dan niet tegelijk met andere werknemers, gegeven.'

De werkgever kan zijn personeel dus, zowel individueel als collectief, aan eenzijdig opgelegde regels binden. Art. 7:660 BW maakt evenwel ook duidelijk dat de gehoorzaamheidsplicht van de werknemer niet ongeclausuleerd is, maar aan – één positief en twee negatief geformuleerde – grenzen is gebonden. De instructies van de werkgever moeten om te beginnen betrekking hebben op de arbeidsverrichting of strekken ter bevordering van de goede orde van de onderneming. Er is dus sprake van doelbinding. Volgens Loonstra en Zondag heeft de wetgever met het specificeren van deze twee categorieën primair tot uitdrukking willen brengen dat de werkgever bevoegd is maatregelen te nemen die de doelmatigheid en rationaliteit van de bedrijfsvoering bevorderen. Zij staan een ruime benadering voor en willen deze vooral koppelen aan het uitvaardigen van voorschriften die betrekking hebben op 'de bevordering van de goede orde in de onderneming'. Ook voorschriften met een meer bedrijfsethische inhoud scharen Loonstra en Zondag hieronder.³ Een bepaald relevant onderwerp dat betrekking heeft op de arbeidsverrichting of de bevordering van de goede orde van de onderneming betreft de bankierseed of -belofte. Mede gelet op de mogelijke consequenties voor de onderneming c.q. werkgever indien de werknemer die eed niet aflegt, kan de werkgever van de werknemer met een beroep op het instructierecht verlangen dat hij deze eed of belofte aflegt.

Naast de doelbinding moeten de instructies van de werkgever blijven binnen de kaders van algemeen verbindende voorschriften. Belangrijke wettelijke regelingen die het instructierecht van de werkgever beperken zijn de Arbeidstijdenwet, de Arbeidsomstandighedenwet, de verschillende gelijke behandelingswetten (AWGB, WGBMV, WGBL, WGBH/CZ), de Mededingingswet, de Grondwet en het EVRM (grondrechten), maar ook andere regelgeving. De werkgever mag een werknemer bijvoorbeeld niet opdragen transacties in strijd met financiële regelgeving uit te voeren. Evenmin kan de werkgever de werknemer verplichten deals te sluiten die in strijd zijn met het mededingingsrecht.

Behalve binnen de grenzen van algemeen verbindende voorschriften, moeten de instructies volgens art. 7:660 BW ook blijven binnen die van de tussen partijen gesloten (arbeids) overeenkomst. De ruimte voor de werkgever om instructies te geven, wordt aldus kleiner naarmate partijen meer contractueel vastleggen. Bijgevolg bepalen werkgever en werknemer de reikwijdte van het instructierecht voor een deel zelf.

2.3 Verschil tussen beide bindingswijzen?

Blijkens het vorenstaande maakt het voor de 'kracht' van de binding geen verschil welke bindingswijze de werkgever kiest. De werknemer is aan instructies van de werkgever in gelijke mate gebonden als aan contractuele bepalingen.

Wel dient te worden gewezen op een verschil in regelingsbereik: het bereik van het instructierecht is beperkter. Daarmee bedoelen wij dat er onderwerpen zijn die wel bij overeenkomst kunnen worden geregeld, maar die buiten het bereik van het instructierecht vallen. In dergelijke gevallen heeft de werkgever dus geen keuzevrijheid en zal hij de weg van de contractuele binding moeten bewandelen. Dit geldt bijvoorbeeld voor afspraken waarvoor de wet een schriftelijke overeenkomst voorschrijft, zoals een concurrentiebeding. Art. 7:653 lid 1 BW bepaalt namelijk dat een concurrentiebeding slechts geldig is, indien 'de werkgever dit beding schriftelijk is overeengekomen met een meerderjarige werknemer'. Dit brengt mee dat de werkgever een concurrentieverbod niet op zijn instructierecht kan baseren.

² De andere elementen zijn 'arbeid', 'loon' en 'gedurende zekere tijd'.

³ Loonstra & Zondag (*Sdu Commentaar Arbeidsrecht*), art. 7:660 BW, aantekening C.4. Zie ook W.A. Zondag, 'Gezagsuitoefening in relatie tot het directierecht en de bevoegdheid tot het opleggen van disciplinaire maatregelen', in: C.J. Loonstra en W.A. Zondag (red.), *De werkgever in beweging*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2009, p. 28-29.

