

HET NIEUWE WERKEN

**De balans tussen verantwoordelijkheden van de werkgever
en privacy van de werknemer bij thuiswerken**

Student: Denise Haacke
ANR: 943316
Universiteit: Universiteit van Tilburg
Master: Rechtsgeleerdheid
Begeleider: Dhr. Mr. Dr. S.F.H. Jellinghaus
Accent: Sociaal recht

Inhoudsopgave

Lijst van gebruikte afkortingen.....	5
Hoofdstuk 1: Inleiding	7
1.1. Aanleiding.....	7
1.2. Onderzoeksvraag.....	8
1.3. Doelstelling.....	8
1.4. Plan van aanpak.....	8
Hoofdstuk 2: Het wetsvoorstel.....	9
2.1. Voorgeschiedenis van de Wet flexibel werken.....	9
2.2. Ratio van het wetsvoorstel.....	10
2.3. Doelstellingen van het wetsvoorstel	10
2.4. Een ‘recht’ op thuiswerken?.....	10
2.5. Het instructierecht van de werkgever.....	12
2.6. Conclusie	13
Hoofdstuk 3: Arbeidsomstandigheden	14
3.1. Het arbeidsomstandighedenrecht	14
3.1.1. Het internationale arbeidsomstandighedenrecht	14
3.1.2. Het nationale arbeidsomstandighedenrecht.....	15
3.2. Begrippen binnen het arbeidsomstandighedenrecht	15
3.3. Verplichtingen van de werkgever	17
3.4. Arboregelgeving en thuiswerken; toepasseljkheid van wetgeving	18
3.5. Het civiele arbeidsomstandighedenrecht.....	19
3.6. Medezeggenschap en arbobeleid.....	20
3.6.1. De OR en arbeidsomstandighedenbeleid.....	20
3.6.2. Vakorganisaties en arbeidsomstandighedenbeleid.....	22
3.7. Conclusie	22
Hoofdstuk 4: Arbeids- en rusttijden	24
4.1. Arbeids- en rusttijdenregelgeving	24
4.1.1. De internationale arbeids- en rusttijdenregelgeving.....	24

4.1.2. De nationale arbeids- en rusttijdenregelgeving	24
4.2. Verplichtingen van de werkgever	25
4.3. Arbeidstijdenregelgeving en thuiswerken; toepasselijkheid van wetgeving.....	27
4.4. Medezeggenschap en arbeidstijdenbeleid	27
4.4.1. OR en arbeidstijdenbeleid	27
4.4.2. Vakorganisaties en arbeidstijdenbeleid.....	28
4.5. Conclusie	28
Hoofdstuk 5: Privacy van de thuiswerker	29
5.1. Inleiding.....	29
5.2. De horizontale werking van grondrechten	29
5.2.1. De Grondwet	29
5.2.2. De Wet bescherming persoonsgegevens.....	31
5.2.3. De Privacyrichtlijn	32
5.2.4. Art. 8 EVRM	33
5.3. De arbeidsovereenkomst; een rechtmatige inperking van grondrechten?	34
5.3.1. Het Hyatt-arrest.....	34
5.3.2. Het instructierecht van de werkgever.....	37
5.4. Medezeggenschap en het privacyrecht.....	38
5.5. Conclusie	39
Hoofdstuk 6: Thuiswerken. Zorgplicht versus privacy.....	41
6.1. Inleiding.....	41
6.2. Knelpunten en beleidsvoering	41
6.2.1. Het toezicht op de arbeidsomstandigheden	41
6.2.2. Het toezicht op de arbeids- en rusttijden.....	45
6.2.3. Het controleren van computergebruik.....	47
6.3. Zorgplicht versus privacy: gezichtspunten.....	49
6.4. Conclusie	51
Hoofdstuk 7: Conclusie en aanbevelingen.....	52
7.1. Inleiding.....	52
7.2. Conclusie	52
7.3. Aanbevelingen	55
7.3.1. Schriftelijke afspraken	55

7.3.2. Voorlichting.....	56
7.3.3. Sociale verhoudingen	56
7.3.4. Resultaatgericht werken.....	57
7.3.5. Situatie inschatten.....	57
Literatuurlijst	59
<i>Literatuur</i>	59
<i>Artikelen</i>	65
<i>Websites</i>	67
Jurisprudentie.....	68
Parlementaire stukken en wetgeving	70
<i>Parlementaire stukken</i>	70
<i>Wetgeving</i>	71
<i>Europese richtlijnen en verordeningen</i>	71
<i>IAO verdragen en aanbevelingen</i>	72

Lijst van gebruikte afkortingen

ABRvS	Afdeling Bestuursrechtspraak Raad van State
Arbobeleid	Arbeidsomstandighedenbeleid
Arbobesluit	Arbeidsomstandighedenbesluit
Arbowet	Arbeidsomstandighedenwet
Artb	Arbeidstijdenbesluit
Artw	Arbeidstijdenwet
Awbi	Algemene wet op het binnentreden
BW	Burgerlijk Wetboek
CAO	Collectieve Arbeidsovereenkomst
Cbp	College bescherming persoonsgegevens
CEACR	Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations
EHRM	Europees Hof van de Rechten van de Mens
ESH	Europees Sociaal Handvest
EU	Europese Unie
EVRM	Europees Verdrag inzake de Rechten van de Mens
GW	Grondwet
HNW	Het Nieuwe Werken
HvJ	Hof van Justitie
IAO	Internationale Arbeidsorganisatie (ILO/International Labour Organisation)
IVBPR	Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten
OR	Ondernemingsraad
Rb	Rechtbank
RI&E	Risico Inventarisatie & Evaluatie
Rsi	Repetitive strain injury
RvS	Raad van State
SER	Sociaal Economische Raad
Sr	Wetboek van Strafrecht
SZW	Sociale Zaken en Werkgelegenheid

Waa	Wet aanpassing arbeidsduur
Wbp	Wet bescherming persoonsgegevens
Wfw	Wet flexibel werken
WOR	Wet op de Ondernemingsraden

Hoofdstuk 1: Inleiding

1.1. Aanleiding

In september 2011 is door Kamerleden Van Gent en Van Hijum een initiatief wetsvoorstel ingediend tot wijziging van de Wet aanpassing arbeidsduur ten einde flexibel werk te bevorderen.¹ Met dit voorstel wordt ‘Het Nieuwe Werken’ geïntroduceerd; een mogelijkheid voor werknemers om aan werkgever een verzoek te doen tot wijziging van de arbeidsuren, -tijden en/of –plaats.² Waar het tot op heden de verantwoordelijkheid van sociale partners is om regelingen omtrent flexibel werken te bewerkstelligen, is het de wens van initiatiefnemers Van Gent en Hijum om dit wettelijk vast te leggen.³ In maar liefst 80% van de CAO’s wordt het flexibel werken genoemd, maar in slechts 16% van de CAO’s zijn concrete afspraken opgenomen.⁴ Voor een groot deel van de werknemers die nu nog niet flexibel werkt, geldt dat dit ook niet is toegestaan.⁵

Voor de initiatiefnemers ligt de noodzaak van het wetsvoorstel in de ‘cultuuromslag’ die voor werkend Nederland nodig is, welke verwezenlijkt zou worden door het introduceren van HNW.⁶ In een advies van de Sociaal Economische Raad uit 2011 wordt het belang van meer flexibiliteit, met het oog op een cultuuromslag, toegelicht. Er wordt gewezen op knelpunten die in de huidige samenleving ontstaan, doordat steeds meer mensen niet alleen betaald werk hebben, maar daarnaast tevens verscheidene andere verantwoordelijkheden hebben.⁷ Door vaker tijd- en plaatsafhankelijk te kunnen werken krijgen werknemers de rust en ruimte om meer uren te gaan werken en tegelijkertijd voldoende mogelijkheden te hebben om aan andere verantwoordelijkheden te voldoen.⁸ Naast de noodzaak van een cultuuromslag in Nederland worden in de memorie van toelichting nog enkele andere argumenten voor het toestaan van flexibel werken genoemd: de mate van tevredenheid bij werknemers, het besparen van reistijd en het toenemen van de productiviteit.⁹

Naast de door de initiatiefnemers genoemde voordelen van het flexibel werken, komen ook knelpunten aan het licht.¹⁰ Waar HNW vooral om bekend staat is om het steeds vaker voorkomende ‘thuiswerken’. In huidige wet- en regelgeving is de werkgever in beginsel verantwoordelijk voor de omstandigheden waaronder de werknemer zijn of haar werkzaamheden verricht. Er bestaat een zorgplicht ten aanzien van de inrichting van de werkplek, de arbeid- en rusttijden, en andere omstandigheden waaronder arbeid wordt verricht. Hierbij hoort een zekere mate van controle door de werkgever. De zorgplicht van de werkgever kan op gespannen voet komen te staan met de privacy van de werknemers wanneer zij, in het kader van HNW, thuiswerken.

¹ *Kamerstukken II 2010/2011*, 32 889, nr. 1.

² *Kamerstukken II 2010/2011*, 32 889, nr. 3, p. 5.

³ *Kamerstukken II 2010/2011*, 32 889, nr. 3, p. 6.

⁴ *Kamerstukken II 2010/2011*, 32 889, nr. 3 p. 2.

⁵ Voor 90% van de niet-flexibele werknemers geldt dat ze ook niet flexibel mogen werken. *Kamerstukken II 2010/2011*, 32 889, nr. 3, p. 2.

⁶ *Kamerstukken II 2010/2011*, 32 889, nr. 3, p. 1/2.

⁷ SER-advies Slimmer organiseren 2011, p. 13.

⁸ SER-advies Slimmer organiseren 2011, p. 45.

⁹ *Kamerstukken II 2010/2011*, 32 889, nr. 3, p. 3.

¹⁰ Deze knelpunten zullen besproken worden in hoofdstuk 6.

1.2. Onderzoeksvraag

“Hoe verhoudt de controlebevoegdheid of –verplichting van de werkgever ter uitvoering van zijn zorgplicht, neergelegd in arbeidsomstandighedenregelgeving, arbeidstijdenregelgeving en het burgerlijk wetboek, zich tot de privacy van de werknemer wanneer de werknemer, in het kader van Het Nieuwe Werken, zijn werkzaamheden vanuit huis verricht?”

1.3. Doelstelling

De mogelijkheden voor de werkgever om controle uit te oefenen op de thuiswerkende werknemer zullen afgezet worden tegen de privacy van de werknemer. Hoever kan de werkgever gaan in het controleren van de werknemer, en wat zijn eventuele oplossingen in geval de werkgever met het toezicht de privacy van de werknemer schendt? Hierbij zal aandacht worden besteed aan Nederlandse wetgeving, maar ook aan internationale regelgeving die op dit gebied is opgesteld. Tevens zal de rol van de ondernemingsraad en vakbonden worden besproken.

1.4. Plan van aanpak

In het tweede hoofdstuk wordt ingegaan op het ontstaan en de achtergrond van de Wet flexibel werken. De voorgeschiedenis van het wetsvoorstel en de reden voor initiatiefnemers om het wetsvoorstel in te dienen worden hier besproken. Hoofdstuk 3 en 4 zullen respectievelijk de arbeidsomstandighedenregelgeving en de arbeidstijdenregelgeving bespreken. Hier zal niet alleen aandacht worden besteed aan Nederlandse regelgeving, maar ook aan Europese richtlijnen en internationale verdragen. Tevens zal hier de positie van medezeggenschapsorganen bij het opstellen van beleid worden besproken. In het vijfde hoofdstuk wordt stil gestaan bij de privacy van de werknemer, waarin meer in het bijzonder gekeken wordt naar de mogelijkheden voor werknemers om grondrechten in te roepen tegen de werkgever. Zowel Nederlandse, als internationale regelgeving komt aan bod. In hoofdstuk 6 zal de verhouding tussen de zorgplicht van de werkgever en de privacy van de werknemer worden besproken, waarbij aandacht wordt besteed aan de knelpunten bij thuiswerken, de beleidsmogelijkheden voor de werkgever en de rol die het goed werkgeven en werknemerschap en het instructierecht van de werkgever hierbij kan spelen. In de twee hierop volgende hoofdstukken zal de conclusie volgen, met daarin een antwoord op de onderzoeksvraag, en de aanbevelingen over hoe om te gaan met de zorgplicht, en de daarbij behorende controlebevoegdheden, van de werkgever en de privacy van de werknemer.

Hoofdstuk 2: Het wetsvoorstel

2.1. Voorgeschiedenis van de Wet flexibel werken

De Wet flexibel werken ('Wfw') dient als uitbreiding van de reeds bestaande Wet aanpassing arbeidsduur ('Waa'). Begin juli 2000 is de Waa in werking getreden.¹¹ Hiermee werd in Nederland voor het eerst een wettelijke regeling geïntroduceerd die het voor werknemers mogelijk maakte om de werkgever te verzoeken om vermindering of vermeerdering van de arbeidsuren.¹² Reden voor invoering van de wet was de groeiende behoefte om werk te combineren met andere activiteiten, waaronder opvoeding.¹³ Volgens de memorie van toelichting bij de Waa lag deze behoefte vooral in het feit dat steeds meer vrouwen arbeid en zorg wilden combineren, om zo financieel onafhankelijk te kunnen zijn.¹⁴ Afwijzing van een verzoek van de werknemer is slechts mogelijk indien gesproken kan worden van een 'zwaarwegend bedrijfs- of dienstbelang' dat zich tegen de wijziging van arbeidsuren verzet.¹⁵ In art. 2 lid 8 en 9 Waa worden enkele voorbeelden genoemd, in welk geval in ieder geval sprake is van zwaarwegende bedrijfsbelangen.¹⁶

Uit een evaluatie van de Waa (2004) blijkt dat de werking van de wet over het algemeen positief is, in die zin dat er meer verzoeken tot arbeidsurenwijziging zijn gekomen sinds de invoering van de Waa.¹⁷ Uit de cijfers in de evaluatie, en ook de memorie van toelichting bij de Wfw, blijkt echter dat werkgever en werknemer op informele wijze overeenstemming bereiken over de wijziging van de arbeidsuren, zonder hierbij een beroep te doen op de Waa.¹⁸ De initiatiefnemers zien hier echter geen gebrek in het belang van de Waa, nu deze wet een kader schetst, rechtszekerheid geeft en een instrument verschaft om aanpassing van de arbeidsduur te realiseren.¹⁹

De initiatiefnemers willen echter meer bereiken dan de wijziging van het aantal arbeidsuren. Zij willen tevens mogelijkheden creëren tot flexibele werktijden en plaatsonafhankelijk werken. Ook hiervoor moet een wettelijk kader komen waarop werknemers zich kunnen beroepen. Tot op heden behoort dit tot de verantwoordelijkheid van de sociale partners. Hoewel zij over het algemeen wel het belang van flexibiliteit inzien heeft dit zich tot op heden nog niet vertaald in CAO's.²⁰ In 80% van de CAO's worden flexibel werken en thuiswerken genoemd, maar in slechts 16% van de CAO's zijn concrete afspraken neergelegd over flexibel werken.²¹ Bijzonder is dat Nederland pas nu met een wetsvoorstel komt voor onder andere het thuiswerken. Al in 2000 werd er door de IAO een verdrag opgesteld waarin regels waren opgesteld omtrent het thuiswerken.²² Nederland is één van de weinige landen die dit verdrag heeft geratificeerd.²³ Een wettelijke regeling ontbreekt echter nog.

¹¹ Stb. 2000, 115.

¹² Art. 2 lid Waa. De Wolff 2000, p. 23 e.v.. Van Drongelen & Fase 2011, p. 170 e.v.. Bouwens & Duk (red.) 2011, p. 56 e.v..

¹³ *Kamerstukken II* 1998/1999, 26 358, nr. 3, p. 2.

¹⁴ *Kamerstukken II* 1998/1999, 26 358, nr. 3, p. 2.

¹⁵ Art. 2 lid 5 Waa.

¹⁶ Bijv. problemen met de herbezetting, roostertechnische problemen, of financiële problemen (bij vermeerdering van arbeidsuren).

¹⁷ MuConsult Evaluatie Waa 2003.

¹⁸ MuConsult Evaluatie Waa 2003. *Kamerstukken II* 2010/2011, 32 889, nr. 3, p. 5.

¹⁹ *Kamerstukken II* 2010/2011, 32 889, nr. 3, p. 5.

²⁰ *Kamerstukken II* 2010/2011, 32 889, nr. 3, p. 2.

²¹ *Kamerstukken II* 2010/2011, 32 889, nr. 3, p. 2.

²² IAO Home work Convention 1996, no. 177.

2.2. Ratio van het wetsvoorstel

Voornaamste reden voor Van Gent en Van Hijum om een wetsvoorstel in te dienen is de cultuuromslag die zij nodig achten op de Nederlandse arbeidsmarkt. Initiatiefnemers willen met de Wfw ‘*de combinatie van arbeid en privé effectief ondersteunen*’.²⁴ Hetzelfde argument dat ten grondslag lag aan de Waa. In een beleidsverkenning uit 2008 van het Ministerie van Sociale zaken en Werkgelegenheid wordt benadrukt dat in de huidige tijd de tijdstippen en de plaats waar gewerkt wordt kan gelden als ‘*beperkende voorwaarde voor hun arbeidsparticipatie*’.²⁵ Om die reden kan HNW gezien worden als het instrument bij uitstek om de arbeidsparticipatie uit te breiden.²⁶

2.3. Doelstellingen van het wetsvoorstel

Uiteindelijk moet het voor werknemers eenvoudiger worden om een verzoek in te dienen bij de werkgever tot aanpassing van de arbeid. In de huidige tijd gaat het dan niet meer alleen om de wens om minder uren te werken, maar ook vooral om op andere uren te werken, of op andere plaatsen, zoals thuis. Hierdoor wordt het gemakkelijker voor werknemers om hun werk af te stemmen op hun sociaal leven, en zo meer uren te werken zonder hiervoor op sociaal gebied tijd in te leveren. De initiatiefnemers willen dit opnemen in wetgeving, omdat het tot op heden nog niet tot de standaardmogelijkheden behoort binnen de werkomgeving. Sociale partners laten het te vaak buiten beschouwing, en voor werknemers is het een stok achter de deur wanneer zij de werkgever willen benaderen met een verzoek tot aanpassing van de wijze waarop zij arbeid verrichten.²⁷

2.4. Een ‘recht’ op thuiswerken?

De initiatiefnemers besteden minimale aandacht aan omliggende punten die van belang kunnen zijn voor het wetsvoorstel. Zo blijft de vraag liggen in hoeverre er *nu* al een *recht* op thuiswerken bestaat. Door de initiatiefnemers wordt wel besproken dat slechts in een gering aantal CAO’s afspraken worden gemaakt over flexibel werken.²⁸ Er zijn al werknemers die, al dan niet gedeeltelijk, thuiswerken. Wat hiervoor de grondslag is en hoever die grondslag reikt wordt niet besproken. Zeer recent heeft een kantonrechter te Utrecht zich uitgelaten over de vraag of er een *recht* op thuiswerken kan bestaan.²⁹ In deze zaak ging het om een werknemer die door een chronische spierziekte arbeidsongeschikt raakte. Re-integratie op de werkplek bleek niet succesvol, waarna de werknemer vier dagen thuis, en één dag op kantoor, is gaan werken. Daarbij werd zijn functioneren steeds goed beoordeeld. Na enige tijd past de werkgever zijn beleid aan, waardoor

²³ Geratificeerd in oktober 2002

(http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:11300:1761641898512302::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312322).

²⁴ *Kamerstukken II* 2010/2011, 32 889, nr. 3, p. 1.

²⁵ Beleidsverkenning Modernisering arbeidstijden 2008, p. 5.

²⁶ Beleidsverkenning Modernisering arbeidstijden 2008, p. 6.

²⁷ *Kamerstukken II* 2010/2011, 32 889, nr. 3, p. 2 en 5.

²⁸ *Kamerstukken II* 2011/2012, 32 889, nr. 5, p. 2. Slechts in 17% van de CAO’s wordt gesproken over de mogelijkheid van flexibele werktijden.

²⁹ Rb Utrecht (kanton) 12 juni 2012, *JAR* 2012/178.

nog slechts drie dagen in de week vanuit huis mag worden gewerkt. De werkgever wil de werknemer fasegewijs weer op kantoor laten werken. Dit is voor de werknemer niet mogelijk, waarna de werkgever bij de rechter verzoekt om ontbinding. De werknemer is echter nog steeds bereid om zijn werkzaamheden vanuit huis te verrichten. Kan van de werkgever gevergd worden dat hij het aanbod van de werknemer, om vier dagen thuis en één dag op kantoor te werken, aanneemt? Dit zou immers indiceren dat er onder bepaalde omstandigheden een *recht* op thuiswerken kan bestaan. De kantonrechter neemt als uitgangspunt dat de werkgever onder bepaalde omstandigheden de bestaande organisatie of arbeidsverdeling dient te wijzigen of aan te passen, met het oog op het aanbod van de werknemer.³⁰ Een algemeen geldend beleid dat het thuiswerken in eerste instantie niet mogelijk zou maken, doet geen afbreuk aan de mogelijkheid voor de werkgever om op dit beleid een uitzondering te maken voor een individuele werknemer. Belangrijke rol werd ook toegekend aan eerdere positieve functioneringsbeoordelingen. Hierdoor sneden de argumenten van de werkgever dat het thuiswerken van negatieve invloed zou zijn op het werk van de werknemer geen hout.

Bovenstaande zaak geeft de arbeidsongeschikte werknemer een recht op thuiswerken, mits dit van de werkgever kan worden gevergd. Hiervan is sprake indien het voor het functioneren van de werknemer geen grote verschillen zal maken en er geen grote, onredelijke aanpassingen nodig zijn aan de kant van de werkgever. De kantonrechter lijkt hiermee ook te willen zeggen dat een redelijk aanbod van de werknemer niet zonder meer mag worden afgewezen, enkel om de reden dat hiervoor het algemeen geldende beleid moet worden aangepast. Het ging hier echter om een arbeidsongeschikte werknemer, waarvoor de Arbowet en het BW al een voorschrift bevatten inhoudende dat de werkgever rekening moet houden met de zieke werknemer.³¹ Met dit arrest kan dit ‘rekening houden’ dus onder omstandigheden ook zover gaan dat de werkgever het thuiswerken mogelijk maakt.

Kan hetzelfde van een werkgever worden gevergd op het moment dat de werknemer thuis wil werken om op die manier werk en privé beter te kunnen combineren? Behoort dit wel tot de verantwoordelijkheid van de werkgever? De Arbowet geeft aan dat er rekening moet worden gehouden met de persoonlijke omstandigheden van de werknemer(s).³² Hierbij gaat het echter om de ergonomische inrichting van de werkplek binnen de onderneming en niet om het thuiswerken.³³ Art. 7:611 BW stelt dat werkgever en werknemer zich als ‘goed werkgever en werknemer’ zullen gedragen. Deze bepaling is een soort kapstok voor het beslechten van geschillen tussen werkgever en werknemer op grond van de redelijkheid en billijkheid.³⁴ Hieronder valt ook het rekening houden met elkaars belangen en voldoen aan onderlinge verwachtingen. Wat betekent dit voor het flexibel werken? Geeft deze bepaling een *recht* op thuiswerken? Art. 7:611 BW staat in het teken van de constante belangenafweging. Wanneer een werknemer een goed onderbouwd verzoek doet om thuis te gaan werken, dient een goed werkgever dit in ieder geval serieus te overwegen. Art. 7:611 BW biedt in zeer algemene zin ook een grondslag voor het flexibel werken.

³⁰ Zie r.o. 4.2. Verwezen wordt naar: Hoge Raad 13 december 1991, NJ 1992, 441.

³¹ Art. 7:658a BW. Art. 4 Arbowet.

³² Art. 3 lid 1 onder c Arbowet. Art. 4:1 Artw.

³³ *Kamerstukken II* 1997/1998, 25 879, nr. 3, p. 11. Van Drongelen & Fase 2011, p. 175.

³⁴ In Huiskamp e.a. 2005 (p. 211/212) wordt deze redelijkheid en billijkheid omschreven als ‘een algemeen gevoel dat iets hoort, rekening houdend met algemeen erkende rechtsbeginselen zoals respect voor anderen, het waarborgen van de menselijke vrijheid’.

Dit is echter onvoldoende voor hetgeen de initiatiefnemers op het oog hebben met het wetsvoorstel. Zij willen een kader vastleggen dat een stok achter de deur is, maar ook meer rechtszekerheid biedt.³⁵

Het bovenstaande geeft een mogelijkheid tot thuiswerken, maar biedt geen *absoluut recht* hiertoe. Dit blijkt ook uit een arrest van de kantonrechter Amsterdam, waarin een verzoek tot thuiswerken werd afgewezen.³⁶ Door een verhuizing van het kantoor moest de werknemer iedere dag vier uur reizen; hierdoor kon hij zijn werk niet combineren met zijn privéleven. De werknemer stelde voor om twee dagen in de week thuis te werken. Volgens de kantonrechter werd er teveel gevraagd van de werkgever met dit verzoek. Mede omdat dit niet goed zou zijn voor ‘teambuilding’, maar ook omdat andere werknemers ook waren overgeplaatst en met dezelfde reistijd werden geconfronteerd. De kantonrechter vond het privéleven van de werknemer niet zodanig dat hierdoor van de werkgever kon worden gevergd dat hij het verzoek van de werknemer zou inwilligen.

In het huidige recht is er dus wel een mogelijkheid tot thuiswerken, maar geen absoluut recht hierop. Het wetsvoorstel biedt dit echter ook niet. Werknemers kunnen een verzoek indienen tot thuiswerken; uitgangspunt is dat de werkgever dit verzoek inwilligt, maar dit hoeft niet indien zich een ‘zwaarwegend bedrijfs- of dienstbelang’ voordoet waardoor van de werkgever niet kan worden gevergd dat hij het verzoek inwilligt.³⁷ Voorbeelden van zwaarwegende belangen zijn ernstige problemen op het gebied van veiligheid of problemen van roostertechnische aard. Hier wordt geen toelichting op gegeven in het wetsvoorstel, maar problemen op het gebied van veiligheid kunnen zich ook voordoen op het moment dat de werkgever niet aan zijn zorgplicht kan voldoen, doordat hier de privacy van de werknemer aan in de weg staat.

2.5. Het instructierecht van de werkgever

Waar de initiatiefnemers ook aan voorbij gaan is de rol van het instructierecht van de werkgever. Een werknemer staat onder het gezag van de werkgever. Dit brengt met zich mee dat de werkgever eenzijdig bepaalde instructies aan de werknemer mag geven. Hoever hij hierin kan gaan wordt aangegeven door art. 7:660 BW.³⁸ De werknemer is verplicht de instructies van de werkgever op te volgen, zij het dat hier een tweetal beperkingen aan zijn verbonden. In de eerste plaats geldt dit gezag slechts ten aanzien van de arbeid; de instructie moeten betrekking hebben op de uitoefening van werkzaamheden of nodig zijn voor de goede orde binnen de onderneming. Ten tweede dienen de instructies binnen de grenzen van de arbeidsovereenkomst en algemeen verbindende voorschriften te blijven. De werkgever en werknemer zijn gebonden aan wettelijke voorschriften en voorschriften neergelegd in de arbeidsovereenkomst of de CAO.³⁹ De inhoud van het instructierecht wordt door de inhoud hiervan bepaald; hoe minder regels, des te ruimer is

³⁵ *Kamerstukken II* 2010/2011, 32 889, nr. 5, p. 6.

³⁶ Rb Amsterdam 11 augustus 2011, *LJN*: BT2792.

³⁷ Zo is ook opgenomen in de huidige Waa (art. 2) en wordt ook opgenomen in de Wfw (*Kamerstukken II* 2010/2011, 32 889, nr. 2, p. 2. Art. 2 onder B sub 7).

³⁸ Binnen de literatuur zijn de meningen verdeeld of het instructierecht voortvloeit uit art. 7:660 BW of uit de arbeidsovereenkomst. Zie bijv.: Bouwens & Duk 2011, p. 260. Heerma van Voss 2011, p. 80. Pool 2012. Niet aannemelijk is het echter dat zonder het bestaan van art. 7:660 BW de werkgever geen instructies meer zou mogen geven, nu dit toch de gedachte is achter de arbeidsovereenkomst. Vandaar dat hier wordt aangenomen dat het instructierecht voortvloeit uit de arbeidsovereenkomst en begrensd wordt door art. 7:660 BW.

