

Arbeidsomstandigheden

Goed arbobeleid legt gewicht in de schaal

Wanneer mag een werkgever ingrijpen bij te dikke werknemers?

Afvallen is "hot". In alle media wordt veel aandacht besteed aan een gezonde(re) levensstijl, overgewicht en afvallen. Via afslankboeken van onder andere Sonja Bakker en televisieprogramma's als "Obese" wordt ons duidelijk gemaakt dat de tijd van "fastfood" en "bankhangen" voorbij is, althans zou moeten zijn.

Ook in arbeidsrelaties kan de levensstijl van werknemers op de nodige aandacht rekenen. In juridisch opzicht speelt steeds de vraag welke rechten en verantwoordelijkheden werkgevers en werknemers hebben om gezond te leven om zodoende overgewicht, en het daarmee samenhangende verzuim, te voorkomen. En welke mogelijkheden heeft de werkgever om een gezonde levensstijl te stimuleren of af te dwingen? Deze vragen komen in deze bijdrage aan de orde.

Groeiend maatschappelijk probleem

Overgewicht is inmiddels een maatschappelijk probleem geworden. Volgens gerapporteerde gegevens van het Centraal Bureau voor de Statistiek (CBS) had in 1981 één op de drie volwassen Nederlanders (33 procent) overgewicht. Sindsdien is het aantal Nederlanders met overgewicht sterk gestegen tot bijna de helft van alle volwassenen (48 procent) in 2011. Het percentage mensen met ernstig overgewicht (obesitas) verdubbelde van vijf procent tot twaalf procent. Deze stijging was zowel zichtbaar in zelf gerapporteerde als gemeten gegevens (CBS StatLine, 2012).

Doordat overgewicht, waaronder (morbide) obesitas, een groeiend probleem voor onze maatschappij is, komt dit probleem uiteraard ook terug in de arbeidsrelatie. Mensen met overgewicht hebben immers een grotere kans om arbeidsongeschikt te raken.

Uit het Trendrapport 2013 dat de arbodienst in de transportsector (Gezond Transport) heeft gepubliceerd, blijkt dat werknemers met een te hoog BMI vaker langdurig ziek zijn dan werknemers met een goed BMI. In sommige gevallen leidt overgewicht zelfs tot permanente functie-ongeschiktheid. Veelal gaat het daarbij om de zogenoemde "morbide obesitas". Van morbide obesitas is sprake als de BMI van de betreffende persoon hoger dan veertig (kg/m²) is. Bij morbide obesitas is de kans op

(ernstige) gezondheidsklachten of ziekten zeer groot, aldus ook het Centrum voor Obesitas Nederland.

Persoonlijke levenssfeer

Veel werkgevers zien overgewicht of (morbide) obesitas vooral als een probleem dat ontstaat doordat de werknemer er een ongezonde levensstijl op nahoudt. Te vet eten en te weinig bewegen worden daarbij als belangrijkste oorzaken aangemerkt. Omdat die oorzaken verband houden met de levensstijl van de werknemer, en dus diens persoonlijke levenssfeer, veronderstellen werkgevers dat zij daar niets aan kunnen doen. Immers, het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer is vastgelegd in de Grondwet en in Europese Verdragen en lijkt daardoor onaantastbaar. Toch zijn de handen van werkgever niet helemaal gebonden en heeft een werkgever zowel praktisch als juridisch een aantal mogelijkheden en zelfs verplichtingen.

Preventief beleid

Het eerste wat een werkgever kan doen om een ongezonde levensstijl van zijn werknemers, en daarmee het risico op overgewicht en daarmee weer het risico op langdurig verzuim, te beïnvloeden, is het bieden van preventieve prikkels. Zo kan een werkgever in de bedrijfskantine kiezen voor gezonde producten in plaats van of naast het bekende broodje kroket. Ook kan een werkgever sporten stimuleren door sportfaciliteiten ter beschikking te stellen of korting op een sportschool, of sportvereniging voor zijn medewerkers bedingen. Tot slot kan een werkgever ook het gebruik van de fiets voor woon-werkverkeer stimuleren door kosteloos of tegen een beperkte vergoeding een bedrijfsfiets aan te bieden. Dit zijn allemaal voorbeelden van maatregelen die een werkgever kan nemen om zijn personeel meer te laten bewegen en gezonder te laten eten. Vaak zal dit samen (moeten) gaan met een verandering in de bedrijfscultuur: als het eten van een broodje gezond in plaats van een broodje kroket als "saaï" wordt gezien, zal dit voor sommige werknemers een reden kunnen zijn om het eetgedrag niet aan te passen. Het alleen aanbieden van gezonde producten en het stimuleren van bewegen zal in de meeste gevallen niet voldoende zijn als dat niet ook in de bedrijfscultuur wordt opgenomen. Voor het management ligt daar een belangrijke taak.