Maar ook afspraken waarvoor de wet geen regeling bevat, kunnen buiten het bereik van het instructierecht vallen. Dit komt door de doelbinding van het instructierecht. Het gaat dan om onderwerpen die niet betrekking hebben op de arbeidsverrichting of strekken ter bevordering van de goede orde van de onderneming. In dit kader kan bijvoorbeeld worden betwijfeld of een werkgever de invoering van een *social media-beleid* op art. 7:660 BW kan baseren.⁴ En hoe zit dit met een eenzijdig opgelegd verbod van nevenwerkzaamheden?⁵ Rechtspraak en literatuur bieden ons op deze vragen nog geen (eenduidig) antwoord.

3. Gevolgen wijze van binding

Dat de werknemer aan eenzijdige compliance-instructies van zijn werkgever net zo goed gebonden is als contractuele afspraken daarover, betekent niet dat het om het even is welke bindingswijze de werkgever kiest. Uit het navolgende blijkt dat de arbeidsrechtelijke consequenties van de keuze voor het één of het ander kunnen in sommige gevallen wel degelijk kunnen verschillen.

3.1 Wijziging regels

Zoals opgemerkt, maakt het voor de 'kracht' van de binding aan de regels niet uit of zij contractueel zijn overeengekomen dan wel door de werkgever op de voet van zijn instructierecht zijn opgelegd. De vermoedelijk belangrijkste – en veelvoorkomende – situatie waarin dit onderscheid wel van belang is, betreft die waarin de werkgever de regels wil wijzigen.

Op grond van het instructierecht uitgevaardigde voorschriften kan een werkgever eenzijdig aanpassen wanneer hij dat wil. Daarbij is hij slechts gebonden aan het goed werkgeverschap ex art. 7:611 BW, de arbeidsrechtelijke evenknie van de redelijkheid en billijkheid uit art. 6:2 en 6:248 BW.⁶ Het goed werkgeverschap brengt vooral formele beperkingen met zich, zoals dat de werkgever in voorkomende gevallen een overgangsregeling moet treffen of de wijziging moet motiveren, en heeft slechts bij hoge uitzondering tot gevolg dat de wijziging inhoudelijk niet is toegestaan. Dit laatste kan het geval zijn als de werknemer er gerechtvaardigd op mocht vertrouwen dat een voorschrift niet zou worden gewijzigd. Als de werkgever in die situatie toch tot wijziging overgaat, schendt hij het vertrouwensbondsels.

De kwestie ligt anders voor voorschriften die in een overeenkomst zijn neergelegd. Een overeenkomst is immers een meerzijdige rechtshandeling (art. 6:213 BW) en aanpassing daarvan vergt dan ook de medewerking van alle daarbij betrokken partijen. Contractueel vastgelegde regels kan de werkgever in principe dus niet eenzijdig wijzigen; daarvoor heeft hij de instemming van de werknemer. De Hoge Raad heeft evenwel geoordeeld dat een werknemer zijn instemming in sommige gevallen niet mag onthouden. Doet de werknemer dat in die gevallen toch, dan handelt hij in strijd met het goed werkgeverschap en kan hij niet langer naleving van de oorspronkelijke overeenkomst vorderen.⁷ In die situaties kan de werkgever de overeenkomst *de facto* dus wel eenzijdig wijzigen.⁸ Daarvoor moet een drietal vragen positief worden beantwoord:

- (i) Is er sprake van een wijziging in de omstandigheden waarin de werkgever als goed werkgever aanleiding kan vinden tot het doen van een voorstel tot wijziging van contractuele regeling?
- (ii) Is het door de werkgever gedane voorstel redelijk?
- (iii) Kan aanvaarding van dit redelijke voorstel in redelijkheid door de werknemer worden gevegd?⁹

⁴ Over social media op de werkvloer: E.P.M. Thole & F.C. van der Jagt, 'Twitterende werknemers en googelende werkgevers', *ArbeidsRecht* 2011-8-9, nr. 39 en R.J. van der Ham, 'Werknemer 1: "werknemer2, mijn baas is echt 'n e"kel!"', *ArbeidsRecht* 2012/2, nr. 7.