³⁹ Nieuwenhuis, Stolker & Valk (red.) 2007, p. 3316. De Wolff 2007, p. 107. Heerma van Voss & Pennings (red.) 2008, p. 306.

het instructierecht.⁴⁰ Volgt de werknemer de instructies niet op, dan kunnen hier door de werkgever gevolgen aan worden verbonden. Zelfs ontslag op staande voet is daarbij mogelijk.⁴¹ Hierbij dient echter wel de redelijkheid en billijkheid in acht te worden genomen.⁴²

Dat er door de initiatiefnemers geen aandacht wordt besteed aan het instructierecht van de werkgever is niet terecht. Met het bovenstaande komt de vraag naar voren in hoeverre de werkgever, door gebruik te maken van zijn instructierecht, een werknemer kan verplichten om thuis te gaan werken. Over het instrueren tot thuiswerken is nog geen jurisprudentie. Het wijzigen van de standplaats kan wel op basis van het instructierecht van de werkgever.⁴³ Het gaat dan echter wel om plaatsen binnen de onderneming. Toch indiceert dit dat ook een instructie tot thuiswerken op basis van art. 7:660 BW mogelijk is.⁴⁴ Hierbij dient de werkgever echter niet de wettelijke voorschriften uit het oog te verliezen. Er kan geïnstrueerd worden dat de werknemer thuis werkt, maar dit wordt beperkt door de redelijkheid en billijkheid van art. 7:611 BW, waarin bijvoorbeeld ook de arbeidsomstandigheden een rol kunnen spelen. Van een werknemer die onvoldoende middelen heeft om thuis te kunnen gaan werken of bij wie de inrichting van de thuiswerkplek tekort schiet, kan in alle redelijkheid niet verwacht worden dat de instructie wordt opgevolgd of deze werknemer kan van de werkgever verwachten dat de nodige voorzieningen worden verschaft.

2.6. Conclusie

Aan de Wfw is de Waa vooraf gegaan, waarin het reeds mogelijk is gemaakt om minder of juist meer uren te gaan werken, om zo de combinatie van arbeid en andere activiteiten mogelijk te maken. Volgens initiatiefnemers is dit in de huidige tijd niet langer voldoende. Tegenwoordig hebben werknemers steeds meer verantwoordelijkheden naast hun werk.⁴⁵ Bovendien willen, of kunnen, veel werknemers niet inleveren op hun uren om deze verantwoordelijkheden te kunnen blijven vervullen. Een oplossing voor deze groep werknemers is de mogelijkheid om op andere uren te werken of om de werkzaamheden uit te voeren op een plaats waar dat voor hen beter uitkomt. Hierdoor hoeven werknemers niet per definitie minder uren te werken, en kunnen zij toch activiteiten naast hun werk blijven houden.

De initiatiefnemers gaan in hun wetsvoorstel echter geheel voorbij aan de mogelijkheden die er nu al zijn tot flexibel werken. Het goed werkgever- en werknemerschap en het instructierecht kunnen met zich brengen dat een werknemer flexibel werkt. Een absoluut *recht* op thuiswerken bestaat er niet, maar dit wordt ook niet gerealiseerd met het wetsvoorstel. Het blijft een verzoek, waaraan de werkgever serieus aandacht moet besteden, maar waarbij ook mogelijkheden zijn om dit verzoek af te wijzen.

⁴⁰ Van der Heijden, Van Slooten & Verhulp 2008, p. 123/124.

⁴¹ Art. 7:678 lid 1 jo. lid 2 onder j BW. Van der Heijden, Van Slooten & Verhulp (red.) 2008, p. 124.

⁴² Jellinghaus 2003, p. 155.

⁴³ Hoge Raad 5 januari 1951, *NJ* 1951, 532. Jellinghaus 2003, p. 155/156.

⁴⁴ Deze mogelijkheid wordt bevestigd in Knecht e.a. 2011 (p. 13/14) en De Laat 1997 (p. 95).

⁴⁵ Bijv.: opvoeding, sport, deelname aan commissies, organiseren van evenementen, en andere sociale activiteiten.

Hoofdstuk 3: Arbeidsomstandigheden

3.1. Het arbeidsomstandighedenrecht

3.1.1. Het internationale arbeidsomstandighedenrecht

Het Nederlandse arbeidsomstandighedenrecht is voor een groot deel bepaald door internationale regelgeving.⁴⁶ Zowel de Europese Unie, als de Raad van Europa en de Verenigde Naties hebben overheden verplicht om te zorgen voor een beleid dat de gezondheid en veiligheid op de werkvloer waarborgt. De Europese Unie heeft in het kader van arbeidsomstandigheden een ‘Kaderrichtlijn arbeidsomstandigheden’ opgesteld.⁴⁷ Een Europese richtlijn is verbindend in haar resultaat, maar laat het aan de lidstaten over om de middelen te kiezen om dit resultaat te bereiken.⁴⁸ Veel van de verplichtingen die in deze Richtlijn zijn neergelegd komen letterlijk terug in de Arbowet. Het Hof van Justitie ziet erop toe dat Europese regelgeving op de juiste wijze wordt toegepast. Het gaat dan echter slechts om de juiste toepassing van de richtlijn door de overheid, burgers onderling kunnen niet naar het Hof.⁴⁹ De EU wil met de Kaderrichtlijn een gelijke concurrentie realiseren tussen de lidstaten waar het gaat om arbeidsomstandigheden, om ‘social dumping’ te voorkomen.⁵⁰

Naast de door de EU opgestelde Kaderrichtlijn heeft de Raad van Europa een Handvest opgesteld met daarin enkele sociale grondrechten⁵¹, waaronder het grondrecht op een veilige en gezonde werkomgeving.⁵² Het ESH legt in dit kader een verplichting op aan de Staat om te zorgen voor goed beleid om deze veiligheid te garanderen. De naleving van de in het ESH neergelegde rechten wordt gecontroleerd door de beoordeling van periodieke verslagen van staten door een onafhankelijk comité.⁵³ Ten slotte is er ook de in het kader van de Verenigde Naties opgerichte Internationale Arbeidsorganisatie (‘IAO’). De IAO stelt verdragen en aanbevelingen op welke landen kunnen ratificeren. Landen zijn niet verplicht om dit te doen, maar indien zij ervoor kiezen dit wel te doen zijn zij ook verplicht om de voorschriften na te leven. Er zijn verschillende verdragen en aanbevelingen op het gebied van arbeidsomstandigheden, welke zich vaak richten op een specifieke groep werknemers.⁵⁴ Nederland heeft ervoor gekozen om er slechts één te ratificeren, namelijk Verdrag 155.⁵⁵ Een ander belangrijk verdrag dat Nederland heeft geratificeerd is Verdrag 81 betreffende arbeidsinspectie.⁵⁶

⁴⁶ *Kamerstukken II* 2005/2006, 30 552, nr. 3, p. 6/7. Boere, Van Drongelen & Hofsteenge 2006, p. 15/16. Van Drongelen & Hofsteenge 2007, p. 13/14. Van Drongelen e.a. 2010, p. 27.

⁴⁷ Richtlijn 89/391/EEG van 12 juni 1989 betreffende de tenuitvoerlegging van maatregelen ter bevordering van de verbetering van de veiligheid en gezondheid van de werknemers op het werk.

⁴⁸ Art. 249 EG-Verdrag. Van den Brink 2004, p. 35. Van Drongelen e.a. 2010, p. 28

⁴⁹ Lenaerts & Nuffel 2003, p. 682.

⁵⁰ Het moet voor werkgevers niet aantrekkelijker worden om zich in een ander land te vestigen, omdat daar minder verantwoordelijkheden en verplichtingen gelden op het gebied van arbeidsomstandigheden. Pennings 2007, p. 373 e.v..

⁵¹ Het EVRM, dat ook door de Raad van Europa is opgesteld, bevat slechts de klassieke grondrechten. Om toch een volledige bescherming te realiseren is dit gebrek opgevangen door het opstellen van het ESH. Van Drongelen e.a. 2010, p. 36 e.v..

⁵² Art. 3 ESH.

⁵³ Elzinga, De Lange & Hoogers (red.) 2006, p. 269. Van Drongelen e.a. 2010, p. 37.

⁵⁴ Denk hierbij aan mijnwerkers of agricultuur.

⁵⁵ Convention 155: Occupational Safety and Health Convention, June 1981. Door Nederland geratificeerd in mei 1991 (<http://www.ilo.org/ilolex/english/newratframeE.htm>).

⁵⁶ Convention 81: Labour Inspection Convention, July 1947. Door Nederland geratificeerd in september 1951

3.1.2. Het nationale arbeidsomstandighedenrecht

Het internationale arbeidsomstandighedenrecht heeft zijn weerslag gevonden in de Arbeidsomstandighedenwet ('Arbowet'). Deze wet geeft een kader van enkele verplichtingen voor de werkgever.⁵⁷ Art. 16 Arbowet schrijft voor dat nadere regels moeten worden opgesteld. Deze hebben vorm gekregen in het Arbeidsomstandighedenbesluit ('Arbobesluit') en de Arbeidsomstandighedenregeling ('Arboregeling'). Het nationale arbeidsomstandighedenrecht maakt, in tegenstelling tot het internationale arbeidsomstandighedenrecht, gebruik van *doelvoorschriften*. Er is vastgelegd wat het beoogde resultaat is, maar het is aan sociale partners om de middelen om dit resultaat te bereiken vast te leggen in 'Arbocatalogi'.⁵⁸ De Arbowet is zo ontworpen dat de verantwoordelijkheid voor de arbeidsomstandigheden bij de werkgever en sociale partners ligt. Dit betekent echter ook dat het belangrijk is dat toezicht wordt gehouden op juiste toepassing van de arbeidsomstandighedenregelgeving. Overeenkomstig het IAO-Verdrag (nr. 81) wordt dit toezicht gehouden door de Inspectie SZW.⁵⁹ Door de Arbowet worden verschillende bevoegdheden toegekend aan de Inspectie SZW, waaronder het instellen van een onderzoek naar aanleiding van een arbeidsongeval en het betreden van de woning van de werknemer.⁶⁰ Wat de verplichtingen zijn die door het arbeidsomstandighedenrecht worden opgelegd aan de werkgever wordt verderop in dit hoofdstuk besproken. Als gezegd is een groot deel van deze verplichtingen afgeleid van internationale regelgeving. Deze regelgeving is echter bedoeld voor veel verschillende landen. Om ervoor te zorgen dat al deze landen aan de voorschriften tegemoet kunnen komen, zijn de normen over het algemeen *minimumnormen*.⁶¹ Opmerkelijk is echter dat Nederland deze minimumnormen ziet als de standaard, in plaats van het bieden van verdergaande bescherming. Dit hoeft in Nederland echter niet te zorgen voor problemen, nu er ook een ruime verantwoordelijkheid wordt neergelegd bij sociale partners, die wel een verdergaande bescherming overeen kunnen komen.⁶²

3.2. Begrippen binnen het arbeidsomstandighedenrecht

Binnen de arbeidsomstandighedenregelgeving zijn enkele begrippen van belang. Allereerst het begrip '*arbeidsplaats*'; nationale en internationale regelgeving hanteren hiervoor andere definities. Op grond van de Arbowet is een arbeidsplaats '*iedere plaats die in verband met het verrichten van arbeid wordt of pleegt te worden gebruikt*'.⁶³ Dus ook een flexibele werkplek of een thuiswerkplek. De IAO sluit zich hierbij aan; een arbeidsplaats is iedere plaats waar de werknemer zijn werkzaamheden verricht.⁶⁴ Hier wordt wel aan toegevoegd dat de werkgever '*direct of indirect*' toezicht moet hebben op deze ruimte. Discussie is dan in hoeverre de werkgever zicht heeft op de thuiswerkplek van een werknemer. De werkgever heeft geen directe

⁵⁷ Deze verplichtingen worden in paragraaf 3.3 besproken.

⁵⁸ Van Drongelen & Hofsteenge 2007, p. 15 e.v.. Popma (red.) e.a. 2008, p. 59 e.v..

⁵⁹ Art. 24 Arbowet. Van Drongelen & Hofsteenge 2007, p. 65 e.v.. Popma (red.) e.a. 2008, p. 81 e.v.. Van Drongelen e.a. 2010, p. 281 e.v.. De Inspectie SZW is een samenstelling van de oude Arbeidsinspectie, Inspectie Werk en Inkomen en de Sociale Inlichtingen- en Opsporingsdienst.

⁶⁰ Art. 24 lid 3 en lid 4 Arbowet.

⁶¹ Vooral bij de IAO zijn er ook ontwikkelingslanden die de verdragen ratificeren. Zij kunnen niet hetzelfde beschermingsniveau realiseren dat bijvoorbeeld Nederland of Duitsland kan.

⁶² Pennings 2007, p. 387 e.v..

⁶³ Art. 1 lid 2 onder g Arbowet.

⁶⁴ Art. 3 onder c Verdrag 155.

invloed op de thuiswerkplek, maar kan beleid voeren waardoor dit toezicht er indirect wel is. Voor de Europese definitie van arbeidsplaats kan niet worden teruggevallen op de Kaderrichtlijn; er moet gekeken worden naar de eerste, bijzondere richtlijn inzake arbeidsplaatsen.⁶⁵ Hierin wordt een meer strikte definitie gehanteerd dan die in de Arbowet en het IAO-Verdrag. Een arbeidsplaats is slechts de werkplaats op het terrein van de onderneming, dus geen thuiswerkplekken.⁶⁶ Deze definitie is in de huidige tijd niet meer toereikend. Steeds vaker worden werkzaamheden verricht op andere plaatsen dan die binnen de onderneming. Dat zou betekenen dat de werkgever niet langer verantwoordelijk is zodra de werknemer het terrein verlaat, waardoor de zorgplicht van de werkgever sterk beperkt en de verantwoordelijkheid van de werknemer te zeer vergroot wordt.

De werkgever is niet slechts verantwoordelijk voor een veilige en gezonde arbeidsplaats, hij is verantwoordelijk voor *'alle met de arbeid verbonden aspecten'* waaronder ook *'arbeidsmiddelen'*. Het IAO-Verdrag en de Kaderrichtlijn geven hier geen definitie van, de Arbowet en een bijzondere richtlijn van de Kaderrichtlijn doen dit wel. Zowel de Arbowet als de richtlijn inzake arbeidsmiddelen⁶⁷ definiëren arbeidsmiddelen als *'alle op de arbeidsplaats gebruikte machines, installaties, apparaten en gereedschappen'*.⁶⁸ Gelet op het voorgaande leidt dit echter tot verschillende definities nu het begrip arbeidsplaats in beide voorschriften anders is gedefinieerd. Voor de Europese richtlijn is de werkgever slechts verantwoordelijk voor de arbeidsmiddelen gebruikt op de werkplaats binnen de onderneming⁶⁹, terwijl de Arbowet de werkgever verantwoordelijk stelt voor het gebruik van arbeidsmiddelen op iedere plaats waar de werknemer werkzaamheden verricht, bijvoorbeeld ook de thuiswerkplek.⁷⁰

Naast de richtlijnen inzake arbeidsplaatsen en arbeidsmiddelen is door de EU een andere bijzondere richtlijn opgesteld die in de huidige tijd steeds meer van belang is; de richtlijn inzake beeldschermapparatuur.⁷¹ Tegenwoordig is een computer niet meer weg te denken waar het gaat om vele beroepen. Voorschriften in het kader van het gebruik van beeldschermapparatuur is daarmee evident geworden voor het garanderen van de gezondheid van werknemers. Gedacht kan worden aan minimumvoorschriften als: het op tijd pauzeren om RSI te voorkomen, op juiste wijze afstellen van de bureaustoel om rugklachten te voorkomen, en het zorgen voor de juiste afstand tussen werknemer en beeldscherm om beschadiging van de ogen te voorkomen.

Tevens is het begrip *'thuiswerker'* van belang, waarbij het gaat om de werknemer die in het kader van HNW niet de gehele arbeidstijd vanuit thuis werkt. Geen van de bovengenoemde regelgeving besteed aandacht aan het begrip thuiswerker. Sinds 1 juli 2012 hanteert het Arbobesluit niet het begrip *'thuiswerker'*⁷², maar het begrip *'plaatsonafhankelijk werken'*.⁷³ Onder dit laatste wordt verstaan iedere

⁶⁵ 30 november 1989. Richtlijn 89/654/EEG.

⁶⁶ Art. 2 Richtlijn 89/654/EEG.

⁶⁷ Oorspronkelijk opgesteld in november 1989, 89/655/EEG. In 2009 opgeheven door een vernieuwde richtlijn opgesteld in september 2009, 2009/104/EG.

⁶⁸ Art. 1 lid 3 onder h Arbowet. Art. 2 onder a Richtlijn 2009/104/EG.

⁶⁹ Art. 2 onder a Richtlijn 2009/104/EG jo. art. 2 Richtlijn 89/654/EEG.

⁷⁰ Art. 1 lid 3 onder h jo. art. 1 lid 3 onder g Arbowet.

⁷¹ 29 mei 1990. Richtlijn 90/270/EEG.

⁷² Voor 1 juli werd dit begrip wel door het Arbobesluit gehanteerd. Een *'thuiswerker'* was de werknemer die krachtens arbeidsovereenkomst in dienst is bij de werkgever en met toestemming van deze werkgever zijn werkzaamheden deels thuis verricht (art. 1 lid 5 onder d-f Arbobesluit (oud) in samenhang gelezen).

⁷³ Stb. 2012, 270, p. 2.

arbeid verricht door de werknemer die krachtens arbeidsovereenkomst in dienst is bij een werkgever in eigen woning of een andere plaats, welke niet de arbeidsplaats van de werkgever is.⁷⁴

3.3. Verplichtingen van de werkgever

De werkgever heeft een algemene verplichting om ervoor te zorgen dat werknemers hun werkzaamheden kunnen verrichten in een veilige en gezonde werkomgeving.⁷⁵ In het kader van deze verantwoordelijkheid is de werkgever verplicht om een toereikende Risico Inventarisatie en –Evaluatie ('RI&E') op te stellen, waarin alle mogelijke risico's voor werknemers zijn opgenomen.⁷⁶ De werkgever dient hierin tevens een plan van aanpak op te nemen, met daarin de te nemen maatregelen om intreden van de gevaren te voorkomen en wanneer deze maatregelen genomen dienen te worden.⁷⁷ Deze maatregelen dienen bijvoorbeeld gericht te zijn op het in zijn geheel voorkomen van intreden van risico's, vervangen van gevaren door minder of in het geheel niet gevaarlijke onderdelen en het geven van passende instructies.⁷⁸ Met '*risico's*' wordt bedoeld op mogelijke gevaren en de kans dat een dergelijk gevaar intreedt.⁷⁹

Het is aan de werkgever om zijn werknemers op doeltreffende wijze in te lichten over de inhoud van de RI&E en wat er van hen verwacht wordt betreffende de te nemen maatregelen, om het intreden van gevaren te voorkomen.⁸⁰ Met doeltreffende wijze wordt verwezen naar de verantwoordelijkheid van de werkgever om de voorlichting op zodanige wijze vorm te geven dat het voor iedere werknemer duidelijk is. De voorlichting dient aangepast te worden aan de individuele werknemer, gekeken naar bijvoorbeeld leeftijd, intelligentie, mate van zelfstandigheid en ervaring. Het is echter ook aan de werknemers om deze instructies te volgen en '*naar vermogen zorg te dragen voor hun eigen veiligheid en gezondheid*'.⁸¹ De Europese Kaderrichtlijn legt eenzelfde verplichting op aan de werknemers, maar voegt hieraan toe dat deze verplichting geen afbreuk doet aan de verantwoordelijkheid van de werkgever op het gebied van arbeidsomstandighedenbeleid.⁸² De werkgever dient ten alle tijden aan zijn zorgplicht te voldoen, ook wanneer de werknemer zelf de instructies niet volgt.

Naast deze verantwoordelijkheden legt de Arbowet de plicht op aan de werkgever om toe te zien op de naleving van zijn instructies door werknemers.⁸³ Het is aan de werkgever om erop toe te zien dat werknemers de instructies volgen en de maatregelen treffen uit de RI&E om intreden van risico's te voorkomen. Hoever dit toezicht gaat is afhankelijk van de omstandigheden van het geval, waaronder de aard van de werkzaamheden, de ervaring van de werknemer en de positie binnen het bedrijf.⁸⁴ Van een werkgever kan niet gevergd worden dat er voortdurend toezicht wordt gehouden op werknemers, maar wel

⁷⁴ Art. 1.43 lid 1 onder a Arbobesluit.

⁷⁵ Art. 3 lid 1 Arbowet. Art. 6 Kaderrichtlijn.

⁷⁶ Art. 5 lid 1 Arbowet.

⁷⁷ Art. 5 lid 3 Arbowet.

⁷⁸ Art. 6 lid 2 Kaderrichtlijn.

⁷⁹ Van Drongelen & Fase 2011, p. 197.

⁸⁰ Art. 8 lid 1 Arbowet.

⁸¹ Art. 11 aanhef Arbowet.

⁸² Art. 10 jo. art. 5 lid 3 Kaderrichtlijn.

⁸³ Art. 8 lid 4 Arbowet.

⁸⁴ RvS 18 april 2007, *LJN*: BA3220, par. 2.4.2. Zie ook: Rb. Alkmaar 24 januari 2008, *LJN*: BC3675, par. 7. Rb. Arnhem 19 februari 2008, *LJN*: BC6833, par. 3.7.

dient er met enige regelmaat gecontroleerd te worden of werknemers de voorschriften naleven.⁸⁵ Afwezigheid van voortdurend toezicht betekent niet direct dat er niet voldaan is aan de zorgplicht van de werkgever, maar in dat geval dient er wel dusdanig feitelijk toezicht te zijn dat werknemers gestimuleerd worden om de voorschriften na te leven.⁸⁶ Een door de werkgever opgesteld sanctiebeleid in geval van niet naleven van de voorschriften door werknemers kan onderdeel zijn van het voldoen aan het toezichtvereiste.⁸⁷ Het gaat er om dat werknemers voldoende ‘prikkel’ krijgen om de voorschriften na te leven.

3.4. Arboregeling en thuiswerken; toepasselijkheid van wetgeving

Het spreekt voor zich dat het arbobeleid dat de werkgever voert voor werknemers die op de ‘gewone’ arbeidsplaats binnen de onderneming hun werkzaamheden verrichten anders zal dan het beleid dat wordt gevoerd voor de, in het kader van HNW, thuiswerkers. Niet alleen zijn er andere omstandigheden waar rekening mee moet worden gehouden, maar ook is er bij de werknemer thuis geen direct toezicht van de werkgever. In hoeverre is de werkgever dan nog gebonden aan de arboregeling?

De Arbwet sluit thuiswerkers niet uit van het toepassingsgebied. Evenmin is de werkingssfeer beperkt tot de werknemer die alleen binnen de onderneming werkzaamheden verricht. De Arbwet is van toepassing op iedere werknemer die in het kader van een arbeidsovereenkomst in dienst is bij de werkgever.⁸⁸ In de memorie van toelichting bij het initiatief wetsvoorstel wordt dit nogmaals benadrukt; de Arbwet is van toepassing op werknemers die deelnemen aan HNW.⁸⁹ Het speciaal voor thuiswerken opgestelde IAO-Verdrag⁹⁰ is niet van toepassing op HNW⁹¹, maar hieruit kunnen wellicht wel wat beginselen worden afgeleid. Zo wordt in dit Verdrag benadrukt dat thuiswerkers niet anders behandeld dienen te worden dan de ‘gewone’ werknemers, waarbij in ieder geval gedacht moet worden aan het deelnemen aan werknemersorganisaties en het minimumloon.⁹² De initiatiefnemers hebben het Thuiswerkverdrag van de IAO niet als inspiratie genomen. Dit Verdrag geeft meer gedetailleerde voorschriften over de rechten die ook voor thuiswerkers gewaarborgd moeten worden in regelgeving, waarbij het vooral draait om de gelijke behandeling van thuiswerkers met de ‘gewone’ werknemers. In het wetsvoorstel wordt hier echter geen aandacht aan besteed. Er wordt een mogelijkheid gegeven voor het flexibel werken, maar hier worden geen inhoudelijke voorwaarden aan verbonden.

In ieder geval staat vast dat de werkgever rekening zal moeten houden met een ander soort risico’s die de thuiswerker loopt. In de RI&E dient dan ook speciale aandacht te worden besteed aan de mogelijk

⁸⁵ RvS 18 april 2007, *LJN*: BA3220, par. 2.4.2. Zie ook: Rb. Alkmaar 24 januari 2008, *LJN*: BC3675, par. 7. Rb. Arnhem 19 februari 2008, *LJN*: BC6833, par. 3.7.

⁸⁶ RvS 18 april 2007, *LJN*: BA3220, par. 2.4.2. Zie ook: Rb. Alkmaar 24 januari 2008, *LJN*: BC3675, par. 7. Rb. Arnhem 19 februari 2008, *LJN*: BC6833, par. 3.7.

⁸⁷ Rb. Arnhem 19 februari 2008, *LJN*: BC6833, par. 3.8.

⁸⁸ Art. 1 lid 1 Arbwet.

⁸⁹ *Kamerstukken II* 2011/2012, 32 889, nr. 5, p. 9.

⁹⁰ Conventie 177: Home work, June 1996. Door Nederland geratificeerd in oktober 2002

(http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:11300:1761641898512302::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312322).

⁹¹ Het IAO-Verdrag is slechts van toepassing op werknemers die de gehele arbeid thuis verrichten (art. 1 onder b Verdrag 177). In het geval van HNW is het aannemelijk dat de arbeid niet geheel, doch slechts gedeeltelijk, thuis zal worden verricht waardoor het IAO-Verdrag niet van toepassing is.

⁹² Art. 4 lid 1 Conventie 177.

risico's en te nemen maatregelen in het geval van thuiswerken. Risico's waaraan gedacht kan worden zijn bijvoorbeeld de ergonomische inrichting van de werkplek of de moeilijke scheiding tussen werk en privé. Dit laatste kan geschaard worden onder 'psychosociale arbeidsbelasting'.⁹³ De werkgever dient voor het voorkomen van dergelijke belasting ook beleid te voeren.⁹⁴ Iets waar de werkgever wellicht niet direct rekening mee houdt, maar wel beleid over dient te voeren is het voorkomen van gevaren voor derden.⁹⁵ Dit is met name voor het thuiswerken relevant, aangezien hier andere familieleden van de werknemer kunnen rondlopen. De werkgever dient ook hier een RI&E op te stellen.

Op 1 juli 2012 is het Arbobesluit gewijzigd, mede met het oog op het steeds vaker voorkomende 'plaatsonafhankelijk werken'.⁹⁶ Voorheen werd in het Arbobesluit per hoofdstuk aangegeven in hoeverre dit van toepassing was op 'thuiswerkers'. Nu bevat afdeling 10 van het eerste hoofdstuk van het Arbobesluit de definitie van het plaatsonafhankelijk werken en bepaalt deze afdeling tevens welke bepalingen van het Arbobesluit op deze wijze van arbeidsverrichting van toepassing zijn. Opvallend is dat het hoofdstuk over de inrichting van de arbeidsplaats⁹⁷ niet van toepassing is verklaard op de thuiswerkers. Dit betekent echter niet dat de werkgever geheel niet verantwoordelijk is voor de inrichting van de thuiswerkplek. Hoofdstuk 5 en 6 zijn namelijk wel gedeeltelijk van toepassing verklaard⁹⁸, waardoor de werkgever wel verplicht is beleid op te stellen om fysieke belasting te beperken en overbelasting te voorkomen⁹⁹, een juist, ergonomisch ingerichte werkplek te realiseren¹⁰⁰. Ook de voorschriften met betrekking tot beeldschermwerk zijn van overeenkomstige toepassing verklaard. Hoewel dus het hoofdstuk over de inrichting van arbeidsplaatsen niet van overeenkomstige toepassing is verklaard is de werkgever nog altijd verantwoordelijk voor de elementen die er het meest toe doen bij een werkplek buiten de onderneming.

3.5. *Het civiele arbeidsomstandighedenrecht*

Naast de publiekrechtelijke verplichting van de werkgever om een veilige en gezonde werkomgeving voor werknemers te creëren bestaat er tevens een soortgelijke civielrechtelijke verplichting, neergelegd in art. 7:658 BW. In dit artikel is een algemene verplichting opgenomen voor de werkgever om ervoor te zorgen dat de arbeidsplaatsen en –middelen op zodanige wijze worden onderhouden als nodig is om te voorkomen dat de werknemer bij de uitoefening van zijn werkzaamheden schade lijdt.¹⁰¹ Tevens dient hij maatregelen te treffen en aanwijzingen te verstrekken.¹⁰² Art. 7:658 is in het BW opgenomen om een mogelijkheid voor werknemers te creëren de werkgever aansprakelijk te stellen voor de schade die wordt geleden bij een arbeidsongeval. Indien een arbeidsongeval plaats vindt, moet achteraf blijken of de werkgever al het mogelijke heeft gedaan om het ongeval te voorkomen. Is dit redelijkerwijs het geval, dan zal de werkgever

⁹³ Art. 1 lid 3 onder e Arbowet.

⁹⁴ Art. 3 lid 2 Arbowet.

⁹⁵ Art. 10 lid 1 Arbowet.

⁹⁶ Stb. 2012, 270.

⁹⁷ Hoofdstuk 3 Arbobesluit (art. 3.1-3.48).

⁹⁸ Art. 1.47 Arbobesluit verklaart afd. 5.1 en 5.2 van overeenkomstige toepassing. Art. 1.48 Arbobesluit verplicht de werkgever te zorgen voor voldoende kunstlicht als genoemd in art. 6.3 lid 2 Arbobesluit, tenzij de werknemer hier al over beschikt.

⁹⁹ Afd. 5.1 Arbobesluit.

¹⁰⁰ Art. 5.4 Arbobesluit.

¹⁰¹ Art. 7:658 lid 1 BW.