Preventief beleid is overigens niet alleen een mogelijkheid voor de werkgever maar is ook (indirect) een verplichting. Werkgevers hebben op grond van de Arbowetgeving (in het bijzonder artikel 3 Arbowet en artikel 2.9 Arbobesluit) de verplichting om te zorgen voor een

adequaat arbeidsomstandigheden- en ziekteverzuimbeleid. Hieronder valt ook de verplichting om te zorgen voor een goed gezondheidsbeleid waarvan de preventie van overgewicht onderdeel zou moeten uitmaken.

Dwingende maatregelen

Naast het voeren van een preventief beleid heeft een werkgever in bepaalde situaties ook de mogelijkheid om de werknemer te dwingen om zijn ongezonde levensstijl en/of overgewicht aan te pakken. Omdat een dergelijke actie van de werkgever in feite een aantasting van het recht op eerbiediging van de privacy en de persoonlijke levenssfeer van de werknemer betekent, worden er vrij hoge eisen gesteld aan de voorwaarden waaronder de werkgever dat kan doen.

De werkgever mag slechts met grote terughoudendheid regels stellen ten aanzien van de levensstijl van de werknemer. Juridisch wordt daarbij vaak aansluiting gezocht bij een arrest van de Hoge Raad waarin werd geoordeeld dat een werkgever regels mag stellen die invloed hebben op de persoonlijke levenssfeer van werknemers. In de betreffende zaak ging het om een anti-drugs beleid waarin het gebruik van drugs, ook in privé-tijd, werd verboden. In die uitspraak achtte de Hoge Raad het belang van de werkgever om een "zero tolerance" beleid te voeren ten aanzien van druggebruik groter dan het recht van de werknemer op eerbiediging van zijn privacy en persoonlijke levenssfeer.

Verplichting werknemer tot actie

In de literatuur en lagere rechtspraak is deze uitspraak weliswaar omstreden, maar wordt deze toch ook gebruikt om het voor werkgevers mogelijk te maken om in bepaalde situaties regels te stellen aan werknemers ten aanzien van hun levensstijl en eetgedrag om zodoende iets te doen aan het overgewicht van de werknemer. De lat wordt echter wel hoog gelegd: pas als het overgewicht aantoonbare nadelige gevolgen heeft voor het functioneren en er geen andere mogelijkheden meer zijn om de werknemer te overtuigen dat zijn overgewicht moet worden aangepakt, kan een werkgever een werknemer verplichten om actie ondernemen.

Daarnaast kan de werkgever regels ten aanzien van de levensstijl van de werknemer opleggen als de arbeid bij (ernstig) overgewicht niet op veilige wijze kan worden uitgevoerd. Hierbij valt te denken aan functionele eisen voor brandweerm medewerkers, politieagenten of cabinepersoneel voor de luchtvaart. Verder kan ook de identiteit van een onderneming in sommige gevallen rechtvaardigen dat de werkgever eisen stelt ten aanzien van

de levensstijl van de werknemer. Werknemers van fitness-bedrijven of afslankinstituten zouden de identiteit van het bedrijf kunnen schaden als zij zelf (ernstig) overgewicht hebben.

Professioneel hulp

Als een werkgever actie wil ondernemen tegen (morbide) obesitas en daarvoor ook voldoende belang heeft, dan zal de eerste stap zijn dat de werknemer er op gewezen wordt dat hij/zij professionele hulp dient in te schakelen om het overgewicht aan te pakken. Deze professionele hulp kan bijvoorbeeld bestaan uit begeleiding door een diëtist tot het aanbrengen van een maagband of opname in een obesitaskliniek. Van een werkgever wordt verwacht dat hij daarin de werknemer begeleidt en zover mogelijk (financieel) ondersteunt. Daarnaast dient een werkgever een werknemer tijdig aan te spreken op de problemen die door het overgewicht worden veroorzaakt, zoals beperkte(re) inzetbaarheid. Net als bij een disfunctionerende werknemer moet de werkgever daarbij alle benodigde hulp en ondersteuning bieden. Die hulp hoeft niet alleen te bestaan uit het faciliteren van (medische) professionele hulp, maar kan ook bestaan uit het, al dan niet tijdelijk, aanpassen van de functie. Het simpelweg stellen dat het overgewicht door de werknemer zelf is veroorzaakt zodat hij het ook zelf maar moet oplossen, wordt juridisch niet geaccepteerd.