⁵ Zie hierover S.K. Schreurs & O. van der Kind, 'Werk naast werk: baas boven (eigen) baas?' *ArbeidsRecht* 2006/6/7, nr. 39 en S.W.G. Wolters, 'De grenzen en mogelijkheden van het verbod van nevenactiviteiten. Een toetsingskader aan de hand van de redelijkheid en billijkheid', *TAP* 2010/3, p. 105-108.

⁶ Zie uitdrukkelijk HR 30 januari 2004, *JAR* 2004/68 (*Parallel Entry*): 'In het onderhavige geval kan de vraag of sprake is van een ongeoorloofd onderscheid dan ook slechts worden beantwoord aan de hand van de eisen van goed werkgeverschap op de voet van art. 7:611 BW, in welke bepaling de algemene eisen van redelijkheid en billijkheid, zoals neergelegd in art. 6:2 en 6:248 BW voor het arbeidsrecht uitdrukking vinden.'

⁷ C.J. Loonstra & W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke themata* (bewerkt door A.R. Houweling, G.W. van der Voet, J.H. Even en E. van Vliet), Den Haag: Bju 2015, p. 542.

⁸ Formeel is echter sprake van een tweezijdige wijziging.

⁹ HR 11 juli 2008, *JAR* 2008/204 (*Stoof/Mammoet*).

Dit zogenoemde *Stoof/Mammoet*-criterium maakt het mogelijk contractueel overeengekomen complianceregel in lijn te houden met de geldende wetgeving. Een wijziging van de wetgeving levert naar onze inschatting doorgaans een gewijzigde omstandigheid op, waarin de werkgever als goed werkgever aanleiding kan zien tot het doen van een wijzigingsvoorstel. Indien de werkgever met de nieuwe regels vervolgens aansluiting zoekt bij die wetgeving, zal het voorstel ook al gauw redelijk geacht worden en zal instemming met dat voorstel tevens van de werknemer kunnen worden gevergd. Dat is evenwel niet noodzakelijkerwijs zo, ingeval de werkgever met de nieuwe regels verder gaat dan de wetgeving eist. In dat geval is de kans groot dat de werkgever struikelt over de tweede hobbel. Het gedane voorstel zal dan veelal alleen redelijk zijn als sprake is van bijkomende omstandigheden.

Voor situaties buiten gewijzigde wetgeving zijn geen algemene regels te geven. Of de werkgever tot aanpassing van de contractuele (bedrijfs)regels mag overgaan, hangt af van de concrete omstandigheden en zal dan ook van geval tot geval moeten worden uitgemaakt. Relevant zal daarbij in elk geval zijn de motivering van de werkgever om de wijziging door te voeren en de mate waarin de wijziging de werknemer raakt.

De werkgever die het heft zo veel mogelijk in eigen handen wil houden, kan in de overeenkomst opnemen dat hem het recht toekomt de inhoud daarvan eenzijdig te wijzigen. Art. 7:613 BW erkent de geldigheid van een dergelijk eenzijdig wijzigingsbeding expliciet, maar stelt wel enkele beperkingen. Zo moet de bevoegdheid tot eenzijdige wijziging schriftelijk worden overeengekomen. Belangrijker is echter dat de werkgever slechts van deze bevoegdheid gebruik mag maken, indien hij bij de wijziging een zodanig zwaarwichtig belang heeft dat het belang van de werknemer dat door de wijziging zou worden geschaad, daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken. Zelfs ingeval de werkgever het recht de overeenkomst te wijzigen expliciet bedingt, dient derhalve een belangenafweging plaats te vinden alvorens het daadwerkelijk tot een wijziging kan komen.

Concluderend: vanuit het wijzigingsperspectief is het voor werkgevers duidelijk te prefereren om complianceregel op te leggen door middel van het instructierecht in plaats van deze regels contractueel overeen te komen.