¹⁰² Art. 7:658 lid BW.

niet aansprakelijk worden gesteld. Het kan dus een vangnet zijn voor werknemers die hun gelijk niet kunnen halen op basis van de Arboregelgeving. De werkgever die op grond van de Arbowet niet aansprakelijk is, kan dit wel zijn op grond van zijn civiele zorgplicht.¹⁰³

Hoewel art. 7:658 BW niet spreekt van een verplichting van de werkgever om toe te zien op de naleving heeft onder andere de Hoge Raad in jurisprudentie duidelijk gemaakt dat de werkgever daadwerkelijk toezicht dient te houden om aan zijn zorgplicht te kunnen voldoen.¹⁰⁴ Op dit gebied kan aansluiting worden gezocht met het beleid dat de werkgever dient te voeren volgens de Arbowet. Gedachte achter de civielrechtelijke zorgplicht is de gezagsverhouding en de zeggenschap die de werkgever heeft. Denk hierbij aan de instructies die de werkgever kan geven en die de werknemer moet opvolgen. Om aan zijn zorgplicht te voldoen kan de werkgever gebruik maken van zijn instructierecht. Op grond van het goed werkgeverschap uit art. 7:611 BW kan dit zelfs tot een verplichting van de werkgever behoren om aan zijn zorgplicht te voldoen.¹⁰⁵ Het goed werkgeverschap kan in sommige gevallen een ruime uitleg van werkgeversaansprakelijkheid met zich meebrengen. Op grond hiervan dient de werkgever alle redelijke maatregelen te treffen die kunnen voorkomen dat de werknemer schade lijdt.¹⁰⁶ Hierbij valt te denken aan het geven van duidelijke instructies, maar ook het verzekeren van bepaalde risico's. Zelfs voor een ongeval bij de werknemer thuis dat samenhangt met de werkzaamheden, kan de werkgever aansprakelijk worden gesteld indien hij bekend was met dit concrete gevaar.¹⁰⁷ Uiteindelijk gaat het erom wat redelijkerwijs van de werkgever en de werknemer te verwachten is.

3.6. Medezeggenschap en arbobeleid

De werkgever ziet zich meer dan eens geconfronteerd met een medezeggenschapsorgaan bij het opstellen van beleid. Dit om te voorkomen dat de werkgever beleid opstelt dat geheel in zijn eigen voordeel is. Uiteindelijk moet het beleid de belangen van de werknemers dienen, niet zozeer dat van de werkgever. Hier zal een onderscheid worden gemaakt tussen de rol van de ondernemingsraad ('OR') en de vakorganisaties.

3.6.1. De OR en arbeidsomstandighedenbeleid

De ondernemer met een onderneming met vijftig of meer werknemers dient, ter vertegenwoordiging van deze werknemers, een ondernemingsraad ('OR') aan te stellen, waarop de Wet op de Ondernemingsraden van toepassing is.¹⁰⁸ Het instellen van een personeelsvertegenwoordiging is een mogelijk alternatief voor de

¹⁰³ Willems & Teuben 2011a.

¹⁰⁴ Bergwerf & Kruit 2008, p. 8. Zie o.a.: Hoge Raad 2 oktober 1998, *JAR* 1998, 228. Hoge Raad 19 oktober 2001, *JAR* 2001, 218. Zie ook in lagere rechtspraak: Rb. Maastricht (kanton) 2 november 2005, *LJN*: AU5960, Rb. 's-Hertogenbosch (kanton) 7 december 2006, *LJN*: AZ8677, Rb. Zutphen (kanton) 16 april 2008, *LJN*: AF8256.

¹⁰⁵ Bungener 2008, p. 167 e.v..

¹⁰⁶ Willems & Teuben 2011b.

¹⁰⁷ Hoge Raad 12 januari 1999, *NJ* 1999, 534 (S./Stichting reclassering). In deze zaak werd een reclasseringsambtenaar thuis aangevallen door een cliënt. De werkgever werd aansprakelijk gehouden op grond van het goed werkgeverschap. Willems & Teuben 2011b.

¹⁰⁸ Art. 2 lid 1 WOR.

kleinere ondernemingen.¹⁰⁹ Een gedeelte van de bevoegdheden van de OR is van overeenkomstige toepassing verklaard op de personeelsvertegenwoordiging, waaronder ook het instemmingsrecht inzake een arbeidsomstandighedenregeling.¹¹⁰ De werkgever is bij kleine ondernemingen wel verplicht de werknemers gelegenheid te geven om tenminste tweemaal per kalenderjaar samen te komen.¹¹¹ Ook indien een kwart van de werknemers hierom verzoekt dient de werkgever met zijn werknemers samen te komen.¹¹²

De Arbowet verplicht de werkgever om in overleg te treden met de OR of de personeelsvertegenwoordiging. Daarnaast heeft de OR een instemmingsrecht waar het gaat om regelingen inzake arbeidsomstandigheden en een taak om de werkgever zoveel mogelijk te stimuleren tot naleving van de geldende voorschriften.¹¹³ Het instemmingsrecht houdt in dat de werkgever zodra hij voornemens is een besluit te nemen op het gebied van arbeidsomstandigheden, dit eerst dient te worden voorgelegd aan de OR dat instemming moet geven alvorens de regeling kan worden ingevoerd.¹¹⁴ Het instemmingsrecht heeft slechts betrekking op ‘*arbeidsomstandighedenregelingen*’; dit zijn besluiten met een min of meer permanent karakter, gericht op alle werknemers of een groep werknemers, maar in ieder geval niet voor individuen.¹¹⁵ De OR moet de werkgever er niet van kunnen weerhouden te voldoen aan wettelijke verplichtingen door zich van instemming te onthouden en heeft dan ook geen instemmingsrecht indien er geen beleidsvrijheid is voor de werkgever.¹¹⁶ De Arbowet bevat veel open normen voor de werkgever. Het opstellen van een RI&E is verplicht, maar het bepalen van de inhoud hiervan is geheel aan de werkgever. Hierover dient dus instemming te worden verkregen van de OR. Hetzelfde geldt voor beleid dat wordt opgesteld over de voorlichting van werknemers en het toezicht op werknemers. De werkgever behoeft slechts instemming te vragen indien het besluit daadwerkelijk tot doel heeft om beleid te stellen op het gebied van arbeidsomstandigheden.¹¹⁷ Regelingen die indirect gevolgen kunnen hebben voor veiligheid en gezondheid van werknemers op de werkvloer vallen niet onder art. 27 lid 1 WOR.

De OR speelt niet alleen een rol bij de totstandkoming van het arbobeleid. Ook na totstandkoming dient de OR op de hoogte te blijven van de RI&E, zijn er mogelijkheden om met de Arbodienst in gesprek te gaan¹¹⁸ en de OR kan de Arbodienst verzoeken om een onderzoek in te stellen¹¹⁹. De OR maakt dus onderdeel uit van het gehele proces van het Arbobeleid; van totstandkoming tot handhaving. Het overleg met de werkgever en de mogelijkheid om de Arbodienst te verzoeken een onderzoek in te stellen dragen bij aan de stimulerende taak van de OR. Art. 28 WOR verplicht de OR om alles te doen wat in het vermogen ligt om ervoor te zorgen dat de werkgever zich aan de voorschriften houdt, zowel de wettelijke voorschriften als het zelf opgestelde beleid. De OR kan de werkgever niet dwingen om het arbobeleid te volgen¹²⁰, maar kan wel zijn bevoegdheden aanwenden om naleving te realiseren. Het instemmingsrecht is vooral van belang om

¹⁰⁹ Art. 35c lid 1 WOR. Onder ‘kleine onderneming’ wordt verstaan: de onderneming waar ten minste tien personen, maar minder dan vijftig personen werkzaam zijn (zie o.a.: art. 35b lid 1 WOR). Zowel de OR als de personeelsvertegenwoordiging bestaat uit tenminste drie leden (art. 6 lid 1 WOR voor de OR, art. 35c lid 1 WOR voor de personeelsvertegenwoordiging).

¹¹⁰ Art. 35c lid 3 WOR.

¹¹¹ Art. 35b lid 1 eerste volzin WOR.

¹¹² Art. 35b lid 2 tweede volzin WOR.

¹¹³ Art. 27 lid 1 onder d WOR (instemmingsrecht). Art. 28 lid 1 WOR (stimulerende taak).

¹¹⁴ Art. 27 lid 1 aanhef onder d WOR.

¹¹⁵ *Kamerstukken II 1975/1976*, 13 954, nr. 3, p. 44. Zie ook: *Kamerstukken II 1978/1979*, 13 954, nr. 8d, p. 22.

¹¹⁶ Van het Kaar (GS Rechtspersonen) art. 27 WOR, aant. 8.

¹¹⁷ Hoge Raad 20 december 2002, *JAR* 2003/18, par. 3.3.1/3.3.2.

¹¹⁸ Art. 12 lid 4 Arbowet.

¹¹⁹ Art. 24 lid 7 Arbowet.

¹²⁰ Van het Kaar (GS Rechtspersonen) art. 28 WOR, aant. 1.

naleving van de wettelijke voorschriften te realiseren, maar ook het verplichte overleg en het verzoeken tot onderzoek draagt bij aan het stimuleren van naleving.

3.6.2. Vakorganisaties en arbeidsomstandighedenbeleid

Naast de OR en personeelsvertegenwoordiging zijn ook de vakorganisaties van belang bij het opstellen van arbeidsomstandighedenbeleid. In de WOR is een uitzondering opgenomen wat betreft het instemmingsrecht van de OR. Indien er reeds inhoudelijk uitputtende afspraken zijn vastgelegd in een CAO heeft de OR geen instemmingsrecht meer.¹²¹ De wetgever stelt hiermee de vakorganisaties boven de OR. In het arbeidsomstandighedenbeleid is het collectieve overleg een belangrijk uitgangspunt. Reden dat Nederland het in 2006 door de IAO opgestelde Verdrag ter promotie van veiligheid en gezondheid op het werk¹²² niet geratificeerd, omdat hierdoor de ratio van de arboregelgeving in Nederland werd doorkruist.¹²³ Het Verdrag was gericht op het stimuleren van nationaal beleid op het gebied van veiligheid en gezondheid van werknemers onder leiding van de overheid, terwijl Nederland het uitgangspunt hanteert dat de overheid slechts het kader en de normen schetst en de sociale partners verantwoordelijk houdt voor de invulling van dit kader.¹²⁴

In Arboregelgeving wordt geen mogelijkheid gegeven om van wetgeving af te wijken bij CAO. Dit is echter niet opmerkelijk nu de Arboret bestaat uit open normen waaraan de werkgever invulling dient te geven. Dit kan hij doen door overleg te voeren met een werknemersorganisatie en afspraken opnemen in een CAO. Werknemersorganisaties kunnen een grote rol spelen bij het arbobeleid door in overleg te treden met de werkgever en gezamenlijk inhoudelijk afspraken te maken.

3.7. Conclusie

Nationaal en internationaal is veel geregeld omtrent arbeidsomstandigheden, waarbij de internationale voorschriften voor een groot deel zijn overgenomen in nationale regelgeving. De werkgever moet zorgen voor een veilige en gezonde werkomgeving, maar de werknemer dient hier zelf ook op te letten. De verantwoordelijkheid van de werknemer doet echter geen afbreuk aan de zorgplicht van de werkgever. De werkgever moet zorgen dat alle met de arbeid verbonden aspecten veilig zijn, waarbij hij een RI&E dient op te maken waarin alle risico's zijn opgenomen, als ook de maatregelen waarmee intreden van de gevaren wordt voorkomen. Hierover moet de werkgever doeltreffende voorlichting geven aan de werknemer en hij moet toezien op de naleving van de voorschriften door de werknemers. De werkgever stelt het beleid op met instemming van de OR, dan wel in overleg met werknemersorganisaties. In het laatste geval dienen de inhoudelijke afspraken te worden vastgelegd in een CAO en vervalt het recht van de OR om instemming te verlenen over een besluit van de werkgever, mits de afspraken in de CAO uitputtend zijn.

¹²¹ Hoge Raad 10 september 2004, NJ 2005, 51. Hoge Raad 29 september 2006, NJ 2006, 536.

¹²² Convention 187: Promotional Framework for Occupational Safety and Health, June 2006.

¹²³ Kamerstukken II 2011/2012, 29 427, nr. 84, p. 7.

¹²⁴ Kamerstukken II 2011/2012, 29 427, nr. 84, p. 7.

Al deze regels gelden ook wanneer de werkgever het toestaat dat werknemers, in het kader van HNW, hun werkzaamheden gedeeltelijk thuis verrichten. Alleen het Arbobesluit maakt voorbehouden waar het gaat om de toepasbaarheid van de regels op thuiswerkers; de algemene verplichtingen neergelegd in de Arbowet gelden onverkort. Hierbij doen zich uiteraard enkele moeilijkheden voor, omdat de werkgever geen onbeperkte middelen heeft om de werknemer te controleren. Hier wordt in een later hoofdstuk verder op in gegaan.

Hoofdstuk 4: Arbeids- en rusttijden

4.1. Arbeids- en rusttijdenregelgeving

Naast het zorgen voor een veilige en gezonde werkomgeving voor werknemers is de werkgever verantwoordelijk voor ‘een zo goed mogelijk beleid terzake van arbeids- en rusttijden van de werknemers’.¹²⁵ Zowel op internationaal als nationaal niveau zijn regels gesteld voor dit onderwerp, waarin verplichtingen aan de werkgever worden opgelegd in het kader van maximale arbeidstijden, minimale rusttijden en pauzes.

4.1.1. De internationale arbeids- en rusttijdenregelgeving

Op internationaal gebied spelen zowel Europa en de Raad van Europa, als de IAO een rol. Europa heeft in het kader van de arbeidstijden de Arbeidstijdenrichtlijn opgesteld.¹²⁶ In deze richtlijn zijn basisvoorschriften opgenomen. Het Hof van Justitie speelt een belangrijke rol in het kader van de naleving en uitleg van deze richtlijn. Al meer dan eens is gebleken dat de Richtlijn onjuist wordt geïnterpreteerd door Lidstaten. De onduidelijkheid over de begrippen arbeidstijd en rusttijd zijn uit de wereld geholpen met het Simap-arrest en Jaeger-arrest, waarin het Hof duidelijk maakte dat deze twee begrippen elkaar uitsluiten; het fysiek aanwezig zijn op de arbeidsplaats valt onder arbeidstijd, niet onder rusttijd. Gedurende de rusttijd mag de werknemer niet belemmerd worden door enige verplichting aan de werkgever.¹²⁷ Ook de Raad van Europa heeft een steentje bijgedragen aan de nationale regelgeving, zij het op zeer algemene wijze. Art.2 ESH verplicht Partijen om in het kader van billijke arbeidsvoorwaarden, redelijke arbeids- en rusttijden vast te stellen.¹²⁸ Daarnaast heeft Nederland twee verdragen van de IAO geratificeerd die zich voornamelijk concentreren op de wekelijkse rusttijden; Verdrag 14 betreffende de industriële sector en Verdrag 106 betreffende de handel en kantoren.¹²⁹

4.1.2. De nationale arbeids- en rusttijdenregelgeving

De Nederlandse Arbeidstijdenwet (‘Artw’) bevat een ander systeem dan de Arbwet. In plaats van een kaderwet met algemene voorschriften die nader worden ingevuld door regelingen, bevat de Artw concrete normen. Deze behoeven niet nader ingevuld te worden door andere regelingen; werkgevers kunnen deze voorschriften overnemen. Het Arbeidstijdenbesluit (‘Artb’) en Arbeidstijdenbesluit vervoer bevatten enkele aanvullende bepalingen, maar geven beiden vooral afwijkende bepalingen.¹³⁰ Hoewel het de bedoeling was

¹²⁵ Art. 4:1 lid 1 Artw.

¹²⁶ Oorspronkelijk opgesteld in november 1993, 93/104/EEG. In november 2003 vervangen door een vernieuwde richtlijn, 2003/88/EG.

¹²⁷ HvJ 3 oktober 2000, JAR 2000, 251 (Simap-arrest). HvJ 9 september 2003, JAR 2003, 226 (Jaeger-arrest). Pennings 2007, p. 355. Zie voor een uitgebreide analyse van het Jaeger-arrest Van Drongelen (red.) e.a. 2011.

¹²⁸ Pennings 2007, p. 353. Van Drongelen e.a. 2010, p. 36/37.

¹²⁹ Convention 14: Weekly rest (Industry), November 1921. Door Nederland geratificeerd in juli 1965 (<<http://www.ilo.org/ilolex/english/newratframeE.htm>>). Convention 106: Weekly rest (Commerce and offices), June 1957. Door Nederland geratificeerd in mei 2001 (<http://www.ilo.org/ilolex/english/newratframeE.htm>).

¹³⁰ Pennings 2007, p. 358 e.v.. Van Drongelen e.a. 2010, p. 23 e.v.. Van Drongelen (red.) e.a. 2011, p. 20 e.v..

met de vereenvoudiging van de Artw om de standaard- en overlegregeling af te schaffen¹³¹ is dit niet geheel gelukt. De nieuwe Artw maakt gebruik van enkele normen die geïnspireerd zijn door de internationale normen, maar gaat nog steeds uit van contractsvrijheid.¹³² Sociale partners hebben nog steeds de mogelijkheid om een andere werktijdregeling op te stellen, zolang men binnen de grenzen van de Artw blijft.

Voor de werkgever in Nederland dient hier echter art. 7:660 BW genoemd te worden. Indien de werkgever voorschrijft dat de werknemer op een bepaalde tijd rust moet nemen, dient de werknemer hieraan gehoor te geven. Hetzelfde zou echter ook kunnen gelden voor bijvoorbeeld overwerken.¹³³ Volgt de werknemer de instructies niet op, dan kunnen hier door de werkgever gevolgen aan worden verbonden. Zelfs ontslag op staande voet is daarbij mogelijk.¹³⁴ Hierbij dient echter wel de redelijkheid en billijkheid in acht te worden genomen.¹³⁵ Een werknemer op staande voet ontslaan, omdat hij bijvoorbeeld eenmalig niet kon overwerken wegens een andere afspraak lijkt niet aan deze redelijkheid te voldoen.

4.2. Verplichtingen van de werkgever

In de arbeidstijdenregelgeving zijn verschillende normen opgenomen waaraan de werkgever zich dient te houden, als ook enkele verplichtingen voor de werkgever om een goed arbeids- en rusttijdenbeleid te kunnen garanderen. In de Artw wordt wat betreft de maximale werktijden en minimale rusttijden steeds het exacte aantal uren genoemd dat toegestaan, dan wel vereist is. De voor werknemers geldende arbeids- en rusttijden worden vastgelegd in een door de werkgever opgesteld arbeidspatroon.¹³⁶ Grotendeels is de Artw een implementatie van de Arbeidstijdenrichtlijn; het minimaal aantal vereiste uren rust en het maximaal aantal toegestane uren arbeid uit de Arbeidstijdenrichtlijn komt terug in de Artw. Het is aan de werkgever om hierbij rekening te houden met persoonlijke omstandigheden van de werknemers.¹³⁷ Hiermee wordt niet bedoeld op het aanpassen van de arbeidsuren aan iedere individuele werknemer.¹³⁸ Een individuele werknemer kan wel verzoeken om aanpassing van de arbeidstijd op grond van dit artikel, maar de werkgever is in geen enkel opzicht verplicht om hier gehoor aan te geven. Het gaat erom dat bij het bepalen van de arbeidsuren, de werkgever in zijn overwegingen meeneemt wat mogelijk is gezien de persoonlijke omstandigheden van zijn werknemers. Zijn er bijvoorbeeld veel werknemers met kinderen, dan zal dit kunnen betekenen dat de werkgever de uren zoveel mogelijk in lijn stelt met schooltijden en de tijden van naschoolse opvang.

¹³¹ De normen in de Artw waren dubbele normen. De standaardnormen konden worden overgenomen, in dat geval hoefde er niets geregeld te worden. De werkgever kon echter ook in overleg treden met sociale partners en tot een ruimere regeling komen. In dat geval gold de overlegregeling als grens. *Kamerstukken II 2005/2006*, 30 532, nr. 3. Pennings 2007, p. 358/359. *Praktijkids arbeidsomstandigheden 2007*, p. 251. Van Drongelen (red.) e.a. 2011, p. 20/21.

¹³² Pennings 2007, p. 358 e.v.. Van Drongelen (red.) e.a. 2011, p. 20/21.

¹³³ Indien de werkgever incidenteel overwerk opdraagt aan de werknemer, dient de werknemer dit op te volgen, mits redelijk. De Wolff 2007, p. 107.

¹³⁴ Art. 7:678 lid 1 jo. lid 2 onder j BW. Van der Heijden, Van Slooten & Verhulst (red.) 2008, p. 124.

¹³⁵ Jellinghaus 2003, p. 155.

¹³⁶ Art. 4:1a Artw.

¹³⁷ Art. 4:1 lid 1 Artw.

¹³⁸ *Handelingen II 1994/1995*, 66, p. 3953 en 3956. *Handelingen II 1994/1995*, 72, p. 4366.

De Arbeidstijdenrichtlijn geeft de mogelijkheid om van de richtlijn af te wijken indien de arbeidstijd niet kan worden gemeten of door de werknemer zelf wordt bepaald.¹³⁹ Geldt dit ook voor werknemers die in het kader van HNW gedeeltelijk thuiswerken? De werkgever kan de arbeidstijd niet eenvoudig meten, nu direct toezicht of enige sociale controle door collega's ontbreekt. De werkgever zal hier in grote mate moeten vertrouwen op de werknemer. Dit rechtvaardigt geen afwijking van de Richtlijn, aldus het Hof van Justitie in een zaak tegen het Verenigd Koninkrijk.¹⁴⁰ Hier was een regeling opgesteld waarin de maximale arbeidstijd van 48 uur per week in acht werd genomen, maar dit zou slechts gelden voor de arbeidstijd die van tevoren was bepaald of kon worden gemeten; thuiswerktijd viel *buiten* de maximale 48 uur, waardoor thuiswerkers een langere werktijd konden hebben. Het Hof bepaalde dat de afwijkingsmogelijkheid uit art. 17 lid 1 Arbeidstijdenrichtlijn slechts van toepassing is indien de arbeidstijd in het *geheel* niet kan worden gemeten, dan wel *geheel* door de werknemer zelf wordt bepaald.¹⁴¹ Lidstaten kunnen werknemers die in het kader van HNW gedeeltelijk thuiswerken dus niet uitzonderen van de werking van de Arbeidstijdenrichtlijn.

In hetzelfde arrest is opgenomen dat de werkgever verantwoordelijk is voor het *daadwerkelijk* nemen van rust door de werknemer. Hoewel de werkgever de werknemers niet kan dwingen tot het nemen van rust, dient de werkgever er wel op toe te zien dat werknemers geen nadeel of beperkingen ondervinden aan het nemen van rust.¹⁴² De Nederlandse werkgever zou met zijn instructiebevoegdheid de werknemer echter wel enigszins kunnen dwingen tot het nemen van pauze. Hij kan immers gevolgen verbinden aan het niet volgen van instructies, zoals het nemen van pauze. Direct ontslag is daarbij niet redelijk, maar de werkgever moet de werknemers prikkelen om de instructies op te volgen en daadwerkelijk pauze te nemen.

De IAO heeft geen verdragen over de maximale arbeidstijden, maar wel twee varianten die betrekking hebben op de minimale rusttijden. De rusttijd na een aaneengesloten periode van zeven dagen dient ten minste 24 uur te zijn.¹⁴³ Nederland heeft dit ingevuld door een rustperiode van ten minste 36 uur per aaneengesloten periode van zeven maal 24 uur of 72 uur per aaneengesloten periode van veertien maal 24 uur (eventueel opgesplitst in periodes van ten minste 32 uur).¹⁴⁴ Dit is door de *Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations (CEACR)* als onjuiste ratificatie van het Verdrag bevonden.¹⁴⁵ Door de mogelijkheid te creëren om 72 uur rust te geven na een periode van twee weken wordt afbreuk gedaan aan de verplichte rusttijd van 24 uur per week, aldus CEACR.¹⁴⁶

Naast het hanteren van redelijke arbeids- en rusttijden is de werkgever verplicht om een deugdelijke registratie te voeren om zo toezicht door de Inspectie SZW mogelijk te maken.¹⁴⁷ Wat onder deze registratie wordt verstaan blijkt niet uit de Artw of het Artb. Uit de memorie van toelichting bij de vereenvoudiging van de Artw blijkt dat de registratie van de arbeids- en rusttijden vormvrij is.¹⁴⁸ Hierbij zou het voldoende zijn wanneer de werkgever documentatie heeft waaruit blijkt wanneer de werknemer de arbeid heeft aangevangen en beëindigd. De werkgever hoeft daarbij geen tijdstip aan te geven waarop de werknemer

¹³⁹ Art. 17 lid 1 aanhef Richtlijn 2003/88/EG.

¹⁴⁰ Case C-484/04 Commission of the European Communities v. UK, 7 September 2006.

¹⁴¹ Case C-484/04 Commission of the European Communities v. UK, 7 September 2006, par. 47.

¹⁴² Case C-484/04 Commission of the European Communities v. UK, 7 September 2006, par. 42-44.

¹⁴³ Art. 2 lid 1 Verdrag-14. Art. 6 lid 1 Verdrag-106.

¹⁴⁴ Art. 5:5 lid 2 Artw.

¹⁴⁵ Direct request (CEACR) uit 2008 op Conventie 14.

¹⁴⁶ Direct request (CEACR) uit 2008 op Conventie 14.

¹⁴⁷ Art. 4:3 lid 1 Artw.

¹⁴⁸ *Kamerstukken II* 2005/2006, 30 532, nr. 3, p. 17.

pauze heeft genomen, zolang maar duidelijk is *dat* de werknemer pauze heeft gehad.¹⁴⁹ Het is in ieder geval onvoldoende om slechts loonstroken te kunnen overleggen, nu hierop wel het aantal gewerkte uren staat, maar niet de concrete begin- en eindtijd waardoor niet kan worden aangenomen dat de werkgever heeft voldaan aan zijn registratieplicht.¹⁵⁰ Uit het Artb wordt wel duidelijk dat de werkgever de registratie ten minste 52 weken dient te bewaren vanaf de datum waarop de gegevens betrekking hebben.¹⁵¹ In internationale regelgeving wordt in het geheel niets gezegd over enige vorm van registratie of toezicht op de arbeids- en rusttijden.

4.3. Arbeidstijdenregelgeving en thuiswerken; toepasselijkheid van wetgeving

In de Artw en het Artb worden thuiswerkers niet uitgezonderd van het toepassingsgebied. Beiden zijn van toepassing op werkgever en werknemer als gedefinieerd in artikel 1:1 Artw. Hieronder vallen in ieder geval de werkgever die krachtens een arbeidsovereenkomst een werknemer in dienst heeft.¹⁵² De verplichting van de werkgever om een beleid van arbeids- en rusttijden op te stellen overeenkomstig de in de Artw en het Artb gestelde eisen geldt dus ook ten overstaan van werknemers die, in het kader van HNW, thuiswerken. Hetzelfde geldt voor het voeren van een registratie van deze arbeids- en rusttijden om zo toezicht te kunnen houden op de werktijden van de werknemer. Ook wanneer een werknemer thuis werkt dient de werkgever te registreren wanneer de werknemer begint met werken, wanneer er wordt gepauzeerd en wanneer de werknemer ophoudt met werken. Daarbij dient hij toezicht te houden dat de werknemer op de juiste momenten pauze neemt om ervoor te zorgen dat de gezondheid van de werknemer gewaarborgd blijft.

4.4. Medezeggenschap en arbeidstijdenbeleid

Ook bij het arbeidstijdenbeleid spelen de OR en vakorganisaties een rol.

4.4.1. OR en arbeidstijdenbeleid

De bevoegdheden van de OR bij het arbeidstijdenbeleid zijn in beginsel hetzelfde als bij het arbobeleid. Het instemmingsrecht strekt zich ook uit over arbeids- en rusttijdenregelingen.¹⁵³ Onder *regelingen* vallen niet de besluiten die betrekking hebben op de primaire arbeidsvoorwaarden, zoals het aantal uren dat per week of per dag wordt gewerkt; instemming is hiervoor dan ook niet vereist.¹⁵⁴ Instemming van de OR is wel nodig bij regelingen over begin- en eindtijden van de werkdag en tijdstippen waarop pauze wordt genomen.¹⁵⁵ Andere voorbeelden waarvoor instemming vereist is zijn dienstroosters, het werken in deeltijd en het

¹⁴⁹ *Kamerstukken II* 2005/2006, 30 532, nr. 3, p. 17.

¹⁵⁰ Rb. 's-Hertogenbosch 14 juli 2011, *LJN*: BR1620, par. 20.

¹⁵¹ Art. 3.2:1 Artb.

¹⁵² Art. 1:1 lid 1 sub a onder 1 jo. 1:1 lid 1 sub b Artw.

¹⁵³ Art. 27 lid 1 onder b WOR.

¹⁵⁴ *Kamerstukken II* 1976/1977, 13 954, nr. 6, p. 38.

¹⁵⁵ Van Drongelen e.a. 2010, p. 252.

hanteren van variabele werktijden.¹⁵⁶ Het gaat er dus niet zozeer om hoeveel uur een standaard werkdag of – week bevat, maar meer hoe de uren verdeeld worden en wat de regeling daarvoor is.