Ontslag en het opzegverbod vanwege (chronische) ziekte

Het ontslaan van een werknemer vanwege problemen met of de gevolgen van zijn of haar overgewicht is pas aan de orde als andere maatregelen vruchteloos zijn gebleken. Een bekend voorbeeld uit de jurisprudentie is de zaak waarin een scheepskok werd afgekeurd vanwege zijn overgewicht. De werkgever gaf de scheepskok twee maanden de tijd om met behulp van professionele begeleiding 10 tot 12 kg af te vallen. Dit lukte de scheepskok waarna hij weer aan het werk mocht. Na zes maanden was de scheepskok echter weer op zijn oude gewicht en werd hij opnieuw afgekeurd. De werkgever vroeg daarop ontbinding van de arbeidsovereenkomst. De kantonrechter wees de gevraagde ontbinding toe omdat de werknemer opnieuw ongeschikt was voor zijn functie. Daarbij oordeelde de kantonrechter dat de werknemer geen ontbindingsvergoeding toekwam omdat hij zelf had verzuimd zijn gewicht op het noodzakelijke niveau te houden.

Hoewel deze zaak van de scheepskok een voorbeeld is van een geval waarin de werkgever met succes tot ontslag van zijn werknemer met overgewicht is

overgegaan, gaat dat in de praktijk niet altijd zo eenvoudig. Een belangrijke obstakel voor werkgever daarbij is dat werknemers met morbide obesitas beschermd worden tegen ontslag op grond van de Wet Gelijke Behandeling Gehandicapten/Chronisch Zieken (WGBH/CZ). Zowel de Commissie Gelijke Behandeling (College voor de Rechten van de Mens) als (recent) de civiele rechter hebben morbide obesitas als chronische ziekte erkend waardoor werknemers die daar aan lijden zich kunnen beroepen op de bescherming van de WGBH/CZ. Deze bescherming behelst onder andere het verbod om de arbeidsovereenkomst op te zeggen.

Daarnaast kan een ziek gemelde werknemer met obesitas zich ook beroepen op het opzegverbod tijdens ziekteverlof. De ontslagroute via het UWV divisie Werkbedrijf is daardoor nagenoeg onmogelijk geworden. Wel kan een werkgever zich wenden tot de kantonrechter met het verzoek de arbeidsovereenkomst te ontbinden. Een ontbinding is juridisch iets anders dan een opzegging en de kantonrechter is strikt genomen niet gebonden aan de opzegverboden. De kantonrechter moet bij zijn oordeel wel vaststellen of de verzochte ontbinding verband houdt met een opzegverbod. Als dat het geval is, dient hij terughoudend te zijn bij het toewijzen van de gevraagde ontbinding. In de praktijk toetst een kantonrechter een ontbindingsverzoek met betrekking tot een werknemer met morbide obesitas dan ook zeer streng waardoor dergelijke zaken vaak worden afgewezen. De verwachting is dat dit ook gaat gelden voor "gewone" obese werknemers. Alleen als het echt niet anders kan, zal een rechter het ontbindingsverzoek toekennen.

Kantonrechter Groningen 28 mei 2014

Een voorbeeld van een zaak waarin de arbeidsovereenkomst werd ontbonden, is een recente zaak die zich voordeed bij de kantonrechter in Groningen. Werknemer (in dienst sinds 1981) is groepsleider op een groep van vier à vijf kinderen in een kinderdagcentrum van werkgever. De kinderen hebben een verstandelijke beperking en een ontwikkelingsleeftijd van zes maanden tot maximaal drie jaar. De werknemer heeft morbide obesitas met een BMI van in ieder geval 69. Vanaf 2007 heeft werkgever het overgewicht van werknemer in relatie tot zijn functioneren aan de orde gesteld. De werkgever heeft vanaf eind 2007 in de gesprekken met werknemer voorstellen gedaan om met begeleiding zijn gewicht terug te dringen, zijn conditie te verbeteren en om te werken aan de achterliggende (verslavings-) problematiek.