3.2 Boetestelling

Een tweede verschil doet zich voor met betrekking tot boetes. Dit kan een manier zijn, hoewel verstrekkend, om werknemers te prikkelen bepaalde regels na te leven. Titel 7.10 BW kent voor boetebedingen een eigen, deels van die van art. 6:91 t/m 6:94 BW afwijkende, regeling in art. 7:650 BW. Het eerste lid van dat artikel bepaalt dat de werkgever slechts boete mag stellen op de overtreding van voorschriften van de arbeidsovereenkomst indien die voorschriften (en het bedrag van de boete) in de arbeidsovereenkomst zijn vermeld. Voorts moet het boetebeding ingevolge art. 7:650 lid 2 BW schriftelijk worden overeengekomen. Deze overeenkomst moet tevens nauwkeurig de bestemming van de boete vermelden. Uit deze regeling volgt dat de werkgever slechts boete kan stellen op contractueel (in de arbeidsovereenkomst) vastgelegde voorschriften. De gedragingen die tot boeteoplegging kunnen leiden, moeten immers schriftelijk in de arbeidsovereenkomst zijn opgenomen. Dit betekent dat op de voet van het instructierecht uitgevaardigde regels niet middels een boete kunnen worden gehandhaafd.

3.3 Werkgeversaansprakelijkheid

Een andere invalshoek betreft die van de werkgeversaansprakelijkheid. Op basis van diverse regelgeving zijn toezichthouders in staat om werknemers *in privé* te beboeten vanwege overtreding van complianceregel in de uitoefening van hun werkzaamheden. Voor de vraag of werknemers die boete (de schade) op hun werkgever kunnen verhalen, is van belang wat tussen werkgever en werknemer is afgesproken of besproken ten aanzien van die compliance-regels.

Allereerst heel kort de systematiek van de wet. Art. 7:658 BW bepaalt – samengevat – dat de werkgever aansprakelijk is voor schade die de werknemer lijdt in de uitoefening van zijn werkzaamheden. Aan deze (schuld)aansprakelijkheid kan de werkgever ontkomen als hij aantoonbaar dat hij aan zijn zorgplicht heeft voldaan of dat de werknemer opzettelijk of bewust roekeloos heeft gehandeld toen hij de schade veroorzaakte. Art. 7:658 BW gaat ervan uit dat de werkgever zeggenschap heeft over de wijze waarop en de plaats waar de arbeid wordt verricht. Bestaat die zeggenschap niet, dan kan de werkgever niet op grond van art. 7:658 BW

worden aangesproken. In die gevallen kan de werknemer in bepaalde situaties een beroep toekomen op art. 7:611 BW (goed werkgeverschap). De werkgever kan namelijk op grond van art. 7:611 BW aansprakelijk zijn als hij nalaat een deugdelijke verzekering af te sluiten voor werknemers die in de uitoefening van hun werkzaamheden al rijdend aan het verkeer deelnemen.¹⁰ Verdergaande aansprakelijkheid op grond van art. 7:611 BW is uitdrukkelijk van de hand gewezen door de Hoge Raad.¹¹

In de situatie van de werknemer die *in privé* wordt beboet wegens overtreding van compliance-regels in de uitoefening van zijn werkzaamheden zal vrijwel steeds sprake zijn van een situatie die valt onder het bereik van art. 7:658 BW: de werkgever zal zeggenschap hebben gehad over de wijze waarop de werkzaamheden moesten worden uitgevoerd. Die zeggenschap brengt, zoals vermeld, een zorgplicht met zich. In de praktijk blijkt die zorgplicht van art. 7:658 BW verstrekkend te zijn, juist vanwege de zeggenschap van de werkgever. Zoals Houweling c.s. schrijven:¹²

‘[De werknemer] staat immers in een gezagsverhouding tot de werkgever en dient in beginsel de werkinstructies van de werkgever op te volgen. Uit deze gezagsverhouding en het instructierecht vloeit een vergaande verantwoordelijkheid voort.’

Oftewel, alleen al het hebben van het instructierecht – de mogelijkheid om de werknemer te vertellen wat hij moet doen en hoe hij het moet doen – rechtvaardigt dat niet snel mag worden aangenomen dat een werkgever aan zijn zorgplicht heeft voldaan. Zondag heeft dan ook de ons inziens terechte conclusie getrokken dat het instructierecht voor de werkgever (art. 7:660 BW) een instructieplicht is geworden in het kader van art. 7:658 BW.¹³ Maar volgens de Hoge Raad is instrueren alleen niet voldoende in het kader van de zorgplicht:¹⁴

‘De in art. 7:658 lid 1 BW bedoelde zorgplicht verplicht de werkgever niet alleen om aanwijzingen te verstrekken om zoveel mogelijk te voorkomen dat de werknemer schade lijdt, maar ook om daartoe de geëigende **veiligheidsmaatregelen te treffen.**’ (dikgedrukt door ons, schr.)