Bijzonder aan de Artw is de waarde die wordt toegekend aan een schriftelijke overeenstemming tussen de werkgever en de OR. Een dergelijke overeenstemming met een medezeggenschapsorgaan wordt door de Artw gelijk gesteld met een collectieve regeling (bijvoorbeeld CAO).¹⁵⁷ Zelfs wanneer er reeds een CAO van toepassing is gelden de gemaakte afspraken tussen de werkgever en de OR nog altijd.¹⁵⁸ Slechts indien sprake is van strijd tussen de twee regelingen, wordt voorrang verleend aan de CAO.¹⁵⁹ De in de volgende subparagraaf te bespreken positie van vakorganisaties is ook van toepassing op de OR.

4.4.2. Vakorganisaties en arbeidstijdenbeleid

De Artw bevat, in vergelijking met de Arbwet, meer gesloten normen. Er wordt steeds gesproken van minimale en maximale arbeids- en rusttijdtijden. Hierdoor is het voor de werkgever een stuk interessanter om van wetgeving af te kunnen wijken bij CAO. De Artw geeft deze mogelijkheid dan ook ruimschoots. Ruimschoots betekent niet dat de werkgever grote vrijheid heeft om met vakorganisaties een andere regeling overeen te komen. Bij vrijwel iedere bepaling is het weliswaar mogelijk gemaakt om af te wijken bij CAO, maar ook aan deze afwijkingen worden weer eisen gesteld. Een voorbeeld is de pauzeregeling, opgenomen in art. 5:4 Artw. Indien een werknemer meer dan 5,5 uur arbeid verricht dient deze te worden onderbroken door een pauze van ten minste dertig minuten.¹⁶⁰ Hier kan van worden afgeweken, mits de pauze niet korter wordt dan vijftien minuten.¹⁶¹

4.5. Conclusie

De maximale arbeidstijden en de minimale rusttijden zijn ondubbelzinnig vastgelegd in de Artw en het Artb. Thuiswerkers zijn niet uitgesloten van de werking van deze wet of het besluit. De Arbeidstijdenrichtlijn geeft hier ook niet de mogelijkheid voor, nu afwijking van deze richtlijn niet mogelijk is indien de werknemer zijn werkzaamheden slechts gedeeltelijk thuis verricht. De werkgever is dus gebonden aan de duidelijke voorschriften, ook wanneer zijn werknemers thuiswerken.

Hierbij is vooral de registratie en het toezicht belangrijk. Opmerkelijk is dan ook dat bij het belangrijkste element van controle op de werkgever, namelijk de registratie, enig voorschrift over de inhoud hiervan ontbreekt. De werkgever is geheel vrij om de wijze van registratie te bepalen, zolang de begin- en eindtijd, als ook de pauzes van werknemers, uit de registratie blijken. Medezeggenschapsorganen kunnen hier een rol spelen door samen met de werkgever een regeling overeen te komen.

¹⁵⁶ Van Drongelen e.a. 2010, p. 252.

¹⁵⁷ Art. 1:4 lid 1 Artw.

¹⁵⁸ Art. 1:4 lid 2 eerste volzin Artw.

¹⁵⁹ Art. 1:4 lid 2 laatste volzin Artw.

¹⁶⁰ Art. 5:4 lid 2 onder a Artw.

¹⁶¹ Art. 5:4 lid 3 Artw.

Hoofdstuk 5: Privacy van de thuiswerker

5.1. Inleiding

Het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer¹⁶² is een van de belangrijkste grondrechten voor de burger, dat zowel internationaal als nationaal is vastgelegd in regelgeving. Voor een groot deel werken deze grondrechten echter slechts tussen overheid en burger; burgers kunnen deze rechten onderling niet inroepen.¹⁶³ In arbeidsverhoudingen, en zeker bij het flexibel werken, is het van belang om te weten in hoeverre de werknemer jegens de werkgever een beroep kan doen op het recht op privacy.

Uitgangspunt in arbeidsverhoudingen is de contractsvrijheid. Hierbij speelt de partijautonomie een belangrijke rol. Partijen zijn in beginsel vrij om in de arbeidsovereenkomst te zetten wat zij zelf willen. Hierbij hoeven zij slechts te kijken naar hun eigen belangen. Deze autonomie wordt echter beperkt door de verschillende beginselen en voorschriften uit het privaatrecht. Indien sprake is van een ‘*belang van hogere orde*’ wordt de autonomie van partijen opzij gezet.¹⁶⁴ Grondrechten echter werken niet in verhoudingen tussen werkgever en werknemer, of toch? In dit hoofdstuk komt de privacyregelgeving aan bod en in hoeverre het doorwerkt in de arbeidsverhouding. In hoeverre kan een werknemer het recht op privacy tegenwerpen aan de werkgever? Werkt dit grondrecht direct of indirect door in arbeidsverhoudingen, of helemaal niet? Ook de rol van de medezeggenschap wordt hier besproken. Een concrete afzetting van het beleid dat de werkgever kan voeren om aan zijn zorg plicht te voldoen tegen het recht op privacy van de thuiswerker, zal in hoofdstuk 6 volgen.

5.2. De horizontale werking van grondrechten

5.2.1. De Grondwet

Het in de Grondwet neergelegd recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer is uitgewerkt in art. 10 tot en met art. 13 GW. Waar voorheen werd aangenomen dat grondrechten geen horizontale werking¹⁶⁵ hebben, is men hier in de loop van tijd op teruggekomen. Met de herziening van de Grondwet in 1983 heeft ook de grondwetgever zich hierover uitgelaten.¹⁶⁶ In literatuur wordt onderscheid gemaakt tussen directe horizontale werking en indirecte horizontale werking.¹⁶⁷ Directe horizontale werking betekent dat burgers een grondrecht niet alleen kunnen inroepen tegen de overheid, maar ook tegen andere burgers. Grondrechten die indirect horizontale werking hebben werken door in een verhouding tussen burgers onderling via de interpretatie van open normen.¹⁶⁸ In geval de grondrechten indirect in een privaatrechtelijke verhouding

¹⁶² Bestaande uit het recht op bescherming van persoonsgegevens, onaantastbaarheid lichamelijke integriteit, privacy in eigen woning, briefgeheim (onder andere neergelegd in art. 10-13 GW).

¹⁶³ Van Kummeling & Bijsterveldt 1997, p. 73. Michiels (red.) 2004, p. 212. Verhey, Bax & Akkermans 2005, p. 43. Burkens 2006, p. 140. Kortmann 2008, p. 387. Corstens 2011, p. 276.

¹⁶⁴ Koot-van der Putte 2007. Bungener 2008. Asser 2009. Hijma e.a. 2010.

¹⁶⁵ Werking tussen burgers onderling.

¹⁶⁶ *Kamerstukken II 1975/1976*, 13 872, nr. 3.

¹⁶⁷ Van Kummeling & Bijsterveldt 1997. Michiels (red.) 2004. Verhey, Bax & Akkermans 2005. Burkens 2006. Kortmann 2008. Corstens 2011.

¹⁶⁸ Zoals art. 7:611 BW.

worden toegepast, gaat het om een *belang* dat wordt meegewogen, niet meer om een *grondrecht*.¹⁶⁹ De grondwetgever spreekt echter niet van twee uitersten, maar werkt dit uit in vijf schakeringen. Dit varieert van een opdracht aan de overheid of de wetgever om formele wetgeving op te stellen die het grondrecht ook in horizontale relaties waarborgt, tot het dwingend van toepassing verklaren van het grondrecht in horizontale verhoudingen, wat met zich meebrengt dat ook slechts afwijkingen zijn toegestaan overeenkomstig de in de Grondwet gestelde eisen.¹⁷⁰ Zo werkt het in art. 10 lid 2 GW neergelegde grondrecht op bescherming van persoonsgegevens rechtstreeks door in arbeidsverhoudingen middels de Wet bescherming persoonsgegevens. Het in art. 12 GW neergelegde recht op privacy in eigen woning bevat echter geen formeelwettelijke variant. Betekent dit dat de werkgever geen rekening hoeft te houden met de privacy van zijn werknemers? Gelet op de ratio van grondrechten is dit niet redelijk. Grondrechten dienen ter bescherming van de zwakkere partij in de relatie overheid en burger.¹⁷¹ Een schending van fundamentele rechten vindt echter niet slechts plaats door acties van de overheid. Ook in privaatrechtelijke relaties kunnen dergelijke schendingen worden waargenomen. In de relatie tussen werkgever en werknemer is, evenals tussen overheid en burger, sprake van een onevenwichtige machtsverhouding. De werknemer is voor een deel afhankelijk van zijn werkgever.¹⁷² Bovendien heeft de werkgever zeggenschap over zijn werknemers en dienen werknemers de instructies van de werkgever in beginsel te volgen.¹⁷³ Het niet kunnen toepassen van het recht op privacy zou ertoe leiden dat een werknemer niet in kan gaan tegen een inbreuk op dit recht door de werkgever. Onbegrijpelijk zou het zijn als de werkgever niet, net als de overheid, de persoonlijke levenssfeer van zijn werknemers moet respecteren. Een werknemer dient ook tegenover de werkgever een beroep te kunnen doen op zijn recht op privacy, maar is dit in directe of indirecte vorm?

Het belangrijkste recht voor de thuiswerker, neergelegd in Nederlandse regelgeving, is art. 12 GW. Dit verbiedt de toegang tot de woning zonder toestemming van de bewoner. Dit recht werkt niet direct, maar zou via art. 7:611 BW wel indirecte kunnen werken.¹⁷⁴ In dat geval wordt de redelijkheid en billijkheid nader ingekleurd door het grondrecht te vertalen in een mee te wegen belang.¹⁷⁵ Een beslissing van de rechter om het grondrecht indirect toe te passen in de horizontale relatie zal vaak voordeliger uitdraaien dan wanneer gekozen wordt voor directe horizontale werking. Indien het recht op privacy direct van toepassing zou zijn op de relatie tussen werkgever en werknemer betekent dit dat ook het beperkingsstelsel van de Grondwet moet worden toegepast. Er is jurisprudentie waarbij deze grondslag voor een rechtmatige beperking werd gevonden in de open norm van de onrechtmatige daad.¹⁷⁶ Het is dus ook mogelijk dat de

¹⁶⁹ Nehmelman 2011, p. 23.

¹⁷⁰ *Kamerstukken II 1975/1976*, 13 872, nr. 3, p. 15/16. Van Kummeling & Bijsterveldt 1997. Verhey, Bax & Akkermans 2005. Cherednychenko 2008.

¹⁷¹ Van Kummeling & Bijsterveldt 1997. Michiels (red.) 2004. Verhey, Bax & Akkermans 2005. Burkens 2006. Kortmann 2008. Corstens 2011.

¹⁷² Denk hierbij aan het behouden van zijn inkomen, maar ook op sociaal gebied is de werknemer afhankelijk van de werkgever.

¹⁷³ Art. 7:610 BW. Art. 7:660 BW.

¹⁷⁴ Met art. 7:611 BW kunnen uitkomsten die in de gegeven omstandigheden onredelijk zijn worden afgezwakt op grond van de redelijkheid en billijkheid. En hiermee kunnen juridische vraagstukken worden opgelost, die hun oplossing niet rechtstreeks in de wet vinden (zoals de doorwerking van grondrechten in de relatie tussen werkgever en werknemer). Diebels 2006, p. 12 e.v.. Plessen, Massuger & Jacobs 2009, p. 12.

¹⁷⁵ Hoge Raad 8 april 1994, *NJ* 1994, 704. Rb. Roermond 12 september 1985, *KG* 1985, 299. Hof 's-Hertogenbosch 2 juli 1986, *NJ* 1987, 451. Asscher & Steenbruggen 2001, p. 1790/1791. Nehmelman 2011.

¹⁷⁶ In geval van directe horizontale werking vindt er immers geen belangenafweging meer plaats. Zie bijv.: Hoge Raad 18 juni 1993, *NJ* 1994, 347. Hierin oordeelde de Hoge Raad dat art. 6:162 BW een inbreuk op het recht op onaantastbaarheid van het lichaam rechtvaardigde. Michiels (red.) 2004. Verhey, Bax & Akkermans 2005, p. 184.

inperking op grond van een open norm uit het arbeidsrecht wordt gerechtvaardigd.¹⁷⁷ Een werknemer kan door de indirecte horizontale werking een beroep doen op het recht op privacy in de vorm van het belang van eerbiediging van het privéleven, dat wordt afgewogen tegen het belang van de werkgever bij de inperking van de privacy. Ook art. 10 GW kan van belang zijn voor de werknemer, bijvoorbeeld wanneer de werkgever e-mail en internetgebruik wil controleren. Dit grondrecht heeft gedeeltelijk directe horizontale werking gekregen door de Wet bescherming persoonsgegevens. Werknemers kunnen deze wet inroepen tegen de werkgever. Het algemene recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer neergelegd in lid 1 van art. 10 GW heeft net als art. 12 GW indirecte horizontale werking.¹⁷⁸ Voor werknemers betekent dit dat het belang bij bescherming van de persoonlijke levenssfeer wordt afgewogen tegen het belang van de werkgever, in het kader van art. 7:611 BW.

5.2.2. De Wet bescherming persoonsgegevens

De Wbp dient de bescherming te bieden die is neergelegd in art. 10 lid 2 en lid 3 GW. Bovendien is de Wbp een langverwachte uitvoering van de verplichtingen neergelegd in de drie jaar eerder tot stand gekomen EU-Privacyrichtlijn.¹⁷⁹ Deze Richtlijn is opgesteld om evenwicht te brengen in het vrije verkeer van persoonsgegevens en de bescherming van die gegevens.¹⁸⁰ Om dit vrije verkeer te kunnen realiseren dient de bescherming voor verwerking van persoonsgegevens in alle Lidstaten gelijkwaardig te zijn.¹⁸¹ De Privacyrichtlijn schrijft niet alleen voor dat Lidstaten een nationale regeling moeten opstellen voor de bescherming van persoonsgegevens, maar schets tevens een aantal normen die in ieder geval opgenomen dienen te worden.¹⁸² De Wbp reguleert de verwerking van de ‘persoonsgegevens’; gegevens betreffende geïdentificeerde of identificeerbare personen.¹⁸³ Een ander dan de betrokkene moet aan de hand van de gegevens de identiteit van de betrokkene direct of indirect kunnen herleiden.¹⁸⁴ Indirecte persoonsgegevens kunnen in combinatie met andere beschikbare gegevens leiden tot identificatie.¹⁸⁵ De Wbp is slechts van toepassing op de geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens of een niet-geautomatiseerd structureel geheel van persoonsgegevens.¹⁸⁶

De Wbp heeft, in lijn met de verplichtingen uit de Privacyrichtlijn, een eigen toezichthouder: het College bescherming persoonsgegevens (‘Cbp’).¹⁸⁷ De taken van het Cbp bestaan uit het houden van toezicht, het geven van adviezen, het geven van voorlichting en daarnaast nog enkele internationale taken.¹⁸⁸ Een verantwoordelijke dient het voornemen om gegevens te verwerken te melden aan het Cbp, zodat het Cbp naar aanleiding hiervan ambtshalve of op verzoek van de betrokkene een onderzoek kan instellen naar

¹⁷⁷ Bijvoorbeeld het goed werkgever- en werknemerschap of het instructierecht. Zie bijvoorbeeld: Hof 's-Hertogenbosch 2 juli 1986, *NJ* 1987, 451. Rb Rotterdam (kanton) 28 september 2004, *JAR* 2004, 268.

¹⁷⁸ Rb. Roermond 12 september 1985, *KG* 1985, 299. Hof 's-Hertogenbosch 2 juli 1986, *NJ* 1987, 451. Hoge Raad 8 april 1994, *NJ* 1994, 704.

Asscher & Steenbruggen 2001, p. 1790/1791. Michiels (red.) 2004. Verhey, Bax & Akkermans 2005, p. 184. Nehmelman 2011.

¹⁷⁹ Oktober 1995. Richtlijn 95/46/EG. De Vries & Rutgers 2001, p. 13/14. Brouwer 2002, p. 25 e.v..

¹⁸⁰ Preambule (8)/(9) Privacyrichtlijn. De Vries & Rutgers 2001, p. 13/14. Brouwer 2002, p. 26.

¹⁸¹ Preambule (8)/(9) Privacyrichtlijn. De Vries & Rutgers 2001, p. 13/14. Brouwer 2002, p. 26.

¹⁸² De Vries & Rutgers 2001, p. 13/14. Brouwer 2002, p. 25 e.v..

¹⁸³ Art. 1 onder a Wbp.

¹⁸⁴ De Vries & Rutgers 2001, p. 18. Brouwer 2002, p. 78.

¹⁸⁵ De Vries & Rutgers 2001, p. 19. Brouwer 2002, p. 78.

¹⁸⁶ Art. 2 lid 1 jo. art. 1 onder c Wbp.

¹⁸⁷ Deze verplichting vloeit voort uit art. 28 Privacyrichtlijn.

¹⁸⁸ http://www.cbweb.nl/Pages/ind_cbp.aspx.

de wijze waarop persoonsgegevens worden verwerkt.¹⁸⁹ Deze aanmelding heeft tot doel dat verantwoordelijken de vereisten van de Wbp serieus nalopen alvorens zij overgaan tot verwerking van gegevens.¹⁹⁰ In enkele gevallen kan deze melding achterwege blijven. In welke gevallen dit niet hoeft is volledig uitgewerkt in het Vrijstellingsbesluit Wbp. Hieronder valt bijvoorbeeld ook de door de werkgever te voeren personeelsadministratie.¹⁹¹ Valt hiermee ook de waarborg weg dat de verwerking van gegevens voldoet aan de in de Wbp neergelegde eisen? Dat zal niet het geval zijn nu in het Vrijstellingsbesluit tot in detail staat omschreven in welke gevallen vrijstelling wordt verleend.¹⁹²

5.2.3. De Privacyrichtlijn

In de vorige subparagraaf is het al even aangestipt: de in 1995 door de EU opgestelde Privacyrichtlijn, ter bescherming van verwerking van persoonsgegevens.¹⁹³ Met deze Richtlijn hoopte de EU in alle Lidstaten een gelijkwaardig beschermingsniveau van verwerking van persoonsgegevens te realiseren, om zo het vrije verkeer van persoonsgegevens te waarborgen.¹⁹⁴ Volledige harmonisering bleek echter niet mogelijk, omdat niet alle Lidstaten een even hoog beschermingsniveau konden halen.¹⁹⁵ Daarom schetst de Privacyrichtlijn een kader, bestaande uit een niet te overschrijden minimum en maximum bescherming, waarbinnen Lidstaten beleid moeten opstellen.¹⁹⁶ Een minimum en een maximum om ervoor te zorgen dat er niet enkele Lidstaten zijn die een zodanig hoog beschermingsniveau opnemen dat verwerking van persoonsgegevens vanuit andere landen niet mogelijk is. Enkele voorbeelden van dwingende voorschriften opgenomen in de Privacyrichtlijn zijn: het eerlijk en rechtmatig verwerken van gegevens, welke verkregen moeten zijn voor bepaalde en gerechtvaardigde doeleinden en bovendien niet bovenmatig mogen zijn.¹⁹⁷ Deze elementen zijn overgenomen in de Wbp.¹⁹⁸ De Privacyrichtlijn heeft een eigen 'raadgever': de art. 29-Werkgroep, waarin ook het Cbp plaats neemt.¹⁹⁹ Deze Werkgroep ziet toe op de uniforme toepassing van de Richtlijn in nationale bepalingen en geeft de Europese Commissie advies over het wijzigen van de Richtlijn en het te hanteren beschermingsniveau.²⁰⁰

Grootste belemmering voor een gelijkwaardig beschermingsniveau in alle Lidstaten is het feit dat de Privacyrichtlijn omgezet moet worden in nationale bepalingen. De Richtlijn heeft hier enige vrijheid gelaten aan de Lidstaten om dit op hun eigen niveau mogelijk te maken, waardoor er verschillen ontstaan in implementatie. Om hier verandering te brengen heeft de Europese Commissie op 25 januari 2012 een voorstel gepubliceerd voor een Privacyverordening.²⁰¹ Een verordening werkt rechtstreeks door in het

¹⁸⁹ Onder verantwoordelijke moet worden verstaan: degene die het doel van en de middelen voor verwerking van persoonsgegevens vaststelt (art. 1 onder d Wbp). Art. 27 lid 3 jo. art. 61 lid 1 Wbp.

¹⁹⁰ Brouwer 2002, p. 154 e.v..

¹⁹¹ Art. 7 Vrijstellingsbesluit Wbp. En art. 8 Vrijstellingsbesluit Wbp geeft vrijstelling in geval van de salarisadministratie. De Vries & Rutgers 2001, p. 50/51.

¹⁹² Brouwer 2002, p. 154 e.v..

¹⁹³ Oktober 1995. Richtlijn 95/46/EG.

¹⁹⁴ Preambule (8)/(9) Privacyrichtlijn. De Vries & Rutgers 2001, p. 13/14. Brouwer 2002, p. 26. Knol & Zwenne (red.) 2009, p. 547.

¹⁹⁵ Brouwer 2002, p. 25.

¹⁹⁶ Preambule (9) Privacyrichtlijn. Brouwer 2002, p. 25.

¹⁹⁷ Art. 6 Privacyrichtlijn.

¹⁹⁸ Zie hiervoor art. 6-11 Wbp. Brouwer 2002, p. 38 e.v..

¹⁹⁹ Art. 29 Privacyrichtlijn. Berkvens & Prins 2007, p. 71. Knol & Zwenne (red.) 2009, p. 550. Roerdink, Van der Jagt & Thole 2010, p. 70.

²⁰⁰ Art. 30 Privacyrichtlijn. Berkvens & Prins 2007, p. 79 e.v.. Roerdink, Van der Jagt & Thole 2010, p. 70.

²⁰¹ COM(2012) 11. Hierna de 'Privacyverordening'.

nationale recht. Implementatie is niet nodig en alle burgers kunnen hier rechtstreeks een beroep op doen. Dit zorgt voor meer uniformiteit binnen de EU, waardoor het vrije verkeer van persoonsgegevens beter wordt gewaarborgd in vergelijking met de Privacyrichtlijn.²⁰² Verschillen in interpretatie worden hiermee niet tegengegaan, nu het nog altijd nationale rechters zijn die de Verordening uiteindelijk moeten toetsen. Belangrijke verandering is de voor werknemers is dat het hebben van toestemming van de werknemer geen grondslag is voor de werkgever om persoonsgegevens te verwerken.²⁰³ Bij een ‘*duidelijke onevenwichtigheid*’ tussen betrokkene en verantwoordelijke kan het hebben van toestemming van de betrokkene geen grondslag vormen voor verwerking van persoonsgegevens. Hierbij wordt de afhankelijkheidsrelatie tussen werkgever en werknemer specifiek genoemd.²⁰⁴ Bij het van kracht worden van de Privacyverordening zal de Wbp voor zover deze hier niet mee in overeenstemming is, opzij worden geschoven.

5.2.4. Art. 8 EVRM

Naast bovenstaande regelgeving biedt ook art. 8 EVRM bescherming tegen een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer. Deze bepaling wordt over het algemeen in één adem genoemd met art. 17 IVBPR.²⁰⁵ Nu dit een bepaling is die ‘een ieder’ verbindt, heeft dit fundamentele recht rechtstreekse werking in de nationale rechtsorde.²⁰⁶ Van dit recht wordt aangenomen dat het horizontale werking heeft, waardoor art. 8 EVRM niet alleen kan worden ingeroepen tegen de overheid, maar ook tegen bijvoorbeeld de werkgever.²⁰⁷ Dit heeft tot gevolg dat ook al wordt geen horizontale werking voor art. 12 GW aangenomen, de werknemer in ieder geval een beroep kan doen op art. 8 EVRM. Of art. 8 EVRM direct of indirect horizontale werking blijkt niet duidelijk uit jurisprudentie. In sommige gevallen worden de grondrechten als belang meegenomen in de geschiloplossing, terwijl een andere keer de beperkingsclausule van het EVRM wordt toegepast.²⁰⁸ Het EHRM heeft zelf geoordeeld dat art. 8 EVRM ook geldt in de verhouding werkgever en werknemer.²⁰⁹ De beperkingsclausule van art. 8 EVRM bestaat uit drie stappen. Wanneer de inbreuk vaststaat, kan deze gerechtvaardigd worden indien deze inbreuk (1) bij wet is voorzien, (2) noodzakelijk is in een democratische samenleving en (3) strekt tot bescherming van één van de in art. 8 lid 2 EVRM genoemde belangen.²¹⁰ ‘Bij wet voorzien’ moet ruim worden opgevat; zowel formele als materiële wetgeving en jurisprudentie vallen hieronder, mits voldaan wordt aan twee kwaliteitseisen: kenbaarheid en voorzienbaarheid.²¹¹ Met deze kwaliteitseisen moet de rechtszekerheid gewaarborgd blijven; burgers

²⁰² Zo vindt ook de art. 29-Werkgroep. Opinion 01/2012, 00530/12/EN, WP 191, p. 6. Wolters Ruckert 2012, p. 21.

²⁰³ Preambule (34) Privacyverordening. Wolters Ruckert 2012, p. 22.

²⁰⁴ Preambule (34) Privacyverordening. Wolters Ruckert 2012, p. 22.

²⁰⁵ Wat voor art. 8 EVRM geldt zal in grote lijnen ook voor art. 17 IVBPR gelden. Omdat art. 17 IVBPR in vergelijking met art. 8 EVRM geen echte meerwaarde heeft voor de Nederlandse samenleving, en dan met name de werknemers, zal hier verder geen specifieke aandacht aan worden besteed.

²⁰⁶ Art. 8 EVRM jo. art. 93 GW.

²⁰⁷ Hoge Raad 9 januari 1987, *NJ* 1987, 928. Hoge Raad 31 mei 2002, *NJ* 2003, 589. Verhey 1992. Flinters & Van Genugten, 2003, p. 5. Verhey, Bax & Akkermans 2005, p. 181 e.v.. Koevoets 2006. Nehmelman 2011.

²⁰⁸ Hoge Raad 9 januari 1987, *NJ* 1987, 928. Hoge Raad 18 juni 1993, *NJ* 1994, 347. Hoge Raad 31 mei 2002, *NJ* 2003, 589. Hoge Raad 12 december 2003, *NJ* 2004, 117. In het Hyatt-arrest wordt art. 8 EVRM, met de beperkingsclausule, direct toegepast in de verhouding tussen werkgever en werknemer (Hoge Raad 14 september 2007, *JAR* 2007, 250). Verhey, Bax & Akkermans 2005, p. 181 e.v..

²⁰⁹ EHRM 16 december 1992, *NJ* 1993, 400.

²¹⁰ Voorbeelden van deze zogenoemde ‘doelcriteria’ zijn het voorkomen van onredelijkheden, de bescherming van de gezondheid en de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.

²¹¹ EHRM 26 april 1979, *NJ* 1980, 146. EHRM 24 april 1990, *NJ* 1991, 523. Asscher 2002, p. 132.

moeten, ook wanneer het gaat om een regel die uit jurisprudentie voortvloeit, op de hoogte kunnen zijn van het bestaan van deze rechtsregel en bovendien het gevolg hiervan op hun situatie kunnen voorzien.

Een equivalent van het door de Raad van Europa opgestelde EVRM wordt gevonden in het door de EU opgestelde Handvest grondrechten van de EU. Dit Handvest biedt net als het EVRM 'een ieder' een recht op vrijheid en veiligheid, eerbiediging van privéleven en woning en bescherming van persoonsgegevens.²¹² Dit Handvest heeft dezelfde waarde als een verdrag, maar staat daarbij niet in de weg aan de werking van het EVRM.²¹³ Het Handvest heeft als doel een bredere bescherming te bieden, maar de in het Handvest neergelegde grondrechten mogen niet op zodanige wijze worden uitgelegd dat deze de grondrechten neergelegd in het EVRM beperken, bredere bescherming is wel mogelijk.²¹⁴ Belangrijk onderscheid tussen het EVRM en het Handvest is echter dat het Handvest zich alleen richt op de uitvoering van het EU-recht.²¹⁵

5.3. De arbeidsovereenkomst; een rechtmatige inperking van grondrechten?

In de vorige paragraaf is geconstateerd dat de werknemer het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer tegen de werkgever kan invoeren. Heeft de werkgever op zijn beurt mogelijkheden om het privacyrecht van de werknemer in te perken? Kunnen er afspraken gemaakt worden in de arbeidsovereenkomst? Of kan de werkgever gebruik maken van zijn instructierecht? Een arrest dat op dit gebied veel heeft los gemaakt is het Hyatt-arrest.²¹⁶

5.3.1. Het Hyatt-arrest

Het Hyatt-arrest is een Arubaanse zaak. In deze zaak hanteerde de werkgever, een internationale hotelketen, een streng antidrugsbeleid. Werknemers konden worden getest op drugsgebruik en bij een positief resultaat kon dit reden zijn voor ontslag. De werknemster had dit beleid ondertekend en aanvaardde daarmee, aldus de Hoge Raad, de mogelijkheid van ontslag bij een eventuele positieve test. Drugsgebruik is echter nog zichtbaar in de urine tot 72 uur na het gebruik. In september 2003 werd de werknemster inderdaad positief getest op cocaïnegebruik, bij een test die onder werktijd plaats vond, ware het niet dat het gebruik in privétijd had plaats gevonden. De werkgever bood een rehabilitatieprogramma aan, maar de werknemster wilde hier niet aan meewerken, daarop heeft de werkgever de werknemster op staande voet ontslagen. De werknemster vordert bij de Arubaanse rechter de nietigheid van het ontslag, dan wel dit kennelijk onredelijk te verklaren, met loondoorbetaling voor de maanden waarin het contract niet rechtsgeldig was opgezegd. Deze vordering werd zowel in eerste aanleg als bij het hof afgewezen.²¹⁷

²¹² Art. 6-8 Handvest grondrechten EU ('Handvest').