De werknemer is op een aantal van die voorstellen niet ingegaan. Uit de verslagen die de werkgever in de

procedure heeft overgelegd, blijkt dat de werkgever aan werknemer in ieder geval vanaf november 2007 duidelijk heeft gemaakt dat zijn extreme overgewicht een belemmering is bij de begeleiding en de ontwikkeling van de aan hem toevertrouwde kinderen. Bij herhaling is hem aangegeven dat zijn mobiliteit te veel wordt belemmerd door zijn overgewicht en dat hij gelet op de functie-eisen en het belang van de kinderen in de groep, dient te werken aan zijn gewicht en aan zijn conditie. Verder blijkt in de procedure dat door de ontwikkelingen in de zorg er één groepsleider op een groep staat en dat geen hulp meer kan worden geboden door een collega.

Super morbide obesitas

De kantonrechter is van oordeel dat sprake is van super morbide obesitas en dat dit aangemerkt dient te worden als chronische ziekte in de zin van artikel 4 Wgbhcz. Dat betekent volgens de kantonrechter echter nog niet dat al daarom het verzoek tot ontbinding zou moeten worden afgewezen. In dit geval is sprake van een situatie waarin werknemer niet meer kan voldoen aan de functie-eisen als gevolg van super morbide obesitas zonder dat binnen afzienbare tijd verbetering te verwachten valt. Die omstandigheid levert naar het oordeel van de kantonrechter een toereikende rechtvaardigingsgrond op om de arbeidsovereenkomst te ontbinden. Daarbij kent de kantonrechter een ontslagvergoeding toe aan de werknemer van acht bruto maandsalarissen.

Ondersteuning bij afvallen

Deze uitspraak pakt voor de werkgever dus redelijk goed uit, maar dat is dus niet altijd het geval. Uitgangspunt is en blijft dat de rechter terughoudend zal omgaan met het verzoek om de arbeidsovereenkomst van een werknemer met (morbide) obesitas te ontbinden. In alle gevallen zal de rechter beoordelen of de werkgever zich voldoende heeft ingespannen om de werknemer te ondersteunen bij het afvallen. Daarnaast zal de werknemer voldoende tijd en gelegenheid moeten hebben gekregen om daadwerkelijk maatregelen te kunnen ondernemen om af te vallen. Ten slotte is van belang of de werkgever de werknemer er duidelijk op heeft gewezen dat het overgewicht een serieus probleem is en tot een einde van het dienstverband kan leiden. Handelt de werkgever niet op deze wijze, dan loopt hij het risico dat de ontbinding wordt afgewezen of dat alsnog een (aanzienlijke) vergoeding moet worden betaald.

Afsluiting

Overgewicht is een serieus probleem. Het leidt aantoonbaar tot vaker en langduriger verzuim. Werkgevers hebben dan ook daadwerkelijke meerkosten door werk-

nemers met (ernstig) overgewicht. Alleen dit zou al voldoende reden voor werkgevers moeten zijn om maatregelen te treffen. Daar komt bij dat werkgevers op grond van de Arbwetgeving ook verplicht zijn om te zorgen voor een adequaat gezondheidsbeleid. Bij de aanpak van (ernstig) overgewicht spelen de volgende aandachtspunten:

- Voorkomen is beter dan genezen. Een werkgever doet er verstandig aan om preventieve maatregelen tegen overgewicht te nemen, bijvoorbeeld door een gevarieerd lunchaanbod te bieden, een werkgeversbijdrage voor de diëtist aan te bieden of een korting op een sportschoolabonnement te bedingen.
- Als het overgewicht van de werknemer een (aantoonbaar) probleem voor diens functioneren of (de veiligheid in) de organisatie oplevert, dient een werkgever dit direct met de werknemer te bespreken en afspraken te maken om dit op te lossen. Afspraken dienen schriftelijk vastgelegd te worden.
- Een werkgever dient te onderzoeken of er naast begeleiding en ondersteuning ook andere oplossingen mogelijk zijn, zoals het tijdelijk wijzigen van de functie. Ontslag is pas aan de orde als alle andere mogelijke oplossingen hebben gefaald of niet mogelijk zijn.

Als werkgevers rekening houden met deze aandachtspunten en serieus werk maken van het gezondheidsbeleid binnen de onderneming, dan zal dit in ieder geval financieel veel gewicht in de schaal leggen.

Lex Takkenberg is advocaat bij Willems & Van Ommeren Advocaten en Mediators