En ook daar eindigt het niet. Volgens de Hoge Raad vergt de zorgplicht van art. 7:658 BW een hoog veiligheidsniveau en vereist dit:¹⁵

‘dat de werkgever het op de omstandigheden van het geval toegesneden **toezicht houdt** op behoorlijke naleving van de door hem gegeven instructies.’ (dikgedrukt door ons, schr.)

Samenvattend: de werkgever moet in het kader van zijn (uit zijn zeggenschap voortvloeiende) zorgplicht instrueren, preventieve maatregelen treffen en op het specifieke geval toegesneden toezicht houden op de naleving van de instructies en de getroffen maatregelen.¹⁶

Nu zien deze uitspraken over de zorgplicht van de werkgever om een veilige werkplek te creëren. Machines moeten bijvoorbeeld goed zijn afgesloten en er moet beleid gevoerd worden om de psychische belasting van werknemers op niveau te houden. Dat betekent echter niet dat de zorgplicht daartoe beperkt is. Een veilige werkplek impliceert dat de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden zoveel als redelijkerwijs mogelijk wordt behoed voor het lijden van schade. Of die schade nu fysiek, psychisch of financieel van aard is doet daaraan niet af. Naar onze mening zal van een werkgever wiens werknemers gebonden zijn aan complianceregel dan ook verwacht mogen worden dat hij die werknemers ten aanzien van de betreffende regels instrueert, preventieve maatregelen treft en op de naleving van de instructies toezicht houdt. Oftewel, de werkgever heeft vanuit art. 7:658 BW de plicht de betreffende werknemers op dit punt te ‘drillen’, hen *up-to-date* te houden en sancties te treffen als regels niet worden nageleefd. Deze plicht kan naar onze mening ook van belang zijn ingeval werkgevers moeten verdedigen waarom zij werknemer bepaalde regels (en sancties) opleggen. Het nalaten daarvan kan immers tot aansprakelijkheid leiden.

¹⁰ Vgl. HR 1 februari 2008, NJ 2009/330 en HR 1 februari 2008, NJ 2009/331 (*gemotoriseerd verkeer*); HR 12 december 2009, NJ 2009/332 (*fiets*). Aansprakelijkheid voor de ten val komende wandelende werknemer werd evenwel niet aanvaard: HR 11 november 2011, NJ 2011/597.

¹¹ HR 11 november 2011, NJ 2011/598.

¹² C.J. Loonstra & W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke themata* (bewerkt door A.R. Houweling, G.W. van der Voet, J.H. Even en E. van Vliet), Den Haag: Bju 2015, p. 560-561.

¹³ W.A. Zondag in C.J. Loonstra e.a., *De werkgever in beweging*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2009, p. 22.

¹⁴ HR 5 december 2014, NJ 2015/182.

¹⁵ Zie vorige noot.

¹⁶ Vgl. de annotatie van T. Hartlief in NJ 2015/182.

Maakt het bij dit alles uit of de werknemer contractueel gebonden is aan de complianceregele of dat er uitsluitend een instructie heeft plaatsgevonden? Nee. Art. 7:658 BW veronderstelt zeggenschap en een uit die zeggenschap voortvloeiende plicht tot instructie. Contractuele binding biedt in dit verband geen toegevoegde waarde.

Stof tot nadenken geeft overigens de vraag in hoeverre de omstandigheid dat de werknemer zelf normadressant is van de betreffende regelgeving de omvang van de zorgplicht van de werkgever beïnvloedt. Uitwerking daarvan gaat het bestek van deze bijdrage echter te buiten.