²¹³ Art. 6 EU-Verdrag bepaalt dat het Handvest dezelfde juridische waarde heeft als de Verdragen. Pelkmans, Sie dhian Ho & Limonard (red.) 2003, p. 91 e.v..

²¹⁴ Art. 52-53 Handvest. Pelkmans, Sie dhian Ho & Limonard (red.) 2003, p. 91 e.v..

²¹⁵ Art. 51 Handvest. Pelkmans, Sie dhian Ho & Limonard (red.) 2003, p. 94.

²¹⁶ Hoge Raad 14 september 2007, *JAR* 2007, 250.

²¹⁷ Het 'hof' is het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba.

Bij de Hoge Raad voert de werknemer aan dat het beleid en de gevolgen onvoldoende kenbaar waren, met name ten aanzien van privédrugsgebruik. Dit wordt snel afgewezen, nu de werknemer een verklaring heeft ondertekend waarin duidelijk was opgenomen dat een positieve drugstest reden kon zijn voor ontslag. Er was niet bestreden dat het algemeen bekend was dat drugsgebruik tot 72 uur detecteerbaar zou zijn, waardoor de Hoge Raad heeft aangenomen dat de werknemer hiervan op de hoogte was en zich dus bewust had moeten zijn van de mogelijkheid dat ook privégebruik tot een positieve test onder werktijd kon leiden. Vervolgens stelt de werknemer dat zelfs wanneer de werkgever het privégebruik in de test mocht betrekken, het loutere privédrugsgebruik niet tot ontslag mocht leiden, tenzij aangetoond werd dat dit een negatief effect had op het functioneren van de werknemer. De Hoge Raad gaat om te beginnen met de werknemer mee in haar oordeel dat er een inbreuk wordt gemaakt op de persoonlijke levenssfeer. Een dergelijke inbreuk kan echter gerechtvaardigd worden. Nu het gaat om een Arubaanse zaak wordt door de Hoge Raad Arubaans recht toegepast. De Hoge Raad past in deze zaak art. 8 EVRM toe, wat wel mogelijk is, nu het Nederlandse Koninkrijk daar lid van is en Aruba hier ook onder valt.²¹⁸ Voor de rechtvaardiging van de inbreuk op de persoonlijke levenssfeer wordt aangesloten bij de vier criteria uit art. 8 EVRM: (1) met het beleid moet de werkgever een legitiem doel dienen, (2) het beleid moet een geschikt middel zijn om dit doel te bereiken, (3) de inbreuk moet evenredig in verhouding staan tot het belang van de werkgever en (4) er mag geen minder ingrijpend middel voor handen zijn. De Hoge Raad concludeert uiteindelijk dat de inbreuk gerechtvaardigd was, waarbij de kanttkening moet worden geplaatst dat in cassatie niet is bestreden dat een legitiem doel werd gediend en het middel geschikt was om dit doel te bereiken, dit werd dus aangenomen.

Het duidelijke beleid en de instemming van de werknemer, terwijl duidelijk was wat de gevolgen waren maakte dat de Hoge Raad de inbreuk gerechtvaardigd vond. Discussie die in het arrest niet aan de orde kwam, is in hoeverre er daadwerkelijk een legitiem doel werd gediend. Door de werknemer werd niet bestreden dat het behoud van de goede naam van de werkgever een legitiem doel was. Niet gezegd is echter dat het drugsgebruik van invloed is geweest op de werkzaamheden van de werknemer, waardoor niet gegeven is dat de goede naam van de werkgever werd aangetast. Er wordt hier een heel lichte bewijslast aan de werkgever opgelegd. Hoewel dit niet door de Hoge Raad wordt toegelicht kan de instemming van de werknemer met het beleid, en het eventuele ontslag dat het gevolg kon zijn van drugsgebruik, reden zijn voor deze lichte bewijslast. Goed opgesteld beleid kan in het voordeel zijn van de werkgever doordat een inbreuk eerder gelegitimeerd is, zeker wanneer de werknemer akkoord is gegaan. Het kan echter ook aan de werkgever worden tegengeworpen. Beleid dat niet duidelijk genoeg is kan ervoor zorgen dat de werknemer onvoldoende op de hoogte was van de inhoud en de gevolgen van het beleid.²¹⁹ Niet alleen de werknemer, maar ook de werkgever is gehouden het beleid te volgen. Dit is niet altijd in het voordeel van de werkgever. Voorbeeld hiervan is de zaak van KLM tegen haar gezagvoerder.²²⁰ KLM hanteerde een streng beleid voor alcohol- of drugsgebruik onder werktijd. Hierin was opgenomen dat de werknemer die zich liet behandelen gerehabiliteerd zou worden in zijn oorspronkelijke functie. Toen de gezagsvoerder na behandeling

²¹⁸ Art. 1 lid 1 Statuut voor het Koninkrijk der Nederlanden.a

²¹⁹ Veenstra 2012. Rb Groningen (kanton) 24 juli 2006, *JAR* 2007, 186. Rb Bergen op Zoom (kanton) 10 december 2008, *JAR* 2009, 114. Hof 's-Gravenhage 19 april 2011, *Prg.* 2011, 166.

²²⁰ Veenstra 2012. Rb Haarlem (kanton) 29 september 2009, *RAR* 2010, 8. Rb Haarlem (vzng.) 1 februari 2010, *RAR* 2010, 180.

terugkeerde stelde KLM onvoldoende vertrouwen te hebben in het goed functioneren van de werknemer en vroeg ontslag aan. Hier ging de rechter niet in mee. KLM had beleid opgesteld waarin toch in ieder geval een kans werd gegeven om terug te keren in de oude functie, dus moest de werkgever zich hier ook aan houden.

De Hoge Raad gaat voorbij aan het criterium ‘*bij wet voorzien*’ uit art. 8 EVRM. Het EHRM heeft de toepassing van dit criterium in horizontale relaties toegelicht in de arresten ‘Madsen/Denemarken’ en ‘Wretlund/Zweden’.²²¹ In beide gevallen ging het om private ondernemingen die een antidrugsbeleid hanteerde. Het EHRM stelde voor de toetsing van art. 8 EVRM de relatie tussen werkgever en werknemer gelijk met de relatie tussen overheid en burger. Hierdoor moest er ook voldaan worden aan het ‘bij wet voorzien’-criterium. Het EHRM stelde dat het dan moet gaan om een inbreuk die gebaseerd is op nationaal recht, dat de regelgeving voldoende toegankelijk moet zijn en dat de consequenties voorzienbaar moeten zijn voor de werknemers. Hier kan het vastleggen van afspraken in een overeenkomst verschil maken. Wanneer werkgever en werknemer afspraken hebben gemaakt over beleid dat een inbreuk maakt op een fundamenteel recht zal in Nederland snel voldaan zijn aan dit criterium; de wettelijke grondslag hiervoor is te vinden in art. 7:610 BW. Art. 7:660 BW lijkt geen wettelijke grondslag voor een inbreuk op een fundamenteel recht, nu dit recht op zichzelf beperkt wordt door algemeen verbindende voorschriften, waaronder ook art. 7:611 BW. Met de redelijkheid en billijkheid neergelegd in dit artikel werken de grondrechten door, waardoor art. 7:660 BW hierdoor beperkt wordt.²²²

In het Hyatt-arrest wordt ook duidelijk dat de grens tussen werk en privé vervaagt. Dat werkgeversbeleid dat tevens ziet op drugsgebruik in privétijd gerechtvaardigd kan worden door een ‘legitiem doel’ als het behoud van de goede naam, duidt erop dat het soms moeilijk in te schatten is of er een zodanige samenhang is dat ingrijpen door de werkgever inderdaad is toegestaan. Het is echter niet eenvoudig meer om tegenwoordig te zeggen wat privéleven is en wat werksfeer. Op de werkplek speelt soms ook het privéleven een rol en in het privéleven kan soms ook de werksfeer doorschemeren.²²³ Door Roozendaal wordt verdedigd dat, wanneer een voorschrift betrekking heeft op de werksfeer, de bewijslast voor de werkgever lichter is dan wanneer het beleid ook ziet op de privésfeer. De werkgever heeft immers geen gezag in het privéleven van de werknemer, voor zover het niet gaat om gedragingen die van invloed zijn op de werkzaamheden.²²⁴ In het Hyatt-arrest hoefde de werkgever niet aan te tonen dat het drugsgebruik van invloed was op de werkzaamheden, omdat dit vrijwel niet aan te tonen was en er bovendien niet te constateren was in hoeverre het positieve testresultaat voortvloeide uit drugsgebruik in de werktijd of in de privétijd.

Het EHRM heeft meerdere malen ten aanzien van het gebruik van camera’s of e-mail bepaald dat dit slechts gerechtvaardigd kan zijn indien toch in ieder geval van tevoren duidelijk was voor de werknemers dat dergelijke methoden gebruikt *konden* worden.²²⁵ Hierbij kan gedacht worden aan het vastleggen van die

²²¹ EHRM 7 november 2002, nr. 58341/00. EHRM 9 maart 2004, nr. 46210/99. Zie voor een uitgebreidere behandeling Pool 2012.

²²² Zie hiervoor de overwegingen in de Vroons-arresten (Rb Den Helder (kanton) 29 oktober 2009, *LJN*: BK7946 en Rb Den Helder (vzng.) 29 oktober 2009, *LJN*: BK7945).

²²³ Roozendaal 2008, p. 61. Dat het privéleven doorschemert in de werkplek blijkt uit jurisprudentie van het EHRM: EHRM 16 december 1992, *NJ* 1993, 400 (Niemitz-arrest). EHRM 25 juni 1997, *NJ* 1998, 506 (Halford-arrest). Zie ook: Asscher & Steenbruggen 2001.

²²⁴ Roozendaal 2008, p. 62.

²²⁵ EHRM 25 juni 1997, *NJ* 1998, 506. EHRM 3 april 2007, *JAR* 2007, 233. Driessen e.a. (red.) 2010, p. 71 e.v..

mogelijkheid in de arbeidsovereenkomst of een gedragscode. Deze gedragscode speelt vooral een belangrijke rol in de jurisprudentie op het gebied van controle van e-mail- en internetgebruik. Werkgever maken meer dan eens gebruik van deze methode om te controleren of werknemers zich daadwerkelijk beperken tot zakelijk e-mail- en internetgebruik. In sommige gevallen kan het privégebruik van de computer reden zijn voor ontslag op staande voet. Het kenbaar zijn van het beleid en de gevolgen van een constatering van ongewenst privégebruik, door middel van een gedragscode of een waarschuwingsmail kan een doorslag geven in de belangenafweging.²²⁶

5.3.2. *Het instructierecht van de werkgever*

Naast afspraken in de arbeidsovereenkomst, heeft de werkgever tevens het recht om instructies te geven die de werknemer moet opvolgen. Kan de werkgever hiermee een inbreuk maken op het privacyrecht van de werknemer? Art. 7:660 BW beperkt het instructierecht van de werkgever doordat de instructie binnen de grenzen van de arbeidsovereenkomst en algemeen verbindende voorschriften dienen te blijven. In literatuur wordt gesteld dat hieronder ook de grondrechten neergelegd in de Grondwet en de verdragen vallen.²²⁷ Dit is opmerkelijk, nu de grondrechten geen directe horizontale werking hebben. De grondrechten kunnen een rol spelen bij de belangenafweging, maar werken niet rechtstreeks en zullen de instructiebevoegdheid van de werkgever dan ook niet op directe wijze kunnen beperken. Art. 7:611 BW is wel een algemeen verbindend voorschrift dat de instructiebevoegdheid kan beperken. In dit kader kunnen grondrechten wel een rol spelen bij het invullen van de redelijkheid en billijkheid. Daarmee kunnen deze rechten indirect wel het instructierecht van de werkgever beperken. Het gaat er dan wel om wat *redelijk* is en niet om wat *rechtmatig* is in het licht van de Grondwet. In een arrest van de kantonrechter in Rotterdam lijkt echter iets anders te insinueren. Hoewel er niet verder op in wordt gegaan in het arrest stelt de kantonrechter dat een inperking van de persoonlijke levenssfeer, neergelegd in een op art. 7:660 BW gebaseerd, reglement niet per definitie onrechtmatig is op grond van art. 10 GW of art. 8 EVRM.²²⁸ In dat arrest werd overigens geconcludeerd dat de basis niet gevonden kon worden in art. 7:660 BW, nu het beleid buiten de grenzen van dit artikel viel. Toch gaat de kantonrechter over tot een belangenafweging, waarbij het belang van de werknemer op bescherming van de persoonlijke levenssfeer te min werd bevonden. Hoewel de kantonrechter dit niet stelt, lijkt hier art. 7:611 BW te worden toegepast.

Of de werknemer een instructie van de werkgever moet volgen hangt af van de vraag of de instructie de grenzen van art. 7:660 BW te buiten gaat. Hierbij is met name het criteria dat het binnen de grenzen moet blijven van algemeen verbindende voorschriften van belang. Hieronder vallen weliswaar niet direct de grondrechten, maar wel de belangenafweging van art. 7:611 BW waarin ook de grondrechten kunnen worden betrokken. Alvorens de rechter kan beoordelen of de werknemer verplicht was om de instructie van de werkgever te volgen, bijvoorbeeld om toegang te geven tot de woning, moet worden beoordeeld of de inbreuk op het grondrecht redelijk was. Hierbij kunnen bijvoorbeeld wederom de criteria van art. 8 EVRM

²²⁶ Rb Utrecht (kanton) 13 juli 2000, *JAR* 2000, 199. Rb Apeldoorn (kanton) 6 september 2000, *JAR* 2000, 212. Rb Utrecht (kanton) 20 november 2000, *JAR* 2001, 7. Terstegge 2002, p. 29.

²²⁷ Gerlach & Verboom 2007, p. 14/15. Croinmans & De Laat 2008, p. 288. Gerlach & Maks 2010, p. 21/22.

²²⁸ Rb Rotterdam (kanton) 28 september 2004, *JAR* 2004, 268. Sikkink 2005, p. 22.

worden meegenomen. Aannemelijk is echter dat de rechter in dit geval niet slechts het fundamentele recht van de werknemer meeneemt in zijn overweging. Het grootste verschil tussen afspraken in de arbeidsovereenkomst en een instructie van de werkgever, is de instemming van de werknemer en in veel gevallen ook de kenbaarheid. Er zal over het algemeen geen handtekening van de werknemer zijn waaruit enige vorm van een akkoord blijkt of waaruit kan worden afgeleid dat de werknemer op de hoogte was van het beleid. Bovendien is er allerminst duidelijk wat de werknemer kan verwachten, waardoor een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer nog eens vergroot wordt. Komt de rechter tot de conclusie dat het voorschrift onredelijk is, dan behoeft de werknemer dit voorschrift niet te volgen. Roozendaal doet een ander soort suggestie om te beoordelen of een instructie binnen de gezagsverhouding dient te vallen en dus een rechtmatige inbreuk dient op te leveren. Indien het voorschrift ziet op de werksfeer dient de werknemer aan te tonen waarom zijn belang op bescherming van de persoonlijke levenssfeer moet prevaleren, andersom dient de werkgever zijn belang te verdedigen op het moment dat het voorschrift ziet op het privéleven van de werknemer.²²⁹ Met deze wijze van toetsen wordt een uitgangspunt gegeven en is het aan de werknemer, dan wel de werkgever, om te beargumenteren waarom het oordeel anders dient uit te vallen. Dit is vooral met het oog op de rechtszekerheid een goed alternatief. Hoewel het nog steeds een belangenafweging blijft is er toch een soort van kader geschetst dat enig houvast biedt.

5.4. Medezeggenschap en het privacyrecht

Het gebruik van personeelsvolgsystemen en het verwerken van persoonsgegevens door de werkgever is een dusdanig ingrijpend besluit dat de werkgever hiertoe niet kan overgaan zonder instemming van de OR.²³⁰ Het instemmingsrecht van de OR is in de meeste gevallen tweeledig; zowel voor het verwerken van de gegevens als voor het gebruik van de systemen moet de werkgever afzonderlijk instemming vragen. Het verschil tussen deze twee blijkt uit de wettekst. Sub k ziet op het gebruik, of wel de verwerking, van de *gegevens*, terwijl sub l ziet op de *systemen* waarmee gegevens worden verzameld.²³¹ Veelal zal een verzoek tot instemming voor het gebruik van personeelsvolgsystemen vergezeld worden door een verzoek tot instemming voor een regeling omtrent het verwerken van gegevens, maar dit neemt niet weg dat voor beide regelingen apart instemming moet zijn gegeven. Belangrijk is dat art. 27 lid 1 onder l WOR geldt voor alle voorzieningen die *geschikt* zijn voor waarneming of controle van bijvoorbeeld werknemers. Het is daarbij dus niet van belang of de werkgever het systeem daadwerkelijk gebruikt; indien het mogelijk is om het systeem in te zetten voor het volgen van de werknemer is instemming van de OR vereist.²³²

Van belang is vooral het begrip ‘*regeling*’. Een regeling is een besluit van algemene strekking, met een min of meer permanent karakter dat betrekking heeft op alle werknemers of een groep werknemers,

²²⁹ Roozendaal 2008, p. 62. Hier wordt verwezen naar: Hoge Raad 31 mei 1991, *NJ* 1991, 679 en Hoge Raad 24 juni 1966, *NJ* 1966, 457.

²³⁰ Art. 27 lid 1 onder k WOR vereist instemming van de OR in geval de werkgever regelingen opstelt omtrent verwerken en beschermen van persoonsgegevens. Art. 27 lid 1 onder l WOR vereist instemming van de OR in geval de werkgever regelingen opstelt omtrent voorzieningen gericht op waarneming en controle.

²³¹ *Kamerstukken II* 1995/1996, 24 615, nr. 3, p. 43. Van Drongelen 2008, p. 35. Jellinghaus & Latten 2009, p. 33/34.

²³² Berkvens & Prins 2007, p. 188/189. Jellinghaus & Latten 2009, p. 33/34.

maar zich in ieder geval niet slechts richt tot individuele werknemers.²³³ Wanneer de werkgever een besluit neemt dat slechts betrekking heeft op een individuele werknemer is geen instemming vereist. Denk hierbij aan een enkele werknemer die thuis gaat werken, waarvoor de werkgever een systeem wil installeren om het e-mailgebruik te kunnen controleren. Hiermee is niet gezegd dat het rechtmatig is, maar instemming van de OR is in ieder geval niet vereist.

Met de term ‘voorziening’ in sub 1 wordt het gebruik van fysieke personeelsvolgsystemen bedoeld.²³⁴ In het ‘Holland Casino-arrest’ heeft de Hoge Raad aangegeven dat menselijke waarnemingen niet onder deze term vallen.²³⁵ Het gaat om het gebruik van *systemen*, niet om ieder middel waarmee werknemers gevolgd kunnen worden. Het gebruik van camera’s dient in beginsel instemming van de OR te hebben, evenals systemen waarmee bijvoorbeeld telefoons worden afgeluisterd. Het Cbp geeft echter aan dat het incidenteel gebruiken van camera’s, om bijvoorbeeld fraude te bestrijden, eventueel zonder instemming van de OR plaats kan vinden.²³⁶ Om te voorkomen dat de werkgever echter de vage grens tussen incidenteel gebruik en gebruik van camera’s als bedoeld in art. 27 WOR overschrijdt, doet de werkgever er verstandig aan om toch te overleggen met de OR. Het Cbp wijst tevens op de uitzondering op het instemmingsrecht in geval het cameratoezicht geen betrekking heeft op de werknemers of het cameragebruik niet geschikt is als controlemiddel.²³⁷

5.5. Conclusie

Zowel internationale als nationale regelgeving wordt de persoonlijke levenssfeer van de burger beschermd. Uitgangspunt van deze grondrechten is dat de zwakkere burger beschermd wordt tegen ingrijpen van de sterkere overheid. Grondrechten werken dan in principe ook niet tussen burgers onderling, doch slechts tussen overheid en burger. Aan de hand van jurisprudentie en literatuur blijkt echter dat de grondrechten wel worden toegepast in verhoudingen tussen burgers, waaronder ook in de relatie werkgever en werknemer. Het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer, en dan met name art. 8 EVRM, wordt meer dan eens toegepast, maar niet in de vorm van een *grondrecht*, maar in het kader van een *belang* van de werknemer, dat wordt afgezet tegen het belang van de werkgever bij de inbreuk. Hierbij moet gedacht worden aan de open norm van art. 7:611 BW, welke ingevuld wordt aan de hand van het grondrecht van de werknemer en het belang van de werkgever. Bij deze belangenafweging wordt echter wel vaak de proportionaliteit en subsidiariteit van art. 8 EVRM toegepast om het belang van de werkgever te waarderen. Ook in de arbeidsovereenkomst neergelegde afspraken kunnen bijdragen aan een belangenafweging in het voordeel van de werkgever. Of de werkgever de methode mag toepassen die een inbreuk maakt op de persoonlijke levenssfeer van de werknemer moet van geval tot geval beoordeeld worden. Dat is ook direct het nadeel van de belangenafweging; geen enkel geval zal hetzelfde beoordeeld worden.

²³³ *Kamerstukken II 1975/1976*, 13 954, nr. 3, p. 44. Zie ook: *Kamerstukken II 1978/1979*, 13 954, nr. 8d, p. 22. Cremers-Hartman 2007, p. 13. Van Drongelen 2008, p. 32. Jellinghaus & Latten 2009, p. 32. Cremers-Hartman 2007, p. 13.

²³⁴ Denk aan camera’s, prikklokken, piepers, inlogpasjes, tijdregistratiesystemen, etc..

²³⁵ Hoge Raad 20 december 2002, *JAR* 2003, 18. Van der Heijden, Van Slooten & Verhulp (red.) 2008, p. 420. Jellinghaus & Latten 2009, p. 33/34.

²³⁶ Aldus het Cbp in een werkblad over ‘Camera’s op de werkplek’ (nr. 3A, juli 2012).

²³⁷ Cbp, ‘Camera’s op de werkplek’, nr. 3A, juli 2012. Het Cbp geeft hierbij het voorbeeld van beveiliging van het kantoorpand buiten kantooruren. In dat geval is het cameratoezicht niet gericht op het controleren van werknemers, maar op het beveiligen van het pand. Bovendien is het middel niet geschikt voor het volgen van personeel, nu het personeel buiten kantooruren niet aanwezig zal zijn.

De OR neemt een belangrijke positie in bij het beschermen van de werknemers tegen onrechtmatige en verregaande inbreuken. Voor regelingen omtrent het gebruik van gegevens en voorzieningen tot het controleren en volgen van personeel, is instemming van de OR vereist. In het Holland Casino-arrest is duidelijk geworden dat onder ‘voorzieningen’ niet moet worden verstaan de menselijke waarneming. De instemming is overigens slechts vereist voor regelingen welke een min of meer permanent karakter hebben en betrekking hebben op meerdere werknemers. Het hebben van instemming betekent nog niet dat het gebruik van de middelen ook gerechtvaardigd is.

Hoofdstuk 6: Thuiswerken. Zorgplicht versus privacy

6.1. Inleiding

In hoofdstuk 3 en 4 is aandacht besteed aan de zorgplicht van de werkgever ten aanzien van arbeidsomstandigheden en arbeidstijden. Hier is geconcludeerd dat de werkgever, ook wanneer de werknemer thuis werkt, toezicht moet houden op de arbeidsomstandigheden en arbeids- en rusttijden, registratie moet voeren betreffende arbeidstijden en de mogelijkheid heeft om werknemers te instrueren. In hoofdstuk 5 is het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer van de werknemer besproken. Dit grondrecht werkt als zodanig niet direct door in de relatie tussen werkgever en werknemer, maar wordt als belang toegepast in art. 7:611 BW. De thuiswerker heeft een recht op privacy waar ook de werkgever rekening mee moet houden. Er ontstaat daarmee een spanningsveld tussen de zorgplicht van de werkgever en de privacy van de thuiswerker. Knelpunten doen zich daarbij voor. Wat zijn deze knelpunten? En in hoeverre kan de werkgever deze oplossen door het juiste beleid te voeren?

6.2. Knelpunten en beleidsvoering

6.2.1. Het toezicht op de arbeidsomstandigheden

Het houden van toezicht op gedragingen van de werknemer is een belangrijk onderdeel van de zorgplicht van de werkgever. De werkgever stelt voorschriften op waar werknemers zich aan dienen te houden. Van dit laatste mag de werkgever echter niet zonder meer uitgaan. De werkgever dient erop toe te zien dat de werknemers zijn instructies volgen.²³⁸ De Arbowet stelt de werkgever verantwoordelijk voor onder andere de inrichting van de arbeidsplaats, waaronder ook de thuiswerkplek.²³⁹ Hiervoor is het noodzakelijk dat de werkgever inzicht heeft in de thuiswerkplek.²⁴⁰ Dit levert echter een discussie op in hoeverre de werkgever de woning van een werknemer mag betreden om te zorgen dat de thuiswerkplek voldoet aan de eisen van de Arbowet. Ten aanzien van de overheid heeft de werknemer een recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer, waaronder ook het verbod op binnentreden van de woning zonder toestemming van de bewoner.²⁴¹ Dit grondrecht werkt echter niet direct in horizontale relaties, zoals die tussen werkgever en werknemer. De wet biedt geen equivalent van dit grondrecht binnen arbeidsverhoudingen. Betekent dit dat de werkgever geen rekening dient te houden met de privacy van de werknemer?

Er is een strafrechtelijk equivalent van art. 12 GW, namelijk de huisvredebreuk uit art. 138 Sr. Hierin wordt het ‘*wederrechtelijk binnendringen*’ strafbaar gesteld. *Binnendringen* betekent dat de

²³⁸ De plicht is voor werknemers neergelegd in art. 11 lid 1 Arbowet en meer algemeen in art. 7:660 BW. Bovendien behoort dit ook tot de redelijke verwachtingen van een werkgever en daarmee de redelijke verplichting van de werknemer op grond van het goed werkgever- en werknemerschap neergelegd in art. 7:611 BW.

²³⁹ Art. 3 lid 1 jo. art. 1 lid 2 onder g Arbowet.

²⁴⁰ Zonder inzicht over de inrichting van de werkplek kan de werkgever geen adequate RI&E opstellen en ook geen doeltreffende voorlichting geven aan de werknemer over deze risico's en te nemen maatregelen.

²⁴¹ Art. 12 GW.

werkgever zonder toestemming van de werkgever de woning van de werknemer betreedt.²⁴² Dit binnendringen dient ook wederrechtelijk te zijn.²⁴³ Wanneer het binnendringen precies wederrechtelijk is blijkt niet eenduidig uit literatuur of jurisprudentie. In sommige gevallen is het feit dat het huis is betreden zonder toestemming van de bewoner voldoende voor wederrechtelijkheid, terwijl in andere gevallen het niet hebben van een rechtvaardigende grondslag het binnendringen wederrechtelijk maakte.²⁴⁴ In geval van de werkgever en de werknemer is het niet aannemelijk dat de werkgever voldoende grondslag heeft in de wet om de woning binnen te *dringen*, slechts om de arbeidsomstandigheden van de thuiswerkplek te kunnen controleren. Dit zou de bescherming die art.138 Sr tracht te bieden geheel teniet doen. De werkgever kan dus zonder toestemming niet de woning van de werknemer betreden. Hierdoor ontstaat een discussie over de reikwijdte van de arbeidsovereenkomst, de instructiebevoegdheid van de werkgever en het goed werknemerschap. Kan een werknemer gehouden zijn de werkgever toegang te geven tot de thuiswerkplek op grond van een van deze drie elementen? Dient een werknemer een dergelijke inbreuk in zijn privéleven te accepteren, puur en alleen omdat hij werknemer is en in dienst is bij zijn werkgever?

De werknemer staat, wat betreft de uitoefening van zijn werkzaamheden, onder het gezag van de werkgever. Afspraken tussen werkgever en werknemer worden vastgelegd in de arbeidsovereenkomst, waar contractsvrijheid en partijautonomie het uitgangspunt vormen.²⁴⁵ Deze contractsvrijheid wordt begrensd door verschillende beginselen en voorschriften, waaronder art. 7:611 BW, maar ook de wilsgebreken.²⁴⁶ De wilsgebreken zullen hier niet aan bod komen, relevanter is art. 7:611 BW. Het goed werkgever- en werknemerschap speelt een belangrijke rol bij de verhouding tussen de zorgplicht van de werkgever en het recht op privacy van de werknemer, omdat het via deze open norm voor de werknemer mogelijk is om grondrechten aan de werkgever tegen te werpen.²⁴⁷ Het *recht* op privacy wordt dan vertaald in een *belang* van de werknemer op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer. Dit wordt vervolgens afgewogen tegen het belang van de werkgever bij de toegang tot de woning van de werknemer, namelijk om er voor te zorgen dat de thuiswerkplek voldoet aan de arbovoorschriften. De werkgever kan afspraken vastleggen in de arbeidsovereenkomst over de wijze waarop de werkgever toegang tot de woning zal krijgen. Dit beleid maakt een inbreuk op persoonlijke levenssfeer van de werknemer. De werkgever kan zich hiermee immers toegang verschaffen tot een deel van het privéleven van de werknemer.²⁴⁸ De werknemer die hier, ondanks het akkoord in eerste instantie, zich tegen verzet kan een beroep doen op art. 7:611 BW.