3.4 Werknemersaansprakelijkheid

Ook de omgekeerde situatie is het bespreken waard: de werkgever ontvangt een boete (lijdt schade) door verboden handelingen van de werknemer. Als de werkgever die schade op de werknemer wil verhalen is art. 7:661 BW van toepassing. Kort samengevat is verhaal door de werkgever op de werknemer alleen mogelijk als de werknemer de schade met opzet of door bewuste roekeloosheid heeft veroorzaakt. Bij dat laatste heeft te gelden dat hiervan slechts sprake is als de werknemer zich tijdens het verrichten van de onmiddellijk aan het ongeval voorafgaande gedraging daadwerkelijk bewust was van het roekeloze karakter van die gedraging.¹⁷ Deze norm komt voort uit een arrest dat draaide om een verkeersongeval en roekeloos rijgedrag van de werknemer. Gemakkelijk toepasbaar op compliancesituaties is die norm daarom niet. In een artikel over o.a. verhaalbaarheid van mededingingsrechtelijke boetes op werknemers benadrukte Sagel het belang van een complianceprogramma, waar het gaat om de vraag of is voldaan aan de bewuste roekeloosheidsnorm uit art. 7:661 BW:¹⁸

‘Om dat criterium vervuld te kunnen laten zijn, zal vermoedelijk minimaal vereist zijn dat de werknemer door de werkgever structureel is onderworpen aan een complianceprogramma, waarin de vereisten van het mededingingsrecht – en het belang van naleving daarvan – met regelmaat zijn ingeprent. Wanneer de werkgever inderdaad keer op keer het belang van naleving van die vereisten heeft ingeprent, moet aangenomen worden dat het niet anders kan zijn geweest dan dat de werknemer zich bij bijvoorbeeld het maken van prijsafspraken, bewust was van het gevaarlijke karakter van die handelingen.’

Derhalve is ook vanuit de optiek van art. 7:661 BW van belang dat werknemers van de relevante regelgeving (continue) op de hoogte worden gesteld. Hoe dit gaat – via de contractuele band of door middel van eenzijdige instructie – is ook in dit kader niet van belang.

3.5 Ontslag

Een aardige vraag is tot slot in hoeverre de wijze van binding aan complianceregele invloed heeft op de mogelijkheden van de werkgever ontslag te bewerkstelligen in het licht van het sinds 1 juli 2015 geldende ontslagrecht.¹⁹ De werkgever die het dienstverband met een werknemer wil beëindigen, is sinds die datum gebonden aan één van de acht gronden uit art. 7:669 lid 3 onderdelen a t/m h BW. Bij overtreding van de complianceregele kunnen wat ons betreft twee ontslaggronden in aanmerking komen: disfunctioneren (onderdeel d) en verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer, in de praktijk ook wel wangedrag genoemd (onderdeel e).

Deze twee gronden zijn in de praktijk niet altijd gemakkelijk van elkaar te onderscheiden. Verhulp en Zondag beschouwen wangedrag zelfs als een vorm van disfunctioneren, zij het een extreme vorm. Disfunctioneren associëren zij met ‘onmacht’ of ‘onkunde’ en wangedrag met ‘onwil’ c.q. ‘moedwil’.²⁰ Ook De Wolff lijkt wangedrag als een vorm van disfunctioneren aan te merken. In haar monografie *Goedwerknemerschap* maakt zij onderscheid tussen disfunctioneren als gevolg van onvermogen en disfunctioneren als gevolg van onwil van de werknemer. Deze laatste vorm van disfunctioneren omschrijft De Wolff vervolgens als ‘verwijtbaar handelen of nalaten en wangedrag’.²¹ Toch dienen disfunctioneren en verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer

¹⁷ HR 14 oktober 2005, NJ 2005/539.

¹⁸ S.F. Sagel & J.N. Stamhuis, ‘Steekt het arbeidsrecht een stokje voor clementieverzoeken van werknemers bij de NMa?’, *Actualiteiten Mededingingsrecht* 2008/1, pag. 11.

¹⁹ Het ontslag op staande voet laten wij hier buiten beschouwing.

²⁰ E. Verhulp & W.A. Zondag, ‘Inleiding’, in: E. Verhulp en W.A. Zondag (red.), *Wangedrag en disfunctioneren van werknemers*, Deventer: Kluwer 2008, p. 2-3.