²⁴² Cleiren & Nijboer 2010, p. 779. Stolwijk 2009, p. 85 e.v.. Hoge Raad 6 juli 2010, *NJ* 2010, 426. Hoge Raad 30 november 2010, *LJN*: BM9040. Ter Haar, Seuters & Meijer 2009, p. 137.

²⁴³ Dit is toegevoegd om ervoor te zorgen dat bijvoorbeeld politie de woning nog kan binnendringen indien hiervoor een wettelijke grondslag bestaat.

²⁴⁴ Cleiren & Nijboer 2010, p. 779. Zo stelt Stolwijk dat het niet de bedoeling is dat huisvredebreuk kan worden gepleegd, omdat de indringer een eigen recht heeft. Het niet hebben van toestemming zorgt dan nog steeds voor 'wederrechtelijk binnendringen' ondanks het eigen recht van de indringer (Stolwijk 2009, p. 85 e.v.). Noyon, Langemeijer & Rammelink (Wetboek van strafrecht) art. 138 Sr, aant. 22.

²⁴⁵ Koot-van der Putte 2007. Bungener 2008. Asser 2009. Hijma e.a. 2010.

²⁴⁶ De wilsgebreken zijn neergelegd in art. 3:44 BW (bedrog, bedreiging en misbruik van omstandigheden) en art. 6:228 BW (dwaling). Bij de totstandkoming van de arbeidsovereenkomst zal het vaak gaan om bedrog of dwaling. Van Drongelen & Fase 2011, p. 40 e.v.. Denk hierbij aan de werknemer die een vals cv overhandigt. In geval van een latere wijziging is misbruik van omstandigheden ook mogelijk, nu er een afhankelijkheidsrelatie ontstaat.

²⁴⁷ Zie voor een verdere toelichting op de horizontale werking van grondrechten hoofdstuk 5. Diebels 2006, p. 12 e.v.. Plessen, Massuger & Jacobs 2009, p. 12.

²⁴⁸ Zie ook het Hyatte-arrest (Hoge Raad 14 september 2007, *JAR* 2007, 250. In het Hyatte-arrest werd een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van de werknemer aangenomen, omdat de werkgever cocaïnegebruik testte, waarbij het niet duidelijk was of de cocaïne gebruikt werd in het privéleven of tijdens de uitoefening van werkzaamheden.

Voor de toepassing van het recht op privacy in horizontale verhoudingen wordt vaak gebruik gemaakt van de vereisten van art. 8 EVRM.²⁴⁹ Het beleid moet dan het doel dienen, noodzakelijk zijn en bovendien voldoen aan het proportionaliteitsbeginsel en het subsidiariteitsbeginsel. Het betreden van de woning van de werknemer om een veilige werkomgeving te realiseren, ter bescherming van de werknemer, is een legitiem doel dat gediend is met het te voeren beleid.²⁵⁰ Het beleid moet in verhouding staan tot de inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van de werknemer. Het gaat hier om een vergaande inbreuk op de persoonlijke levenssfeer. De werkgever krijgt immers niet alleen toegang tot de werkplek van de werknemer, maar tot de gehele woning. Hij ziet waar de werknemer woont, wat voor levensstijl hij heeft en ontmoet wellicht ook familieleden. Dit kan voor sommige werknemers een groot bezwaar zijn. Dat er afspraken zijn neergelegd in de arbeidsovereenkomst is hier van groot belang. De werknemer is hiermee akkoord gegaan. Een van de beginselen van het goed werknemerschap is dat gewekt vertrouwen waargemaakt moet worden.²⁵¹ Dit zou betekenen dat wanneer een werknemer akkoord gaat met een dergelijke bepaling in de arbeidsovereenkomst, hij niet ineens de werkgever de toegang kan weigeren op het moment dat hij voor de deur staat. Op zichzelf is dit een redelijke uitleg; afspraak is afspraak. Ware het niet dat in dit geval ook minder ingrijpende mogelijkheden zijn die de werkgever kan toepassen.

De werkgever kan de werknemer instrueren foto's te nemen van de werkplek of een arbochecklist opstellen en deze aan de werknemer meegeven. Werkgever en werknemer kunnen deze vervolgens samen doorspreken en eventueel aanpassingen aan de werkplek doorvoeren. Het regelmatig herhalen van dit proces zorgt ervoor dat de werknemer zich ook goed bewust is van het belang van een goede werkplek. Van een goed werkgever mag verwacht worden dat hij kiest voor de minst ingrijpende maatregel die voor handen is. Niet aannemelijk is dat de werknemer al deze methodes mag weigeren. Van een werknemer die thuis wil werken mag, in het kader van art. 7:611 BW, ook verwacht worden dat er inzicht wordt verschaft in de werkplek.²⁵² Werkt de werknemer niet mee aan een van de minder ingrijpende methodes, dan zou een huisbezoek wel een rechtmatige inbreuk kunnen zijn. De werkgever zal hier echter weinig aan hebben indien de werknemer hem de toegang weigert. Het belang van de werkgever bij binnentreden is niet zo groot, dat hij dit met geweld kan doen indien de werknemer hem de toegang weigert. De arbeidsovereenkomst biedt daar onvoldoende grondslag voor. Wanneer de rechter echter oordeelt dat de inbreuk, die de arbeidsovereenkomst vormt, op de persoonlijke levenssfeer rechtmatig is gelet op het belang van eerbiediging van het privéleven, kan de werknemer wel verplicht worden om de werkgever toe te laten. In dat geval bereikt de werkgever toch wat hij wil. De werkgever dient dan echter ook consequenties te verbinden indien de werknemer hier niet aan voldoet²⁵³, anders heeft het beleid geen zin; als gezegd, inbraak wordt niet gerechtvaardigd.

Naast het maken van afspraken zou de werkgever er ook voor kunnen kiezen om instructies te geven aan de werknemer in de vorm van het verlenen van toegang tot de woning, het maken van foto's of het

²⁴⁹ Hoge Raad 9 januari 1987, NJ 1987, 928. Hoge Raad 18 juni 1993, NJ 1994, 347. Hoge Raad 31 mei 2002, NJ 2003, 589. Hoge Raad 12 december 2003, NJ 2004, 117. In het Hyatt-arrest wordt art. 8 EVRM, met de beperkingsclausule, direct toegepast in de verhouding tussen werkgever en werknemer (Hoge Raad 14 september 2007, JAR 2007, 250). Verhey, Bax & Akkermans 2005, p. 181 e.v..

²⁵⁰ Dit is een in het tweede lid van art. 8 EVRM genoemd doelcriterium (bescherming van de gezondheid).

²⁵¹ Plessen, Massuger & Jacobs 2009, p. 15.

²⁵² Hollants 2012, p. 30.

²⁵³ Denk hierbij aan het opschorten van het thuiswerken of wellicht zelfs het ontslaan van de werknemer.

invullen van de arbochecklist. Hier zal om te beginnen ook gelden dat de werkgever, als goed werkgever, zal moeten kiezen voor de minst ingrijpende maatregel. Een instructie dient echter binnen de grenzen te blijven van de algemeen verbindende voorschriften of de overeenkomst. Indien geen afspraken zijn gemaakt in de arbeidsovereenkomst dienen dus in ieder geval wettelijke voorschriften in acht te worden genomen. Wederom zal een belangenafweging plaatsvinden in het kader van art. 7:611 BW. Hier ontbreekt echter de instemming van de werknemer en in veel gevallen zal ook de kenbaarheid ontbreken. Gebruik maken van het instructierecht betekent immers dat de werkgever eenzijdig beleid opstelt. Het is in dat geval niet gegeven dat de werknemers hiervan op de hoogte zijn. Evenmin is er enige garantie over de duidelijkheid van het beleid. Een vaag beleid waarin staat dat werknemers toegang dienen te geven tot de woning zal niet door de toets van redelijkheid en billijkheid komen. Dit is met name van belang voor de huisbezoeken. Het opstellen van voorschriften waarin is opgenomen dat werknemers een arbochecklist dienen in te vullen is op zichzelf al duidelijk en hiermee wordt nauwelijks een inbreuk gemaakt op het recht op privacy van de werknemer.

Dient de werkgever echter zover te gaan om aan zijn zorgplicht te voldoen? Een werkgever heeft duidelijke instructies gegeven aan de werknemer over wat de risico's zijn van het thuiswerken en waar de thuiswerkplek in ieder geval aan moet voldoen, als ook wat verwacht wordt van de werknemer op het gebied van thuiswerken²⁵⁴ en daarbij heeft hij afspraken gemaakt met de werknemer om de thuiswerkplek periodiek te mogen controleren. De werknemer werkt hier echter niet aan mee en volgt de voorschriften, ondanks aandringen, niet op. Kan dan nog gesteld worden dat de werkgever niet aan zijn zorgplicht heeft voldaan indien de werkplek niet voldoet aan arbovoorschriften of de werknemer schade lijdt? De Arbowet legt niet slechts verplichtingen op aan de werkgever; ook de werknemer dient alles te doen wat in zijn vermogen ligt om te zorgen voor een veilige en gezonde werkomgeving, waarbij specifiek wordt genoemd dat hij de werkgever moet bijstaan in de uitvoering van de verplichtingen neergelegd in de wet.²⁵⁵ Het is niet redelijk om een werkgever die alles doet wat in zijn vermogen ligt, maar geconfronteerd wordt met een werknemer die weigert hieraan mee te werken, hiervoor aansprakelijk te houden. Overigens kan hier tegenin worden gebracht dat wanneer de werknemer niet meewerkt aan maatregelen die essentieel zijn voor het garanderen van zijn veiligheid, de werkgever wellicht niet akkoord zou moeten gaan met het thuiswerken of dit in ieder geval zou moeten opschorten tot er inzicht is in de thuiswerkplek.

Het is niet eenvoudig om vooraf te kunnen zeggen wie er aan het langste eind trekt; de werkgever of de werknemer. Beiden hebben verantwoordelijkheden; de werkgever dient de privacy van de werknemer te respecteren en de werknemer dient de werkgever tegemoet te komen in het nakomen van zijn verplichtingen. Het nadeel van een belangenafweging is dat deze in ieder individueel geval anders kan uitvallen; de ene keer zijn er omstandigheden die pleiten voor de werkgever en de andere keer voor de werknemer. Het is in ieder geval belangrijk dat de werkgever een duidelijk beleid opstelt waar het gaat om de controle van de thuiswerkplek, zodat de werknemer weet waar hij aan toe is, maar ook om te kunnen voldoen aan zijn zorgplicht. Zonder dit beleid wordt een inbreuk op het privéleven van de werknemer

²⁵⁴ Denk bij dit laatste aan het daadwerkelijk verrichten van de werkzaamheden vanuit de daarvoor ingerichte werkplek en het regelmatig nemen van pauze in geval van computerwerkzaamheden.

²⁵⁵ Art. 11 Arbowet.

minder snel gerechtvaardigd en zal de werkgever bovendien niet aan zijn zorgplicht hebben voldaan indien de werkplek niet in overeenstemming is met de voorschriften. De mate van aansprakelijkheid voor de thuiswerker kan ook beïnvloed worden door de mate waarin de werkgever voldoet aan zijn zorgplicht ten aanzien van de werknemers binnen de onderneming.²⁵⁶ Een werkgever die binnen de onderneming de arbovoorschriften zorgvuldig naleeft zal minder snel tekort schieten ten aanzien van de thuiswerker, dan wanneer hij ook binnen de onderneming tekort schiet.

Overigens is het de vraag of werkgevers erop zitten te wachten de thuiswerkplekken van hun werknemers te bezoeken. Wanneer er slechts één werknemer thuis werkt is dit nog te overzien, anders wordt het echter wanneer er meerdere werknemers thuiswerken. In dat geval gaat het in 'real life' controleren van de thuiswerkplekken veel tijd kosten en verliest de werkgever bovendien ook een gedeelte van zijn toezicht op de werknemers die wel binnen de onderneming werken. Als de werkgever met andere maatregelen hetzelfde resultaat kan bereiken zal dit de voorkeur hebben.

6.2.2. Het toezicht op de arbeids- en rusttijden

Naast het toezicht dat de werkgever moet houden op de arbeidsomstandigheden, heeft de werkgever ook een verantwoordelijkheid waar het gaat om arbeids- en rusttijden van de werknemer. De werkgever dient erop toe te zien dat werknemers voldoende rust nemen en niet teveel uren achter elkaar werken. Tegelijkertijd wil hij natuurlijk ook voorkomen de werknemer zijn arbeidstijd gebruikt voor privé zaken. Dit is niet eenvoudig op het moment dat de werknemer thuis werkt. De werknemer is onttrokken aan het directe gezag van de werkgever en de sociale controle van collega's. Het thuiswerken kan met zich meebrengen dat er harder en langer wordt gewerkt, waarbij het nemen van pauze wordt vergeten. Het tegenovergestelde kan zich ook voordoen; de werknemer brengt een groot deel van zijn werkdag door in bed of hangend op de bank voor de televisie. Beiden zijn niet de bedoeling.

De werkgever zou dan ook het liefst een methode hanteren waarmee hij er zeker van is dat de werknemer voldoet aan de gehanteerde arbeids- en rusttijden, bijvoorbeeld door het plaatsen van camera's. Het gebruik hiervan op de werkplek heeft veel literatuur en jurisprudentie losgemaakt.²⁵⁷ Deze literatuur en jurisprudentie heeft echter steeds betrekking op het gebruik van verborgen camera's. Voor de thuiswerker is het gebruik van camera's geen oplossing; camera's zijn niet toegestaan op niet-openbare plaatsen.²⁵⁸ Een suggestie zou kunnen zijn om de werknemer te instrueren gedurende de dag bereikbaar te zijn voor de werkgever. In dat geval kan de werkgever op ieder gewenst moment contact opnemen met de werknemer en polsen of de werknemer zich aan de arbeids- en rusttijden houdt en zijn werkzaamheden vanaf zijn werkplek verricht. Met de huidige techniek is het tevens mogelijk om met behulp van een webcam te zien waar de werknemer zich bevindt en waar hij op dat moment mee bezig is. Het continu aan laten staan van de webcam is een mogelijkheid, maar wel een die een inbreuk maakt op de persoonlijke levenssfeer van de

²⁵⁶ Hof Amsterdam 7 september 2006, *JAR* 2007, 65. Hierin werd de werkgever aansprakelijk gesteld voor RSI-klachten bij een thuiswerker. De werkgever had hier ingestemd met het thuiswerken en bovendien de computer ter beschikking gesteld. Van invloed was echter ook het feit dat de werkplekken binnen de onderneming niet voldeden aan de arbovoorschriften.

²⁵⁷ Zie bijvoorbeeld: Roelofs 2003. Olijslager 2006. Vegter 2007. Schmaal 2008. Rb Schiedam (kanton) 8 juli 1997, *JAR* 1997, 189. Hoge Raad 27 april 2001, *NJ* 2001, 421. Hof 's-Hertogenbosch 6 januari 2003, *NJ* 2003, 279.

²⁵⁸ Aldus het Cbp in een werkblad over 'Camera's op de werkplek' (nr. 3A, juli 2012).

werknemer en zijn medebewoners. Indien de werknemer hier bezwaar tegen maakt zal, net als bij het binnentreden van de woning, een belangenafweging moeten plaatsvinden. Weegt het belang dat de werkgever heeft bij het constant aan laten staan van de webcam op tegen de inbreuk die gemaakt wordt op het privéleven van de werknemer? Dit middel dient weliswaar het doel, maar gaat hierin te ver. Er wordt meer informatie verzameld dan alleen datgene dat nodig is voor de controle van de werknemer. Bovendien komt ook de privacy van medebewoners in het geding; daarmee schiet de werkgever zijn doel voorbij. Mocht de werkgever echt willen zien wat de werknemer op een bepaald moment aan het doen is, dan kan hij op dat moment contact zoeken en dan kan de werknemer op dat specifieke moment de webcam aanzetten. Dit zal ook al een bepaalde druk met zich meebrengen voor de werknemer om zich aan de instructies te houden.

Hierbij dient de werkgever zich te realiseren dat de Wbp van toepassing is. De Wbp is in ieder geval van toepassing op de geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens en onder verwerking wordt iedere fase van de verwerking bedoeld, dus ook indien deze niet wordt opgeslagen.²⁵⁹ De werkgever zal de zorgvuldigheid in acht moeten nemen en een legitiem doel na moeten streven met deze verwerking, waarbij tevens gekeken wordt naar het belang van de werknemer.²⁶⁰ Een gerechtvaardigd doel is hier dat het noodzakelijk is voor de uitvoering van de arbeidsovereenkomst. Immers, hiermee kan hij voldoen aan de verplichtingen die voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst en kan hij tevens controleren of de werknemer hier ook aan voldoet. De verwerking mag niet verder gaan dan strikt noodzakelijk om het doel te bereiken.²⁶¹ Zodra de werkgever heeft vastgesteld dat de werknemer zich op zijn werkplek bevindt en bezig is met de uitoefening van zijn werkzaamheden en zich ervan verwittigd heeft dat de werknemer de arbeids- en rusttijden in acht neemt, dient hij de webcam weer uit te schakelen. Hoewel deze methode wel is toegestaan op grond van de wet en de werkgever waarschijnlijk ook de belangenafweging zou doorstaan, is het toch een vergaande maatregel om aan de wens van de werkgever, om zijn werknemer te controleren, tegemoet te komen. Dient de werkgever, wanneer hij een verzoek krijgt tot thuiswerken, niet eerst de afweging te maken of de werknemer hier geschikt voor is? Met daarbij tevens de vraag of de werkgever erop kan vertrouwen dat hij zijn werkzaamheden zal blijven uitoefenen? Wanneer binnen de onderneming al blijkt dat de werknemer onvoldoende discipline heeft om zich aan de arbeids- en rusttijden te houden of bijvoorbeeld de voorschriften van de werkgever niet in acht neemt, dient de werkgever dan het verzoek tot thuiswerken niet af te wijzen om te voorkomen dat hij aparte methodes moet uitvoeren om de werknemer te kunnen controleren?

Voor de nakoming van de verplichtingen uit de arbeids- en rusttijdenregelgeving dient de werkgever om te beginnen duidelijke instructies te geven, waarin niet alleen de tijden worden genoemd, maar bijvoorbeeld ook het belang van het nemen van rust gedurende de dag en tussen de werkdagen door. Daarnaast zou de werkgever over kunnen stappen op een resultaatverplichting in plaats van een urenverplichting. Dit is echter niet geschikt voor alle soorten werkzaamheden, nu er wel sprake moet zijn van meetbare tijd die per 'opdracht' nodig zal zijn. Bedoeling is dat de werkgever voor zichzelf indiceert

²⁵⁹ Art. 2 lid 1 jo. art. 1 onder b Wbp. Zie ook: De Vries & Rutgers 2001.

²⁶⁰ Art. 6 Wbp verplicht de werkgever de gegevens op behoorlijke en zorgvuldige wijze te verwerken. Art. 7 Wbp verplicht het verwerken in overeenstemming met een van de in art. 8 Wbp genoemde doelen.

²⁶¹ Art. 11 Wbp.

wat het tijdsbestek is waarbinnen de werknemer resultaat moet leveren. Levert de werknemer eerder of juist later resultaat, dan kan dit voor de werkgever een indicatie zijn dat de werknemer meer uren maakt op een dan toegestaan, minder pauze neemt of juist te vaak is afgeleid, dan wel niet daadwerkelijk alle arbeidsuren werkt. In dat geval zou hij een gesprek met de werknemer aan kunnen gaan om te overleggen wat de oorzaak is en te heroverwegen of het thuiswerken geschikt is voor de betreffende werknemer.

6.2.3. Het controleren van computergebruik

Het houden van toezicht is niet het enige punt waar spanning ontstaat tussen de gezagsbevoegdheid en zorgplicht van de werkgever enerzijds en het privacyrecht van de werknemer anderzijds. Een werkgever kan in principe niet zien of zijn werknemers daadwerkelijk zakelijke werkzaamheden verrichten. Dit geldt des te meer wanneer de werknemer thuis werkt. De verleiding om voor privé-zaken gebruik te maken van de computer zal groot zijn. Een manier voor de werkgever om hierop toe te kunnen zien is het controleren van e-mail- en internetgebruik door werknemers. Bovendien kan de werkgever op die manier ook in de gaten houden of de werknemer zich houdt aan de voorgeschreven arbeids- en rusttijden. De werkgever dient zich hierbij echter wel te realiseren dat de werknemer ook op de werkplek een recht op privacy heeft.²⁶² In het Niemitz-arrest stelde het EHRM dat werknemers ook tijdens het werk het recht hebben om relaties met andere mensen aan te gaan. Hoewel het afluisteren en meeluisteren met *zakelijke* telefoongesprekken in sommige gevallen is toegestaan, is het afluisteren van *privé*gesprekken, ook wanneer deze gevoerd worden op de werkplek, niet toegestaan. Indien dit arrest analoog wordt toegepast op het controleren van e-mail betekent dit dat zakelijke e-mail onder voorwaarden mag worden gecontroleerd, maar privé-e-mail in ieder geval niet. Dit wordt lastig indien de werknemer thuis werkt op een computer die zowel voor zakelijk als privégebruik beschikbaar is. In een handreiking van de Cbp wordt nog eens benadrukt dat de werkgever het privégebruik *niet* mag controleren.²⁶³ In de jurisprudentie zijn hier wel uitzonderingen op te vinden, zij het dat deze zeldzaam zijn.²⁶⁴ Bij gewoon privégebruik zal van dergelijke uitzonderingen niet snel sprake zijn.

De werkgever is echter ook niet vrij om het *zakelijk* e-mail- en internetgebruik te controleren. Basisvoorwaarde hierbij is dat het bij de werknemers bekend is dat er meegekeken wordt. Hierbij is het onvoldoende dat is vermeld dat er een *mogelijkheid* is tot meekijken. De werknemer moet een specifieke waarschuwing hebben gehad. Is dit niet het geval dan heeft de werknemer volgens het EHRM een *'reasonable expectation of privacy'*.²⁶⁵ De werkgever wordt dan ook geadviseerd om een gedragscode op te stellen, om zo aan de waarschuwingsplicht te voldoen. De werkgever heeft een groot belang bij het controleren van computergebruik, nu dit een duidelijk indicatie is van het functioneren van de werknemer. Hoewel er sprake is van een inbreuk op het privéleven van de werknemer, wordt hier in jurisprudentie geen

²⁶² EHRM 16 december 1992, NJ 1993, 400 (Niemitz-arrest). EHRM 25 juni 1997, NJ 1998, 506 (Halford-arrest). Zie ook: Asscher & Steenbrugge 2001.

²⁶³ Terstegge 2002, p.16/17.

²⁶⁴ In het arrest KLM/Reinders (Rb Haarlem (kanton) 16 juni 2000, JAR 2000, 170) werd verzocht om ontbinding van de arbeidsovereenkomst nu de werkgever erachter was gekomen dat de werknemer pornografische e-mail verzond vanuit zijn werkplek. De kantonrecht oordeelde hier dat de werkgever tot op zekere hoogte de privacy van de werknemer moet respecteren, maar dat de werkgever wel specifiek op dit soort gebruik (versturen van afbeeldingen van pornografische en gewelddadige aard) mag controleren. Er was dus een gerechtvaardigde inbreuk. Van eenzelfde aard was de zaak bij Rb Amsterdam (kanton) (26 april 2001, JAR 2001, 101), met het enige verschil dat de werkgever via via aanleiding had gevonden om de e-mail van de werknemer te controleren.

²⁶⁵ EHRM 25 juni 1997, NJ 1998, 506. Asscher & Steenbrugge 2001, p. 1788. Terstegge 2002, p. 20.

aandacht aan besteed. Het hebben van een gedragscode of het waarschuwen van werknemers lijkt voldoende om deze inbreuk te rechtvaardigen.²⁶⁶ Het gaat echter in deze jurisprudentie wel over buitensporig computergebruik. Het controleren van computergebruik door de werkgever is dus toegestaan, mits de werknemer hiervoor gewaarschuwd wordt en de werkgever zich beperkt tot zakelijk computergebruik, enkele uitzonderingen daargelaten.²⁶⁷ Met de huidige technieken is het mogelijk om een controlesysteem te installeren waarmee gezocht wordt op bepaalde woorden.²⁶⁸ Zo kan de werkgever dus het computergebruik controleren, zonder daarbij het risico te lopen per ongeluk ook het privégebruik te controleren.

Wanneer de werkgever e-mail gaat controleren is het van groot belang om na te gaan of de Wbp van toepassing is. Allereerst dient er sprake te zijn van ‘persoonsgegevens’ in de zin van de Wbp.²⁶⁹ Het Cbp geeft aan dat hier in de regel aan voldaan is bij controle van e-mail en internetgebruik.²⁷⁰ Bovendien moet sprake zijn van verwerking van persoonsgegevens.²⁷¹ In de regel zullen e-mailgegevens gedurende langere tijd bewaard blijven, waardoor sprake is van verwerking.²⁷² Dit is echter niet het geval indien deze gegevens niet worden vastgelegd en slechts bestaan voor de duur van de verbinding.²⁷³ Er vanuit gaande dat de werkgever de gegevens zal bewaren, bijvoorbeeld als bewijsmateriaal, wordt er hier vanuit gegaan dat de Wbp van toepassing zal zijn. Dan zal ook aan de eisen van de Wbp moeten worden voldaan. De verzameling van gegevens is slechts toegestaan indien hier een doel, als genoemd in art. 8 Wbp, aan ten grondslag ligt.²⁷⁴ Dit kan de toestemming van de werknemer zijn, maar ook de noodzakelijkheid voor de uitvoering van een overeenkomst.²⁷⁵ Wanneer de Wbp wordt vervangen door de Privacyverordening zal het hebben van toestemming van de werknemer niet meer voldoende zijn voor het rechtvaardigen van verwerking van persoonsgegevens.²⁷⁶ De verwerking kan ook noodzakelijk zijn in verband met het gerechtvaardigd belang van de werkgever, bijvoorbeeld voor controle op de naleving van gedragsregels.²⁷⁷

De verzamelde gegevens mogen slechts worden gebruikt voor de doeleinden waarvoor zij zijn verzameld.²⁷⁸ Art. 9 Wbp geeft tevens een mogelijkheid tot afwegen van belangen; bij de afweging van de ‘niet-onverenigbaarheid’ moet tevens gekeken worden naar de gevolgen voor de werknemer. Het is daarbij denkbaar dat wanneer de thuiswerker gebruik maakt van een eigen computer en de werkgever hierop controle wil uitvoeren, de gevolgen voor de werknemer dusdanig zijn dat dit niet rechtmatig is. Bijvoorbeeld wanneer ook andere huisgenoten van de werknemer gebruik maken van de computer. Het kwaliteitsbeginsel dat is neergelegd in art. 11 Wbp voorkomt dat de werkgever ongelimiteerd gegevens kan verzamelen; ‘het

²⁶⁶ Zie bijvoorbeeld: Rb Utrecht (kanton) 13 juli 2000, *JAR* 2000, 199. Rb Apeldoorn (kanton) 6 september 2000, *JAR* 2000, 212. Rb Utrecht 20 november 2000, *JAR* 2001, 7. Terstege 2002, p. 27 e.v..

²⁶⁷ Bijv.: het verzenden van pornografische plaatjes of het surfen op vergelijkbare sites.

²⁶⁸ Asscher & Steenbruggen 2001, p. 1792.

²⁶⁹ Art. 1 onder a Wbp: elk gegeven betreffende een geïdentificeerde of identificeerbare natuurlijke persoon.

²⁷⁰ Terstege 2002, p. 22 e.v.. Het IP-adres in combinatie met username en wachtwoord zijn herleidbaar tot de identiteit van een persoon. Ook de afzender, bestemming, onderwerp, tijd en datum kunnen leiden tot identificatie. Zie ook: Asscher & Steenbruggen 2001.

²⁷¹ Art. 1 onder b Wbp: elke handeling of elk geheel van handelingen met betrekking tot persoonsgegevens, waaronder in ieder geval het verzamelen, vastleggen, ordenen, bewaren, bijwerken, wijzigen, opvragen, raadplegen, gebruiken, verstrekken door middel van doorzending, verspreiding of enige andere vorm van terbeschikkingstelling, samenbrengen, met elkaar in verband brengen, alsmede het afschermen, uitwissen of vernietigen van gegevens.

²⁷² Asscher & Steenbruggen 2001, p. 1790.

²⁷³ Terstege 2002, p. 22 e.v..

²⁷⁴ Art. 7 Wbp.

²⁷⁵ Art. 8 onder b Wbp.

²⁷⁶ Preambule (34) Privacyverordening. Wolters Ruckert 2012, p. 22.

²⁷⁷ In dit kader vindt echter wel een belangenafweging plaats, waardoor het verstandiger is om de uitvoering van de arbeidsovereenkomst als doeleinde te stellen. De Vries & Rutgers 2001.

²⁷⁸ Art 9 Wbp. De werkgever mag bijvoorbeeld niet gegevens verzamelen in het kader van de personeelsadministratie en deze vervolgens gebruiken om reclame te verzenden. Zie ook: De Vries & Rutgers 2001.

minimum aan persoonsgegevens is tegelijk ook maximum aan persoonsgegevens'.²⁷⁹ De werkgever die slechts wil controleren of de werknemer zich voornamelijk zakelijk bezighoudt gedurende de werktijd, hoeft bijvoorbeeld niet alle mailtjes inhoudelijk te gaan lezen en analyseren. Er kan worden volstaan met de constatering dat de e-mails van zakelijke strekking zijn. Bovenstaande gegevensverwerking behoeft niet gemeld te worden aan de Cbp, nu deze wijze van verwerking onder het Vrijstellingsbesluit Wbp valt.²⁸⁰ De waarschuwingsplicht van de werkgever is overigens niet slechts gebaseerd op jurisprudentie. Ook op grond van de Wbp is de werkgever verplicht om aan zijn werknemers openbaar te maken dat gebruik wordt gemaakt van computercontrole.²⁸¹

Op zichzelf is het controleren van computergebruik niet aan hele sterke beperkingen onderworpen, zolang de werkgever de voorschriften uit de Wbp maar zorgvuldig naleeft en zich beperkt tot zakelijk computergebruik. Een onrechtmatige inbreuk op de persoonlijke levenssfeer wordt in dit kader niet snel aangenomen, zeker niet wanneer de werkgever een gedragscode hanteert die de goedkeuring heeft van de werknemer. De werknemers moeten in ieder geval op de hoogte zijn van de controle. Als de werkgever gevolgen verbindt aan buitensporig gebruik van de computer dient de werknemer hier ook van op de hoogte te zijn. Dat er minder commotie is omtrent het controleren van computergebruik dan het bezoeken van de thuiswerkplek is te verklaren vanuit de mate van acceptatie in de samenleving. Het controleren van e-mail gebeurt op ruimere schaal, terwijl minder vaak gebruik wordt gemaakt van het controleren van de thuiswerkplek.²⁸²

6.3. Zorgplicht versus privacy: gezichtspunten

Zoals hiervoor is aangegeven hangt er veel af van de omstandigheden van het geval; het blijft een afweging van belangen. Er zijn echter wel enkele gezichtspunten die in deze belangenafweging van belang zijn. Hierbij zal het opnemen van afspraken in de arbeidsovereenkomst in sommige gevallen verschil maken.

Allereerst speelt kenbaarheid een belangrijke rol. De werknemer mag een redelijke verwachting van privacy hebben op het moment dat er geen waarschuwing is gegeven dat gegevens worden gecontroleerd, afgeluisterd of dat de werkgever de thuiswerkplek mag controleren. Het vastleggen van afspraken, ondertekend door de werknemer, kan enige twijfel hierover wegnemen. Wanneer een werknemer een verklaring, overeenkomst of afspraak ondertekend mag verondersteld worden dat deze werknemer op de hoogte is van het beleid. De werkgever moet hier echter niet uit het oog verliezen dat het niet alleen gaat om het op de hoogte zijn van het beleid. De kenbaarheid moet ook zien op de bekendheid met de inhoud en de mogelijke gevolgen hiervan. Er moet door de werkgever een duidelijk beleid zijn opgesteld, waarin is opgenomen wat het beleid inhoudt en wat voor consequenties eraan kunnen worden verbonden op het moment dat de werknemer deze voorschriften niet naleeft. Zijn er geen afspraken vastgelegd, dan zal het voor de werkgever lastig zijn om te bewijzen dat de werknemer op de hoogte was van het handelen van de

²⁷⁹ De Vries & Rutgers 2001, p. 29/30.

²⁸⁰ Art. 32 lid 3 onder c Vrijstellingsbesluit Wbp.

²⁸¹ Art. 33 en 34 Wbp.

²⁸² Veel werkgevers zullen hiervan geen gebruik maken. Doen zij dit wel, dan zullen zij dit slechts doen wanneer de werknemer akkoord gaat, waardoor er geen problemen ontstaan.

werkgever.²⁸³ Nu het gaat om een inbreuk op een fundamenteel recht zal de werkgever moeten aantonen dat de werknemer wel op de hoogte was van de mogelijkheden van de werkgever om inbreukmakende handelingen te verrichten. Hierbij is het aannemelijk dat de bewijslast voor de werkgever zwaarder zal zijn naarmate de inbreuk op het privéleven van de werknemer groter is.²⁸⁴

In de belangenafweging van zorgplicht versus privacy is ook van belang in hoeverre verondersteld kan worden dat de werknemer heeft ingestemd met het beleid van de werkgever. Een door de werknemer ondertekende arbeidsovereenkomst, waarin is opgenomen dat de werkgever e-mail mag controleren of bijvoorbeeld de thuiswerkplek mag bezoeken zal in beginsel aangeduid kunnen worden als toestemming van de werknemer. Hierbij dient echter de afhankelijkheidsrelatie meegenomen te worden, welke toeneemt naarmate de werknemer langer in dienst is. Zowel op economisch als sociaal niveau is de werknemer afhankelijk van de werkgever. Dit zorgt ervoor dat goed moet worden nagegaan of de werknemer daadwerkelijk akkoord is gegaan met het beleid of dat dit voortvloeit uit de wil om in dienst te blijven. Hierbij kan gedacht worden aan de wilsgebreken uit art. 3:44 BW en art. 6:228 BW.²⁸⁵ Goed moet worden nagegaan of de werknemer om juiste redenen heeft getekend. In de relatie tussen werkgever en werknemer zal echter altijd een zekere afhankelijkheid zijn, waardoor een wilsgebrek niet te snel moet worden aangenomen. Van instemming kan overigens ook worden gesproken indien de werknemer in het verleden wel een huisbezoek heeft aanvaard. Hier dient de toekomstige Privacyverordening nog even genoemd te worden. Hierin is opgenomen dat het hebben van toestemming van een werknemer geen legitimering is voor de werkgever om persoonsgegevens te verwerken.²⁸⁶ Een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer, in de vorm van het verwerken van persoonsgegevens, kan dan niet meer gerechtvaardigd worden door de, al dan niet rechtmatig verkregen, toestemming van de werknemer. Dit neemt de discussie over wel of geen toestemming weg. Er dient dan een belangenafweging plaats te vinden aan de hand van het beleid, waarbij de eventuele toestemming buiten beschouwing blijft.

Vervolgens komen de elementen van art. 8 EVRM aan bod. In de eerste plaats de vraag in hoeverre de werkgever een legitiem doel nastreeft met de inbreukmakende handeling. In het Hyatt-arrest werd het behouden van de goede naam aangemerkt als een legitiem doel.²⁸⁷ Dit is geen doelcriteria dat genoemd wordt in de limitatieve opsomming van art. 8 lid 2 EVRM, wat nogmaals aanduidt dat het hier niet ging om directe toepassing van art. 8 EVRM in de horizontale relatie, maar slechts indirect. In een belangenafweging kan het belang van de werkgever dan ook anders zijn dan de in art. 8 EVRM opgenomen criteria. Hierbij zal het opnemen van afspraken in de arbeidsovereenkomst geen verschil maken. De werkgever kan ook een legitiem doel nastreven zonder schriftelijke afspraken. Het doel is immers niet afhankelijk van het al dan niet bestaan van een afspraak tussen werkgever en werknemer. Met dit criterium hangt sterk samen in hoeverre het beleid dit doel realiseert, of de verhouding met de inbreuk redelijk is en of dit ook het minst ingrijpende middel is. Het nastreven van een legitiem doel is op zichzelf onvoldoende om van een gerechtvaardigde inbreuk te spreken, wanneer het middel zijn doel voorbij schiet of andere, minder

²⁸³ Hiermee wordt bedoeld op de handelingen die een inbreuk maken op de persoonlijke levenssfeer van de werknemer. Denk hierbij aan het controleren van e-mail, het af luisteren van telefoongesprekken of het bezoeken van de woning.

²⁸⁴ Zie hiervoor Roozendaal 2008, p. 62.

²⁸⁵ Dwaling, bedrog, bedreiging en misbruik van omstandigheden.

²⁸⁶ Preambule (34) Privacyverordening. Wolters Ruckert 2012, p. 22.

²⁸⁷ Hoge Raad 14 september 2007, *JAR* 2007, 250.

ingrijpende maatregelen mogelijk zijn. Bij dit laatste kan de arbeidsovereenkomst wel een rol spelen. Een werknemer die akkoord ging met het zwaardere middel, zal waarschijnlijk ook akkoord gaan met het minder zware middel. Een voorbeeld; wanneer de werknemer akkoord gaat met de werkgever die de woning bezoekt, mag verondersteld worden dat deze werknemer ook zal meewerken met de 'arbochecklist'. Indien een lichter middel voor handen is dient een goed werkgever voor dit middel te kiezen; een inbreuk met het zwaardere middel zou dan niet gerechtvaardigd zijn. Gaat de werknemer akkoord met het zwaardere, niet legitieme middel, maar wil hij vervolgens niet meewerken met het lichtere middel, dan kan het zwaardere middel alsnog gerechtvaardigd zijn.²⁸⁸ Overigens wordt een middel als een huisbezoek ook minder ingrijpend door duidelijke afspraken te maken over hoe en wanneer de werkgever de woning van de werknemer mag bezoeken.

6.4. Conclusie

Hoewel het recht op privacy geen directe werking heeft in arbeidsverhoudingen heeft de werknemer voldoende mogelijkheden om dit recht in te roepen. Voor de werkgever blijven er nog wel enkele mogelijkheden over om aan zijn zorgplicht te voldoen. Of het betreden van de woning een rechtmatige inperking is van het privacyrecht van de werknemer hangt af van de omstandigheden van het geval. Van groot belang is dat afspraken hierover zijn neergelegd in de arbeidsovereenkomst. De werknemer die hiermee akkoord gaat, kan hier ook aan gehouden worden, ware het niet dat er altijd een belangenafweging plaatsvindt die van geval tot geval kan verschillen. Het instructierecht van de werkgever zal vaak niet opwegen tegen het belang van de werknemer, omdat de werknemer niet weet waar hij aan toe is. De werkgever doet er echter beter aan om op andere wijze inzicht te krijgen in de werkplek van de werknemer, via foto's of de arbochecklist. Dit is minder intensief en volstaat om te voldoen aan de zorgplicht. Er zitten immers ook grenzen aan het vermogen van de werkgever om een goede arbeidsomgeving te realiseren. Als de werknemer consequent weigert mee te werken, kan niet van de werkgever gevergd worden dat hij zich in allerlei bochten wringt.

Voor het controleren van computergebruik gelden scherpe voorwaarden, waar over het algemeen aan voldaan wordt door de werkgevers. De scheidingslijn tussen zakelijk en privé computergebruik wordt wel dunner, dus de werkgever moet alert zijn. Het controleren van privé-e-mail is een te vergaande inbreuk op de persoonlijke levenssfeer en dient het doel ook niet. Het gebruik maken van camera's of webcams gaat erg ver gelet op het doel wat de werkgever voor ogen heeft. Met thuiswerken moet de werkgever ook kunnen vertrouwen op de zelfstandigheid van de werknemer. Vergaande maatregelen om te controleren *of* de werknemer wel daadwerkelijk aan het werk is en zich houdt aan de voorschriften zouden niet nodig moeten zijn. Dan zou de werkgever zich kunnen afvragen of de werknemer geschikt is voor thuiswerken. De werkgever zal steeds moeten nagaan of de Wbp van toepassing is; een belangenafweging doet er niet meer toe op het moment dat de werkgever zich niet houdt aan de voorschriften in de Wbp.

²⁸⁸ Een voorbeeld: wanneer er akkoord is gegaan met huisbezoeken, maar dit niet gerechtvaardigd is, omdat de arbochecklist een minder ingrijpend middel is, kan het huisbezoek alsnog gerechtvaardigd worden door het weigeren van de werknemer om de checklist in te vullen. In dat geval is het huisbezoek immers het enige middel dat nog over is, waardoor de reden voor het niet rechtmatig zijn van de inbreuk (dat er een minder ingrijpend middel beschikbaar was) wegvalt.

Hoofdstuk 7: Conclusie en aanbevelingen

7.1. Inleiding

In het voorgaande stond het initiatiefwetsvoorstel voor flexibel werken centraal. In het kader daarvan is de zorgplicht van de werkgever, neergelegd in arboregelgeving, arbeidstijdenregelgeving en het Burgerlijk Wetboek, besproken, als ook het recht op privacy van de werknemer en de waarde hiervan in arbeidsverhoudingen. De volgende onderzoeksvraag stond hierbij centraal: *'Hoe verhoudt de controlebevoegdheid of –verplichting van de werkgever ter uitvoering van zijn zorgplicht, neergelegd in arbeidsomstandighedenregelgeving, arbeidstijdenregelgeving en het burgerlijk wetboek, zich tot de privacy van de werknemer wanneer de werknemer, in het kader van Het Nieuwe Werken, zijn werkzaamheden vanuit huis verricht?'* Na het bespreken van zowel de zorgplicht van de werkgever, als het privacyrecht van de werknemer kan antwoord worden gegeven op die vraag.

7.2. Conclusie

In het initiatiefwetsvoorstel van Van Gent en Van Hijum wordt de mogelijkheid gegeven aan werknemers om een verzoek in te dienen bij hun werkgever tot het wijzigen van de arbeidsuren, -tijden en/of –plaats. Reden was de cultuuromslag die noodzakelijk is in de Nederlandse samenleving. Deze bestond hieruit, dat werknemers steeds vaker meer uren willen werken, maar tegelijkertijd meer verantwoordelijkheden krijgen op privégebied. Door vaker tijd- en plaatsafhankelijk te kunnen werken zouden werknemers de rust en ruimte krijgen om een balans te creëren tussen werk en privé. Hierbij verliezen de initiatiefnemers echter uit het oog dat deze mogelijkheden nu ook al bestaan. Thuiswerken is al geïntroduceerd in de samenleving en wordt door sommige bedrijven al toegepast. De Waa maakt het al mogelijk om flexibelere arbeidstijden te hanteren en art. 7:611 BW maakt ook het thuiswerken mogelijk. Op grond hiervan dienen werkgever en werknemer immers naar redelijkheid en billijkheid met elkaar om te gaan. Doet de werknemer een redelijk voorstel tot thuiswerken, dat goed onderbouwd is, dan dient de werkgever dit serieus te overwegen. Dit is in feite niet anders dan het wetsvoorstel beoogt. Het enige verschil dat het wetsvoorstel maakt is dat er een concrete bepaling komt die het mogelijk maakt om dit verzoek in te dienen. Het wetsvoorstel voegt dan ook niet veel toe. Bedrijven die er gebruik van willen maken doen dit al²⁸⁹ en het is niet aannemelijk dat het wetsvoorstel voor een explosieve stijging zal zorgen. Weinig werkzaamheden lenen zich voor HNW, het zal dan vooral om kantoorbanen gaan, maar ook die zijn bij lange na niet allemaal geschikt.²⁹⁰ Bovendien is voor veel werknemers het contact met collega's, zowel vanuit zakelijk als sociaal oogpunt, belangrijk. Werkgevers zullen er ook niet echt om staan te springen, omdat er bij het invoeren van thuiswerken toch wel wat komt kijken.

²⁸⁹ Voorbeelden zijn SNS Reaal en Interpolis.

²⁹⁰ Denk hierbij aan een secretaresse of een manager die vanuit huis werkt. Of de advocaat die vanuit huis werkt, maar zijn dossiers op het werk heeft liggen.

Door de initiatiefnemers wordt geen aandacht besteed aan wat het thuiswerken betekent voor de zorgplicht van de werkgever, behalve dat wordt vastgesteld dat de arboregelgeving nog steeds van toepassing is. Er ontstaat echter een spanningsveld tussen het belang van de werkgever om aan zijn zorgplicht te voldoen en het recht van thuiswerkers op privacy binnen hun eigen woning. De initiatiefnemers stellen in de verhouding van HNW en de arboregelgeving slechts dat er *'een nieuw evenwicht moet worden gevonden tussen het uitoefenen van de zorgplicht en het stimuleren van de eigen verantwoordelijkheid van werknemers'*.²⁹¹ Hier gaan initiatiefnemers Van Gent en Van Hijum wel erg kort door de bocht. Basis van het thuiswerken moet inderdaad een zekere mate van vertrouwen zijn aan de kant van de werkgever en verantwoordelijkheidsgevoel aan de kant van de werknemer. HNW doet echter geen afbreuk aan de in de wet neergelegde verantwoordelijkheid van de werkgever. De werkgever is en blijft eindverantwoordelijk voor de arbeidsomstandigheden, waaronder ook de arbeids- en rusttijden, *ook* op de thuiswerkplek. De werkgever zal alles moeten doen wat van een goed werkgever verwacht kan worden om ervoor te zorgen dat de thuiswerkplek voldoet aan de arbovoorschriften, dat de werknemer zich houdt aan de voorschriften en dat de arbeids- en rusttijden in acht worden genomen. Hij mag er niet op vertrouwen dat de werknemer op al deze fronten de verantwoordelijkheid neemt. Een tekortkoming aan de zijde van de werkgever wordt nog steeds aan de werkgever toegerekend. Dit houdt in dat de werkgever verantwoordelijk is voor de inrichting van de arbeidsplaats, waarbij gedacht kan worden aan het zorgen voor voldoende licht en een juiste plaatsing van het bureau, de bureaustoel en het beeldscherm. De werkgever dient de risico's op de thuiswerkplek vast te stellen en moet de werknemer op doeltreffende wijze voorlichten over deze risico's en de te nemen maatregelen. Bovendien moet hij erop toezien dat de werknemer deze instructies ook daadwerkelijk volgt. Daarnaast is de werkgever verantwoordelijk voor de arbeids- en rusttijden. Hij moet erop toezien dat werknemer niet teveel uren maken, op tijd pauze nemen gedurende de werkdag en voldoende rust nemen tussen de werkdagen door. Dat de werknemer thuis gaat werken doet hier geen afbreuk aan. Hierbij wordt de werkgever echter wel meer dan anders geconfronteerd met het recht op privacy van de werknemer.

Opmerkelijk aan het arbeidsrecht is dat grondrechten hierin niet gewaarborgd zijn. Des te meer nu deze grondrechten geen directe werking hebben in de relatie tussen werkgever en werknemer. Grondrechten zijn slechts bedoeld om de relatie tussen overheid en burger te reguleren. Zo wordt voorkomen dat de 'machtige' overheid over de 'zwakkere' burger heen wandelt, zonder daarbij aandacht te hebben voor fundamentele rechten van deze burger. De relatie tussen werkgever en werknemer is echter zeer vergelijkbaar. De werknemer is in grote mate afhankelijk van de werkgever, op economisch maar ook op sociaal niveau. Het is dan ook vreemd dat de privacy van de werknemer nergens in het civiele recht wordt beschermd. Rechters hebben hier echter een mouw aan gepast; zij kunnen de grondrechten niet rechtstreeks toepassen in een horizontale verhouding, maar kunnen het belang dat met het grondrecht wordt gediend wel vertalen naar een belang van de werknemer. Dit belang kan dan worden meegewogen in het oordeel van de redelijkheid en billijkheid, dat binnen arbeidsverhoudingen geregeld is in art. 7:611 BW. Dit zorgt ervoor dat werknemers weliswaar geen grondrechtelijke bescherming van hun privéleven genieten, maar dit

²⁹¹ *Kamerstukken II 2011/2012, 32 889, nr. 5, p. 9.*

grondrecht in ieder geval wel kunnen invoeren tegen de werkgever. Dit brengt echter ook mee dat de werkgever hier rekening mee zal moeten houden bij het geven van uitvoering aan zijn verplichtingen. De werkgever heeft ook binnen de onderneming rekening te houden met de privacy van de werknemer, maar dit speelt een grotere rol bij het thuiswerken. Binnen de onderneming heeft de werkgever de vrijheid om rond te lopen. Hij ziet waar werknemers mee bezig zijn, hoe zij op hun werkplek zitten en hij is er bovendien zeker van dat de werkplekken voldoen aan de arbovoorschriften. Deze vrijheid heeft de werkgever niet wanneer de werknemer thuis werkt. Een werknemer heeft hier een verdergaand recht op privacy dan binnen de onderneming. De werkgever zal niet op ieder willekeurig moment bij de werknemer langs kunnen gaan. Het krijgen van toegang tot de woning kan slechts onder bepaalde omstandigheden gerechtvaardigd zijn. Wanneer de werknemer toestemming geeft doet zich geen probleem voor en kan de werkgever de woning betreden. Een werknemer zal echter niet snel akkoord gaan met het verlenen van toegang wanneer het de werkgever uitkomt en dit hoeft ook niet. Dit zou een zodanige inbreuk zijn op het privéleven van de werknemer dat hij dit niet hoeft te accepteren. Om die reden is het dan ook belangrijk dat er schriftelijke afspraken worden gemaakt, waarin wordt vastgelegd wanneer de werkgever bij de werknemer langs mag gaan en onder welke omstandigheden. Op die manier zijn er handvatten over wanneer een inbreuk gerechtvaardigd is en weet de werknemer waar hij aan toe is. De werknemer die hiermee akkoord gaat kan nog steeds een beroep doen op zijn belang op eerbiediging van de privacy, maar dit zal niet per definitie slagen. Er vindt een belangenafweging plaats, waarbij het niet ongebruikelijk is gebleken dat de werkgever hier gelijk kreeg. Van een goed werknemer kan verwacht worden dat inzicht wordt gegeven in de thuiswerkplek en bovendien dient hij gewekt vertrouwen waar te maken. Wanneer de werkgever zich toegang wil verschaffen op grond van het instructierecht van art. 7:660 BW is het minder vanzelfsprekend dat de werkgever in het voordeel is bij de belangenafweging. De werknemer is niet akkoord gegaan, waardoor minder verwacht kan worden van de werknemer. Daar komt bij dat er ook alternatieve methodes zijn die een minder grote inbreuk vormen op het privéleven van de werknemer. De werkgever kan aan de hand van foto's of een arbochecklist beoordelen of de thuiswerkplek voldoet aan de vereisten. Hier moet een goed werkgever dan ook de voorkeur aan geven.

Het gebruik van camera's op de werkplek zou een goede manier zijn om de gedragingen van de werknemer in de gaten te houden. Dit is echter niet toegestaan in niet-openbare plekken, zoals de woning van de werknemer. Ook het gebruik van een webcam maakt een zeer vergaande indruk op de persoonlijke levenssfeer van de werknemer. Ook hier geldt dat wanneer de werknemer ermee akkoord gaat, dit geen problemen oplevert. Het instructierecht van de werkgever is echter onvoldoende om een dergelijke inbreuk te rechtvaardigen. Dit geldt des te meer nu de werknemer vaak niet de enige zal zijn die zich in de woning bevindt. Een controlesysteem dat vaak wel is toegestaan is het controleren van e-mail en internetgebruik. Dit levert over het algemeen weinig problemen op mits het beperkt blijft tot het zakelijk computergebruik en de werknemers van tevoren expliciet gewaarschuwd zijn. Het bekend zijn met de controle is de basisvoorwaarde voor het rechtmatig controleren van e-mail. Het controleren van privé-e-mail maakt een te vergaande inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van de werknemer, die bovendien niet enig legitiem doel dient dat de werkgever voor ogen kan hebben. Aan de hand van het zakelijk gebruik van de computer kan de

werkgever constateren of de werknemer aan het werk is en of er bijvoorbeeld voldoende pauze wordt genomen.

De bevoegdheden van de werkgever ten aanzien van de thuiswerker worden enigszins beperkt door het recht op privacy van de werknemer, in vergelijking met een werknemer die binnen de onderneming werkt. Dit leidt echter niet tot onmogelijkheden om te voldoen aan de zorgplicht. Belangrijk hierbij is niet zozeer het daadwerkelijk in de gaten kunnen houden van de werknemer, dit is immers ook binnen een onderneming niet altijd mogelijk. Het zorgen voor duidelijke, doeltreffende voorlichting is veel belangrijker. Werknemers moeten gestimuleerd worden om zelf verantwoordelijkheid te nemen. Dat begint bij goede voorlichting van de werkgever over de wettelijke verplichtingen, de risico's en de te nemen maatregelen. Wanneer de werkgever duidelijke voorschriften geeft en bovendien alles doet wat in zijn vermogen ligt om een veilige en gezonde werkomgeving te creëren voor de thuiswerker, valt hem in ieder geval niets te verwijten indien de werknemer de voorschriften niet volgt. Een goede werkgever zou echter ook moeten weten wanneer het beter is om een verzoek tot thuiswerken af te wijzen, bijvoorbeeld omdat de discipline ontbreekt. In feite zou dit ook tot de zorgplicht van de werkgever moeten behoren; niet zozeer alles doen wat in zijn vermogen ligt om te *proberen* de veiligheid en gezondheid van de werknemer te garanderen, maar een goede inschatting maken van wat wel en vooral wat niet mogelijk is in de gegeven omstandigheden.

7.3. Aanbevelingen

De initiatiefnemers schieten enorm tekort in de bijkomende effecten van het flexibel werken. Tot op heden heeft de verhouding tussen het privacyrecht van de werknemer en de verantwoordelijkheden van de werkgever bij het thuiswerken niet tot grote problemen geleid. Er zijn echter wel enkele aanbevelingen op het gebied van HNW en dan met name het thuiswerken, die door de initiatiefnemers geheel niet besproken worden.

7.3.1. Schriftelijke afspraken

Het belang van duidelijke, schriftelijke afspraken met de werknemer is al verschillende keren benadrukt in het kader van de belangenafweging met het privacyrecht van de werknemer. De werkgever doet er verstandig aan om afspraken te maken met de werknemer over wat er van de werknemer verwacht wordt op het moment dat hij thuis werkt. Hierbij valt te denken aan de wijze waarop het arbeidsomstandighedenbeleid zal worden toegepast, de arbeids- en rusttijden die door de werknemer in acht moeten worden genomen. Maar ook wat de bevoegdheden zijn van de werkgever in dit geval. Mag de werkgever de woning van de werknemer betreden, wordt er gebruik gemaakt van e-mailcontrole? Daarbij is het belangrijk dat er gevolgen worden verbonden aan het niet voldoen aan deze afspraken en ervoor te zorgen dat de werknemer zich tevens bewust is van de inhoud hiervan. Werknemers zullen veelal reeds in dienst zijn op het moment dat een verzoek tot thuiswerken wordt gedaan. De werkgever maakt het zichzelf een stuk makkelijker wanneer hij een goede thuiswerkovereenkomst heeft opgesteld, waarin deze elementen standaard verwerkt zijn. Op

die manier hanteert hij hetzelfde beleid voor iedere thuiswerker, eventueel met wat individuele aanpassingen, zodat de gelijkheid binnen de onderneming ook bewaard blijft.

Het waarborgen van de gelijkheid binnen de onderneming is ook van belang bij het in behandeling nemen van de verzoeken van werknemers. Om te voorkomen dat de besluitvorming van de werkgever ten aanzien van de verzoeken van werknemers de schijn krijgt van willekeur, dient hij een beleid op te stellen over de criteria waaraan voldaan moet worden om het verzoek in te kunnen willigen. Hierbij valt te denken aan eigenschappen die de werknemer moet hebben, maar ook voorzieningen in de woning van de werknemer en elementen in de omgeving van de werknemer. Wanneer er bijvoorbeeld overdag kinderen thuis zijn kan dit reden zijn om een verzoek af te wijzen.

7.3.2. Voorlichting

Voorlichting is een belangrijk element van het arbeidsomstandigheden- en aansprakelijkheidsrecht. De werkgever moet de werknemer om te beginnen voorlichten over de risico's en te nemen maatregelen. Werknemers die thuis gaan werken zien zich wellicht ook geconfronteerd met andere problemen. Zo is de scheidingslijn tussen werk en privé niet alleen dun voor de werkgever, maar ook voor de werknemer. Het kan voor werknemers lastig zijn om in te zien wanneer zij het werk neer moeten leggen en het ook *echt* weg moeten leggen als de dag voorbij is. Wellicht dat werknemer geneigd zijn om 's avonds 'nog even snel' iets af te maken. Ook kan er de drang zijn om zich te bewijzen tegenover de werkgever of andere werknemers door extra hard te werken. Dit betekent echter meer arbeidstijd en vooral minder rusttijd. De werkgever moet dit voorkomen door de werknemers voor te lichten over het belang van rust en door duidelijk te maken dat ze niet harder hoeven te werken, omdat ze thuiswerken. De werkgever dient hiervoor de tijd te nemen en doet er verstandig aan om dit te doen alvorens hij de werknemer laat thuis werken, omdat hij dan kan peilen in hoeverre de werknemer geschikt is en de werknemer bovendien met juiste voorlichting een start maakt aan thuiswerken.