²¹ D.J.B. de Wolff, *Goedwerknemerschap*, Deventer: Kluwer 2007, p. 9.

van elkaar onderscheiden te worden. De werkgever die een ontbindingsverzoek bij de kantonrechter indient, zal immers een keuze voor een ontslaggrond moeten maken en de eisen per ontslaggrond verschillen.

De disfunctioneringsgrond (onderdeel d) vereist onder andere dat sprake is van ongeschiktheid van de werknemer tot het verrichten van de *'bedongen arbeid'*. Deze term is vooral bekend uit de loondoorbetalingsplicht bij ziekte (art. 7:629 BW). Kort samengevat: zolang de werknemer wegens ziekte niet in staat is de *bedongen arbeid* te verrichten, heeft hij aanspraak op loondoorbetaling (met een maximum van 104 weken). In het kader van art. 7:629 BW betreft de *bedongen arbeid* de tussen werkgever en werknemer *overeengekomen arbeid*.²² In de parlementaire geschiedenis heeft de wetgever niet laten blijken dat het begrip *bedongen arbeid* in art. 7:669 lid 3 sub d BW dezelfde inhoud heeft of behoort te hebben als hetzelfde begrip in art. 7:629 BW. Als dat echter wel de bedoeling blijkt te zijn, dan is denkbaar dat schending van niet-contractueel overeengekomen complianceregele geen vaststelling kan opleveren dat de werknemer ongeschikt is de *bedongen arbeid* te verrichten. Oftewel: in dat geval is van wezenlijk belang dat de regels zijn overeengekomen (bijvoorbeeld door opname in de overeengekomen functiebeschrijving) en niet eenzijdig zijn opgelegd.

We zullen moeten afwachten hoe het begrip *bedongen arbeid* uit art. 7:669 lid 3 sub d BW in de rechtspraak zal worden uitgelegd, maar het zou ons verbazen als de soep werkelijk zo heet zal worden gegeten. Wij verwachten dat regelmatige schending van niet-contractuele regels wel degelijk grond kan zijn voor ontbinding van de arbeidsovereenkomst op grond van art. 7:669 lid 3 sub d BW, mits de werkgever kan aantonen dat naleving van die regels onlosmakelijk is verbonden met de *bedongen arbeid*. Daarvoor zal minimaal vereist zijn dat op dat punt training of voorlichting is gegeven en die regels onderdeel zijn geweest van beoordelingen. Bovendien kan de verwijtbaarheidsgrond (onderdeel e) soelaas bieden. Dat onderdeel spreekt slechts van 'verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer, zodanig dat van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren'. Hier wordt geen koppeling gemaakt met de *bedongen arbeid*. Overtreding van op de voet van art. 7:660 BW uitgevaardigde voorschriften zal ons inziens dan ook zonder meer als verwijtbaar handelen of nalaten kunnen kwalificeren.

4. Conclusie

Het is een begrijpelijke en soms noodzakelijke wens van werkgevers om hun werknemers te binden aan complianceregele. Vanuit arbeidsrechtelijk perspectief wordt echter vaak ten onrechte gedacht dat contractuele binding sterker zou zijn dan eenzijdig opgelegde regels op grond van het instructierecht. Mits de opgelegde regels vallen binnen het (ruime) bereik van het instructierecht, kan de werkgever deze regels eenzijdig opleggen. De werknemer is dan net zo sterk gebonden als wanneer die regels zouden zijn overeengekomen. Contractuele binding is uitsluitend vereist om boete te kunnen stellen op overtreding van bepaalde regels en – heel misschien – ook om ontbinding van de arbeidsovereenkomst op grond van disfunctioneren te kunnen bewerkstelligen. Binding via (uitsluitend) het instructierecht lijdt daarentegen wel steeds tot de mogelijkheid ontbinding wegens verwijtbaar handelen of nalaten te krijgen en is bovendien veel praktischer als de regels wijziging behoeven. Daarnaast maakt het voor vorderingen op grond van werkgevers- of werknemersaansprakelijkheid geen verschil hoe de werknemer is gebonden aan de relevante regels. Kortom: contractuele binding van werknemers aan complianceregele biedt naar onze mening niet méér – en soms zelfs minder – dan binding via het instructierecht. ■

²² Vgl. HR 30 september 2011, JAR 2011/277.