Er moet geen onduidelijkheid bestaan bij de werknemer over wat wel en niet verantwoord is. Binnen de onderneming aan de werknemers op een gegeven moment naar huis. De gemiddelde werknemer zal dan niet veel langer blijven zitten. Hiervan is thuis echter geen sprake. Er is niemand die vraagt of er niet eens pauze moet worden gehouden of dat de dag is afgelopen. De werkgever dient de werknemer over deze veranderingen voor te lichten. Daarin moet tevens verwerkt worden hoe de werknemer hiermee om moet gaan. Het is belangrijk dat de tijd wordt genomen om de werknemer goed voor te lichten, alvorens het thuiswerken wordt toegestaan. Op die manier wordt voorkomen dat later problemen ontstaan. Het regelmatig voeren van een gesprek met de werknemer over hoe het thuiswerken verloopt.

7.3.3. Sociale verhoudingen

Een groot nadeel van het nieuwe werken is het gebrek aan contact met collega's. In sommige bedrijven zal dit nodig zijn vanuit het oogpunt van samenwerking, maar bovendien is dit ook goed voor de sfeer binnen

kantoor. Werknemers die thuiswerken lopen het risico om buitengesloten te worden. De werkgever moet dit proberen te voorkomen. Deze verantwoordelijkheid moet hij niet neerleggen bij de werknemers. Hij moet zelf stappen ondernemen om ervoor te zorgen dat collega's regelmatig contact met elkaar hebben, niet alleen zakelijk, maar ook sociaal. Dit kan gerealiseerd worden door borrels te organiseren of bijvoorbeeld één dag in de week geen enkele werknemer thuis laten werken, waardoor alle werknemers op kantoor zijn.

7.3.4. Resultaatgericht werken

Een term die vaak in één adem genoemd wordt met het thuiswerken is het 'resultaatgericht' werken. Wanneer de werknemer thuis werkt, controleert de werkgever niet langer op presentie, maar moet hij een andere manier vinden om te controleren of de werknemer zijn werkzaamheden verricht. Dit kan hij doen door ervoor te zorgen dat de werknemer bereikbaar is via Skype en gesprekken te voeren met de webcam of door e-mail te controleren. Eenvoudiger echter is het toepassen van resultaatgericht werken. De werkzaamheden moeten zich wel lenen voor een meer opdracht gericht werken. Het gaat erom dat meetbaar is hoeveel tijd ergens aan besteed wordt. Een beroep dat daar niet geschikt voor is, is de advocatuur. Zelfs als de advocatuur 'an sich' zich al leent voor het thuiswerken, kan je het werk van een advocaat niet goed 'timen', omdat er teveel tussendoor kan komen. Bedoeling van het resultaatgericht werken is dat de werkgever een inschatting maakt over de te besteden tijd aan een bepaalde opdracht. Deze inschatting wordt vergeleken met de tijd die de werknemer eraan besteed, waarna conclusies kunnen worden getrokken. Doet de werknemer er langer over, dan dient er overleg plaats te vinden wat hiervan de reden is. Raakt de werknemer snel afgeleid of kan hij zich wellicht niet zetten tot werken? Is hij veel sneller klaar, dan kan gevraagd worden of de werknemer teveel uren maakt, dan wel te weinig pauze maakt? Voorkomen moet worden dat de werknemer hierdoor wordt belemmerd, in die zin dat hij zich drukker gaat maken om precies op tijd klaar te zijn, dan dat hij zijn werk doet. De werknemer moet niet doorslaan door teveel uren te maken of juist te weinig.

7.3.5. Situatie inschatten

Het is van groot belang dat werkgevers zich realiseren dat niet elke organisatie zich leent voor thuiswerken. Ook het niet alle werkzaamheden en elke werknemer is geschikt voor HNW.

Een organisatie die het thuiswerken wil invoeren moet op technologisch gebied helemaal 'up-to-date' zijn. Wanneer werknemers op flexibele werkplaatsen, flexibele werktijden of vanuit huis gaan werken moeten zij bij alle benodigde informatie kunnen, dossiers bijvoorbeeld, en collega's moeten eenvoudig met elkaar kunnen communiceren. Het soort werkzaamheden bepaalt ook de kans van slagen van HNW binnen een organisatie. Het moge duidelijk zijn dat een bouwvakker of een vuilnisman niet thuis kan gaan werken. Maar ook niet alle kantoorbanen lenen zich voor het thuiswerken. Een receptioniste kan, als het gezicht van een bedrijf, niet thuis gaan zitten; wie moet dan de gasten ontvangen? Een politieagent kan niet vanuit huis aangiftes afnemen. De werkgever zal goed moeten overwegen wat de gevolgen zijn van het thuis gaan

werken, heeft de werknemer bijvoorbeeld veel toegang nodig tot dossiers of is de samenwerking met collega's heel belangrijk. In die gevallen moet de werkgever inschatten of dit ook nog mogelijk is indien de werknemer thuis gaat werken.

Wanneer duidelijk is dat de organisatie en de werkzaamheden zich lenen voor thuiswerken, moet nog geoordeeld worden in hoeverre de individuele werknemer geschikt is. Er zijn werknemers die veel structuur of 'peer pressure' nodig hebben om goed werk af te leveren. Anderen zijn snel afgeleid. Werknemers die thuis gaan werken, moeten een mate van zelfstandigheid hebben en moeten gestructureerd kunnen werken zonder dat hiervoor anderen nodig zijn. Werknemers die snel afgeleid zijn binnen de onderneming zullen hier binnen de eigen woning nog meer last van hebben, hier zijn wellicht ook medebewoners aanwezig en liggen allerlei andere spullen voor het grijpen. Alvorens de werkgever akkoord gaat met het thuiswerken zal hij dus moeten inschatten of de situatie zich hiervoor voor leent. Dit kan hij doen door een gesprek aan te gaan met de werknemer en hier de juiste vragen te stellen.

Het kwam in de conclusie al aan de orde, maar ook voor de zorgplicht van de werkgever is het belangrijk dat een goede inschatting wordt gemaakt van de gehele situatie. Het scheelt de werkgever een hoop omslachtige maatregelen wanneer hij erop kan vertrouwen dat de werknemer geschikt is voor het thuiswerken.

Literatuurlijst

Literatuur

Asscher 2002

L.F. Asscher, *Communicatiegrondrechten: een onderzoek naar de constitutionele bescherming van het recht op vrijheid van meningsuiting en het communicatiegeheim in de informatiesamenleving*, Amsterdam: Cramwinckel 2002.

Asser 2005

C. Asser, *Mr. C. Asser's handleiding tot beoefening van het Nederlands burgerlijk recht 4-II. Verbintenissenrecht: Algemene leer der overeenkomsten*, Deventer: Tjeenk Willink 2005.

Asser 2009

C. Asser, *Mr. C. Asser's handleiding tot beoefening van het Nederlands burgerlijk recht 6-II. Verbintenissenrecht: De verbintenis in het algemeen. Deel II*, Deventer: Kluwer 2009.

Beleidsverkenning Modernisering arbeidstijden 2008

Beleidsverkenning modernisering regelingen voor verlof en arbeidstijden, 19 november 2008, Den Haag: SZW 2008.

Berkvens & Prins 2007

J.M.A. Berkvens & J.E.J. Prins, *Recht en praktijk. Privacyregulering in de praktijk*, Deventer: Kluwer 2007.

Boere, Van Drongelen & Hofsteenge 2006

A.H.M. Boere, J. van Drongelen & J.A. Hofsteenge, *Handboek Arbowet Editie 2006/2007*, Den Haag: SDU Uitgeverij 2006.

Bouwens & Duk (red.) 2011

W.H.A.C.M. Bouwens & R.A.A. Duk (red.), *Arbeidsovereenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2011.

Van den Brink 2004

A. van den Brink, *Europese monografieën. Regelgeving in Nederland ter implementatie van EU-recht*, Deventer: Kluwer 2004.

Brouwer 2002

J.G. Brouwer, *Compendium Wet bescherming persoonsgegevens*, Den Haag: Koninklijke Vermande 2002.

Bungener 2008

A.F. Bungener, *Monografieën sociaal recht. Het wijzigen van de arbeidsovereenkomst in vermogensrechtelijke perspectief*, Deventer: Kluwer 2008.

Burkens 2006

Burkens 2006, *Beginnelsen van de democratische rechtsstaat*, Deventer: Kluwer 2006.

Cleiren & Nijboer 2010

C.P.M. Cleiren & J.F. Nijboer, *Tekst & commentaar: Strafrecht*, Deventer: Kluwer 2010.

Corstens 2011

G.J.M. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2011.

Cremers-Hartman 2007

E. Cremers-Hartman, *OR en instemmingsrecht in 100 vragen*, Deventer: Kluwer 2007.

Cremers-Hartman e.a. (Flexibele arbeidsrelaties)

E. Cremers-Hartman e.a., *Praktijkboek Flexibele arbeidsrelaties*, Deventer: Kluwer (losbl.)

Diebels 2006

M. Diebels, *Actueel recht voor P&O. Goed werkgeverschap*, Deventer: Kluwer 2006.

Driessen e.a. (red.) 2010

Driessen e.a. (red.), *Het arbeidsrecht in 50 uitspraken*, Deventer: Kluwer 2010.

Van Drongelen 2008

H. van Drongelen, *De Wet op de ondernemingsraden. Handleiding voor de praktijk*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2008.

Van Drongelen e.a. 2010

J. van Drongelen e.a., *Arbeidsomstandighedenrecht deel 1: Een introductie*, Zutphen: Paris 2010.

Van Drongelen e.a. 2011

J. van Drongelen e.a., *Individueel arbeidsrecht deel 2: Bijzondere bedingen, aansprakelijkheid, gelijke behandeling, overgang van onderneming*, Zutphen: Paris 2011.

Van Drongelen (red.) e.a. 2011

J. van Drongelen (red.) e.a., *Arbeidsomstandighedenrecht deel 2: Arbeidstijden gebundeld*, Zutphen: Paris 2011.

Van Drongelen & Fase 2011

J. van Drongelen & W.J.P.M. Fase, *Individueel arbeidsrecht deel 1: De overeenkomsten tot het verrichten van arbeid. Vakantie en verlof*, Zutphen: Paris 2011.

Van Drongelen & Hofsteenge 2007

J. van Drongelen & J.A. Hofsteenge, *Actualiteiten Sociaal recht. De wijziging van de Arbowet*, Deventer: Kluwer 2007.

Van Drongelen & Hofsteenge 2010

J. van Drongelen & J.A. Hofsteenge, *Arbowetgeving Compact. De belangrijkste verplichtingen toegelicht voor werkgever en werknemer. Editie 2010-2011*, Den Haag: SDU Uitgeverij 2010.

Elzinga, De Lange & Hoogers (red.) 2006

D.J. Elzinga, R. de Lange & H.G. Hoogers, *Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, Deventer: Kluwer 2006.

Flinters & Van Genugten 2003

C. Flinters & W. van Genugten, *Niet-statelijke actoren en de rechten van de mens; gevestigde waarden, nieuwe wegen*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2003.

Ter Haar, Seuters & Meijer 2009

R. ter Haar, A. Seuters & G.H. Meijer, *Leerstukken strafrecht*, Deventer: Kluwer 2009.

Van Hamme 2009

L. van Hamme, *Europese reglementering over veiligheid en gezondheid*, Mechelen: Wolters Kluwer Belgium NV 2009.

Heerma van Voss 2011

G.J.J. Heerma van Voss, *Inleiding Nederlands Sociaal recht*, 's-Gravenhage: BJu 2011.

Heerma van Voss & Pennings (red.) 2008

G.J.J. Heerma van Voss & F.J.L. Pennings (red.), *Tekst & Commentaar: Socialezekerheidsrecht*, Deventer: Kluwer 2008.

Van der Heijden, Van Slooten & Verhulp (red.) 2008

P.F. van der Heijden, J.M. Van Slooten & E. Verhulp (red.), *Tekst & Commentaar: Arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2008.

Hijma e.a. 2010

J. Hijma e.a., *Studiereeks burgerlijk recht. Rechtshandeling en overeenkomst*, Deventer: Kluwer 2010.

Hollants 2012

M. Hollants, *Het Nieuwe Werken: handleiding voor de praktijk*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2012.

Jellinghaus 2003

S.F.H. Jellinghaus, *Monografieën sociaal recht. Harmonisatie van arbeidsvoorwaarden, in het bijzonder na een fusie of overname*, Deventer: Kluwer 2003.

Jellinghaus & Latten 2009

S. Jellinghaus & R. Latten, *OR en privacy*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2009.

Van het Kaar (GS Rechtspersonen) art. 27 WOR

R.H. van het Kaar, *GS Rechtspersonen bij artikel 27 WOR*, Deventer: Kluwer (losbl.).

Van het Kaar (GS Rechtspersonen) art. 28 WOR

R.H. van het Kaar, *GS Rechtspersonen bij artikel 28 WOR*, Deventer: Kluwer (losbl.).

Knegt e.a. 2011

Knegt e.a., *'Het Nieuwe Werken' en de arbeidsrechtelijke regelgeving*, Amsterdam: Hugo Sinzheimer Instituut 2011.

Knol & Zwenne 2009

P.C. Knol & G.J. Zwenne (red.), *Tekst & Commentaar: Telecommunicatierecht*, Deventer: Kluwer 2009.

Koekkoek 2000

A.K. Koekkoek, *De Grondwet: een systematisch en artikelsgewijs commentaar*, Deventer: Tjeek Willink 2000.

Koevoets 2006

M.M. Koevoets, *Wangedrag van werknemers: de bevoegdheid van werkgevers tot opsporing en sanctionering*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2006.

Koot-van der Putte 2007

E. Koot-van der Putte, *Monografieën sociaal recht. Collectieve arbeidsvoorwaarden en individuele contractsvrijheid*, Deventer: Kluwer 2007.

Kortmann 2008

C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, Deventer: Kluwer 2008.

Van Kummeling & Bijsterveldt 1997

S.C. van Kummeling & H.R.B.M. Bijsterveldt, *Grondrechten en zelfregulering*, Zwolle: Tjeenk Willink 1997.

De Laat 1997

J.J.M. de Laat, *De (eenzijdige) wijziging van de arbeidsovereenkomst*, Deventer: Kluwer 1997.

Lenaerts & Nuffel 2003

K. Lenaerts & P. Nuffel, *Europees recht in hoofdlijnen*, Apeldoorn: Maklu Uitgeverij 2003.

Michiels (red.) 2004

F.C.M.A. Michiels (red.), *Instituut voor staats- en bestuursrecht UU. Staats- en bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2004.

MuConsult Evaluatie Waa 2003

Onderzoek ten behoeve van evaluatie Waa en Woa, Eindrapport 13 november 2003, Amersfoort: MuConsult B.V. 2003.

Nieuwenhuis, Stolker & Valk (red.) 2007

J.H. Nieuwenhuis, C.J.J.M. Stolker & W.L. Valk, *Tekst & Commentaar: Burgerlijk Wetboek, Boek 1, 2, 3 en 4*, Deventer; Kluwer 2007.

Noyon, Langemeijer & Rammelink (Wetboek van Strafrecht) art. 138 Sr

T.J. Noyon, G.E. Langemeijer & J. Rammelink, *Wetboek van Strafrecht bij art. 138 Sr*, Deventer: Kluwer (losbl.).

Pelkmans, Sie Dhian Ho & Limonard 2003

J. Pelkmans, M. Sie Dhian Ho & B. Limonard, *WRR Verkenningen. Nederland en de Europese Grondwet*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2003.

Pennings 2007

F.J.L. Pennings, *Monografieën Sociaal recht. Nederlands arbeidsrecht in een internationale context*, Deventer: Kluwer 2007.

Plessen, Massuger & Jacobs 2009

W.G.M. Plessen, P.M.M. Massuger & A.T.J.M. Jacobs, *Monografieën BW. De arbeidsovereenkomst (exclusief het ontslagrecht)*, Deventer: Kluwer 2009.

Popma (red.) e.a. 2008

J.R. Popma (red.) e.a., *Het recht op veilige, gezonde en waardige arbeid. Arbeidsbescherming tussen publiek recht en privaatrecht*, Nieuwerkerk aan den IJssel: Gelling publishin 2008.

Roerdink, Van der Jagt & Thole 2010

H. Roerdink, F. van der Jagt & E. Thole, *50 vragen over privacy*, Deventer: Kluwer 2010.

SER-advies Personeelsvolgsystemen 1993

Advies inzake personeelsvolgsystemen (advies van 8 februari 1993), Den Haag: SER 1993.

SER-advies Slimmer organiseren 2011

Tijden van de samenleving. Slimmer organiseren van tijd en plaats van arbeid en dienstverlening (advies van 15 april 2011, SER 11/06), Den Haag: SER 2011.

Stolwijk 2009

S.A.M. Stolwijk, *Een inleiding in het strafrecht in 13 hoofdstukken*, Deventer: Kluwer 2009.

Verhey 1992

L.F.M. Verhey, *Horizontale werking van grondrechten, in het bijzonder het recht op privacy*, Zwolle: Tjeenk Willink 1992.

Verhey, Bax & Akkermans 2005

L.F.M. Verhey, C.J. Bax & P.W.C. Akkermans, *Grondrechten: grondrechten en grondrechtsbescherming in Nederland*, Deventer: Kluwer 2005.

Terstegge 2002

J.H.J. Terstegge, *Goed werken in netwerken. Regels voor controle op e-mail en internetgebruik van werknemers*, Den Haag: Cbp 2002.

De Vries & Rutgers

H.H. de Vries & D.J. Rutgers, *Actualiteiten sociaal recht. Wet bescherming persoonsgegevens*, Deventer: Kluwer 2001.

De Wolff 2000

D.J.B. de Wolff, *Actualiteiten Sociaal recht. Wet aanpassing arbeidsduur*, Deventer: Kluwer 2000.

De Wolff 2007

D.J.B. de Wolff, *Monografieën Sociaal recht. Goedwerknemerschap*, Deventer: Kluwer 2007.

Artikelen

Asscher & Steenbruggen 2001

L.F. Asscher & W.A.M. Steenbruggen, 'Het emailgeheim op de werkplek. Over de toelaatbaarheid van inbreuken op het communicatiegeheim van de werknemer in het digitale tijdperk', *NJB* 2001 (76), nr. 37, p. 1787-1794.

Bergwerf & Kruit 2008

V.G.G. Bergwerf & P. Kruit, 'Art. 7:658 BW en het belang van de arboregels', *ArbeidsRecht* 2008, nr. 10, p. 3-9.

Cherednychenko 2008

O.O. Cherednychenko, 'Grondrechten en het contractenrecht: een pleidooi voor constitutionalisering met mate', *NTBR* 2008 (25), nr. 6, p. 220-230.

Croinmans & De Laat 2008

B. Croinmans & J.J.M. de Laat, 'Eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden op grond van het instructierecht', *SR* 2008 (23), nr. 10, p. 283-290.

Gerlach & Maks 2010

V. Gerlach & H.J. Maks, 'De werkgever en voorschriften over kleding en uiterlijk in de periode 2007-2010', *Tijdschrift voor de arbeidsrechtspraktijk* 2010 (3), nr. Special 2, p. 20-27.

Gerlach & Verboom 2007

V. Gerlach & U.B. Verboom, 'Voorschriften over kleding en uiterlijk', *ArbeidsRecht* 2007, nr. 8-9, p. 14-22.

Huiskamp e.a. 2005

R. Huiskamp e.a., 'Goed werkgeverschap en goed werknemerschap: een bijzondere arbeidsrelatie', *Tijdschrift voor arbeidsvraagstukken* 2005 (21), nr. 3, p. 211-225.

De Laat & Boot 2008

I.J. de Laat & G.C. Boot, 'Annotatie bij HR 14 september 2007, *JAR* 2007/250 (Hyatt/Dirksz)', *SMA* 2008, nr. 9.

Nehmelman 2011

R. Nehmelman, 'Private vrijheid! Over de werking van grondrechten in het privaatrecht', *Letsel & Schade* 2011.

Olijslager 2006

F.B.M. Olijslager, 'Cameratoezicht voor private doeleinden', *NJB* 2006 (81), nr. 16.

Pauw 2007

D.E. Pauw, 'De werkvloer: het 'thuis' van de werknemer? De controlemogelijkheden van de werkgever op het e-mail- en internetgedrag van diens werknemers', *Tijdschrift voor de procespraktijk* 2007, nr. 5.

Pool 2012

A.H. Pool, 'Antidrugsbeleid in ondernemingen en het recht op respect voor het privéleven van werknemers', *TRA* 2012, nr. 5.

Roelofs 2003

L.C. Roelofs, 'Verborgen cameratoezicht op de werkplek: straks nog toelaatbaar?', *ArbeidsRecht* 2003, nr. 10, p. 21-27.

Roozendaal 2008

W.L. Roozendaal, 'Het grondrecht op snuiven, of de grenzen aan de gezagsbevoegdheid', *ArA* 2008, nr. 1.

Schmaal 2008

J.B. Schmaal, 'Cameratoezicht op nietsvermoedende werknemer. Bespreking van CRvB 10 juli 2008, *LJN*: BD7931', *Privacy & Informatie* 2008, nr. 6.

Sikkink 2005

S. Sikkink, 'Beperkingen aan handel in effecten door werknemers in de dienstverlenende sector', *ArbeidsRecht* 2005 (12), nr. 4, p. 16-22.

Veenstra 2012

L. Veenstra, 'Alcohol en ontslag: met beleid!', *ArbeidsRecht* 2012, nr. 6/7.

Vegter 2007

M.S.A. Vegter, 'Privacy op de werkplek', *JAR Verklaard 2007*, nr. 7.

De Vries 2004

H.H. de Vries, 'De staat van de privacybescherming van de werknemer', *Privacy & Informatie 2004*, nr. 6.

De Vries 2006

H.H. de Vries, 'De staat van de privacybescherming van de werknemer 2005-2006', *Privacy & Informatie 2006*, nr. 6.

Willems & Teuben 2011a

P.W.H.M. Willems & K. Teuben, 'Werkgeversaansprakelijkheid op grond van art. 7:658 en 7:611 BW: een overzicht van de stand van zaken', *ArbeidsRecht 2011* (30), nr. 6.

Willems & Teuben 2011b

P.W.H.M. Willems & K. Teuben, 'Werkgeversaansprakelijkheid op grond van art. 7:658 en 7:611 BW: een overzicht van de stand van zaken (deel 2)', *ArbeidsRecht 2011* (30), nr. 8.

Wolters Ruckert 2012

N. Wolters Ruckert, 'De nieuwe 'privacyverordening': vol verwachting klopt het hart van 'privacyland'', *Juridisch up to date 2012*, nr. 5, p. 20-28.

Websites

IAO www.ilo.org

Cbp www.cbpweb.nl

Jurisprudentie

Hoge Raad 5 januari 1951, *NJ* 1951, 532

Hoge Raad 24 juni 1966, *NJ* 1966, 457

EHRM 26 april 1979, *NJ* 1980, 146

Rb Roermond 12 september 1985, *KG* 1985, 299

Hof 's-Hertogenbosch 2 juli 1986, *NJ* 1987, 451

Hoge Raad 9 januari 1987, *NJ* 1987, 928

EHRM 24 april 1990, *NJ* 1991, 523

Hoge Raad 31 mei 1991, *NJ* 1991, 679

EHRM 16 december 1992, *NJ* 1993, 400

Hoge Raad 18 juni 1993, *NJ* 1994, 347

Hoge Raad 8 april 1994, *NJ* 1994, 704

EHRM 25 juni 1997, *NJ* 1998, 506

Rb Schiedam (kanton) 8 juli 1997, *JAR* 1997, 189

Hoge Raad 2 oktober 1998, *JAR* 1998, 228

Hoge Raad 12 januari 1999, *NJ* 1999, 534

Rb Haarlem (kanton) 16 juni 2000, *JAR* 2000, 170

Rb Utrecht (kanton) 13 juli 2000, *JAR* 2000, 199

Rb Apeldoorn (kanton) 6 september 2000, *JAR* 2000, 212

Rb Utrecht (kanton) 20 november 2000, *JAR* 2001, 7

HvJ 3 oktober 2000, *JAR* 2000, 251

Rb Amsterdam (kanton) 26 april 2001, *JAR* 2001, 101

Hoge Raad 27 april 2001, *JAR* 2001, 95

Hoge Raad 19 oktober 2001, *JAR* 2001, 218

Hoge Raad 31 mei 2002, *NJ* 2003, 589

EHRM 7 november 2002, nr. 58341/00

Hoge Raad 20 december 2002, *JAR* 2003, 18

Hof 's-Hertogenbosch 6 januari 2003, *NJ* 2003, 279

HvJ 9 september 2003, *JAR* 2003, 226

Hoge Raad 12 december 2003, *NJ* 2004, 117
EHRM 9 maart 2004, nr. 46210/99
Hoge Raad 10 september 2004, *NJ* 2005, 51
Rb Rotterdam (kanton) 28 september 2004, *JAR* 2004, 268
Rb Haarlem 22 december 2004, *JAR* 2005, 26
Rb Maastricht (kanton) 2 november 2005, *LJN*: AU5960
Rb Groningen (kanton) 24 juli 2006, *JAR* 2007, 186
Hof Amsterdam 7 september 2006, *JAR* 2007, 65
HvJ 7 september 2006, C-484, 04
Hoge Raad 29 september 2006, *NJ* 2006, 536
Rb 's-Hertogenbosch (kanton) 7 december 2006, *LJN*: AZ8677
EHRM 3 april 2007, *JAR* 2007, 233
ABRvS 18 april 2007, *LJN*: BA3220
Hoge Raad 14 september 2007, *JAR* 2007, 250
Rb Alkmaar 24 januari 2008, *LJN*: BC3675
Rb Arnhem 19 februari 2008, *LJN*: BC6833
Rb Zutphen (kanton) 16 april 2008, *LJN*: AF8256
Rb Bergen op Zoom (kanton) 10 december 2008, *JAR* 2009, 114
Rb Haarlem (kanton) 29 september 2009, *RAR* 2010, 8
Rb Den Helder (vzngr.) 29 oktober 2009, *LJN*: BK7945
Rb Den Helder (kanton) 29 oktober 2009, *LJN*: BK7946
Rb Haarlem (vzngr.) 1 februari 2010, *RAR* 2010, 180
Hoge Raad 6 juli 2010, *NJ* 2010, 426
Hoge Raad 30 november 2010, *LJN*: BM9040
Hof 's-Gravenhage 19 april 2011, *Prg.* 2011, 166
Rb 's-Hertogenbosch 14 juli 2011, *LJN*: BR1620
Rb Amsterdam 11 augustus 2011, *LJN*: BT2792
Rb Utrecht (kanton) 12 juni 2012, *JAR* 2012/178

Parlementaire stukken en wetgeving

Parlementaire stukken

13 872

Kamerstukken II 1975/1976, 13 872, nr. 3.

13 954

Kamerstukken II 1975/1976, 13 954, nr. 3.

Kamerstukken II 1976/1977, 13 954, nr. 6.

Kamerstukken II 1978/1979, 13 954, nr. 8d.

19 073

Kamerstukken II 1984/1985, 19 073, nr. 3.

23 646

Handelingen II 1994/1995, 66, p. 3951-3977

Handelingen II 1994/1995, 72, p. 4359-4379

24 615

Kamerstukken II 1995/1996, 24 615, nr. 3.

25 442

Kamerstukken II 1996/1997, 25 442, nr. 3.

25 879

Kamerstukken II 1997/1998, 25 879, nr. 3.

26 358

Kamerstukken II 1998/1999, 26 358, nr. 3.

30 532

Kamerstukken II 2005/2006, 30 532, nr. 3.

32 889

Kamerstukken II 2010/2011, 32 889, nr. 1.

Kamerstukken II 2010/2011, 32 889, nr. 2.

Kamerstukken II 2010/2011, 32 889, nr. 3.

Kamerstukken II 2011/2012, 32 889, nr. 5.

29 427

Kamerstukken II 2011/2012, 29 427, nr. 84.

Wetgeving

Algemene wet op het binnentreden

Arbeidsomstandighedenbesluit

Arbeidsomstandighedenwet

Arbeidstijdenwet

Arbeidstijdenbesluit

Burgerlijk Wetboek (boek 7)

Europees Sociaal Handvest

Europees Verdrag inzake de Rechten van de Mens

Grondwet

Handvest Grondrechten van de Europese Unie

Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten

Verdrag betreffende de Europese Unie

Vrijstellingsbesluit Wbp

Wet aanpassing arbeidsduur

Wet bescherming persoonsgegevens

Wet op de Ondernemingsraden

Europese richtlijnen en verordeningen

Arbeidsomstandigheden

Richtlijn 89/391/EEG (juni 1989)

Richtlijn 89/654/EEG (november 1989)

Richtlijn 89/655/EEG (november 1989)

Richtlijn 90/270/EEG (mei 1990)

Richtlijn 2009/104/EG (september 2009)

Arbeidstijden

Richtlijn 93/104/EEG (november 1993)

Richtlijn 2003/88/EG (november 2003)

Privacy

Richtlijn 95/46/EG (oktober 1995)

Voorstel Verordening COM(2012) 11 (januari 2012)

IAO verdragen en aanbevelingen

Verdrag 14	Weekly rest (Industry) (November 1921)
Verdrag 106	Weekly rest (Commerce and offices) (June 1957)
Verdrag 155	Occupational Safety and Health (June 1981)
Verdrag 177	Home work (June 1996)
Verdrag 187	Promotional Framework for Occupational Safety and Health (June 2006)
Aanbeveling 103	Weekly rest (Commerce and offices) (June 1957)